

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2013



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2013**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2013

I.^a edición
Septiembre de 2014



**MINISTERIO
DEL INTERIOR**

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

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

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

Coordinación y Supervisión:

Angel Lara Ronda

Coordinador Técnico de la Central Penitenciaria de Observación

Elaboración y Comentarios:

Isabel Luengo Borrero

Jurista

Tratamiento Informático:

Vicente Fernández Fernández

Jefe de Sección de la Central Penitenciaria de Observación

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica



Imprime:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y

Formación para el Empleo



Maquetación e Impresión:

Taller de Artes Gráficas

Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



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

N.I.P.O.: 126-14-065-9

N.I.P.O. Web: 126-14-064-3

Depósito Legal: M-16607-2014



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

PRÓLOGO

Un año más me complace compartir y difundir una fuente de conocimiento, a través de esta edición que ahora os acompaño de la Jurisprudencia Penitenciaria.

Resulta gratificante como Administración Pública, con la colaboración de todos los Establecimientos Penitenciarios y de la Central de Observación, contar periódicamente con una publicación como ésta.

Con ella se procura acercar a la sociedad resoluciones judiciales que afectan a las Instituciones Penitenciarias, en las que el Poder Judicial -a través de sus más altos órganos de control, y del Juez de Vigilancia Penitenciaria, específico órgano de tutela de los derechos de los reclusos y de control de la actividad penitenciaria- establece criterios que, en ocasiones, contradicen la actuación de esta Administración y en otras la corroboran.

Esta publicación procura acercarse a los mayores niveles de transparencia y de buen gobierno, que las Instituciones Penitenciarias pretenden conseguir, favoreciendo la crítica de las decisiones unipersonales y colegiadas de sus responsables públicos, respecto a la actividad penitenciaria con sus administrados.

La presente edición de la Jurisprudencia Penitenciaria como lo ha sido siempre desde su creación- contiene información de relevancia jurídica, que afecta directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, con un amplio repertorio de resoluciones judiciales que, al ser publicadas, proporciona una mayor seguridad jurídica, contribuye, a su vez, a la fiscalización de la actividad pública, promueve la eficiencia y eficacia del Estado y determina criterios para que las actuaciones futuras se ajusten a derecho.

Quiero a su vez recordar que esta Administración Penitenciaria, además del manual escrito de la Jurisprudencia Penitenciaria del año 2013, cuenta, de forma informatizada con acceso público en su página

web - en aras a la modernización de sus recursos y de la incorporación de los medios técnicos necesarios en el ejercicio de sus competencias- con la de todas sus ediciones, desde su primera publicación de los años 1984-1996 hasta la versión actual.

Año tras año, a través de este ejemplar de la jurisprudencia más relevante en materia penitenciaria estamos generando un compendio jurídico de extraordinario valor para el personal de las Administraciones Públicas, Poder Judicial, Ministerio Fiscal, estudiosos de la materia y la generalidad de la ciudadanía.

Os animo a que continuemos con la misma dedicación y criterio técnico en la elaboración de este conocimiento jurídico penitenciario que coadyuve positivamente en nuestra toma de decisiones.

Gracias, de nuevo, a cuantos han contribuido en la publicación de este año del manual Jurisprudencia Penitenciaria 2013.

Madrid, 8 de julio de 2014.



Fdo.: Ángel Yuste Castillejo.

Secretario General de Instituciones Penitenciarias

SUMARIO

SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo	7
Sumario	11
Comentarios	15
Capítulo I: Acumulación	47
Capítulo II: Clasificación	251
Capítulo III: Comunicaciones	281
Capítulo IV: Expulsión Administrativa y Judicial	349
Capítulo V: Libertad condicional	433
Capítulo VI: Liquidación	477
Capítulo VII: Permisos	503
Capítulo VIII: Prescripción de la pena	551
Capítulo IX: Prisión preventiva	589
Capítulo X: Redención	613
Capítulo XI: Régimen disciplinario	627
Capítulo XII: Responsabilidad Patrimonial	679
Capítulo XIII: Sanitaria	725
Capítulo XIV: Seguridad Establecimiento	731
Capítulo XV: Trabajo en Beneficio de la Comunidad	753
Capítulo XVI: Traslados	787
Capítulo XVII: Otros	833
Índice analítico	857

COMENTARIOS

Resulta interesante comprobar la vida dinámica y cambiante de la jurisprudencia, estableciendo criterios novedosos en nuestra materia de estudio: la ejecución de las penas. Cambios que en todo caso hay que estudiar con cautela, al jugar un papel fundamental la especial motivación de las resoluciones que modifican criterios jurisprudenciales consolidados.

La Sentencia 197/2006 de 28-2-06 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, estableciendo la conocida como “doctrina Parot”, supuso en su momento un cambio de criterio jurisprudencial en el cómputo de beneficios (redención de penas por el trabajo) en relación a la pena resultante de la acumulación. Sobre la citada sentencia se ha pronunciado la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimando que la aplicación retroactiva de la nueva interpretación del Código Penal vulneraba los artículos 7 (principio de legalidad penal) y 5 (derecho a la libertad) del Convenio y ordenando la “puesta en libertad en el más breve plazo” de la persona afectada. Ello ha motivado un intenso debate no sólo en orden a la fundamentación de la sentencia sino también en cuanto al tiempo, alcance y cauce procesal adecuado para la ejecución de la misma. La respuesta de nuestros Juzgados y Tribunales ha supuesto la consiguiente excarcelación de los internos a los que resultaba de aplicación, en cuanto cumplieran sus condenas, de conformidad con la doctrina Parot, lo que ha tenido gran trascendencia social y resonancia mediática.

En la línea que apuntábamos de novedades jurisprudenciales, destacamos las producidas en el ámbito del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en el primero, la Sentencia que establece la compensación de las comparecencias establecidas como medida cautelar de la libertad provisional con la pena privativa de libertad impuesta, así como la doctrina que niega eficacia interruptiva de la prescripción de la pena a la suspensión de la ejecución de la misma, ya sea por indulto o por recurso de amparo. En el segundo la Sentencia que acuerda la posible inclusión

en la acumulación de condenas del artículo 76 del Código Penal, de una condena impuesta por Tribunal extranjero (europeo), invocando, entre otros argumentos, los principios de instrumentos normativos europeos aún no transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico.

Destacar asimismo, la riqueza que vienen aportando en las sucesivas ediciones las resoluciones de los demás Juzgados y Tribunales, de las diferentes Audiencias Provinciales y, especialmente, de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que atienden las necesidades y problemáticas más cercanas y habituales de la vida en prisión, confirmando en numerosas ocasiones la actuación de la Administración y en otras, estimando y atendiendo los recursos y quejas de los internos. Estos Autos, constituyen en su conjunto el grueso y principal objeto de esta recopilación, que se sistematiza, como ya se ha hecho en ediciones anteriores, en diferentes capítulos, advirtiéndose de la omisión de algunos por ausencia de resoluciones reseñables, añadiendo algunos nuevos por su creciente interés práctico jurídico, como el relativo a la expulsión judicial y administrativa de los extranjeros.

Nos encontramos por lo demás en un periodo de transición, donde los diferentes operadores jurídicos están a la espera de las modificaciones que se vislumbran en el Proyecto de Reforma del Código Penal, que continua su tramitación parlamentaria y cuyas novedades van a suponer un importante hito en la legislación y práctica penitenciaria, originando nueva y valiosa jurisprudencia, complemento de nuestro ordenamiento jurídico.

Acumulación

Se observa que este instituto de la acumulación jurídica introducida en nuestro ordenamiento punitivo en el Código Penal de 1928, sigue originando un buen número de resoluciones que afectan a la naturaleza y alcance de la misma. Destacamos como aspectos más relevantes;

Sobre la “doctrina Parot”

Hay que mencionar la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, que acoge la fundamen-

tación de la Sala en Sentencia de 10 de julio de 2012, declarando por quince votos a favor y dos en contra, la vulneración del artículo 7 del Convenio, fundado en que “en el momento en que la demandante ha cometido los delitos y en el momento de la adopción de la decisión de la acumulación y del límite máximo, el derecho español aplicable, tomado en su conjunto incluida la jurisprudencia, estaba formulado con suficiente precisión para permitir discernir, en un grado razonable, el alcance de la condena impuesta respecto a la duración máxima de treinta años derivado del artículo 70.2 Código Penal de 1973 y del dispositivo de las redenciones previsto en el artículo 100 del mismo texto”, añadiendo, “la aplicación de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por el trabajo derivados de la doctrina Parot no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante –como lo afirma el Gobierno– en efecto esta medida también lleva a una redefinición del alcance de la “pena” impuesta”, y concluye que el giro jurisprudencial no era previsible, a diferencia de lo que sostuvo el Gobierno al ser mas conforme con las disposiciones del Código Penal de 1973, estimando que las consideraciones de política criminal en que se apoya el Tribunal Supremo no bastan para justificarlo, al igual que sostuvo la Sala que hacía hincapié en que “los Tribunales nacionales no podrán retroactivamente y en perjuicio de las personas internadas aplicar políticas penales que sustentan cambios legislativos, cuando éstos se han introducido con posterioridad a la comisión del delito”.

Declara por unanimidad la vulneración del artículo 5 del Convenio al considerar que “la aplicación a la demandante de la nueva jurisprudencia retrasó de manera efectiva la fecha de su puesta en libertad en casi nueve años. En consecuencia ha cumplido un periodo de prisión superior a aquél que habría cumplido de acuerdo con la legislación en vigor en el momento de su condena”; concluyendo que “a partir del 3 de julio de 2008 la privación de libertad de la demandante no ha sido legal”.

Y asimismo declara por dieciséis votos a favor y uno en contra que “el Estado demandado debe garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo”.

Sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Parece existir acuerdo en orden al carácter vinculante de la Sentencia, como destaca la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Autos 21-10-13 y 25-10-13 que dispusieron la libertad al considerar la citada Sentencia “de obligado cumplimiento para nuestro Estado, que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del Tribunal al prestar su consentimiento al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. La resolución es clara y concluyente: incumbe al Estado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible. Misión que concierne en primer lugar a este Tribunal, en tanto órgano de ejecución. Es más, si la jurisdicción no ejecutara de manera adecuada la sentencia, sería el Tribunal Constitucional el que tendría que reaccionar anulando una decisión contraria a derecho, y a los derechos humanos básicos del Convenio Europeo, para amparar a la interesada. Así lo ha previsto la jurisprudencia constitucional”.

El problema estriba en la extensión de la sentencia a otros supuestos similares y en los mecanismos para llevar a cabo la ejecución del pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo.

Respecto a la extensión de sus efectos, el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25-10-13 afirma que “Los pronunciamientos que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos claramente trascienden a la demandante y son de aplicación general a todos los casos en que se den situaciones semejantes y así se expresa en determinados pasajes de la sentencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en definitiva, pone de manifiesto, con carácter general, mas allá del caso, la incompatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de la aplicación retroactiva del criterio de cómputo de los beneficios introducido por la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006. Pero es más, el Tribunal Europeo, como órgano del Convenio encargado, no solo de la resolución de las situaciones concretas sino también de su interpretación, ha fijado en esta Sentencia un criterio al que debe reconocérsele el valor de “cosa interpretada”, vinculante para todos los Estados”.

Respecto al segundo de los problemas señalados, el procedimiento de ejecución, existe un vacío legislativo habiendo sido la practica judicial y

la jurisprudencia las que han ido integrando el mismo. En estos supuestos se resuelve como indicábamos más arriba por el órgano de ejecución ante la petición formulada por los internos, fórmula no exenta de debate. Se prevé expresamente una solución en el artículo 623 Proyecto del Código Procesal Penal, que establece como uno de los motivos de revisión de las sentencias firmes: “e) cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siempre que dicha vulneración haya sido relevante o determinante de la condena”.

Por último destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29-11-13 que acuerda la libertad del penado en ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya exposición argumental ofrece interés por su claridad, y trae a colación el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013. Pleno que acordaba que en los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala num. 187/2006, de 28 de febrero.

Merece también detallada lectura el voto particular, que defendiendo la intervención de las partes personadas y víctimas del delito, opone a la inmediata puesta en libertad del penado, la nulidad de las actuaciones. Considera que los autos dictados por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en los que se acordaban las redenciones ordinarias o extraordinarias sobre la condena del penado, prescindieron total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, habiendo producido efectivamente indefensión, debiendo ser notificados a las partes personadas y a las víctimas de los delitos cometidos por el condenado, a efectos de un posible ejercicio del derecho a recurrir dichas resoluciones dentro del derecho constitucional a un proceso público con todas las garantías. Hace una extensa referencia al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, una de cuyas finalidades es transponer al derecho interno la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Acoge un concepto amplio de la misma y prevé entre otros: el derecho a recibir información sobre la causa penal; la participación de la víctima en la ejecución estableciendo la posibilidad de recurrir, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa, ciertos Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria; les otorga legitimación para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta que consideren necesarias y facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta.

Sobre la inclusión, en la acumulación, de condenas impuestas por Tribunales Extranjeros

Concluimos el capítulo con otras resoluciones, acerca de la inclusión, en la acumulación, de sentencias ya cumplidas (Sentencia 434/2013 Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23-5-13), y de sentencias de Tribunales extranjeros, así en la Sentencia 368/2013 Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17-4-13, la más reciente Sentencia 183/2014 del Tribunal Supremo de 13-3-2014 y el Auto de la Audiencia Nacional de 20-2-14.

En la mayoría de los supuestos se acuerda la incorporación en la acumulación de Sentencias de Tribunales extranjeros, al operar el Convenio de Estrasburgo, así en el Auto de la Audiencia Nacional 20-2-14 que tras haber acordado en Auto anterior la no adaptación de la condena impuesta en EEUU, y confirmarlo el Tribunal Supremo en Sentencia 820/2013 de 17-10-2013, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, sostiene que “cabe la aplicación del artículo 76.2 del Código Penal por cuanto que la pena impuesta en el proceso americano, por hechos cometidos en los meses de junio y julio de 2004, en aquel país, bien podían haber sido objeto de enjuiciamiento, de haberse cometido en España, por cuanto que los hechos que abarca la causa española se sitúan entre noviembre de 2003 y febrero de 2004. En todo caso, podemos decir que, a efectos reales, estaríamos hablando de una continuidad delictiva en materia de abusos sexuales sobre menores”. Acumula ambas causas, la española y la ameri-

cana, disponiendo el cumplimiento simultáneo de las penas y fijando como límite máximo de cumplimiento para las dos el de doscientos cuarenta (240) meses.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 13-3-14, que va más allá y admite la posible incorporación en la acumulación de condena impuesta por el Tribunal Correccional de París y ya cumplida en Francia, supuesto que difiere de los anteriormente mencionados por cuanto en aquellos operaba el Convenio de Estrasburgo. El Tribunal de instancia denegó la acumulación, argumentando que al tratarse de hechos ocurridos en Francia y España no pudieron ser objeto del mismo proceso al ocurrir en territorios nacionales distintos, sometidos a la soberanía de diferentes países.

Según el Tribunal Supremo pueden oponerse a la acumulación dos clases de razones. En primer lugar, que la pena cuya acumulación se pretende, ya estaría cumplida en su totalidad. Sin embargo, esta Sala se ha mostrado favorable a la posibilidad de incluir dentro de la acumulación aquellas sentencias que, dadas la fecha de los hechos y la de la condena, cumplieran los requisitos derivados del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún cuando, por las vicisitudes del proceso las penas ya hubieran sido cumplidas en su integridad, invocando la sentencia 434/2013.

En segundo lugar, se opondría a la acumulación el hecho de que una de las sentencias no ha sido dictada por un tribunal español, lo que pudiera colisionar con la exigencia de que todos los hechos hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso. Cita dos Sentencias, la Sentencia 2117/2002 que analizaba un supuesto coincidente y acordó entonces la improcedencia de la acumulación, argumentando que esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes. Y la Sentencia 1129/2000, de 27 de junio en la que afirmó que las reglas de los artículos 70 del Código Penal de 1973 y 76 del Código Penal de 1995 pueden en principio ser aplicadas tanto a Sentencias nacionales como extranjeras. Se consideró en este caso que eran aplicables las normas del tratado Hispano-Tailandés en materia de cooperación para la ejecución de

sentencias. Si bien era un caso diferente no se hallaron obstáculos para incluir en la acumulación las condenas impuestas por los Tribunales de distintos países.

Concluye que la posición de la Sentencia 2117/2002 resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía. Invoca la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008 y su objetivo de tener en cuenta las condenas impuestas pronunciadas por otros Estados Miembros, y ante la ausencia de normas que regulen expresamente la materia, afirma que “la interpretación de las normas vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea. En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación”.

Clasificación

Se presenta una muestra de resoluciones de clasificaciones en tercer grado y de mantenimiento en segundo grado.

Entre los primeros destacamos el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 16-12-13 que acuerda conceder el tercer grado a interno primario, sin haber cumplido la cuarta parte de la condena, valorando la concurrencia de numerosos factores favorables, pese a la larga duración de la condena, “no existe, por tanto, óbice legal alguno para la posible concesión del tercer grado, ni estamos en presencia de penas graves por más que la suma de las impuestas determina una extensa y larga condena superior a los diez años”. Y el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Algeciras 11-5-12 que pese a que no pueda hablarse de evolución favorable en el tratamiento acuerda la clasificación en tercer grado teniendo en cuenta la edad del interno (78 años) y su estado de salud. Otros hacen referencia a cuestiones procedimentales, como el Auto de la Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de 22-7-13, que anula resolución de clasificación en segundo grado por cuanto el interno estaba en tercer

grado por clasificación ejecutiva, y de competencia, así el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Huelva 11-12-13 que ante la propuesta de la Junta de Tratamiento del centro penitenciario de progresión a tercer grado y resolución de la Subdirección General de Tratamiento de mantenimiento en segundo grado con aplicación del artículo 100 del Reglamento Penitenciario, entiende que ésta se excedió en las competencias que le atribuye el Reglamento Penitenciario.

Entre las resoluciones de mantenimiento en segundo grado, mencionamos el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 12-8-13, en el que como muestra de un criterio mantenido por el mismo señala que este “Juzgado considera como norma general, salvo puntuales excepciones, que el principio intimidatorio de toda pena conlleva la necesidad de un periodo mínimo en el régimen ordinario”. En el supuesto debatido se reconoce en el Auto su buen comportamiento penitenciario careciendo de sanciones, la evaluación destacada en las actividades prioritarias y complementarias encomendadas, habiendo obtenido múltiples recompensas, el disfrute de permisos, contando también con expectativas laborales, pese a ello, el interno no había alcanzado la mitad de la condena y le constaban dos antecedentes, por lo que resuelve mantenimiento en segundo grado.

Comunicaciones

Constituye uno de los capítulos más extensos, al tratarse de una de las materias que más afecta a las personas reclusas en los centros penitenciarios, vehículo de mantenimiento de su contacto con la sociedad y en especial con su entorno familiar y social.

Destacamos la Sentencia 128/2013 de 3-6-13 del Tribunal Constitucional que viene a confirmar el criterio mantenido por la Administración de excluir a los “primos” del régimen de comunicaciones familiares. El recurrente solicitaba que se le reconociera el derecho a mantener una comunicación vis a vis con sus primos, aduciendo que durante los seis años que llevaba en prisión había comunicado vis a vis con ellos sin ningún tipo de problema, pero en el centro en el que se encontraba “no se reconoce a sus primos ni como familiares ni como allegados”. En el

informe remitido por el centro penitenciario se justificaba la restricción, de los familiares que podían comunicar vis a vis acreditando únicamente el parentesco con el interno, a los que se encuentren en segundo grado de parentesco, en el gran número de personas que cabe incluir en el concepto de parientes. Así mismo teniendo en cuenta el gran número de internos en el centro (1700 frente a los 400 del centro penitenciario de Jaén desde el que había sido trasladado el demandante) y las limitaciones entonces existentes en el sistema informático impedían un control suficientemente seguro de las numerosas comunicaciones de los internos si no se acotaba el concepto de familia a los parientes hasta el segundo grado a efectos de autorizar las comunicaciones tan sólo acreditando el parentesco. Una vez se implantó durante los años 2011 y 2012 un nuevo sistema informático se amplió el abanico de parientes sometidos al régimen de los familiares, y en las nuevas normas específicas de las que tuvo conocimiento el Tribunal en octubre de 2012, se incluyen los parientes hasta el cuarto grado. El Tribunal, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, desestimó el amparo entendiendo que dicha limitación encontraba justificación en el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que permite establecer restricciones por razones de seguridad o del buen orden del establecimiento, conceptos jurídicos indeterminados que no resultan extravasados en términos constitucionalmente inadmisibles por la concreción de los familiares que tenían acceso a los vis a vis sin más comprobación que la relación de parentesco. Limitación que se acomodaba al principio de proporcionalidad, adecuada al fin perseguido para garantizar la seguridad y buen funcionamiento del centro y que no se extiende más allá de lo estrictamente necesario.

Respecto a la exigencia de identificación de familiares menores de 12 años mediante DNI, establecida en Orden de Servicio de 8 de febrero de 2011 de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en Auto de 30-9-2013 considera la misma razonable y asumible, de hecho también es imprescindible para viajar al extranjero, por lo que no se objetiva vulneración alguna de derechos fundamentales; si bien los menores no tienen obligación de tener DNI hasta los 14 años, es incuestionable que deben poder ser identificados para su entrada en el Centro Penitenciario, por lo que resulta admisible, cualquier documento acreditativo de la identidad, es decir DNI

o pasaporte, en tanto en cuanto el libro de familia no acredita la identidad de los menores.

Sobre comunicaciones entre internos en distintos centros penitenciarios recogemos dos resoluciones, el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20-3-13 que estima recurso del Fiscal frente al Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, al no haber resolución previa de la Administración y por falta de competencia del Juez de Vigilancia sobre traslados. Y el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 23-10-13 que estima la queja, y aunque parte de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria carece de competencias para acordar un traslado, pues constituye competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria, sí la tiene para reconocer derechos e instar a la Administración a que garantice los mismos, por lo que, a fin de que se lleven a cabo las comunicaciones solicitadas, deberá la propia Administración establecer la fórmula más adecuada, más segura o recomendable en general, para la realización de los mismos (traslados, conducciones, etc..).

Por último destacamos en relación a las comunicaciones telefónicas tres resoluciones; el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 2-7-13 que autoriza la comunicación con una línea telefónica (la de sus progenitores) aún sin acreditación documental. La cuestión estriba en la proporcionalidad de la exigencia de que la acreditación de la titularidad de la línea telefónica tenga que ser en todo caso documentada, en la medida que en determinados casos pueda ser de imposible cumplimiento por las circunstancias concretas y personales de cada interno, y porque la exigencia estricta de este medio probatorio; el documental, no parece idónea-para el fin que supuestamente la legitima, conocer la identidad del interlocutor real y evitar posibles fraudes. La Sala considera que la exigencia estricta de la acreditación documental mediante contrato o factura de la línea telefónica supone en determinados casos específicos un rigor excesivo que puede determinar una privación o limitación de derechos del interno no admisible, debiendo admitirse otros medios de prueba que cubran unos mínimos de garantías de veracidad en la titularidad del teléfono, y admitirse posibles excepciones, debidamente justificadas, al cumplimiento de la regla general. En términos estimatorios se pronuncia también el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 21-8-13 autorizando la comunicación telefónica con el número que el interno indique sin

necesidad de acreditar previamente su titularidad. En sentido contrario el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante de 21-10-13.

Expulsión Administrativa y Judicial

La condición de extranjero no comporta -ni puede hacerlo- un tratamiento desigual en relación a los derechos y beneficios penitenciarios, sin embargo la realidad de la política migratoria y de extranjería interfiere en el diseño del itinerario penitenciario de los mismos, de manera especial si hay resolución de expulsión.

Se recogen, por un lado resoluciones de los Juzgados y Tribunales sentenciadores accediendo a la sustitución por expulsión, en fase de ejecución, que han aumentado considerablemente, así el Auto del Juzgado Penal de Granada de 23-7-13 que acuerda la sustitución por la expulsión a las tres cuartas partes de la condena, y el Auto del Juzgado Penal de San Sebastián de 3-12-13 que establece aquélla para el supuesto de que le sea concedido el tercer grado. En ambos casos llama la atención que el incidente se inicia a petición de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación y de la Dirección General de la Policía respectivamente. Añadimos otros supuestos en que por diversas razones no se accede a dicha sustitución.

De otra parte, se han seleccionado algunas resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo num.1 de Albacete de 22-3-13, y el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo num.1 de Segovia de 4-10-13, que anulan la resolución de expulsión, ponderando las circunstancias del artículo 57.5 de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros, y ello pese a que la expulsión hubiera sido acordada por aplicación del artículo 57.2. (No considerada por parte de la doctrina y jurisprudencia propiamente una sanción, alternativa a la multa, sino una causa legal de expulsión, a la que no resultaría de aplicación el artículo 57.5 de la ley orgánica).

Por último, de especial interés es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4-11-13 que desestima la demanda de amparo interpuesta por ciudadana argentina frente a la resolución de expulsión, siendo aquélla madre de una niña de nacionalidad española, cuyo padre se encuentra en prisión. Entiende el Alto Tribunal que la expulsión no vulnera la *libertad de circulación* de la niña menor de edad, “aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre del territorio nacional, seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el artículo 19 de la Constitución Española”.

En orden al *derecho a la vida familiar*, cuya vulneración invoca la recurrente, estimándolo incluido en el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional declara que “es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el «derecho a la vida familiar» derivado de los artículos 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* artículo 18.1 de la Constitución Española y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (artículo 53.3 de la Constitución Española), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40, de 28 de mayo de 2001 del Consejo”.

Muestran su total discrepancia con la sentencia dos magistrados que formulan voto particular, objetando a la misma entre otros aspectos que se

aparte expresamente de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, despreciando la noción elaborada por aquélla del “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía. Invocan los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se declaraba la vulneración del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo.

Libertad Condicional

Se centra el contenido de este capítulo en autos de revocación y suspensión de la libertad condicional.

La presunta comisión de delito se erige en causa de revocación de libertad condicional así en Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén de 18-2-13 “según consta en informe judicial ha vuelto a delinquir”. En otro supuesto de comisión de delito constando Sentencia Firme, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid num.1, si bien acuerda la revocación de conformidad con el artículo 93.1 del Código penal, afirma que salvo por esa condena el liberado condicional está teniendo buen comportamiento y acude de forma regular al programa de tratamiento, por lo que insta a la Administración Penitenciaria a que continúe en tercer grado para que pueda seguir acudiendo al programa, y si su evolución sigue siendo buena, proponga de nuevo al penado su libertad condicional.

La prisión preventiva, “torna el pronóstico en desfavorable” y ese cambio en el pronóstico de reinserción impide que el mismo siga disfrutando del beneficio de libertad condicional, acordando el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén en Auto de 18-2-13 su revocación. A la misma conclusión llega el Juzgado Penal de Cádiz, num.4 en Auto dictado en apelación, de 4-7-2013 “Es evidente que, aun cuando no haya recaído sentencia firme por la que se condene al penado por los delitos por los que se encuentra preventivo, el mismo ha incumplido las normas elementales de buena conducta hasta el punto que, en base a unos sólidos indicios, se ha decretado su prisión provisional. Es lo justo y coherente, revocar el beneficio que se le otorgó ya que el reo ha frustrado las expectativas que se depositaron en él cuando se le concedió la libertad condicional. Lo con-

trario llevaría a soluciones ilógicas o absurdas pues aún cuando existieran indicios sólidos de la comisión de un delito por el liberado condicional y aunque se tratase de un delito de extrema gravedad, no se podría revocar la libertad concedida en base a la doctrina recogida en el auto censurado”.

En otros casos la prisión preventiva determina la suspensión de la libertad condicional, Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 22-5-13 y Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada 13-2-13, razonando este último. “Si bien la suspensión de la libertad condicional no está expresamente prevista, no cabe duda que la misma tiene que operar en aquellos casos en los cuales la misma resulta incompatible con otras situaciones procesales que suponen la privación de libertad. Tal es el caso que concurre cuando sobreviene al interno una nueva condena por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional o cuando este ingresa en un Centro Penitenciario en calidad de preso preventivo, situación de preso preventivo y liberado condicional que es incompatible, declarándolo así el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia de fecha 28-04-08; FJ 7.º de otro lado, y desde una perspectiva puramente penitenciaria, todo ingreso en calidad de preventivo conlleva la desclasificación, artículo 104.2 del Reglamento Penitenciario, y siendo la libertad condicional, en definitiva, un grado de clasificación, el cuarto y último, debe quedar dicha libertad condicional en suspenso hasta tanto se aclaren las circunstancias que motivaron la adopción de la medida cautelar para, en su caso proceder a la revocación definitiva de dicha situación o, mantener su estado de suspensión hasta la desaparición de la medida. Alzamiento que, en todo caso, deberá ser acordado por este Juzgado”.

Asimismo se observan diferentes soluciones en los casos de nueva condena por delito anterior a la libertad condicional, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León en Auto de 13-5-13 acuerda la revocación invocando los criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, criterio numero 135 “la libertad se revocará en los supuestos expresamente previstos en el Código penal y además cuando dejaren de concurrir los presupuestos que permitieron su concesión”, añadiendo que resulta incompatible que el interno cumpla una pena privativa de libertad con el disfrute de los beneficios de de la libertad condicional..”. Por su parte el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid num.3 en Auto de 18-5-13, en un supuesto similar, en base a que no concurre ninguna de las causas de revocación previstas legalmente, y dado que siguen concurriendo los

demás requisitos excepto el de haber cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, acuerda; la suspensión hasta la nueva fecha de las $\frac{3}{4}$ partes, el ingreso en el Centro penitenciario, permanencia en tercer grado y ampliar la libertad condicional a la nueva causa que se hará efectiva en la fecha de cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes.

Liquidación de condena

Incluimos en este capítulo dos resoluciones novedosas, por un lado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2014, que confirma el criterio de la Audiencia Provincial de Tenerife establecido en sentencia de 30-1-2013, y acuerda compensar los días de obligación de comparecencia personal apud acta en el Juzgado durante la libertad provisional, cada 10 comparecencias se abona 1 día de privación de libertad. Y ello por aplicación del artículo 59 del Código Penal según interpretación establecida por Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 19 de diciembre de 2013 “la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal, atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”. La Sala estima que “el criterio de la compensación, además de su indudable apoyo en el significado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 de la Constitución Española), tendrá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, por cuanto que contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. De otra parte, porque facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación”. Discrepan, no obstante, del criterio de la mayoría dos Magistrados que formulan voto particular.

Sentencia que ofrece interés asimismo porque hace un estudio detallado del sistema de impugnación de las resoluciones sobre prisión preven-

tiva, aclarando cuando procede la casación ordinaria y cuando la casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria.

Por otro lado, la liquidación de condena de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que incluye en la misma los días de permiso ya disfrutados por el interno, concedidos vía queja por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en base a que fueron posteriormente revocados en apelación.

Permisos

Comenzamos el capítulo con una Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-01-13 que profundiza en la naturaleza jurídica de los permisos, “con el fin de determinar si el ámbito civil del artículo 6.1 del Convenio es aplicable a los procedimientos relativos a la solicitud de permisos penitenciarios, se debe determinar, en primer lugar si el prisionero poseía un «derecho» en el sentido de esta disposición. El Tribunal ha afirmado que ni el Convenio ni sus protocolos prevén expresamente un derecho a un permiso penitenciario. Observa que el Tribunal Constitucional español, el más alto tribunal en cuanto a la interpretación de la Constitución, ha declarado repetidamente que el permiso penitenciario no constituye un derecho subjetivo o fundamental, que aunque el preso cumpla los requisitos legales para la concesión del permiso, la Administración Penitenciaria puede denegarlo por razones que son coherentes con los objetivos constitucionales y legales del permiso. El Tribunal no encuentra razones poderosas para diferir de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Constitucional español. Concluyendo que no puede considerar que las quejas del demandante se refieran a un “derecho” reconocido en la legislación española o en el Convenio, por tanto el artículo 6 no es de aplicación”.

Se concede permiso ordinario en casos como el de interno condenado por delitos de terrorismo, en atención al esfuerzo rehabilitador, sincero y expresivo de una transformación (Auto Sala de Lo Penal de la Audiencia Nacional de 7-5-2013), a extranjero con arraigo y pese a tener resolución de expulsión (Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de 1-8-13), o en base a la valoración global positiva pese a la gravedad de los

delitos y lejanía de la fecha de cumplimiento (Auto del Juzgado de vigilancia Penitenciaria de Santander de 2-8-13).

En orden a la suspensión de permisos, destacamos el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30-1-13, que revoca la suspensión acordada por consumo no prescrito de un medicamento no psicotrópico (TCA). Si bien el recurso carece de objeto en tanto que acordada la suspensión por seis meses ya se ha cumplido el plazo, no obstante entra a resolver la cuestión. El Tribunal parte de que ha convalidado sin reparos la práctica consolidada de los Juzgados de Vigilancia de acordar una interrupción temporal en el disfrute de permisos por el interno en casos de analítica positiva a sustancias estupefacientes o psicotrópicas, como medio de consolidar la abstinencia y refuerzo negativo asociado al incumplimiento de las reglas de conducta impuestas para el permiso. No obstante en el supuesto que examina, teniendo en cuenta que los antidepresivos tricíclicos (TCA) no tienen la consideración legal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, pues no figuran en ninguna de las listas anexas a los respectivos convenios internacionales, y están clasificados como fármacos no susceptibles de abuso por los servicios de salud estadounidenses, estima que la suspensión de permisos durante todo un semestre por el simple consumo no prescrito de un medicamento no psicotrópico se presenta no solo como desproporcionada, sino incluso como un punto arbitrario.

Finalizamos con varios supuestos de concesión y denegación de permisos extraordinarios. El Juzgado de Instrucción de La laguna lo concede para reconocimiento médico por el equipo de Valoración de incapacidades, no autorizándolo el Juzgado de Vigilancia penitenciaria en Auto de 20-5-13 para valoración de discapacidad. Tampoco se autorizan para asistir al examen práctico de carnet de conducir (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Tenerife 10-5-13) ni para la renovación del permiso de residencia (Auto Juzgado de Instrucción de Viveiro -Lugo- de 6-6-13).

Prescripción de la pena

La omisión en el Código Penal (artículos 133 y 134) de las causas de interrupción de la prescripción de la pena a diferencia de la regulación

más detallada de la prescripción de los delitos, ha originado un intenso debate doctrinal, acrecentado y avivado por las recientes sentencias del Tribunal Constitucional que no reconocen eficacia interruptiva a la suspensión de la ejecución de la pena por indulto o la suspensión motivada en la interposición de un recurso de amparo. Es por ello que nos ha parecido oportuno traer a esta recopilación una muestra de estas sentencias que tienen su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010 de 15 de noviembre.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2013 de 18-12-13 examina un caso en que se aplica efecto interruptivo a la suspensión por indulto en el periodo de tramitación del expediente y hasta que se produce la denegación presunta (un año), lo cual no se ajusta a la doctrina de la Sentencia 97/2010, que descarta expresamente dicho efecto de interrupción en los casos de tramitación de indulto. La suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada legalmente como causa de interrupción de su prescripción, a diferencia de que sucedía en el Código precedente de 1973, en el Código Penal de 1995 no se contemplan causas de interrupción de la prescripción al margen del supuesto de quebrantamiento de condena.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2013 de 9 de septiembre otorga el amparo al recurrente sin afirmar expresamente la ausencia de eficacia interruptiva a la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena, artículos 80 y siguientes del Código Penal, anulando las resoluciones judiciales que reconocieron dicho efecto careciendo de un soporte argumental que armonice el tenor literal normativo, los fines de la institución y la decisión no prescriptiva acordada, haciendo una lectura expansiva y analógica en perjuicio del reo de la interrupción de la prescripción.

Prisión preventiva

El Tribunal Constitucional en Sentencia 2010/2013, de 16-12-13 otorga el amparo al recurrente, considerando que la aplicación de la denominada “prisión provisional diferida”, instrumento adoptado por la Audiencia Nacional al objeto de superar los obstáculos relativos a los pla-

zos máximos de la detención instrumental cuando hay una Orden europea de detención y entrega y la persona reclamada se encuentra en prisión, vulnera el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17.1 de la Constitución española. Instrumento que según el Alto Tribunal carece de cobertura legal, no existe precepto alguno que contemple este supuesto de hecho, su aplicación ha de reputarse contraria al principio de excepcionalidad, atenta también contra el mandato de previsibilidad, al mantener en suspensión y de modo indefinido la efectiva privación de libertad, haciéndola depender de circunstancias no controladas por el órgano judicial, y además dicha medida debe considerarse desproporcionada “dada su imprevisibilidad y la objetiva indeterminación de su vigencia temporal, lo que condiciona la falta de ponderación actualizada de los presupuestos fácticos concurrentes en la persona del reclamado, puesto que la prisión diferida implica una ejecución automática y aplazada en el tiempo de la prisión provisional, con la consiguiente ausencia de un análisis sobre su legitimación realizado al momento en que se materializa la privación de libertad, que resulta incompatible con el artículo 17 de la Constitución Española”.

Por otra parte el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Algeciras de 5-4-13, que sigue la línea jurisprudencial de abono de la prisión preventiva sufrida a otra causa cuyos hechos son posteriores a la medida cautelar, pero anteriores a la Sentencia absolutoria.

Régimen disciplinario

El Tribunal Constitucional en Sentencia 230/2012 de 20-12-12 estima el recurso de amparo en un supuesto de sanción impuesta como consecuencia de las manifestaciones vertidas por el interno en un escrito de queja dirigido al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a cuyo contenido accedieron los funcionarios del Centro Penitenciario y en función del cual se incoó el expediente disciplinario. No existe constancia en las actuaciones acerca de si dicho escrito fue introducido en un sobre por el interno, ni de si el mismo, en su caso, estaba abierto o cerrado. El demandante de amparo denunciaba entre otros la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones 18.3 de la Constitución Española.

Señala el Tribunal que nos encontramos ante una comunicación entre el interno y la autoridad judicial cuya intervención administrativa se encuentra constitucionalmente vedada, de conformidad con la doctrina recogida en aquel reciente pronunciamiento constitucional, según la cual: «Dada la ausencia de habilitación legal y la prohibición reglamentaria expresa de la intervención administrativa de una comunicación dirigida a un órgano judicial por quién se encuentra recluido en un Centro Penitenciario, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que tal intervención se encuentra constitucionalmente proscrita y vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del interno. Y ello con independencia de que el escrito se entregue para su curso en sobre abierto o cerrado o sin introducirlo en sobre alguno, pues en cualquier caso su destinatario es el Juez y la norma constitucional que garantiza el secreto de la comunicación se dirige inequívocamente a preservar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma” Pese a ello, los funcionarios del centro penitenciario accedieron al contenido del escrito de queja, vulnerando de este modo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente (artículo 18.3 y 25.2 de la Constitución Española) y en base a ello se incoó expediente disciplinario.

De acuerdo con las garantías contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española aplicables no sólo al proceso penal, sino también, con las matizaciones derivadas de su propia naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores y, en concreto, al procedimiento disciplinario penitenciario; y que, entre las garantías aplicables ex artículo 24.2 de la Constitución Española a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario, se encuentra la prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental, el Tribunal otorga el amparo, en la medida en que la prueba que sirvió de base al acuerdo sancionador fue obtenida violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española).

En esta línea mencionar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza 1, de 31-10-12, que deja sin efecto la sanción al cometerse el hecho en el seno de una correspondencia privada, aún siendo consciente el interno de la intervención de sus comunicaciones. Su tipificación como falta va más allá del fundamento y fin del régimen disciplinario.

Se estima la inexistencia de falta disciplinaria por rebasar el ámbito puramente disciplinario, en diferentes supuestos, así; en el consumo de alcohol según analítica tras regreso de permiso, dado que el consumo tiene lugar fuera del Centro Penitenciario (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 15-1-13 y Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 31-1-13), en las imputaciones, que pudieran ser constitutivas de infracción penal, realizadas en un funeral (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 25-2-13), y en los hechos cometidos en los calabozos de los Juzgados (Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 16-12-13).

En relación a las autolesiones, no las considera sancionables el Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real 11-7-13, ni se estiman constitutivos de la falta de coacciones, las advertencias o el inicio de actos de autolesión o huelga de hambre (Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2-7-13).

Por último se recogen otros supuestos en los que, o bien se deja sin efecto la sanción, “por actuar el interno en estado de brote psicótico agudo” atendiendo al principio de culpabilidad (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de 25-11-13), bien se rebaja la calificación de la falta o, aún estimando correcta la calificación se modera la sanción impuesta. Asimismo destacar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza num.1 de 6-2-13 que aplica el instituto de la “acumulación de sanciones”.

Responsabilidad patrimonial

Se recogen varios supuestos que declaran la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así en el caso de una agresión sexual cometida en periodo de libertad provisional, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 1-2-13 afirma que “ha existido en el caso litigioso una sinergia negativa y que ha venido formada por una serie de actuaciones u omisiones anómalas, incorrectas o defectuosas del complejo orgánico integrado por diversas personas, servicios, medios y actividades que constituye un órgano judicial, que pone de manifiesto que el funcionamiento de la Administración de Justicia

en este caso, concretamente la excesiva e innecesaria tardanza en detener e ingresar en prisión a un condenado peligroso, no puede ser considerado admisible, debiéndose apreciar en consecuencia la existencia de una anomalía de funcionamiento de la Administración de Justicia en el sentido amplio antes referido y que cumple el requisito de estar en relación de causa a efecto con la situación dañosa o perjudicial cuya indemnización se pretende”. Y en sentencia de la misma Sala de 12-2-13, establece la responsabilidad patrimonial y acuerda la indemnización del daño, en el supuesto de un delito de robo cometido por dos jóvenes que se encontraban en libertad condicional y libertad provisional respectivamente. En este caso la Administración no discutía la concurrencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, oponiéndose a la pretensión de la recurrente únicamente por la improcedencia y falta de acreditación de los daños reclamados.

Es declarada responsable la Administración Penitenciaria, primero en un caso de intento de suicidio de un interno que cumplía sanción de aislamiento en celda, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10-5-13, “es evidente que la conducta del interno fue imprescindible en la producción del daño y por ello ha de tener una incidencia relevante en la resolución de este proceso; ahora bien también la anomalía del servicio penitenciario ha de tenerse en cuenta. Luego estamos ante un caso de concurrencia de culpas, ya que en este caso se revela que junto a la voluntad suicida del interno intervino una concausa, el incumplimiento por parte de la Administración de sus deberes al no aplicar las medidas de vigilancia y custodia adecuadas. Existe pues relación causal entre ambas causas, si bien con diferente grado de incidencia, de tal manera que el perjudicado no tiene la obligación de soportar todo el daño”.

Por último la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4-10-13 declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Penitenciaria por una tentativa de homicidio en el centro penitenciario con arma blanca. Entre otros argumentos de la sentencia y dado que se trata de un delito cometido por un preso contra otro, afirma que “la norma aplicable sería el artículo 120.3 del Código Penal, cuyos requisitos son los siguientes: a) Que los hechos delictivos se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o esté contratado por el Estado o los demás organismos públicos concertados, que en el presente caso se concreta en el Centro Penitenciario de Córdoba, dependiente del Ministerio del

Interior; b) Que sea verificable y constatable la vulneración de la Ley o demás disposiciones, que en el presente caso se deben concretar en la violación tanto de la Ley General Penitenciaria como del Reglamento Penitenciario; c) Que dicha vulneración esté relacionada con el hecho punible cometido, es decir, dicha omisión debe ser causalmente influyente en la producción del hecho enjuiciado. Debiendo tenerse presente que la exigencia de nexo de causalidad entre la infracción legal y el hecho delictivo que en el artículo 120.3 del Código Penal viene a ser exigido en términos cuasi-absolutos, ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que lo que es exigible es que el incumplimiento administrativo suponga una “facilitación relevante” para la comisión del delito”.

Sanitaria

Se incluyen únicamente dos resoluciones, destacamos el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del Puerto de Santa María de 18-2-13, que acoge la petición del Centro de tratamiento médico forzoso, recomendado por los Servicios Médicos, (interno diagnosticado de retraso mental y trastorno antisocial de la personalidad y que había protagonizado diferentes episodios de agitación y conducta agresiva tanto hacia su persona como hacia sus compañeros teniendo que ser derivado al hospital en diferentes ocasiones), basándose en el deber de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su autoridad, según el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La asistencia médica obligatoria constituye el medio indispensable para evitar peligros para la integridad física y moral o incluso riesgo para la vida no sólo del interno sino de otros internos que el Estado tiene obligación de proteger (artículo 43 de la Constitución Española). Autoriza a los Servicios Médicos a prescindir del consentimiento del interno en relación al tratamiento médico que su estado patológico aconseje. Interno respecto al que, con posterioridad al citado Auto y en fechas recientes, se acordó la suspensión de la ejecución de la pena en virtud del artículo 60 del Código Penal.

Seguridad del establecimiento

En este capítulo destacamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/2013 de 7 de octubre de 2013, que otorga el amparo, en un supuesto en que el interno fue sometido a sendos cacheos integrales, tras una comunicación vis a vis, por las sospechas de que pudiera portar en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida o pudiera introducir en el centro objeto o sustancia que pudiera suponer un riesgo para la seguridad. Sostiene el Alto Tribunal, citando los artículos 18.1 de la Constitución, 71.1 y 68.2 del Reglamento Penitenciario, que la medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo integral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la Administración Penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental. Concluye que en el caso que ahora se examina falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral, puesto que únicamente se hace una referencia genérica a sospechas de ocultación de algún objeto, sin expresar ningún tipo de razón individual y contrastada que permita identificar la justificación de la medida.

Trabajo en Beneficio de la Comunidad

La ejecución de esta pena sigue provocando ríos de tinta, ante problemas no expresamente resueltos en la legislación.

En esta ocasión recogemos una resolución del Juzgado de lo Penal nº 3 Alcalá de Henares de 2-1-14 que desestima recurso de apelación del Ministerio Fiscal confirmando la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria, Auto 8-11-13, estableciendo que en la modalidad de cumplimiento en talleres o programas formativos, sin limitación de tipología delictiva a la que resulta de aplicación, no se requiere una coincidencia aritmética entre el número de jornadas impuestas (en este caso 540 jornadas) y el número de sesiones formativas y actividades que integran el taller o programa.

Por otra parte y en orden al quebrantamiento de esta pena, se observan soluciones dispares. De un lado destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial Cáceres de 25-2-13 que estima el recurso del Fiscal, calificando el hecho como delito de quebrantamiento de condena y no como falta de desobediencia, en su argumentación aduce el Fiscal “el delito de quebrantamiento de condena surge a la vida jurídica y se consumó en el momento en que el acusado hizo caso omiso de forma consciente y deliberada de la citación para elaborar el plan de trabajos a realizar por el mismo sabedor de que si él no acudía a esa llamada y no colaboraba en a confección de dicho plan, la pena impuesta en su día no podía iniciar su andadura. *La ejecución comienza desde el momento en que los Servicios Sociales (Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas) citan al condenado para la elaboración del plan de ejecución.*

En términos semejantes la Audiencia Provincial de Toledo que califica como delito de quebrantamiento de condena “la negativa expresa del penado a cumplirla”, argumentando la existencia del mismo en el supuesto de incomparecencia, invocando la figura de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal.

En sentido diferente se pronuncia la Audiencia provincial de Soria de 17-5-13, “cabe distinguir dos fases de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, una inicial o preliminar orientada a establecer el plan de cumplimiento de la misma, y otra; segunda o definitiva en la que se procede a realizar materialmente el trabajo asignado, que sería la que podría denominarse propiamente de cumplimiento efectivo de la pena... Aún encontrándonos en la fase de ejecución material de trabajo, el legislador se muestra proclive a la búsqueda de fórmulas alternativas de cumplimiento, cuando el penado incurra en anomalías, incluso cuando se

produzca un abandono del trabajo durante dos jornadas, orientando al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que detecta estas irregularidades que trate de solventarlas con fórmulas de trabajo alternativo y como última posibilidad que se considere quebrantada la condena. En el presente supuesto el plan de ejecución no había sido propuesto, ni elevado a la Autoridad judicial a los efectos oportunos. Por lo que la falta de comparecencia del penado a la cita concertada por los Servicios no podía ser considerada como delito de quebrantamiento de condena. *Si no existió plan de ejecución aprobado y consentido por el penado, no podemos hablar de inicio de cumplimiento de la pena*”.

Traslados

Se resuelve de nuevo en favor de la Administración Penitenciaria la competencia sobre el destino inicial y traslado de los internos, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en Sentencia 10/2012, de 29 de mayo, “en el contexto de las circunstancias en las que se acordó el traslado del interno, la resolución administrativa no puede reputarse inmotivada a los fines de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria afirme, primero, y mantenga, después, su jurisdicción”.

Se estima sin embargo el recurso contencioso administrativo frente al traslado, en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8-3-2013, en que la Administración alegaba la falta de plazas en los centros solicitados. La Sala entiende que era exigible a la Administración acreditar tal fundamento de su resolución denegatoria, ya que al penado no le es posible acreditar en modo alguno que hay plazas vacantes en los centros solicitados en el momento en que realiza la solicitud.

Igual sentido estimatorio tiene la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25-5-13, en un caso en que se denegaba el traslado de centro, teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza de los hechos que se imputan al recurrente, la entidad delictiva del interno, el régimen de vida asignado, la mayor disponibilidad de plazas adecuadas a estas características en el Centro trasladado y por razones de seguridad. El Tribunal sin negar la potestad discrecional de la Administración, señala que en el expediente administrativo no se ha justificado documentalmente con los

preceptivos Informes de la Junta de Tratamiento, del Educador Social, Psicólogo, Trabajador Social, las causas concretas en el interno que desaconsejan el traslado de Centro a otro más próximo a su entorno familiar y social. Incluso el único Informe existente de la Trabajadora Social emite una propuesta favorable al traslado a un Centro cercano a la familia para poder fomentar y mantener el vínculo familiar. Por ello, en el presente expediente, ante la ausencia total de motivación o justificación de la denegación del traslado, salvo la genérica explicación de razones regimentales conlleva a que proceda estimar el recurso interpuesto.

Por último la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12-7-13, también estima el recurso interpuesto frente a la resolución de traslado, si bien la Administración asume la necesidad del acercamiento del interno a Galicia en razón a su particular -y penosa- situación familiar, lo restringe a sólo tres meses sin que para ello aduzca siquiera algún motivo. Concluye que dicha limitación carece de justificación suficiente cuando el traslado sí aparece revestido de una motivación clara y razonada, lo que justifica se estime el recurso en el sentido de autorizar el traslado del actor al Centro Penitenciario de A Lama o a cualquier otro del territorio gallego sin la limitación temporal impuesta por la resolución impugnada.

Finalmente recogemos dos autos que estiman la queja del interno acerca del traslado de pertenencias, en concreto la televisión.

Otros

Finalizamos la recopilación al igual que en ediciones anteriores con varias resoluciones de diversa naturaleza, que bien podían haber integrado capítulos diferenciados, como ha sucedido en otras ocasiones, pero debido a la presencia de una única resolución parece mas adecuado esta ubicación sistemática.

El Auto del Tribunal Constitucional 255/2013 de 5-11-13, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado Penal num.15 de Barcelona cuyo objeto es la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto la atribución de la competencia funcional para decidir determinados recursos de apelación y

queja contra resoluciones dictadas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria al Tribunal sentenciador.

Y otras tres resoluciones, una de localización permanente en su modalidad de cumplimiento en Centro Penitenciario, otra que estima la queja relativa a la inclusión en el fichero de internos de especial seguimiento por ausencia de motivación, y la última, un supuesto de suspensión de ejecución de la pena por trastorno mental grave.

CAPÍTULO I

ACUMULACIÓN

1. SENTENCIA DE TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS DE FECHA 21/10/13

Derogación de la Doctrina Parot

Hechos

I. Circunstancias del asunto

La demandante nació en 1958. Se encuentra encarcelada en un Centro Penitenciario de la región de Galicia.

En el marco de ocho procedimientos penales distintos ante la Audiencia Nacional¹, la interesada fue condenada a:

- En la sentencia 77/1988 del 18 de diciembre de 1988: por los delitos de pertenencia a organización terrorista, a ocho años de prisión; por posesión ilegal de armas, a siete años de prisión; por tenencia de explosivos, a ocho años de prisión; por falsificación de documentos oficiales, a cuatro años de prisión y por falsificación de documento de identidad, a seis meses de prisión.
- En la sentencia 8/1989 del 27 de enero de 1989: por los delitos de estragos, con seis delitos por lesiones graves, uno de lesión menos grave y nueve faltas de lesiones, a una pena de dieciséis años de prisión.
- En la sentencia 43/1989 del 22 de abril de 1989: por un delito de atentado con resultado de muerte y otro de asesinato, a dos penas de veintinueve años de prisión.

¹ Jurisdicción con sede en Madrid, especialmente competente en materia de terrorismo.

- En la sentencia 54/1989 del 7 de noviembre de 1989: por un delito de atentado con resultado de muerte, a treinta años de prisión; por el de once delitos de asesinato, a veintinueve años de prisión por cada uno; por el de setenta y ocho delitos de asesinato frustrado, a veinticuatro años de prisión por cada uno; por el de un delito de estragos, a once años de prisión. La Audiencia Nacional indicó que en aplicación del ap. 2 del artículo 70 del Código Penal, el límite máximo de la condena sería de treinta años de prisión.
- En la sentencia 58/1989 del 25 de noviembre de 1989: por un delito de atentado con resultado de muerte y dos asesinatos, a veintinueve años de prisión por cada uno. La Audiencia precisó que de conformidad con lo dispuesto en el ap. 2 del artículo 70 del Código Penal de 1973, el límite máximo de la condena sería de treinta años de prisión.
- En la sentencia 75/1990 del 10 de diciembre de 1990: por un delito de atentado con resultado de muerte, a treinta años de prisión; por cuatro delitos de asesinato, a treinta años de prisión por cada uno; por once intentos de asesinato, a veinte años de prisión por cada uno; por un delito de terrorismo, a ocho años de prisión. La sentencia indicaba que para el cumplimiento de la penas de privación de libertad habría que tener en cuenta el límite establecido en el ap. 2 del artículo 70 del Código Penal de 1973.
- En la sentencia 29/1995 del 18 de abril de 1995: por un delito de atentado con resultado de muerte, a veintinueve años de prisión; por un delito de asesinato, a veintinueve años de prisión (por el delito de atentado con resultado de muerte, a veintiocho años de prisión; por el delito de asesinato frustrado, a veinte años de prisión). La Audiencia se refirió igualmente a los límites previstos en el artículo 70 del Código Penal.
- En la sentencia 24/2000 del 8 de mayo de 2000: por un delito de atentado en concurso ideal con un delito de asesinato frustrado, a treinta años de prisión; por un delito de asesinato, a veintinueve años de prisión; por diecisiete delitos de asesinato frustrado, a veinticuatro años de prisión por cada uno de ellos;

y por un delito de estragos, a once años de prisión. Se indicaba que las penas establecidas serían cumplidas dentro de los límites previstos en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973. Emplazada a pronunciarse sobre la cuestión de saber si se debía aplicar el Código Penal de 1973 en vigor en el momento de la comisión de los hechos delictivos, o el nuevo Código Penal de 1995, la Audiencia Nacional consideró que el antiguo Código Penal de 1973 era más favorable para la acusada habida cuenta del límite máximo de la condena a cumplir, establecida en el artículo 70.2 de este texto combinado con el régimen de redenciones de pena por trabajo en prisión instaurado en su artículo 100.

El total de las penas privativas de libertad pronunciadas por estos delitos cometidos entre 1982 y 1987 ascendía a más de 3.000 años de prisión.

La demandante permaneció en prisión provisional desde el 6 de julio de 1987 al 13 de febrero de 1989. El 14 de febrero de 1989, comenzó a cumplir su primera condena tras ser condenada el 14 de febrero de 1989.

Por una decisión del 30 de noviembre de 2000, la Audiencia Nacional notificó a la demandante que la conexión jurídica y cronológica de los delitos por los que había sido condenada, permitía la acumulación de las penas impuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el ap. 2 del artículo 70 del Código Penal de 1973, en vigor en el momento de la comisión de los hechos. La Audiencia Nacional estableció una duración de 30 años de prisión como límite máximo de prisión que la demandante debería cumplir para el conjunto de las penas privativas de libertad dictadas contra ella.

Por decisión del 15 de febrero de 2001, la Audiencia Nacional estableció el día 27 de junio de 2017 como fecha para la liquidación de la condena.

El 24 de abril de 2008, teniendo en cuenta los 3282 días de remisiones de pena por el trabajo concedidos a la interesada por el trabajo efectuado en prisión desde 1987, el Centro Penitenciario de Murcia donde se encontraba encarcelada la demandante, propuso el día 2 de julio de 2008 como fecha de su puesta en libertad. Se desprende de los documentos sometidos

al Tribunal por el Gobierno, que a la demandante se le habían concedido redenciones de pena ordinarias y extraordinarias en virtud de las decisiones tomadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en primera instancia y por las Audiencias Provinciales en apelación, en 1993, 1994, 1997, 2002 2003 y 2004 por trabajos de mantenimiento en el Centro penitenciario, tanto en su celda como en los espacios comunes así como por cursar estudios universitarios.

Sin embargo, el 19 de mayo de 2008, la Audiencia Nacional rechazó la propuesta de 24 de abril de 2008 y solicitó a las autoridades penitenciarias fijar otra fecha de puesta en libertad en base a la nueva jurisprudencia (llamada “doctrina Parot”) que se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo 197/06, dictada por el Tribunal Supremo el 28 de febrero de 2006. Según esta nueva jurisprudencia, los beneficios penitenciarios y las redenciones de pena ya no se debían computar sobre el límite máximo de 30 años, sino sucesivamente sobre cada una de las penas pronunciadas (ver “El Derecho y la jurisprudencia internas aplicables”, más adelante).

La Audiencia Nacional precisó que esta nueva jurisprudencia no se aplicaba más que a las personas condenadas según el Código Penal de 1973 y a los justiciables según el artículo 70.2 de este texto. Señalando que la demandante se encontraba en esta situación, decidió que en consecuencia su fecha de puesta en libertad debía ser modificada.

Contra esta decisión, la demandante presentó un recurso de súplica. Mantenía especialmente en su recurso, que la aplicación de la citada sentencia del Tribunal Supremo atentaba contra el principio de la no retroactividad de las normas penales que sean menos favorables para el acusado ya que, en vez de computarse sobre la condena, cuyo límite máximo de cumplimiento era de treinta años, las redenciones de pena por trabajo en prisión lo serían, a partir de entonces, sobre cada una de las penas pronunciadas. Alegaba que la duración de su encarcelamiento se prolongaba así cerca de nueve años. El Tribunal no tiene conocimiento del resultado de este recurso.

Mediante auto del 23 de junio de 2008, fundamentado en una nueva propuesta del Centro Penitenciario, la Audiencia Nacional, fijó el 27 de junio de 2017 como fecha definitiva de puesta en libertad de la demandante.

La demandante presentó un recurso de súplica contra el auto de 23 de junio de 2008. Por decisión de 10 de julio de 2008, la Audiencia Nacional desestimó el recurso de la demandante precisando que la cuestión que se planteaba no trataba del límite máximo de las penas de prisión, sino de la forma de computar los beneficios penitenciarios de dichas penas, con el fin de determinar la fecha de puesta en libertad. Añadió que los beneficios penitenciarios debían computarse desde entonces en relación con cada una de las penas tomadas individualmente. Finalmente, estimó que no se había infringido el principio de no retroactividad, ya que se había aplicado la ley penal que estaba en vigor en el momento de su aplicación.

Invocando los artículos 14 (prohibición de discriminación, principio de igualdad), 17 (derecho a la libertad), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución, la demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante auto del 17 de febrero de 2009, el Alto Tribunal declaró el recurso inadmisibile aduciendo que la demandante no había justificado la trascendencia constitucional de sus quejas.

II. Legislación y jurisprudencia interna aplicable

A. La Constitución

Las disposiciones pertinentes de la Constitución están así redactadas:

Artículo 9

“(…)

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Artículo 14

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión,

opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Artículo 17

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstas en la ley. (...)”

Artículo 24

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (...)”

Artículo 25

- “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”
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. (...)”

B. El Derecho aplicable en virtud del Código Penal de 1973

En lo que aquí interesa, las disposiciones aplicables del Código Penal de 1973 en vigor en el momento en el que los hechos fueron cometidos, son las siguientes:

Artículo 70

“Cuando todas o algunas de las penas (...) no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes:

- 1ª. En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido (...).
- 2ª. No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”

Artículo 100 (modificado por la Ley Orgánica núm. 8/1983)

“Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

No podrán redimir pena por el trabajo:

1. Quienes quebranten la condena o intentaran quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.
2. Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena.”

En lo que aquí interesa, la disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en vigor en el momento de los hechos, está así redactada:

Artículo 988

“(…) cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno sólo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del artículo 70 del Código Penal. (...)”

El derecho a las redenciones de pena por trabajo en prisión estaba previsto en el Reglamento relativo a la Administración penitenciaria del 2 de febrero de 1956, cuyas disposiciones, en lo que aquí interesa (artículos 65-73) eran de aplicación en el momento de la comisión de los hechos en virtud de la disposición transitoria segunda del Reglamento penitenciario de 1981. En lo que aquí interesa, las disposiciones del Reglamento de 1956 eran:

Artículo 65

- “1. Conforme al artículo 100 del Código Penal, podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los condenados a penas de reclusión, presidio y prisión.
3. No podrán redimir pena por el trabajo en la causa que se encuentre cumpliendo:
 - a) Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.

- b) Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la misma. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores (...)"

Artículo 66

- “1. Todo recluso que reúna los requisitos legales, cualesquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentre, podrá redimir su pena por el trabajo, abonándosele un día de aquella por cada dos de trabajo, a efectos de su liberación definitiva, contándose asimismo el tiempo redimido, en su caso, para la concesión de la libertad condicional.
2. La Junta de Régimen de Establecimiento elevará la propuesta correspondiente al Patronato de Nuestra Señora de la Merced², y aprobada aquella, le serán de abono los días trabajados, con carácter retroactivo, a partir del día en que dio comienzo el trabajo”

Artículo 68

El trabajo de los penados podrá ser: retribuido o gratuito, intelectual o manual, dentro de los Establecimientos o fuera de éstos (...); pero en todo caso habrá de ser de naturaleza útil.

Artículo 71

“(..."

3. Igualmente, serán otorgables redenciones extraordinarias en razón a las circunstancias especiales de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo (...) con un límite de uno por

² Mediante disposición transitoria del Reglamento Penitenciario de 1981, la competencia atribuida al Patronato de Nuestra Señora de la Merced, fue trasladada a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

cada día de trabajo y de ciento setenta y cinco días por cada año de cumplimiento efectivo de la pena (...).”

Artículo 72

“La redención de la pena por el esfuerzo intelectual podrán obtenerla los penados por los siguientes conceptos:

- 1.º Por cursar y aprobar las enseñanzas religiosas o culturales establecidas y organizadas por el Centro directivo.
- 2.º Por pertenecer a las agrupaciones artísticas, literarias o científicas de la Prisión.
- 3.º Por desempeñar destinos intelectuales.
- 4.º Por la realización de producción original, artística, literaria o científica. (...).”

Artículo 73

El beneficio de redención de penas por el trabajo se perderá:

1. Cuando realice intento de evasión, consiga o no su propósito. En este caso quedará inhabilitado para redimir en lo sucesivo.
2. Por la comisión de dos faltas graves o muy graves. (...)

Los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes

El artículo 98 del Código Penal de 1973, que regulaba la libertad condicional de los condenados, estaba redactado de la siguiente manera:

Se establece la libertad condicional para los sentenciados a más de un año de privación de libertad en quienes concurren las siguientes circunstancias:

1. Que se encuentren en el último período de condena.
2. Que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta.

3. Que merezcan dicho beneficio por su intachable conducta, y
4. Que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad.

El artículo 59 del Reglamento penitenciario de 1981 (Real decreto núm. 1201/1981, que definía las modalidades de cálculo de la duración de la privación de libertad (a saber las tres cuartas partes de la pena) que daban derecho a la libertad condicional, dice así:

Artículo 59

“Para el cómputo de las tres cuartas partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

- a) El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratara de una nueva pena de inferior duración.
- b) De la misma forma se procederá respecto a los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena.
- c) Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. (...)

C. El Derecho aplicable tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995

Promulgado el 23 de noviembre de 1995, el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica núm. 10/1995) sustituyó al Código Penal de 1973. Entró en vigor el 24 de mayo de 1996.

El régimen de redenciones de pena por trabajo en prisión fue derogado por el nuevo Código. Sin embargo, las disposiciones transitorias primera y segunda de este texto prevén que los encarcelados condenados en base al antiguo Código Penal de 1973 podrán continuar a disfrutar de este nuevo régimen aunque su condena haya sido pronunciada tras la entrada

en vigor del nuevo Código. Las disposiciones transitorias en cuestión están así redactadas:

Disposición transitoria primera

Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgaran conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas.

Disposición transitoria segunda

Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo.

En virtud de la disposición transitoria primera del Reglamento penitenciario de 1996 (Real Decreto núm. 190/1996), los artículos 65-73 del Reglamento de 1956 siguen siendo de aplicación para la ejecución de las penas pronunciadas de acuerdo con el Código Penal de 1973 y a la determinación de la Ley penal más favorable.

El Código Penal de 1995 introdujo nuevas reglas relativas al límite máximo de las penas de prisión y a los beneficios penitenciarios que se aplicarían. Estas reglas fueron modificadas por la Ley Orgánica núm. 7/2003 que instituía unas medidas de reforma destinadas a garantizar el cumplimiento integral y efectivo de las penas. Las disposiciones modificadas del Código Penal, en lo que aquí interesa son las siguientes:

Artículo 75

“Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.”

Artículo 76

- “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:
- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
 - b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años
 - c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
 - d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en un sólo”.

Artículo 78

- “1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.
2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a, b, c y d del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (...)”

Según la exposición de motivos de la Ley núm. 7/2003, el artículo 78 del Código Penal tiene como objetivo reforzar la eficacia de la represión penal de los crímenes más graves:

“(...) reforma el artículo 78 del Código Penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio.

Con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 ó 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.”

El artículo 90 del Código Penal de 1995 (modificado por la Ley Orgánica núm. 7/2003) regula la libertad condicional. Esta disposición supedita la concesión de la libertad condicional a condiciones similares a las previstas por el Código Penal de 1973 (concesión del tercer grado penitenciario, cumplimiento de tres cuartas partes de la pena, buena conducta, y pronóstico favorable de reinserción social), pero exige además que el condenado haya cumplido las obligaciones derivadas de su responsabilidad civil. Para poder disfrutar de un pronóstico favorable de reinserción social, las personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en banda organizada deberán haber manifestado mediante señales inequívocas su renuncia a los objetivos y métodos del terrorismo y haber colaborado activamente con las autoridades. Dicho comportamiento podrá concretarse en una declaración expresa renegando de los actos que han cometido y renunciando a la violencia, así como con una petición explícita de perdón a las víctimas. A diferencia de las nuevas reglas relativas al límite máximo de la condena y a las condiciones de aplicación de los beneficios penitenciarios en caso de condenas múltiples (artículos 76 y 8 del Código Penal), el artículo 90 del Código Penal se aplica inmediatamente sin tener en cuenta el momento de la comisión de los delitos ni la fecha de condena (Disposición Transitoria Única de la Ley núm. 7/2003).

D. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

1. La jurisprudencia anterior a la “doctrina Parot”

En un auto de 25 de mayo de 1990, el Tribunal Supremo declaró que la acumulación de penas prevista en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no era una modalidad de “ejecución” de la pena sino una modalidad de determinación de ésta, y por esta razón la aplicación de este dispositivo era competencia del órgano jurisdiccional sentenciador y no del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Mediante sentencia de 8 de marzo de 1994 (529/1994), el Tribunal Supremo decidió que el límite máximo de la condena prevista en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 (treinta años de cárcel) se consideraba como una “nueva pena, resultante y autónoma, a la que se refieren los beneficios penitenciarios previstos por la ley, como la libertad condicio-

nal y las redenciones de pena”. Sobre este pronunciamiento, el Tribunal Supremo destacó que el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981 preveía que la acumulación de dos penas privativas de libertad debía considerarse una nueva pena para la concesión de la libertad condicional.

Mediante acuerdo adoptado por el Pleno el 18 de julio de 1996 tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo especificó que, para determinar la ley penal más favorable, había que tener en cuenta el régimen de redención de penas previstas en el antiguo Código Penal de 1973 para comparar las condenas fijadas por dicho Código y por el nuevo Código Penal de 1995, respectivamente. Añadía que, en aplicación del artículo 100 del Código Penal de 1973, por cada dos días de detención que hubiera cumplido un condenado se consideraba de manera irrevocable que había cumplido tres. En su opinión, la aplicación de esta regla de cálculo creaba un estatuto carcelario adquirido por la persona a quien beneficiaba³. Los órganos jurisdiccionales españoles que tuvieron que ajustarse a este criterio para comparar las condenas fijadas por el nuevo Código Penal y por el antiguo, respectivamente, tuvieron en cuenta las redenciones de pena concedidas en aplicación de este último texto. En consecuencia, consideraron que, en el caso en que el resto de la condena, una vez deducidas las redenciones de pena concedidas antes de la entrada en vigor del nuevo Código no superase la duración de la pena prevista por dicho texto no se podía considerar que éste fuese más favorable que el antiguo Código. Este enfoque se confirmó en decisiones del Tribunal Supremo, en particular en las sentencias 557/1996 de 18 de julio de 1996 y 1323/1997 de 29 de octubre de 1997.

El Tribunal Supremo mantuvo esta línea jurisprudencial de interpretación del límite máximo de la condena, según establece el artículo 76 del nuevo Código Penal de 1995. En la sentencia 1003/2005 dictada el 15 de septiembre de 2005, declaró que “este límite se consideraba como una nueva pena, resultante y autónoma, a la que se remitían los beneficios previstos por la ley, como la libertad condicional, los permisos de salida, y las concesiones del tercer grado penitenciario”. Del mismo modo y en los mismos términos, indicó en la sentencia 1223/2005, dictada el 14 de octu-

³ Interpretación de la disposición transitoria segunda del Código Penal de 1995. Ver igualmente el acuerdo adoptado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en sesión plenaria el 12 de febrero de 1999, respecto de la aplicación del nuevo límite de la condena conforme al nuevo Código Penal de 1995.

bre de 2005 que el límite máximo de la condena “se analizaba como una nueva pena, resultante y autónoma, a la que se remitían los beneficios previstos por la ley, como la libertad condicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 78 del Código Penal de 1995”.

2. La “doctrina Parot”

En la sentencia 197/2006 dictada el 28 de febrero de 2006, el Tribunal Supremo establece una jurisprudencia conocida con el nombre de “doctrina Parot”. Este asunto se refería a un terrorista miembro de ETA (H. Parot) que había sido condenado en base al Código Penal de 1973. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo reunida en sesión plenaria decidió que las redenciones de pena concedidas a los detenidos debían aplicarse a cada una de las penas dictadas y ya no al límite máximo de encarcelamiento de treinta años fijado en artículo 70.2 del Código Penal de 1973. Para resolver de este modo, el Alto Órgano jurisdiccional se apoyó, en particular, en una interpretación literal de los artículos 70.2 y 100 del Código Penal de 1973, según la cual, ese límite máximo de encarcelamiento no se consideraba como una nueva pena distinta de las penas dictadas ni como una pena distinta resultante de éstas, sino que correspondía al límite máximo de encarcelamiento de un condenado en un centro penitenciario. Este razonamiento realizaba una distinción entre la “pena” y la “condena” indicando la primera de estas expresiones las penas impuestas consideradas de manera aislada, sobre las que se debían computar las redenciones de pena, y la segunda, por su parte, el límite máximo de encarcelamiento. El Tribunal Supremo destacó también una interpretación teleológica. En lo que aquí interesa su razonamiento es el siguiente:

“(…) una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado artículo 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código Penal considera la limitación de treinta años como una

nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código Penal se refiere a la limitación resultante con el término de «condena», de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas «penas» impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieren o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará «de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximum de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años»; (...) e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del artículo 70 del Código Penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo «por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas»; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la Ley), «determinando el máximo de cumplimiento de las mismas» (expresado de igual forma así de claro).

Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una «refundición de condenas», sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al artículo 100 del Código Penal.

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, (...), determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años, $20+10=30$. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años”.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Supremo declaró que no existía ningún principio establecido en su jurisprudencia sobre la cuestión específica de la interpretación del artículo 100 del Código Penal de 1973 en relación con el artículo 70.2 del mismo texto. Sólo citó una resolución, la de 8 de marzo de 1994, en la que consideró que el límite máximo previsto en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 se consideraba como una “nueva pena autónoma” (véase el ap. anterior). No obstante, descartó la solución a la que había llegado en esa resolución, aduciendo que ésta era aislada y no se podía alegar como precedente pues nunca se había aplicado de manera constante.

Añadía que, incluso suponiendo que su nueva interpretación del artículo 70 del Código Penal de 1973 pudiera considerarse contraria a la jurisprudencia y a la práctica penitenciaria anteriores, el principio de igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución) no impedía giros jurisprudenciales siempre que éstos estuvieran suficientemente motivados. Además, consideraba que el principio de no retroactividad de la ley penal (artículos 25 ap. 1 y 9 ap. 3 de la Constitución) no tenían la vocación de aplicarse a la jurisprudencia.

La sentencia 197/2006 se adoptó por mayoría de doce votos contra tres. Los tres magistrados disidentes añadieron un voto particular en el que declararon que las penas impuestas sucesivamente se transformaban o se confundían en otra pena, de igual naturaleza pero distinta en cuanto subsumía las distintas penas para formar una sola. Indicaban que esa pena, que calificaron de “pena de cumplimiento” era la resultante de la aplicación del límite establecido en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 que, al cumplirse, implicaba la extinción de las penas sobrantes. Añadían que esta nueva “unidad punitiva” correspondía a la condena que tenía que cumplir el condenado y que las redenciones de pena por trabajo en prisión debían aplicarse a ésta, especificando que las redenciones en cuestión incidían en las penas impuestas pero sólo después de la aplicación a estas últimas de las reglas relativas a la ejecución sucesiva de las penas “para su cumplimiento”. Por otra parte, los jueces disidentes recordaron que, para determinar la ley penal más favorable tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, todos los órganos jurisdiccionales españoles - incluido el Tribunal Supremo (acuerdos adoptados por el Pleno de la Sala de lo Penal el 18 de julio de 1996 y el 12 de febrero de 1999) - partían del principio de que las redenciones de pena se debían aplicar a la pena deri-

vada de la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 (es decir al límite de treinta años). Subrayaron que en aplicación de este principio, no menos de dieciséis personas declaradas culpables de terrorismo se habían beneficiado recientemente de redenciones de pena por trabajo en prisión aunque habían sido condenadas a penas de cárcel por un total de más de cien años.

Los jueces disidentes consideraron además que, por no haber sido previsto en el antiguo Código Penal de 1973, el método utilizado por la mayoría se consideraba como una aplicación retroactiva e implícita del nuevo artículo 78 del Código Penal de 1995, modificado por la Ley Orgánica 7/2003 que instituye medidas de reforma destinadas a garantizar la ejecución íntegra y efectiva de las penas. Por otra parte, estimaron que esa interpretación contra reum se derivaba de una política de cumplimiento íntegro de las penas que era ajena al Código Penal de 1973, que podía ser fuente de desigualdades y que iba en contra de la jurisprudencia establecida del Tribunal Supremo (sentencias de 8 de marzo de 1994, de 15 de septiembre de 2005 y de 14 de octubre de 2005). Por último, declararon que ninguna consideración de política criminal podía justificar tal ruptura del principio de legalidad, incluso en el caso de un terrorista sanguinario e impenitente como de quien se trataba en el asunto en cuestión.

3. Aplicación de la “doctrina Parot”

El Tribunal Supremo confirmó la “doctrina Parot” en sentencias posteriores (véase, por ejemplo, la sentencia 898/2008 de 11 de diciembre de 2008). En la sentencia 343/2011 dictada el 3 de mayo de 2011, se refirió al giro de jurisprudencia realizado por la sentencia 197/2006 de la manera siguiente:

“En el caso, el recurrente disponía de una previsión inicial de cumplimiento total del límite máximo de cumplimiento para el 17 de noviembre de 2023, que no ha sido aún rectificada. Lo que se ha modificado es la forma en la que se aplican los beneficios penitenciarios. Hasta la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 197/2006, antes citada, se aplicaban sobre el límite máximo. Tal criterio fue considerado erróneo por la citada sentencia y otras que la siguieron, que entendieron que aquellos beneficios debería aplicarse sobre las

penas efectivamente impuestas, que debían cumplirse sucesivamente hasta alcanzar el límite máximo fijado por la ley.”

Según la información suministrada por el Gobierno, la “doctrina Parot” se ha aplicado a noventa y tres miembros de ETA condenados y a otras treinta y siete personas declaradas culpables de delitos especialmente graves (narcotraficantes, violadores y asesinos).

E. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En su sentencia núm. 174/1989, de 30 de octubre de 1989, el Tribunal Constitucional señalaba que las remisiones de condena por trabajos realizados durante la reclusión previstas en el artículo 100 del Código Penal de 1973 se han validado periódicamente por los jueces encargados de la ejecución de las penas (Jueces de Vigilancia Penitenciaria) a raíz de una propuesta de las autoridades penitenciarias. Explicaba que las remisiones de condena que ya habían sido aprobadas tenían que ser tenidas en cuenta por el tribunal sentenciador que debía pronunciarse sobre la liquidación del plazo de prisión que debía ser cumplido (condena), y que las remisiones ya reconocidas en aplicación de la ley no podían ser revocadas posteriormente para corregir errores o permitir la aplicación de una nueva interpretación. Añadía que, a falta de una apelación contra una decisión de un juez encargado de la ejecución de las penas, ésta se convertía en firme y vinculante de conformidad con el principio de seguridad jurídica y el derecho a que no se revoquen las decisiones judiciales firmes. Consideraba que el derecho a la remisión de la condena por el trabajo realizado durante la reclusión no tenía carácter condicional en virtud de la legislación pertinente, como lo demuestra el hecho de que los presos que mostraban mala conducta o intentaban una huida perdían ese derecho únicamente respecto de futuros beneficios penitenciarios, pero no con respecto a los ya reconocidos.

En la sentencia núm. 72/1994 de 3 de marzo de 1994, el Tribunal Constitucional explicó que en las remisiones de condena por trabajo realizado durante la reclusión previstas en el artículo 100 del Código Penal de 1973 se reflejaba el principio consagrado en el artículo 25 ap. 2 de la

Constitución, según el cual las penas que conllevan prisión debe tener por objeto la rehabilitación y reinserción social del delincuente.

Varias personas que habían padecido los efectos de la “doctrina Parot” habían interpuesto recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Fiscal apoyó los casos de algunas de las personas afectadas, que alegaban en sus recursos vulneraciones de los principios de legalidad y de interpretación no retroactiva de la ley en perjuicio del acusado. En sus alegaciones, sostenía que el principio de legalidad - y el principio de no retroactividad que éste implica- debe aplicarse a la ejecución de las penas. En una serie de sentencias de 29 de marzo 2012, el Tribunal Constitucional, reunido en Pleno, se pronunció sobre el fondo de estos recursos de amparo.

En dos de estas sentencias (núm. 39/2012 y núm. 57/ 2012), el Tribunal Constitucional estimó los recursos, al considerar que se había producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 ap. 1 de la Constitución) y del derecho a la libertad (artículo 17 ap. 1 de la Constitución). Consideraba que el nuevo método de aplicación de las remisiones de pena como resultado de la desviación por parte del Tribunal Supremo de su propia jurisprudencia en 2006 había cuestionado resoluciones judiciales firmes relativas a las partes interesadas. Tomaba nota de que la Audiencia Nacional, que había adoptado las decisiones en cuestión, había considerado que el Código Penal de 1973 (que preveía una pena máxima de prisión de treinta años) era más favorable a los afectados que el Código Penal de 1995 (en el que límite era de veinticinco años), ya que habrían perdido el derecho a la remisión de la pena desde el momento en que entró en vigor el Código Penal de 1995, en caso de que se les hubiera aplicado. Observando que la Audiencia Nacional había basado su conclusión en el principio de que las remisiones de pena previstas en el antiguo Código deben ser deducidas del plazo máximo legal de la pena de prisión (es decir, treinta años), sostuvo que las decisiones judiciales firmes no podían modificarse por una nueva decisión judicial, aplicando otro método. Llegó a la conclusión de que se había producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y, más específicamente, del derecho a que las decisiones judiciales firmes revocadas (la “intangibilidad” de las decisiones judiciales firmes, o el principio de la cosa juzgada). En cuanto al derecho a la libertad, consideró que, habida cuenta del Código Penal de 1973 y el método de aplicación de las remisiones de pena adoptado en las decisiones judiciales citadas anteriormente, los reclusos afect-

tados habían cumplido sus condenas, lo que significaba que su reclusión después de la fecha de excarcelación propuesta por las autoridades penitenciarias (de conformidad con las normas aplicables anteriormente) carecía de base jurídica. En ambas decisiones se refería a la sentencia del Tribunal en el caso de Grava contra Italia (núm. 43522/98, aps. 44-45, 10 de julio de 2003).

En un tercer caso (sentencia núm. 62/2012), el Tribunal Constitucional estimó un recurso de amparo al considerar que se había producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 § 1 de la Constitución), ya que la Audiencia Nacional había cambiado la fecha de excarcelación definitiva del recluso, sin tener en cuenta de este modo su propia decisión judicial firme dictada unos días antes.

El Tribunal Constitucional rechazó los recursos de amparo en veinticinco casos (sentencias núms. 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 64, 65, 66, 67, 68, y 69/2012), ya que las decisiones de los tribunales ordinarios que establecen la fecha final de excarcelación de los reclusos basándose en el nuevo planteamiento introducido en 2006 no eran contrarias a las decisiones finales alcanzadas previamente en esos casos. Esas decisiones no mencionaban explícitamente la manera de aplicar las remisiones de pena por trabajo realizado durante la reclusión, y esa cuestión no había sido determinante en la elección del Código Penal aplicable.

Tanto en las sentencias favorables a los recurrentes como en las contrarias, el Tribunal Constitucional rechazó la alegación en virtud del artículo 25 de la Constitución (principio de legalidad), ya que la cuestión de la aplicación de las remisiones de pena por trabajo realizado durante la reclusión se refería a la ejecución de la sentencia y en ningún modo a la aplicación de una pena más severa que la prevista en el Derecho penal aplicable, o a una pena superior al límite permitido por la ley. El Tribunal Constitucional se refirió a su propia jurisprudencia estableciendo una distinción entre las medidas que constituyen una “pena” y las relativas a la “ejecución” de una pena a los efectos del artículo 7 del Convenio [Hogben contra Reino Unido, núm. 11653/85, Decisión de la Comisión, de 3 de marzo de 1986, Decisiones e Informes (DR) 46, p. 231; Grava, antes citada, ap. 51, y Gurguchiani contra España, núm. 16012 / 06, ap. 31, 15 de diciembre de 2009].

Por ejemplo, en los pasajes de su sentencia 39/2012 consagrados al principio de legalidad, el Tribunal Constitucional se manifestó de la siguiente manera:

“3. (...) En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en artículo 25.1 de la Constitución Española, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. En esa misma línea -y en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal- el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 7.1 del Convenio, aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2003, *Grava c. Italia*, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, *Hogben contra Reino Unido*, núm. 11653-1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009, *Gurguchiani c. España*, § 31, afirma que “la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del artículo 7”.

También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) por aplicación retroactiva del artículo 78 del Código Penal 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003, precepto en el que el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador “podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas” (artículo 78.1 del Código Penal). Prescribiendo, en relación a supuestos de acumulación de varias penas especialmente graves la obligatoriedad de realizar ese cómputo referido a la totalidad de las penas impuestas; preceptividad que, sin embargo, admite algunas excepciones (artículo 78.2 y 3 del Código penal actual). Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha redención desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (artículos 70.2 y 100 del Código Penal 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el artículo 78 del Código Penal 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los artículos 70.2 y 100 del Código Penal 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica, pues la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el artículo 25.1 de la Constitución Española tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (...)

Respecto al derecho a la libertad, el Tribunal Constitucional destacó lo siguiente:

“4. (...) Nuestra jurisprudencia ha puesto de relieve que la redención de penas por el trabajo afecta directamente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la

Constitución Española, ya que el periodo de privación de la misma depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el artículo 100 del Código Penal 1973 (Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre, FJ 4; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 186/2003, de 27 de octubre, FJ 6; y 76/2004, de 26 de abril, FJ 5). Un precepto según el cual “se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo”, practicándose el abono periódicamente, a propuesta de los centros penitenciarios, por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y siendo tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador a los efectos de la liquidación de condena (...) Igualmente hemos afirmado que su reconocimiento está inspirado en el artículo 25.2 de la Constitución Española y se conecta con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad (...). Y si bien es cierto que el artículo 25.2 de la Constitución Española no consagra ningún derecho fundamental susceptible de amparo, sí contiene un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria y un principio interpretativo de las normas relativas a la imposición y cumplimiento de las penas privativas de libertad, constitucionalmente consagrados. Por otra parte, y dado que el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución Española permite la privación de libertad sólo “en los casos y en las formas previstos por la Ley”, también hemos afirmado que no puede excluirse que se vulnere este derecho como consecuencia de la forma de ejecución de la condena en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión, por inobservancia de las disposiciones legales respecto al cumplimiento sucesivo o en su caso refundido de las distintas condenas que pudiera reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que suponga un alargamiento ilegítimo de dicha permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad (...). En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado también que se produjo la vulneración del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 5 del Convenio, en un supuesto en el que se constató el cumplimiento de una pena de prisión más larga de la “que debería haberle sido impuesta de acuerdo con el sistema jurídico nacional y teniendo en cuenta los beneficios a los que tenía derecho. El exceso del tiempo pasado en prisión no podría, por tanto,

considerarse como una privación legal de acuerdo con el Convenio” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 45).

Tras concluir la violación del derecho a una tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional se expresó en los siguientes términos en cuanto a las consecuencias de esta violación desde la perspectiva del derecho a la libertad:

“8. Pero nuestro pronunciamiento no puede agotarse en la declaración de la anterior vulneración, sino que ha de tomar en consideración las consecuencias que la misma tiene desde la perspectiva del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) en juego”.

En efecto, a partir de la firmeza de lo decidido en el Auto de 28 de mayo de 1997 (dictada por el órgano judicial encargado de la ejecutoria y a quien correspondía determinar cómo y cuándo se cumple y se extingue la pena) y de la situación jurídica consolidada por la citada resolución en cuanto al modo de cómputo de la redención de penas por el trabajo, la pena se ha venido ejecutando durante años sobre las bases tomadas en consideración en el mismo: aplicación del antiguo Código Penal y de la redención de penas por el trabajo, que determina el abono de un día por cada dos de trabajo, y cómputo de los días redimidos como tiempo de cumplimiento efectivo, a descontar del máximo legal de treinta años resultante de la acumulación de condenas. Lo que se ha plasmado en actos inequívocos de la Administración Penitenciaria: las hojas de cálculo en las que se van realizando las liquidaciones provisionales de condena teniendo en cuenta los abonos derivados de la redención de penas por trabajo practicados periódicamente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria a propuesta del centro penitenciario; y señaladamente la de fecha 25 de enero de 2006, que sirve de base a la propuesta de licenciamiento definitivo del penado para el día 29 de marzo de 2006 elevada al órgano judicial por el Director del Centro Penitenciario. En esa fecha, por tanto, en aplicación del marco legal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y computando la redención de penas por el trabajo conforme al criterio firme e intangible establecido por el propio órgano judicial

encargado de la ejecución, el recurrente había cumplido ya la pena que le fue impuesta. Por tanto, y aunque el recurrente fue privado legítimamente de libertad, una vez cumplida la pena en los términos anteriormente expuestos, nos encontramos ante una privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley, pues el título que la legitimaba se ha extinguido. Por ello, el exceso de tiempo pasado en prisión constituye una privación de libertad carente de base legal y lesiva del derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Constitucional 322/2005, de 12 de diciembre, FFJJ 2 y 3; y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2003, Grava contra Italia aps. 44 y 45). En un Estado de Derecho no cabe prolongar la privación de libertad de una persona que ha cumplido ya la condena que se le impuso en su día, por lo que los órganos de la jurisdicción ordinaria han de adoptar, con la mayor celeridad posible, las resoluciones que procedan a fin de que cese la vulneración del derecho fundamental a la libertad y se proceda a la inmediata puesta en libertad del recurrente.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional suscitaron votos particulares (concurrentes o discrepantes) de determinados magistrados. En el voto discrepante unido a la resolución núm. 40/2012, la Magistrada A. Asua Batarrita afirmaba que el hecho de que se hubiese aplicado una nueva interpretación de la norma para el cálculo del tiempo de reclusión, mientras se estaba ya cumpliendo la pena, arrojaba dudas sobre una situación jurídica establecida y distorsionaba las previsiones basadas en una interpretación coherente de la normativa vigente. En su voto hacía alusión a las medidas de remisión de la pena introducidas por el Código Penal de 1973 y a la distinción tradicional entre “duración nominal” y “duración efectiva” de la pena, que los tribunales tuvieron en cuenta a la hora de fijar las penas. Señalaba que la reducción de días de condena a cambio de trabajo en prisión difería de otras medidas que implicaban la aplicación de beneficios penitenciarios, como por ejemplo los permisos, y que la concesión de tales remisiones no quedaba a la discreción de los tribunales, los cuales no estaban vinculados por criterios como la buena conducta o la peligrosidad del recluso. La magistrada concluía que las reducciones de pena por trabajo en prisión eran obligatorias por imperativo legal. Sostenía que, conforme al Código Penal de 1973, el principio de legalidad

debía aplicarse, no sólo a los delitos, sino también a las consecuencias punitivas derivadas de su comisión, es decir, al límite teórico de las penas de prisión y a su límite real o efectivo tras las reducciones por redención de la pena en virtud del trabajo realizado en prisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal de 1973. Tras observar que los límites establecidos de acuerdo con el artículo 70.2 del mismo texto legal, en combinación con la redención de pena por el trabajo en prisión, había reducido de forma efectiva la pena máxima nominal (treinta años) a un tiempo de prisión inferior (veinte años), salvo en el caso de quebrantamiento de condena o mala conducta, manifestaba la opinión de que la “doctrina Parot” había establecido una distinción artificial entre “pena” y “condena” (o tiempo de permanencia en prisión), sin base alguna en el Código Penal; así, tal doctrina había sometido la aplicación del límite de treinta años a una nueva condición (no prevista en el artículo 70.2 del mismo texto legal), según la cual, durante ese período, la pena debía cumplirse “en un centro penitenciario”, impidiendo de ese modo la aplicación de las normas sobre remisión de pena por trabajo realizado en prisión. En opinión de la Magistrada, esto equivalía a imponer una condena nominal de cuarenta y cinco años (es decir, una condena efectiva de treinta años más quince años correspondientes al trabajo realizado en prisión).

En su opinión, ni los argumentos de índole teleológico ni las consideraciones sobre política criminal subyacentes a la “doctrina Parot” podían justificar esta desviación de la jurisprudencia relativa a la interpretación de una ley (el Código Penal de 1973), que había sido derogada más de diez años antes. A la vista de todo lo anterior, concluía en que la interpretación del Tribunal Supremo en su resolución de 2006 no podía haber resultado previsible, habiéndose conculcado los artículos 25.1 (principio de legalidad), 17.1 (derecho a la libertad) y 24.1 (derecho a la protección judicial efectiva) de la Constitución.

En el voto concurrente unido a la resolución núm. 39/2012, el magistrado P. Pérez Tremps hacía referencia a la jurisprudencia del Tribunal relativa al artículo 5 del Convenio y, en particular, a la exigencia de que la ley sea previsible (M. v. Alemania núm. 19359/04, ap. 90, ECHR 2009). Observaba que esta exigencia debía aplicarse a la duración real y efectiva de la privación de libertad. Tras señalar que la legislación objeto de interpretación por el Tribunal Supremo (Código Penal de 1973) ya no estaba

en vigor en 2006 y que, por tanto, sólo podía invocarse si redundaba en beneficio del convicto, concluía que cualquier desviación repentina e imprevisible de la jurisprudencia resultaba incompatible con el derecho a la libertad. Manifestaba igualmente sus dudas sobre el nivel de calidad de una norma legislativa que no contenía disposición explícita alguna sobre el cálculo de la redención de penas y que podía ser objeto de dos interpretaciones radicalmente distintas.

En el voto particular divergente unido a la sentencia núm. 41/2012, el magistrado E. Gay Montalvo afirmaba que la aplicación de los artículos 70.2 y 100 del Código Penal de 1973 conforme a la “doctrina Parot” había dado lugar a la imposición de una condena superior al límite de treinta años, si se añadía a la pena efectivamente cumplida el tiempo que la ley consideraba cumplido merced a otros mecanismos. A modo de conclusión, concluía que se había producido una vulneración del principio *denulla poena sine lege*, por un lado, y del principio a la libertad, por el otro, debido a la prórroga injustificada del tiempo de reclusión del interesado.

Fundamentos de Derecho

I. Sobre la alegada violación del artículo 7 del Convenio

La recurrente alegaba la aplicación retroactiva, posterior a su condena, de una desviación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se amplió su prisión en casi nueve años, incumpléndose así el artículo 7 del Convenio:

- “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.
2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

A. La resolución de la Sala

En su resolución de 10 de julio de 2012, la Sala concluía que se había producido una vulneración del artículo 7 del Convenio.

Llegaba a tal conclusión tras observar, en primer lugar, que, si bien las disposiciones del Código Penal de 1973 aplicables a la redención de pena y al tiempo máximo de condena (es decir, treinta años según el artículo 70 del mismo Código) eran un tanto ambiguas, en la práctica las autoridades penitenciarias y los tribunales españoles tendían a tratar el tiempo máximo legal de condena como pena nueva e independiente a la que debían aplicarse beneficios tales como la redención de la pena por trabajo realizado en prisión. Concluía también que, en el momento de cometerse los delitos y en el momento de adoptarse la decisión de acumular las penas (el 30 de noviembre de 2000), la legislación española aplicable, tomada en su conjunto e incluida la jurisprudencia, había sido formulada con precisión suficiente como para permitir a la recurrente discernir en medida razonable el alcance de la pena impuesta y su forma de ejecución (ap. 55 de la resolución, en relación, por contraste, con *Kafkaris v. Chipre* [GC], núm. 21906/04, ap. 150, TEDH 2008).

En segundo lugar, la Sala observaba que, en el caso de la recurrente, la nueva interpretación realizada por el Tribunal Supremo en 2006 sobre la forma de aplicar la redención de pena había tenido el efecto retroactivo de ampliar el tiempo de prisión de la interesada en casi nueve años, privándole de la redención de la pena por trabajo a la que de otro modo habría tenido derecho. En consecuencia, la medida no sólo afectaba a la ejecución de la pena impuesta a la recurrente, sino que tenía también un impacto decisivo en el alcance efectivo de la misma a efectos del artículo 7 (ap. 59 de la resolución).

En tercer lugar, la Sala señalaba que el cambio de enfoque del Tribunal Supremo no tenía base alguna en la jurisprudencia, y que el propio Gobierno había reconocido que la práctica anterior de autoridades penitenciarias y tribunales habría resultado más favorable para la recurrente. Indicaba asimismo que la desviación de la anterior práctica se había producido tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, que había suprimido las redenciones de pena por trabajo y había establecido normas nuevas y más estrictas sobre la concesión de beneficios penitenciarios a los reclusos condenados a varias penas de prisión de larga duración. La

Sala hacía hincapié en que los tribunales nacionales no pueden, retroactivamente y en perjuicio de las personas interesadas, aplicar las políticas penales que sustentan cambios legislativos, cuando éstos se han introducido con posterioridad a la comisión de un delito (ap. 62 de la resolución). En definitiva, afirmaba, habría sido difícil, por no decir imposible, para la recurrente imaginar, tanto en el momento de comisión del delito como en el de acumulación de las penas y fijación de una condena máxima, que el Tribunal Supremo se desviaría en 2006 de su anterior jurisprudencia para modificar los mecanismos de redención de penas; y que, por ende, esa nueva interpretación se aplicaría a su caso y resultaría en un internamiento sustancialmente más largo (ap. 63 de la resolución).

B. Tesis de las partes ante la Gran Sala

1. Tesis de la demandante

La demandante sostiene que la duración máxima de su prisión, esto es, treinta años, tal como quedó fijada por la resolución de acumulación y límite máximo de las penas adoptada el 30 de noviembre de 2000 se entendía como una nueva pena resultante de la acumulación de aquellas y/o en la fijación definitiva de su pena. Declara que suscribe la conclusión de la Sala según la cual, mientras cumplía su pena de prisión, podía legítimamente esperar, a la vista de la práctica existente, que las redenciones de pena acordadas como contrapartida al trabajo realizado en prisión desde 1987 se deducirían de la duración máxima de treinta años de prisión.

En estas condiciones, la demandante estima que la aplicación a su caso del giro jurisprudencial efectuado por la sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo equivale a la imposición retroactiva de una pena suplementaria que no podría entenderse como una simple medida de ejecución de la pena. Considera que, como consecuencia de este giro, la pena de treinta años fijada por la resolución de 30 de noviembre de 2000 que le fue notificada el mismo día, ha dejado de ser considerada como una nueva pena autónoma y/o como la pena definitiva y que las distintas penas que se le impusieron entre 1998 y 2000 (de una duración total de más de tres mil años de prisión) como conclusión de los ocho procesos a los que se vio sometida se han restablecido en cierta forma. Alega que, al computar las

redenciones de pena sobre cada una de las penas dictadas tomadas por separado, los tribunales españoles la han privado de los beneficios de las redenciones de pena otorgadas y prolongado nueve años la duración de su prisión. Al hacerlo, los órganos jurisdiccionales en cuestión no habrían simplemente alterado las reglas aplicables a las redenciones de pena, sino que, además, habrían redefinido y/o modificado notablemente la «pena» que se le había notificado.

El giro jurisprudencial efectuado por el Tribunal Supremo en su sentencia 197/2006 no habría sido razonablemente previsible a la vista de la práctica y de la jurisprudencia anteriores, y habría privado a las redenciones de pena por el trabajo en prisión previstas por el antiguo Código Penal de 1973 de todo efecto útil para las personas que se encontraban en una situación análoga a la de la demandante. La sentencia en cuestión habría llevado a aplicar a la interesada la política criminal que había inspirado el nuevo Código Penal de 1995, contra la voluntad de los autores de dicho texto de mantener el sistema de redenciones de pena establecido por el Código Penal de 1973 en favor de las personas condenadas con base en el mismo.

De forma subsidiaria, sería obligado constatar que en el momento de la comisión de los hechos imputados, el ordenamiento jurídico español no estaba formulado con la precisión suficiente como para razonablemente permitir a la demandante discernir el alcance de la pena impuesta y las modalidades de cumplimiento de la misma (Kafkaris, ya citado, ap. 150). En efecto, el Código Penal de 1973 era ambiguo al no precisar si la duración máxima de treinta años de prisión constituía una nueva pena autónoma, si las penas dictadas subsistían tras su acumulación y sobre qué pena debían computarse las redenciones de pena concedidas. La sentencia 197/2006 no habría llevado a esclarecer la cuestión de la fijación de la pena, al no haber revocado expresamente su auto de 25 de mayo de 1990, según el cual la acumulación de penas prevista en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 constituía una modalidad de determinación de la pena.

Por lo demás, si el auto en cuestión se hubiera mantenido en vigor, la Audiencia Nacional hubiera debido escoger entre varias penas potencialmente aplicables a los fines del cómputo de las redenciones de pena, a saber, la pena de treinta años o las penas dictadas tomadas por separado.

Con arreglo a la jurisprudencia, Scoppola contra Italia (núm. 2) ([GC], núm. 10249/03, 17 de septiembre de 2009), la Audiencia Nacional habría debido aplicar la ley penal más favorable a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

Por otra parte, la distinción entre la pena y el cumplimiento de la misma no siempre resulta claro en la práctica. Correspondería al Gobierno que lo alega demostrar qué debe aplicarse en un caso u otro, sobre todo cuando la falta de precisión de esta distinción resulta de la forma en que el Gobierno ha redactado o aplicado sus leyes. Convendría distinguir el presente asunto de otros que tratan de medidas discrecionales de liberación anticipada o de medidas que no conllevan una redefinición de la pena (Hogben, resolución ya citada, Hosein contra Reino Unido, núm. 26293/95, resolución de la Comisión de 28 de febrero de 1996, Grava, ya citado, Uttley contra Reino Unido, (res.), núm. 36946/03, 29 de noviembre de 2005). Subsidiariamente, desde el punto de vista de la calidad de la ley, el presente asunto se aproxima al asunto Kafkaris, ya que haría aparecer una incertidumbre en cuanto al alcance y tenor de la pena, incertidumbre debida en parte a la forma en que las reglas referentes a las redenciones de pena han sido interpretadas y aplicadas. En cualquier caso, resultaría de la sentencia Kafkaris que la exigencia de calidad de la ley se aplica tanto al alcance de la pena como a las modalidades de cumplimiento, en particular cuando la sustancia y el cumplimiento se encuentran estrechamente ligados.

Finalmente, en cuanto al valor de la jurisprudencia en materia penal, aun suponiendo que sea legítimo modificar la jurisprudencia para responder a la evolución social, el Gobierno no habría justificado las razones por las cuales el giro litigioso debiera aplicarse retroactivamente. En cualquier caso, ni el Gobierno ni los tribunales habrían declarado que la aplicación del giro jurisprudencial de 2006 a la demandante respondiera a “nuevas realidades sociales”.

2. Tesis del Gobierno

El Gobierno recuerda que la demandante pertenece a la organización criminal ETA y que ha participado en numerosos atentados terroristas entre 1982 y su detención en 1987. Añade que, por estos delitos, la inte-

resada ha sido condenada entre 1988 y 2000 a penas con una duración total de más de tres mil años de prisión por veintitrés asesinatos, cincuenta y siete asesinatos frustrados y otros delitos. Sostiene que las distintas sentencias de las que la demandante ha sido objeto se han dictado basándose en el fundamento del Código Penal de 1973, en vigor en el momento de la comisión de los hechos delictivos, que definía muy claramente los delitos y las penas que les correspondían. Precisa que cinco de las sentencias condenatorias y la resolución de acumulación y límite máximo de las penas adoptada el 30 de noviembre de 2000 habían hecho saber expresamente a la demandante que, en aplicación del artículo 70.2 del Código Penal, la duración total de la pena que debería cumplir sería de treinta años. Por otra parte, hay que indicar que el 15 de febrero de 2001, fecha de la resolución de la Audiencia Nacional que fijaba en el 27 de junio de 2017 el término de la pena a cumplir por la demandante, ésta ya había obtenido redenciones de pena de más de cuatro años como contrapartida del trabajo realizado en prisión. La interesada habría dado su acuerdo a la fecha de liberación fijada por la Audiencia Nacional, al no haber recurrido contra esa resolución.

Se desprende con toda claridad del Código Penal de 1973 que la duración máxima de cumplimiento de treinta años no constituía una nueva pena sino una medida de límite máximo de las penas dictadas que se cumplían sucesivamente según su orden de gravedad respectiva, caducando aquellas respecto al exceso. La operación de acumulación y límite máximo de las penas habría tenido como único fin fijar un término a la duración del cumplimiento de las diferentes penas dictadas como conclusión de los distintos procesos. Por otra parte, en lo que se refiere a las redenciones de pena por el trabajo en prisión, el artículo 100 del Código Penal de 1973 indicaba con toda claridad que debían computarse sobre la “pena impuesta”, es decir, sobre cada una de las penas impuestas hasta haber alcanzado el límite máximo de cumplimiento.

Si resulta evidente que, con anterioridad a la adopción de la sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo, los centros penitenciarios y los tribunales españoles tenían como práctica computar las redenciones de pena por el trabajo en prisión sobre el límite máximo de treinta años, esta práctica se referiría no a la determinación de la pena, sino a su cumplimiento. Por otra parte, esta práctica no encontraría ningún sustento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ausencia del principio establecido sobre la

cuestión de las modalidades de cómputo de las redenciones de pena por el trabajo en prisión. La sentencia aislada emitida por el Tribunal Supremo en 1994 a este respecto no es suficiente para crear jurisprudencia según el ordenamiento jurídico español. El Tribunal Supremo no habría fijado jurisprudencia en la materia más que a partir de la sentencia 197/2006 dictada por su Sala de lo Penal. Además, esta jurisprudencia se habría aprobado por el Pleno del Tribunal Constitucional en varias sentencias emitidas el 29 de marzo de 2012, que comprendían numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal relativa a la distinción entre “pena” y “cumplimiento de la pena”.

La Sala habría considerado incorrecto que la aplicación de la “doctrina Parot” privara de todo efecto útil a las redenciones de pena por el trabajo en prisión otorgadas a las personas condenadas con arreglo al antiguo Código Penal de 1973. Las redenciones de pena seguirían siendo computadas sobre cada pena dictada tomada por separado, hasta haber alcanzado la duración máxima de cumplimiento. El límite de treinta años no se alcanzaría antes de que las redenciones de pena por el trabajo en prisión otorgadas tuvieran incidencia sobre una fracción importante de las penas dictadas más que en el caso de los delitos más graves, entre los cuales figuran los cometidos por la demandante. De la misma forma, la Sala habría considerado incorrecto que el Tribunal Supremo hubiera aplicado retroactivamente la política que inspiró las reformas legislativas producidas en 1995 y 2003. A este respecto, sería obligado constatar que las reformas en cuestión no mencionan en absoluto las modalidades de cómputo de las redenciones de pena por el trabajo en prisión, suprimidas por el Código Penal de 1995. Si la política penal con origen en la ley de 2003 hubiera sido aplicada de forma retroactiva, la duración máxima de prisión que la demandante hubiera debido cumplir hubiera sido de cuarenta años.

En su sentencia, la Sala se habría separado de la jurisprudencia del Tribunal respecto a la distinción que hay que realizar entre las medidas que constituyen una “pena” y las medidas relativas al “cumplimiento” de una pena. De acuerdo con esta jurisprudencia, una medida que tenga como fin la redención de una pena o un cambio en el sistema de libertad condicional no formaría parte integrante de la “pena” en el sentido del artículo 7 (Grava, ya citado, ap. 51, Uttley, ya citado, y Kafkaris, ya citado, ap. 142; ver igualmente Hogben, resolución ya citada). En el asunto Kafkaris, el Tribunal habría admitido que una reforma de la legislación penitenciaria

aplicada retroactivamente y que excluyera a los condenados a reclusión a perpetuidad del beneficio eventual de las redenciones de pena por el trabajo en prisión concernía al cumplimiento de la pena y no a la pena impuesta. En el presente asunto, no se habría modificado el derecho penitenciario. La sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo referente a las modalidades de cómputo de las redenciones de pena por el trabajo en prisión habría tenido como único efecto impedir que la fecha de liberación de la demandante se adelantara nueve años, no el de prolongar la pena que se había dictado contra ella.

El presente caso difiere de aquellos que se referían claramente a la pena frente a su ejecución (el Gobierno citó [núm. 2]; Gurguchiani, y M. contra Alemania, todas citadas más arriba). La medida controvertida se refería a remisiones de condena o “excarcelación anticipada”, no al plazo máximo que podría cumplirse respecto de las penas impuestas, que no había cambiado. Las remisiones de condena por el trabajo realizado durante la reclusión no perseguían los mismos objetivos que la pena como tal, sino que eran medidas relativas a su ejecución, en la medida en que permite que los reclusos sean puestos en libertad antes de haber cumplido la totalidad de su condena, siempre que hayan demostrado una voluntad de reinserirse en la sociedad a través del trabajo u otras actividades remuneradas. Siendo ello así, las remisiones de condena por trabajo realizado durante la reclusión no podían compararse a las medidas impuestas después de la imputación de un “delito”, sino que eran medidas relacionadas con la conducta del preso mientras cumplía la condena. En cualquier caso, no se trataba de un “agravamiento”, ya que siempre beneficiaban al prisionero en cuestión, adelantando la fecha de su excarcelación.

La sentencia de la Sala era incompatible con la jurisprudencia del Tribunal, en relación con la cuestión de hasta qué punto una persona debe ser capaz, al cometer un delito, de predecir la duración exacta de la reclusión a la que se le condenaría. Dado que las remisiones de condena por el trabajo realizado durante la reclusión eran puramente una cuestión penitenciaria, el Tribunal Supremo no podía ser criticado por haberse desviado de la práctica anterior con respecto a la aplicación de las remisiones de condena, ya que este cambio no había tenido ningún efecto sobre los derechos consagrados en el artículo 7. El Tribunal nunca había sostenido que el requisito de previsibilidad se extiende a la duración exacta de la pena que ha de cumplirse teniendo en cuenta los beneficios penitenciarios,

remisiones, indultos u otros factores que afecten a la ejecución de la pena. Estos factores eran imposibles de prever y calcular ex ante.

Por último, las consecuencias de la sentencia de la Sala estaban abiertas a controversia, ya que arrojan dudas sobre el valor y el fin que el propio Tribunal había atribuido a la jurisprudencia en materia penal y penitenciaria (Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania [GC], núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, ap. 50, TEDH 2001 -II). La Sala había considerado que una sola sentencia dictada en 1994 - defectuosa aunque confirmada por la práctica administrativa - debe prevalecer sobre la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo y ratificada por el Tribunal Constitucional, a pesar de que la jurisprudencia del último era más acorde con la redacción de la ley en vigor en el momento de los hechos. No puede afirmarse, como cuestión de principio, que sea imprevisible una interpretación judicial que se atenga a la letra de la ley aplicable

C. Observaciones de terceros

La Comisión Internacional de Juristas señaló que el principio de legalidad de las penas consagrado en el artículo 7 del Convenio y en otros tratados internacionales es un componente esencial del Estado de Derecho. Afirmó que, de acuerdo con ese principio, y con el objeto y fin del artículo 7, que prohíbe cualquier arbitrariedad en la aplicación de la ley, los conceptos autónomos de “ley” y “pena” deben interpretarse de forma suficientemente amplia para excluir la aplicación retroactiva subrepticia de una ley penal o una pena, en detrimento de una persona condenada. Alegaba que, cuando los cambios en la ley o en la interpretación de la ley afectaban a una pena o a la remisión de una pena, alterándola gravemente de un modo que no era previsible en el momento en que se impuso inicialmente, en detrimento del condenado y de sus derechos reconocidos en el Convenio, esos cambios, por su propia naturaleza, se referían a la esencia de la pena y no al procedimiento o a las medidas para su ejecución, y en consecuencia, están sujetos a la prohibición de retroactividad. La Comisión Internacional de Juristas afirmó que ciertas disposiciones legales clasificadas en el ámbito interno como normas que regulan el procedimiento penal o la ejecución de la pena han tenido graves e imprevisibles efectos en detrimento de los derechos individuales, y eran por su naturaleza comparables o equivalentes a una ley penal o una

pena con efecto retroactivo. Por esta razón, la prohibición de la retroactividad debe aplicarse a dichas disposiciones.

En apoyo de su argumento de que el principio de irretroactividad debe aplicarse a las normas de procedimiento o a las normas que regulan la ejecución de la pena que afectan gravemente los derechos de la persona acusada o condenada, la Comisión Internacional de Juristas se refirió a diversas fuentes de derecho internacional y comparado (disposiciones legales y normas de procedimiento de los tribunales penales internacionales, legislación y jurisprudencia portuguesa, francesa y holandesa).

D. Valoración del Tribunal

1. Principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal

a) Nullum crimen, nulla poena sine lege

La garantía consagrada en el artículo 7, que es un elemento esencial del Estado de Derecho, ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección del Convenio, como lo confirma el hecho de que no se permite ninguna excepción respecto de la misma en virtud del artículo 15, ni siquiera en tiempo de guerra o ante cualquier otra emergencia pública que amenace la vida de la nación. Debe interpretarse y aplicarse, como se desprende de su objeto y fin, de tal forma que proporcione garantías efectivas contra la arbitrariedad en el enjuiciamiento, condena y pena (véase SW contra Reino Unido y R. C. contra Reino Unido, 22 de noviembre 1995, ap. 34, serie A núm. 335 -B, y ap. 32, serie A núm. 335 -C, respectivamente, y Kafkaris, antes citado, ap. 137).

El artículo 7 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del Derecho penal en perjuicio de un acusado (en relación con la aplicación retroactiva de la pena, ver Welch contra Reino Unido, 9 de febrero de 1995, ap. 36, serie A núm. 307 -A; Jamil contra Francia, 8 de junio de 1995, ap. 35, serie A núm. 317- B; Ecer y Zeyrek contra Turquía, núm. 29295/95 y 29363/95, ap. 36, TEDH 2001 -II, y Mihai Toma contra Rumania, núm. 1051-06, aps. 26-31, 24 de enero de 2012). También incorpora, de manera más general, el principio de que sólo la ley puede definir un delito y prescribir una pena (nullum crimen, nulla poena sine lege) (véase Kokkinakis contra Grecia, 25 de mayo de 1993, ap. 52, serie

A núm. 260- A). Al tiempo que prohíbe, en particular, ampliar el alcance de los delitos existentes a actos que antes no constituían delitos, también establece el principio de que el Derecho penal no debe interpretarse por extensión en detrimento de un acusado, por ejemplo, por analogía (véase Coëme y otros contra Bélgica, núm. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, ap. 145, TEDH 2000 -VII; como ejemplo de la aplicación de una pena por analogía, véase Baskaya y Okçuoglu contra Turquía [GS], núm. 23536/94 y 24408/94, aps. 42 y 43, TEDH 1999 -IV).

De ello se desprende que los delitos y las penas correspondientes deben estar claramente definidas por la ley. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y si es necesario con la ayuda de la interpretación de los tribunales y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, qué acciones y omisiones le acarrearán responsabilidad penal y a qué pena se enfrenta por ese motivo (véase *Cantoni v. Francia*, 15 de noviembre de 1996, ap. 29, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996 -V, y *Kafkaris*, antes citado, ap. 140).

El Tribunal debe verificar, por tanto, que en el momento en que el acusado realizó el acto que lo llevó a ser juzgado y condenado estaba en vigor una disposición legal que consideraba ese acto punible, y que la pena impuesta no excedía de los límites fijados por dicha disposición (véase *Coëme y otros*, antes citado, ap. 145, y *Achour contra Francia* [GS], núm. 67335 / 01, ap. 43, TEDH 2006 -IV).

b) El concepto de “pena” y su alcance

El concepto de “pena” del artículo 7.1 del Convenio, como los de “derechos y obligaciones de carácter civil” o “acusación en materia penal” del artículo 6.1, es un concepto autónomo del Convenio. Para hacer efectiva la protección del artículo 7, el Tribunal debe tener la libertad de valorar, más allá de las apariencias, si una medida concreta equivale sustancialmente a una “pena” en el sentido de dicha disposición (véanse *Welch*, antes citada, ap. 27, y *Jamil*, antes citada, ap. 30).

La redacción de la segunda frase del artículo 7.1 indica que el punto de partida de cualquier valoración sobre la existencia de una pena es si la medida se impone a raíz de una condena tras una “acusación en material

penal”. Otros factores que cabe tener en cuenta, por ser pertinentes a este respecto, son la naturaleza y finalidad de la medida y su gravedad (véase Welch, antes citada, apartado 28; Jamil, antes citada, apartado 31; Kafkaris, antes citada, apartado 142; y M. v. Alemania, antes citada, apartado 120). La gravedad de la medida no es determinante en sí misma, ya que muchas medidas no penales de carácter preventivo pueden producir un efecto sustancial sobre la persona afectada (véase Welch, antes citada, ap. 32, y Van der Velden contra Países Bajos (dec.), núm. 29514/05, TEDH 2006-XV).

Tanto la Comisión como el Tribunal en su jurisprudencia han trazado una distinción entre las medidas que constituyen sustancialmente “penas” y las medidas que se refieren a la “ejecución” o “aplicación” de las mismas. En consecuencia, 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, antes citada; Hosein, antes citada; L.G.R. contra Suecia, núm. 27032/95, decisión de la Comisión de 15 de enero de 1997; Grava, antes citada, ap. 51; Uttley, antes citada; Kafkaris, antes citada, ap. 142; Monne contra Francia (dec.), núm. 39420/06, 1 de abril de 2008; M. contra Alemania, antes citada, ap. 121; y Giza contra Polonia (dec.), núm. 1997/11, ap. 31, 23 de octubre de 2012). Por ejemplo, en el asunto Uttley, el Tribunal declaró que las modificaciones de las normas sobre libertad condicional 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.

En el caso Kafkaris, en el que la modificación de la legislación penitenciaria había privado a los reclusos que cumplían penas de reclusión indefinida - incluido el recurrente - del derecho a la remisión de su condena, el Tribunal estimó que dicha modificación se refería a la ejecución de la condena y no a la pena impuesta al recurrente, que seguía siendo la de reclusión indefinida. El tribunal señaló que, aunque la modificación de la legislación penitenciaria y de las condiciones de excarcelación podría haber endurecido la reclusión del recurrente, no podía interpretarse que

ello supusiera una “pena” más rigurosa que la impuesta por el tribunal sentenciador. A este respecto, se reiteraba que las cuestiones referentes a la política de excarcelación, su forma de aplicación y su justificación eran competencia de los Estados Parte del Convenio, que eran libres de determinar su propia política criminal (véase Achour, antes citada, ap. 44, y Kafkaris, antes citada, ap. 151).

No obstante, el Tribunal también ha reconocido que, en la práctica, la distinción entre las medidas que constituyen “penas” y las referidas a la “ejecución” o “aplicación” de las mismas puede no ser siempre nítida (véase Kafkaris, antes citada, ap. 142; Gurguchiani, antes citada, ap. 31; y M. contra Alemania, antes citada, ap. 121). En el asunto Kafkaris, el Tribunal aceptó que la forma en la que se había interpretado y aplicado el Reglamento Penitenciario en relación con las pena de reclusión indefinida que cumplía el recurrente trascendían la mera ejecución de la condena. Si bien el tribunal sentenciador había condenado el recurrente a reclusión indefinida, el Reglamento Penitenciario señalaba que ello debía entenderse como 20 años de prisión, a los que las autoridades penitenciarias podían aplicar las correspondientes remisiones. El Tribunal consideró que “la distinción entre el alcance de la reclusión indefinida y su forma de ejecución no es evidente de forma inmediata” (ap. 148).

En el asunto Gurguchiani, el Tribunal estimó que la sustitución de una pena de prisión - durante su cumplimiento - por la expulsión, combinada con la prohibición de entrada en el país durante 10 años, equivalía a una pena semejante a la impuesta en el momento de la condena del recurrente.

En la sentencia M. contra Alemania, el Tribunal estimó que la ampliación de la prisión preventiva del recurrente por parte de juzgados de vigilancia penitenciaria, en virtud de una ley promulgada después de que el recurrente hubiera delinuido, equivalía a una condena adicional impuesta de forma retroactiva.

El Tribunal subraya que la palabra “impuesta” utilizada en la segunda frase del artículo 7.1 no puede interpretarse que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia. Reitera, a este respecto, que resulta de especial trascendencia que el Convenio se interprete y aplique de forma que los derechos en él reconocidos resulten efectivos en la práctica y no teóricos (véase Hirsi Jamaa

y otros contra Italia [GS], núm. 27765/09, ap. 175, TEDH 2012, y Scoppola (núm. 2), antes citada, ap. 104).

A la luz de lo anterior, el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la “pena” impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del Convenio. De otra manera, los Estados serían libres - modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo - de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas ex post facto en su detrimento. El Tribunal quiere señalar que dichos cambios deben distinguirse de aquellos realizados en la forma de ejecución de la condena, que no están comprendidos en el ámbito del artículo 7.1 in fine.

A fin de determinar si una medida adoptada durante la ejecución de la condena se refiere solo a su forma de ejecución o, por el contrario, afecta a su alcance, el Tribunal debe examinar en cada caso lo que suponía realmente la “pena” impuesta conforme a la ley nacional en vigor en el momento procesalmente relevante o, en otras palabras, cuál era su naturaleza intrínseca. Para hacerlo, debe tener en cuenta la ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en tal momento (véase Kafkaris, antes citada, ap. 145).

c) Previsibilidad de la ley penal

La noción de “Derecho” (“law”) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Derecho” que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (Kokkinakis, antes citado, aps. 40-41, Cantoni, antes citado, ap. 29,

Coëme y otros, antes citado, ap. 145, y E.K. contra Turquía, núm. 28496/95, ap. 51, 7 de febrero de 2002). Estas condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

Dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (Kokkinakis, antes citado, ap. 40, y Cantoni, antes citado, ap. 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (Kafkaris, antes citado, ap. 141).

La función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (Kruslin contra Francia, 24 de abril de 1990, ap. 29, serie A núm. 176-A). El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible (S.W. y C.R. contra Reino Unido, antes citados, respectivamente ap. 36 y ap. 34, Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, antes citado, ap. 50, K.H.W. contra Alemania [GC], núm. 37201/97, ap. 85, TEDH 2008, y Kononov contra Letonia [GC], núm. 36376/04, ap. 185, TEDH 2010). La ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible puede incluso conducir a una constatación de violación del artículo 7 respecto de un acusado (ver, en relación con los elementos constitutivos del delito, Pessino contra Francia, núm. 40403/02, aps. 35-36, 10 de octubre de 2006 y Dragotoniu y Militaru-Pidhorni contra Rumanía, núm. 77193/01 y 77196/01, aps. 43-44, 24 de

mayo de 2007; ver en relación con la pena, *Alimuçaj contra Albania*, núm. 20134/05, aps. 154-162, 7 de febrero de 2012). Si fuese de otra forma, no se atendería al objeto y el objetivo de esta disposición - que pretende que nadie sea sometido a actuaciones judiciales, condenas o sanciones arbitrarias -.

2. Aplicación de los principios antes citados en este caso

El Tribunal destaca, de entrada, que el reconocimiento de la culpabilidad de la demandante por los delitos penales por ella cometidos y las distintas penas individuales de prisión a las cuales se la condenó tenían por fundamento jurídico el Código Penal de 1973, que era la ley penal aplicable en el momento en que se cometieron los hechos delictivos (1982-1987), lo que la interesada no impugnó.

El Tribunal observa que la argumentación de las partes se refiere esencialmente al cálculo de la pena total que debe cumplirse por parte de la demandante como resultado de la aplicación, por una parte, de las normas en cuanto a la acumulación y duración máxima de las penas, y por otra parte, del dispositivo de redención de pena por el trabajo en prisión, de acuerdo al Código Penal de 1973. El Tribunal constata al respecto que, mediante una decisión adoptada el 30 de noviembre de 2000, en relación con el fundamento del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, la Audiencia Nacional estableció en treinta años el tiempo máximo de prisión que la demandante debería cumplir para el conjunto de la penas privativas de libertad dictadas contra ella. (ap. 14 anterior). Asimismo observa que, después de haber restado del tiempo máximo de treinta años de prisión las redenciones de pena concedidas a la demandante como contrapartida del trabajo efectuado en prisión, el 24 de abril de 2008, el centro penitenciario de Murcia propuso a la Audiencia Nacional la fecha del 2 de julio de 2008, como fecha definitiva de puesta en libertad de la demandante. Asimismo constata que el 19 de mayo de 2008, la Audiencia Nacional pidió a las autoridades penitenciarias que modificaran la fecha prevista de puesta en libertad de la demandante y efectuaran un nuevo cálculo sobre la base de una nueva jurisprudencia - la “doctrina Parot” - establecida en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006 del 28 de febrero de 2006. Según esta nueva jurisprudencia, los beneficios y redenciones de pena pertinentes debían

aplicarse sobre cada una de las penas dictadas, hasta que el detenido haya cumplido la pena máxima de treinta años (aps. anteriores 17-18, 39-42). Por último, observa que en aplicación de esta nueva doctrina, la Audiencia Nacional fijó el 27 de junio de 2017 como fecha definitiva de puesta en libertad de la demandante (ap. 20 anterior).

a) Sobre el alcance de la pena impuesta

En este caso concreto, el Tribunal está llamado a averiguar si lo que la “pena” impuesta a la demandante implicaba en derecho interno, en particular sobre la base del texto de la Ley, combinado con la jurisprudencia interpretativa que lo acompaña. Al hacerlo, debe tener en cuenta el derecho interno en su conjunto y la manera en la que se aplicaba en ese momento (Kafkaris, antes citado, ap. 145).

Es evidente que, según el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 aplicable en el momento de la comisión de los hechos delictivos, la duración máxima de treinta años de prisión correspondía a la duración máxima de la condena aplicable en caso de delitos conexos (ap. 24 anterior). La noción de “condena” parecía diferenciarse de la noción de “penas” dictadas o impuestas en las diferentes sentencias condenatorias. Además, el artículo 100 del Código Penal, referente a la redención de penas por el trabajo en prisión, disponía que, a efectos del cumplimiento de la “pena impuesta”, los presos podrían beneficiarse de una redención de penas de un día por cada dos de trabajo realizado (ap. 24 anterior). Este artículo no comprendía sin embargo ninguna regla específica de cómputo de las redenciones de pena en caso de aplicación de la regla de acumulación y de límite máximo de las penas dictadas establecida en el artículo 70.2 del Código Penal, situación en la que se encontraba la demandante, cuyos tres mil años de prisión se habían reducido a treinta en aplicación de este texto. El Tribunal observa que no es más que en la redacción del artículo 78 del nuevo Código Penal de 1995 cuando el legislador ha previsto expresamente, en lo que concierne a la aplicación de los beneficios penitenciarios, que se podrían tener en cuenta, en casos excepcionales, la duración total de las penas impuestas y no la duración máxima de la pena a cumplir fijada por la ley (ap. 32 anterior).

El Tribunal debe tener presente también la jurisprudencia y la práctica interpretativa a las cuales han dado lugar las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1973. Constata, como admite el Gobierno, que antes de la sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo, cuando una persona era condenada a varias penas de prisión que fuera objeto de una resolución de acumulación y límite máximo, las autoridades penitenciarias y las judiciales computaban las redenciones de pena por el trabajo en prisión sobre la duración máxima de la pena a cumplir establecida en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973. Las autoridades penitenciarias y las judiciales tenían pues en cuenta la pena máxima de treinta años de prisión en lo que concierne a las redenciones de pena por el trabajo en prisión. Por su parte, el Tribunal Supremo, en una sentencia dictada el 8 de marzo de 1994 (apartado 36 anterior) (la primera dictada sobre esta cuestión), ha calificado la pena de treinta años, en cuanto a pena máxima que cumplir, como “pena nueva y autónoma”, sobre la que debían referirse a los beneficios penitenciarios previstos por la ley, como la libertad condicional y las redenciones de pena. Los órganos jurisdiccionales españoles, incluido el Tribunal Supremo, han aplicado el mismo criterio al comparar las penas a cumplir previstas, respectivamente en el Código Penal de 1995 y el antiguo Código Penal, teniendo en cuenta las redenciones de pena ya otorgadas en virtud de este último texto, con el fin de determinar la ley penal más favorable (aps. 37, 41 y 48 anteriores). Finalmente, hasta la adopción de la sentencia 197/2006 por el Tribunal Supremo, esta práctica ha beneficiado a numerosas personas condenadas con arreglo al Código Penal de 1973, cuyas redenciones de penas por el trabajo en prisión han sido computadas sobre la duración máxima de treinta años (ap. 41 anterior).

Al igual que la Sala, la Gran Sala aprecia que, a pesar de las ambigüedades de las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1973 y del hecho de que el Tribunal Supremo no haya comenzado a disiparlas hasta 1994, es un hecho que las autoridades penitenciarias y judiciales españolas tenían como práctica considerar la pena a cumplir (“condena”) resultante de la duración máxima de treinta años de prisión establecida en el artículo 70.2 del Código Penal como una pena nueva y autónoma sobre la que debían computarse algunos beneficios como la redención de penas por el trabajo.

En relación con esta práctica, la demandante ha podido creer, mientras cumplía su pena de prisión (y en particular después de la resolución de

acumulación y límite máximo tomada por la Audiencia Nacional el 30 de noviembre de 2000), que la pena impuesta era la resultante de la duración máxima de treinta años de la cual había que deducir las redenciones de pena a otorgar por el trabajo en prisión. Además, en la última sentencia condenatoria, de fecha 8 de mayo de 2000, dictada antes de la adopción de la resolución, la Audiencia Nacional había tenido en cuenta la duración máxima de la pena a cumplir prevista por el Código Penal de 1973, en combinación con el sistema de redención de penas por el trabajo en prisión establecido por el artículo 100 de dicho Código, para establecer si éste (el vigente en el momento de los hechos) o el Código Penal de 1995 era más favorable a la demandante (párrafo 11 anterior). En estas circunstancias, contra lo que sostiene el Gobierno, el hecho de que la demandante no haya impugnado la resolución de 15 de febrero de 2001 según la cual la Audiencia Nacional había fijado en el 27 de junio de 2017 el término de la pena que debía cumplir (liquidación de condena), no podría ser determinante, ya que esta resolución no tomaba en cuenta las redenciones de pena ya otorgadas y no tenía por objeto establecer el método de cómputo de aquellas en relación con la pena a cumplir.

El Tribunal destaca además que las redenciones de pena por trabajo en prisión estaban expresamente previstas en una disposición legal (artículo 100 del Código Penal de 1973) y no en normas de naturaleza reglamentaria (comparar con Kafkaris, ya citado). Es el mismo Código en el que el legislador había fijado las penas y previsto las redenciones de pena. El Tribunal observa por otra parte que esas redenciones de pena daban lugar a una importante reducción de las penas a cumplir (pudiendo representar hasta un tercio de la duración total de éstas, y no, a diferencia de la libertad condicional, a suavizar las condiciones de cumplimiento (ver, por ejemplo, Hogben, ya citado, Uttley, ya citado; ver, en este sentido, el voto disidente de la Juez A. Asua Batarrita, adjunto a la sentencia 40/2012 del Tribunal Constitucional, ap. 53 anterior). Tras la deducción de las redenciones de pena por el trabajo en prisión periódicamente validadas por el juez de aplicación de penas (Juez de Vigilancia Penitenciaria), la pena quedaba total y definitivamente cumplida en la fecha de puesta en libertad aprobada por el órgano jurisdiccional que hubiera dictado la condena. Por lo demás, al contrario que otros beneficios con incidencia sobre el cumplimiento de la pena, el derecho a la redención de penas por el trabajo en prisión no estaba subordinado a una apreciación discrecional del

Juez de Vigilancia Penitenciaria: éste fijaba las redenciones de pena limitándose a aplicar la ley, basándose en las propuestas hechas por los centros penitenciarios, sin que le afectaran criterios como la peligrosidad del preso o las perspectivas de reinserción del mismo (ap. 53 anterior; comparar con Boulois contra Luxembourg [GC], núm. 37575/04, aps. 98-99, CEDH 2012, y Macedo da Costa contra Luxemburgo (déc.), núm. 26619/07, 5 de junio de 2012). En este sentido, es oportuno señalar que el artículo 100 del Código Penal de 1973 preveía una reducción automática y obligatoria de la duración de la pena como contrapartida del trabajo realizado en prisión excepto en dos hipótesis muy concretas: cuando la persona condenada se sustraía o intentaba sustraerse al cumplimiento de la pena, o en caso de mala conducta (caracterizada, según el artículo 65 del Reglamento de Administración Penitenciaria de 1956, por la comisión de dos o más faltas disciplinarias graves o muy graves, párrafo 26 anterior). Incluso en estas dos hipótesis, las redenciones de penas acreditadas ya otorgadas por el juez no podían revocarse retroactivamente, pues las jornadas de redención de penas concedidas se entendían cumplidas y formaban parte de la situación jurídica ya adquirida por el preso (aps. 26 y 45 anteriores). Es oportuno distinguir a este respecto entre el presente caso y el asunto Kafkaris, en el que se discutía un sistema de redenciones de pena en el cual la redención ordinaria de cinco años de pena obtenida por los condenados a cadena perpetua al principio de su encarcelamiento, era condicional de forma que siempre podía ser reducida en caso de mala conducta (ver Kafkaris, ya citado, aps. 16 y 65).

El Tribunal considera también significativo que, al suprimir el sistema de redenciones de pena por el trabajo en prisión para los futuros condenados, el Código Penal de 1995, mediante sus disposiciones transitorias, haya autorizado a las personas condenadas con arreglo al antiguo Código Penal de 1973 (como la demandante) a seguir beneficiándose de ese régimen, en la medida en que les resultara favorable (ap. 30 anterior). Por el contrario, señala que la ley núm. 7/2003 ha endurecido las condiciones para otorgar la libertad condicional, incluidas las personas ya condenadas antes de su entrada en vigor (ap. 34 anterior). El Tribunal deduce que, al escoger mantener los efectos de las reglas referentes a las redenciones de pena por el trabajo en prisión de forma transitoria y a efectos de la ley penal más favorable, el legislador español ha considerado que estas reglas formaban parte de las disposiciones de derecho penal material, es decir de

las que tiene una incidencia sobre la fijación de la pena en sí misma y no sólo sobre su cumplimiento.

Por cuanto precede, la Gran Sala estima, al igual que la Sala, que en el momento en que la demandante ha cometido los delitos y en el momento de la adopción de la decisión de la acumulación y del límite máximo, el Derecho español aplicable, tomado en su conjunto, incluida la jurisprudencia - estaba formulado con la suficiente precisión para permitir a la demandante discernir, en un grado razonable, en las circunstancias del caso, el alcance de la condena respecto de la duración máxima de treinta años derivado del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y del dispositivo de las redenciones de pena por trabajo en prisión previsto por el artículo 100 del mismo texto (ver a contrario Kafkaris, § 150). La condena equivalía por tanto a una duración máxima de treinta años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena.

- b) Sobre la cuestión de saber si la aplicación de la “doctrina Parot” a la demandante ha modificado solamente la modalidades de ejecución de la pena o si ha modificado el alcance de la misma

El Tribunal debe ahora averiguar si la aplicación de la “doctrina Parot” a la demandante afectaba sólo a las modalidades de ejecución de la pena impuesta o si, por lo contrario, ha afectado a su alcance. Observa que, mediante las decisiones de 19 de mayo y 23 de junio de 2008, el tribunal que ha condenado a la demandante -es decir la Audiencia Nacional- rechazó la propuesta de fijar el 2 de julio de 2008 como fecha de puesta en libertad definitiva de la demandante presentada por el centro penitenciario después de aplicar el antiguo método de cálculo de redenciones de pena (aps. 17-18 y 20 anteriores). Apoyándose en la “doctrina Parot” establecida en la sentencia 197/2006 de 28 de abril de 2006 del Tribunal Supremo - o sea mucho después de que se cometieran los hechos y de la adopción de la decisión sobre la acumulación y duración máxima de las penas -, la Audiencia Nacional postergó esta fecha hasta el 27 de junio de 2017 (ap. 20 anterior). El Tribunal constata que en su sentencia 197/2006, el Tribunal se alejó de la interpretación que había adoptado en una anterior sentencia de 1994 (ap. 40 anterior). A este respecto, observa que el

Tribunal Supremo consideró, por mayoría, que la nueva regla, que consistía en aplicar las redenciones de pena por trabajo a cada una de las penas impuestas - y no a la pena máxima de treinta años de cumplimiento -, era más conforme al texto en sí de las disposiciones del código penal de 1973, que establecía una diferencia entre pena y condena (pena que se debe cumplir).

Si bien el Tribunal reconoce que los órganos jurídicos internos están en mejor posición para interpretar y aplicar el derecho nacional, recuerda que su interpretación debe, no obstante, ser conforme al principio de legalidad de los delitos y de las penas, establecido en el artículo 7 del Convenio.

El Tribunal constata, por otra parte, que el cálculo de las redenciones de pena por trabajo concedidas a la demandante - es decir el número de días trabajados estando en prisión y el número de días deducibles- nunca ha sido objeto de controversia. La duración de estas redenciones -3.282 días en total-, fijada por la administración penitenciaria, fue aceptada por todos los órganos interesados por el caso. De esta forma, en la decisión mediante la cual aplica la “doctrina Parot” establecida por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional no modificó el quantum de las redenciones de pena por trabajo concedidas a la demandante. Esta decisión no afectaba pues la cuestión de saber si la demandante merecía las redenciones de pena por trabajo, tomando en consideración su comportamiento o circunstancias vinculadas con la ejecución de la pena. El objeto de la decisión era el de determinar el elemento de la condena sobre el cual deberían ser imputadas dichas redenciones.

El Tribunal observa que la aplicación de la “doctrina Parot” a la situación de la demandante privó de cualquier efecto útil a las redenciones de penas por el trabajo a las que tenía derecho de conformidad con la ley y decisiones definitivas dictadas por los jueces de ejecución de las penas. En otros términos, dado que la demandante había sido condenada inicialmente a múltiples y largas penas, la pena que debe cumplir es ahora una pena de treinta años de cárcel efectivos sobre los cuales las redenciones de pena a las que supuestamente debía tener derecho no tuvieron ninguna incidencia. Es significativo observar que el Gobierno no ha podido puntualizar si las redenciones de pena por trabajo concedidas a la demandante han tenido - o tendrán - algún efecto sobre la duración de la pena.

En estas condiciones, aunque el Tribunal se adhiera a la tesis del Gobierno, según la cual las modalidades de concesión de beneficios penitenciarios como tal no entran dentro del campo de aplicación del artículo 7, considera que la forma en que se aplicaron las disposiciones del código penal de 1973 a este caso concreto iban más allá de la mera política penitenciaria.

Teniendo en cuenta lo anterior así como el conjunto del derecho español, el Tribunal considera que la aplicación en este caso concreto de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por trabajo derivadas de la “doctrina Parot” no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante - como lo afirma el Gobierno. En efecto, esta medida dictada por el juez que había condenado a la interesada también lleva a una redefinición del alcance de la “pena” impuesta. Como consecuencia de la “doctrina Parot”, la pena máxima de treinta años de cárcel ha perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual se debían calcular las redenciones de pena por trabajo para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo.

La medida controvertida entra pues en el campo de aplicación de la última frase del artículo 7 ap. 1 del Convenio.

c) Sobre la cuestión de saber si la “doctrina Parot” era razonablemente previsible.

El Tribunal constata que la Audiencia Nacional ha aplicado la nueva regla de cómputo de las redenciones de pena por trabajo derivada de la “doctrina Parot” en sustitución de aquella que estaba en vigor en el momento en que se cometieron los delitos y se dictó la condena, lo cual ha supuesto para la demandante la imposibilidad real de beneficiarse de cualquier redención a la que tenía, sin embargo, derecho en aplicación de la ley.

Esta modificación del sistema de cómputo de las redenciones de pena es el resultado de un cambio jurisprudencial operado por el Tribunal Supremo, y no de una modificación de la ley por el legislador. En estas circunstancias, queda por determinar si la nueva interpretación de las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1973, adoptada mucho des-

pués de que se cometieran los delitos perseguidos y se dictaran las condenas - e incluso después de la decisión sobre el cúmulo y la duración máxima de las penas adoptada el 30 de noviembre de 2000 - era razonablemente previsible para la interesada; es decir si se podía relacionar con una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia (S.W. y C.R. contra Reino Unido, antes citado, respectivamente ap. 43 y ap. 41). Para ello, el Tribunal debe examinar si la demandante podía esperar, en el momento en que se dictaron las condenas, o bien cuando se le notificó la decisión sobre el cúmulo y la duración máxima de las penas, si fuese necesario con el asesoramiento pertinente, que la pena que se le imponía podría convertirse en una pena de cárcel efectiva, sin deducción de las redenciones de pena por trabajo previstas en el artículo 100 del Código Penal de 1973.

Al hacerlo, el Tribunal debe tener en cuenta el derecho aplicable en ese momento, especialmente en cuanto a la práctica jurisprudencial y administrativa anterior a la “doctrina Parot” derivada de la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de febrero de 2006. Al respecto, el Tribunal observa que el único antecedente pertinente citado en dicha sentencia era una sentencia del 8 de marzo de 1994, en la cual el Tribunal Supremo había seguido el criterio inverso, fundado en la premisa según la cual la pena máxima, de treinta años, que se debía cumplir era una “pena nueva y autónoma” sobre la cual se debían calcular las redenciones de pena previstas por la ley (ap. 36 anterior). En opinión del Tribunal, el hecho de que una sentencia aislada no pueda crear jurisprudencia en el derecho español (párrafo 40 anterior) no puede ser determinante. Por otra parte, así como lo han señalado los jueces disidentes en la sentencia del 28 de febrero de 2006, un acuerdo adoptado por el pleno de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo el 18 de julio de 1996, había establecido que las redenciones de pena concedidas en virtud del Código Penal de 1973 se deberían tomar en cuenta a la hora de comparar las penas que se deben cumplir respectivamente previstas en el antiguo y en el nuevo Código Penal (párrafos 37 y 41 anteriores). Después de la entrada en vigor del código penal de 1995, los órganos jurisdiccionales españoles han tenido que determinar caso por caso sobre la base de este criterio, cuál era el Código Penal más clemente, teniendo en cuenta, especialmente, las incidencias del sistema de redenciones de pena por trabajo sobre la fijación de la pena.

Por otra parte, el mismo Gobierno admite que, según la práctica penitenciaria y jurídica anterior a la “doctrina Parot”, las redenciones de pena por trabajo se computaban sobre la duración máxima de treinta años de cárcel, y esto a pesar de que la primera decisión del Tribunal Supremo sobre esta cuestión sólo se hubiera dictado en 1994.

Además, el Tribunal concede importancia al hecho de que el Tribunal Supremo no haya operado el controvertido cambio jurisprudencial hasta 2006, es decir diez años después de que se derogara la ley a la que hacía referencia. Con este cambio, el Tribunal Supremo ha dado una nueva interpretación a las disposiciones de una ley que ya no estaba en vigor, es decir el Código Penal de 1973, derogado por el Código Penal de 1995. Es más, como se ha señalado anteriormente (ap. 102), al adoptar las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995, el legislador pretendía mantener los efectos del sistema de las redenciones de pena por trabajo instauradas por el Código Penal de 1973 para las personas condenadas en base a dicho texto - como era el caso de la demandante - precisamente para conformarse a las reglas que prohibían la retroactividad de la ley más severa en el ámbito penal. Pues bien, la nueva interpretación del Tribunal Supremo, que privó de cualquier efecto útil al beneficio de las redenciones de pena por trabajo ya concedidas, condujo en la práctica a la anulación de los efectos de ese sistema en detrimento de la demandante y de otras personas que se encontraban en una situación similar.

Por otra parte, el Tribunal no puede apoyar la tesis del Gobierno según la cual la interpretación del Tribunal Supremo era previsible, ya que resultaba más conforme con la letra de las disposiciones del Código Penal de 1973. El Tribunal recuerda que no es tarea suya la de determinar cuál es la interpretación correcta de estas disposiciones en derecho interno, sino la de establecer si la nueva interpretación que se ha dado era razonablemente previsible por la demandante respecto al “Derecho” aplicable en el momento de que se trataba. Este “Derecho”, en el sentido material que tiene este término en el Convenio y que incluye también el derecho no escrito o jurisprudencial, había sido aplicado de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años, hasta el giro jurisprudencial efectuado por la “doctrina Parot”. A diferencia de las interpretaciones judiciales que se debatían en los asuntos S.W. y CV.R. contra Reino Unido, ya citados, el giro litigioso no se apoya en una inter-

pretación de la ley penal, que se limite a seguir una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia.

El Tribunal estima, finalmente, que las consideraciones de política criminal en que se apoya el Tribunal Supremo no bastan para justificar semejante giro jurisprudencial. Si el Tribunal reconoce que el Tribunal Supremo no ha hecho una aplicación retroactiva de la ley 7/2003 que conlleva la modificación del Código Penal, no es menos cierto que los motivos de la sentencia del Tribunal Supremo hacen aparecer un objetivo que es el mismo que el de la ley mencionada. El Tribunal recuerda que esta ley tenía la finalidad de garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de la pena máxima a cumplir por las personas condenadas a largas penas de prisión (ap. 33 anterior). A este respecto, si el Tribunal admite que los Gobiernos tienen libertad para modificar su política criminal, en particular reforzando la represión de los crímenes y delitos (Achour, ya citado, ap. 44), no es menos cierto que deben respetar al hacerlo las reglas establecidas en el artículo 7 (Maktouf y Damjanović contra Bosnia-Herzegovina [GC], núms 2312/08 y 34179/08, ap. 75, 18 de julio de 2013). Sobre este punto, el Tribunal recuerda que el artículo 7 del Convenio prohíbe de forma absoluta la aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado.

A la vista de cuanto precede, el Tribunal estima que en el momento en que se han dictado las condenas de la demandante y en el que la misma ha recibido la notificación de la resolución de la acumulación y límite máximo, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo ni, en consecuencia que la Audiencia Nacional computara las redenciones de pena concedidas, no sobre la pena máxima de treinta años, sino sucesivamente sobre cada una de las penas dictadas. Como ha constatado el Tribunal anteriormente (aps. 109 y 111), este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta.

De donde se desprende que ha habido violación del artículo 7 del Convenio.

II. Sobre la alegada violación del artículo 5.1 del Convenio

La demandante considera que su mantenimiento en prisión desde el 3 de julio de 2008 desconoce la exigencias de “legalidad” y de respeto del “procedimiento establecido por la Ley”. Invoca el artículo 5 del Convenio, cuyo texto aplicable está así redactado:

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

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente:

(...)”

A. La sentencia de Sala

En su sentencia, la Sala ha estimado que, teniendo en cuenta las consideraciones que la han llevado a concluir que ha habido una violación del artículo 7 del Convenio, que la demandante no había podido razonablemente prever en el momento de los hechos que la duración efectiva de su privación de libertad se prolongaría casi nueve años y que las modalidades de cómputo de las redenciones de pena serían objeto de un giro jurisprudencial que se le aplicaría de manera retroactiva. La Sala ha llegado a la conclusión de que el mantenimiento en prisión de la interesada desde el 3 de julio de 2008 no era “regular” y contravenía por tanto el artículo 5 ap. 1 del Convenio.

B. Tesis de la partes ante la Gran Sala

1. Argumentos de la demandante.

La recurrente alegó que el artículo 5.1 del Convenio contenía requisitos sobre la calidad de la ley, lo que significaba que toda ley nacional que autorizara medidas de privación de libertad debía ser lo suficientemente clara y previsible en su aplicación. Alegó asimismo que el artículo 5 era aplicable al derecho de un condenado a su excarcelación anticipada si las disposiciones legales relativas a tal derecho no preveían su aplicación condicio-

nal o discrecional, sino que la hacían extensible a cualquier persona que cumplierse los requisitos legales previstos (Grava, antes citada, ap. 31-46), con independencia de que la medida se refiriese a la propia pena o a su ejecución a efectos del artículo 7. La recurrente alegó que la extensión de la condena y/o de su duración efectiva no era razonablemente previsible y, en otro caso, que la esencia de la pena impuesta y/o la forma de su ejecución y/o su duración efectiva tampoco habían sido razonablemente previsibles.

2. Argumentos del Gobierno

El Gobierno alegó que la resolución de la Sala se desviaba de la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 5 del Convenio, en particular la sentencia *Kafkaris y M. contra Alemania* antes citada. Se afirmó que, en este caso, existía un nexo causal perfecto entre las penas impuestas por los graves y numerosos delitos que la recurrente había cometido y el tiempo transcurrido en prisión. Las sentencias por las que se la había condenado señalaban que debía pasar 30 años en prisión, al igual que la decisión de 2000 de combinar las penas para establecer un máximo de reclusión y la de 2001 en la que se fijaba la fecha de liberación de la recurrente en el 27 de junio de 2017.

C. Valoración del Tribunal

1. Principios consagrados en la jurisprudencia del Tribunal

Las letras (a) a (f) del artículo 5 del Convenio contienen una relación exhaustiva de causas admisibles para la privación de libertad, de modo que una decisión de esta naturaleza no será legal a menos que se apoye en alguna de ellas (véase *M. contra Alemania*, antes citada, apartado 86). El artículo 5.1 (a) permite privar de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. Teniendo en cuenta el texto francés, la expresión debe entenderse como declaración de culpabilidad una vez que se ha determinado, conforme a la ley, que se ha cometido el delito (véase *Guzzardi contra Italia*, 6 de noviembre de 1980, ap. 100, Serie A núm. 39), y la imposición de una pena u otra medida privativa de libertad (véase *Van Droogenbroeck contra Bélgica*, 24 de junio de 1982, ap. 35, Serie A núm. 50).

Es más, la expresión de la letra (a) no significa simplemente que la privación de libertad debe seguir a la “condena” en cuanto al tiempo: además, la “privación de libertad” debe ser resultado de, seguir y depender de, o “producirse en virtud de” la condena. En resumen, debe haber una relación de causalidad suficiente entre los dos (ver *Weeks contra Reino Unido*, 2 de marzo 1987, ap. 42, serie A núm. 114, ap. 42; *Stafford contra Reino Unido [GS]*, núm. 46295/99, ap. 64, TEDH 2002 IV; *Kafkaris*, antes citada, ap. 117; y *M. contra Alemania*, antes citada, apartado 88). Sin embargo, con el paso del tiempo, el vínculo entre la condena inicial y la extensión de la privación de libertad se va debilitando gradualmente (véase *Van Droogenbroeck*, antes citada, apartado 40). La relación de causalidad necesaria con arreglo a la letra (a) podría romperse si se llegara a una situación en la que la decisión de no liberar o volver a recluir a una persona se basase en motivos que eran incompatibles con los objetivos del tribunal sentenciador o en una valoración no razonable a efectos de dichos objetivos. En tales casos, una condena legal en un principio se transformaría en una privación de libertad arbitraria y, por tanto, incompatible con el artículo 5 (véase *Weeks*, antes citada, ap. 49, y *Grosskopf contra Alemania*, núm. 24478/03, ap. 44, 21 de octubre de 2010).

En la jurisprudencia del Tribunal relativa al artículo 5.1 se ha establecido que toda privación de libertad no solo debe basarse en alguna de las excepciones de las letras a) a f), sino que también debe ser “legal”. Cuando la “legalidad” de la privación está en entredicho, incluida la cuestión de si se ha seguido el “procedimiento determinado por la ley”, el Convenio se remite a la legislación nacional y establece la obligación de ajustarse a las normas sustantivas y procesales del Derecho nacional. Ello exige, principalmente, que cualquier arresto o detención tenga una justificación legal en Derecho nacional, pero también afecta a la calidad de la ley, exigiendo que sea compatible con las normas del Estado de Derecho, concepto inherente a todo el articulado del Convenio (véase *Kafkaris*, antes citada, ap. 116, y *M. contra Alemania*, antes citada, apartado 90). La “calidad de la ley” implica que, si una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad (véase *Amuur contra Francia*, 25 de junio de 1996, ap. 50, Repertorios 1996-III). El criterio de “legalidad” establecido por el Convenio exige que toda ley debe ser

suficientemente precisa para permitir a las personas - si procede, con el pertinente asesoramiento - prever, hasta un punto razonable en las circunstancias de cada caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado (véase Baranowski contra Polonia, núm. 28358/95, ap. 52, TEDH 2000-III; M. contra Alemania, antes citada, ap. 90; y Oshurko contra Ucrania, núm. 33108/05, ap. 98, 8 de septiembre de 2011). Cuando se trata de la privación de libertad, es primordial que la ley nacional defina claramente las condiciones de la misma (véase Creangă contra Rumanía [GS], nº 29226/03, ap. 120, 23 de febrero de 2012).

Por ultimo, el Tribunal reitera que, aunque el artículo 5.1 (a) del Convenio no garantiza en sí mismo el derecho de un recluso a su excarcelación anticipada, sea condicional o definitiva (véase İrfan Kalan contra Turquía (dec.), núm. 73561/01, 2 de octubre de 2001, y Çelikkaya contra Turquía (dec.), nº 34026/03, 1 de junio de 2010), la situación puede cambiar cuando las autoridades competentes, sin contar con poderes discrecionales, están obligadas a aplicar dicha medida a un individuo que cumple los requisitos legalmente establecidos (véase Grava, antes citada, ap. 43; Pilla contra Italia, núm. 64088/00, apartado 41, 2 de marzo de 2006; y Şahin Karataş contra Turquía, núm. 16110/03, ap. 37, 17 de junio de 2008).

2. Aplicación de los principios anteriormente citados en el presente caso

El Tribunal desea poner de relieve en primer lugar que, tal y como la demandante adecuadamente resaltó, la distinción entre el concepto de “pena” y el de “ejecución de la pena” a los efectos del artículo 7 del Convenio no es determinante para la aplicación del artículo 5 ap. 1 (a). Las medidas relacionadas con la ejecución de una sentencia o su reducción pueden afectar al derecho a la libertad protegido por el artículo 5.1, pues la duración efectiva de la privación de libertad depende de la aplicación de aquellas medidas, entre otras circunstancias (véase, por ejemplo, caso Grava, citado más arriba a los aps. 45 y 51, y, en lo que se refiere al traslado de presos entre Estados, Szábo contra Suecia (dec.) núm. 28578/03, TEDH 2006-VIII).

Mientras el artículo 7 se aplica a la “pena” tal y como ha sido impuesta por el Tribunal sentenciador, el artículo 5 se refiere al encarcelamiento que deriva de aquélla.

En este caso, el Tribunal no alberga ninguna duda sobre que la demandante fue sentenciada por un Tribunal competente y de acuerdo con un procedimiento contemplado en la Ley, en el sentido del artículo 5.1 (a) del Convenio. De hecho, la demandante no discute que su encarcelamiento fue legal hasta el día 2 de julio de 2008, fecha propuesta inicialmente por las autoridades penitenciarias para su puesta en libertad. El Tribunal debe, por lo tanto, examinar si el mantenimiento del encarcelamiento después de aquella fecha fue “legal” en el sentido que este término tiene en el artículo 5.1 del Convenio.

El Tribunal tiene en cuenta que en ocho procedimientos diferentes la Audiencia Nacional encontró a la demandante culpable de varios delitos derivados de atentados terroristas. Aplicando el Código Penal que se encontraba en vigor en el momento en que se cometieron los delitos, la demandante fue condenada a penas de prisión que ascendían a más de 3.000 años (véanse aps. 11-12 anteriores). En muchas de esas sentencias, así como en su Auto de 30 de septiembre de 2000, por el que aún las penas y fija una duración máxima para la pena de prisión, la Audiencia Nacional decidió que la demandante debía cumplir un período máximo de prisión de 30 años, de conformidad con el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 (véanse aps. 11 y 14 anteriores). Este Tribunal constata que el período de prisión cumplido por la demandante todavía no ha llegado a dicho período máximo. Hay un claro nexo de causalidad entre las condenas a la demandante y la continuación de su encarcelamiento después del 2 de julio de 2008, que derivan, respectivamente, de las sentencias condenatorias y de la fijación de 30 años como duración máxima de la pena de prisión fijada el 30 de noviembre de 2000 (véase, *mutatis mutandis*, Kafkaris, ap. 120).

No obstante, el Tribunal debe decidir si la “ley” que autoriza la continuación del encarcelamiento de la demandante más allá del 2 de julio de 2008 era suficientemente previsible en su aplicación. El cumplimiento del requisito de previsibilidad debe ser evaluado en relación con la “ley” en vigor a la fecha de dictarse la condena y durante el posterior período de privación de libertad. A la luz de las argumentaciones que nos llevaron a

considerar que se había incumplido el artículo 7 del Convenio, el Tribunal resuelve que en el momento en que la demandante fue sentenciada, cuando realizaba trabajos penitenciarios y cuando le fue notificada la decisión de aunar las condenas y fijar un período máximo de privación de libertad, ella no pudo haber previsto, razonablemente, que el método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo sufriría una alteración como consecuencia del cambio de jurisprudencia efectuado por el Tribunal Supremo en el año 2006 y que el nuevo criterio jurisprudencial sería aplicable a su caso.

El Tribunal considera que la aplicación a la demandante de la nueva jurisprudencia retrasó de manera efectiva la fecha de su puesta en libertad en casi nueve años. En consecuencia, ella ha cumplido un período de prisión superior a aquél que habría cumplido de acuerdo a la legislación en vigor en el momento de su condena, tomando en cuenta las reducciones de condena que le habían sido ya reconocidas de acuerdo con la Ley (véase *mutatis mutandis*, caso Grava citado más arriba ap. 45)

El Tribunal concluye que a partir del 3 de julio de 2008 la privación de libertad de la demandante no ha sido “legal”, con infracción del artículo 5.1 del Convenio.

III Artículo 46 del Convenio.

Las partes pertinentes del artículo 46 del Convenio disponen lo siguiente:

- “1. Las Altas partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte.
2. La sentencia definitiva se transmitirá al Comité de Ministros que velará por su ejecución. (...)”

A. Sentencia de la sala.

Teniendo en cuenta las circunstancias específicas de este caso y la necesidad urgente de poner fin a la infracción del artículo 7 y a la del artículo 5.1 del Convenio, la Sala consideró que correspondía al Estado

demandado asegurar que la demandante fuera puesta en libertad a la mayor brevedad posible (ap. 83 de la Sentencia).

B. Alegaciones de las partes ante la Gran Sala

1. La demandante

La demandante alegó que el hecho de que el Tribunal nunca hubiera utilizado en el pasado, en un caso similar, sus poderes excepcionales para indicar la adopción de medidas individuales al Estado demandado no debía ser tenido en cuenta. Señaló que la Gran Sala gozaba de poderes para fijar medidas individuales y que si la naturaleza de la infracción del Convenio no dejaba posibilidad real de elegir entre varias medidas para remediarla podía indicar que se adoptara sólo un tipo de medida. Así mismo, criticó al gobierno por no haber señalado qué medidas distintas de su puesta en libertad pudieran adoptarse en el caso de que la Gran Sala encontrara que se había producido una infracción de los artículos 5 y 7 del Convenio.

2. El Estado demandado

El Gobierno alegó que en casos similares referidos a la aplicación retroactiva de cambios legislativos que producían la extensión del período de privación de libertad de un condenado, el Tribunal nunca había utilizado su poder excepcional de indicar medidas individuales a adoptar en ejecución de su sentencia (M. contra Alemania, citada anteriormente). En conexión con esto señaló que pese a que el Tribunal había declarado una infracción del artículo 7 en el caso Kafkaris (anteriormente citado) debido a que la legislación en cuestión no tenía suficiente calidad, el Tribunal no había indicado ninguna medida que supusiera la puesta en libertad del demandante, quien permanecía en prisión en la fecha en que la sentencia fue dictada (el Gobierno también se refirió a Kafkaris v. Chipre (dec.), núm. 9644/09, de 21 de junio de 2011).

B. Valoración del Tribunal.

En virtud del artículo 46 del Convenio las Altas partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los casos

en que son partes, velando por su ejecución el Comité de Ministros. Esto quiere decir que cuando el Tribunal declara una infracción, el Estado demandado se encuentra no sólo legalmente obligado a pagar a los afectados las cantidades en que se cifra la condena a proporcionar una satisfacción equitativa de acuerdo con el artículo 41 del Convenio sino también a adoptar medidas individuales y/o, en caso de ser necesarias, medidas generales en su ordenamiento jurídico interno para poner fin a la infracción declarada por el Tribunal y resarcir sus efectos, con la finalidad de situar al demandante, en la medida de lo posible, en la situación de la que habría disfrutado si no se hubieran infringido las normas del Convenio (ver, entre otros *Scozzari and Giunta contra Italia* [GC] núms. 39221/98 y 41963/98, ap. 249, TEDH 2000-VIII, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) contra Suiza* (n. 2) [GC] núm. 32772/02, ap. 85, TEDH 2009; y *Scoppola* (n. 2) antes citado, ap. 147).

Es cierto que, en principio, el Estado demandado es libre de escoger las medidas con las cuales pretende cumplir la obligación resultante del art 46 del Convenio, siempre que dichas medidas sean compatibles con lo dispuesto por lo fallado por el Tribunal en su Sentencia (véase *Scozzari and Giunta contra Italia*, citado anteriormente, ap. 249), no obstante en determinados casos, con la finalidad de ayudar al Estado demandado a cumplir sus obligaciones dimanantes del art 46, el Tribunal puede hacer una indicación del tipo de medidas individuales y/o generales que podrían ser adoptadas con el propósito de poner punto y final a la situación que dio pie a la declaración de una infracción (Véase *Broniowski contra Polonia* [GC], n° 31443/96, ap. 194, TEDH 2004-V, y *Stanev contra Bulgaria* [GC], n° 36760/06, aps. 255-258, TEDH 2012). En otros supuestos excepcionales la naturaleza de la infracción declarada puede no dejar opción a elegir para remediar la infracción y el Tribunal puede decidir indicar la única medida posible (véase *Assnidze contra Georgia* [GC], núm. 71503/01, aps. 202-203, TEDH 2004-II; *Aleksanyan contra Rusia*, núm. 46468/06, aps. 239-240, de 22 de diciembre de 2008; y *Fatullayev. contra Azerbaiyán* núm. 40984/07, párrafos 176-177, de 22 de abril de 2010.)

La Gran Sala está de acuerdo con el fallo de la Sala y entiende que el presente caso se inserta en esta última categoría. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas de este caso y la urgente necesidad de poner punto final a las infracciones del Convenio que se declaran, entiende que

incumbe al Estado demandado asegurar que la demandante es puesta en libertad en el plazo más breve.

IV Aplicación del artículo 41 del Convenio

El artículo 41 del Convenio establece que:

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

La demandante solicitó indemnización por el daño moral presuntamente sufrido y también pidió ser reintegrada de las costas procesales y gastos en que ha incurrido. El Gobierno se opuso a la indemnización de daño moral.

A. Fallo de La Sala

En su sentencia, la Sala estimó la demanda concediendo a la demandante 30.000 (TREINTA MIL) Euros en concepto de daño moral. También estimó la demanda concediéndole 1.500 (MIL QUINIENTOS) Euros, para costas procesales y gastos vinculados al procedimiento.

B. Alegaciones de las Partes ante la Gran Sala

1. La demandante

La demandante solicitó 60.000 (SESENTA MIL) Euros por presuntos daños morales y ser reintegrada de las costas y gastos procesales ante la Gran Sala, adicionales a los que ya le habían sido por la Sala. No presentó ningún recibo acreditativo de las costas y gastos en que habría incurrido causados por la sustanciación del procedimiento ante la Gran Sala.

2. El Gobierno

El Gobierno opuso que el reconocimiento de daños morales a una persona condenada por actos tan criminales como los cometidos por la

demandante - que ha sido declarada culpable en procedimientos judiciales que cumplen todos los requisitos de un juicio justo - sería difícil de comprender. Asimismo alegó que en la Sentencia del caso Kafkaris (citado anteriormente) “teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso”, el Tribunal había considerado que la declaración de una infracción del artículo 7 del Convenio constituía en sí misma una satisfacción equitativa suficiente de cualquier daño moral que pudiera haber sufrido el demandante.

C. Valoración del Tribunal

1. Daño moral.

El Tribunal reconoce que en la Sentencia Kafkaris la mera declaración de la infracción constituía en sí misma satisfacción equitativa de cualquier daño moral que el demandante hubiera sufrido. En esa Sentencia, sin embargo, no se había declarado ninguna infracción del artículo 5.1 y la declaración de infracción del artículo 7 se refería sólo a la calidad de la Ley. En el presente caso la situación es diferente pues el Tribunal ha declarado que continuar la privación de libertad de la demandante a partir del 2 de julio de 2008 supone una infracción del artículo 5.1 y que haya soportado una pena superior a aquélla que le fue impuesta constituye una infracción del artículo 7 del Convenio (Véase *mutatis mutandis*, M. contra Alemania, citado anteriormente, ap. 141). Esto ha causado a la demandante un daño moral que no puede ser compensado exclusivamente por la mera declaración de las infracciones.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y haciendo una valoración equitativa, el Tribunal concede a la demandante 30.000 euros por este concepto.

2. Costas y Gastos procesales;

De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, las costas y los gastos procesales no pueden ser concedidos al amparo del artículo 41 si no está bien probado que se han producido efectivamente, son necesarios y razonables en su cuantía (véase, por ejemplo *Iatridis contra Grecia* [satisfacción equitativa] [GC] núm. 31107/96, ap. 54, ECHR 2000-XI).

La Gran Sala pone de relieve que a la demandante se le concedieron por la Sala 1.500 euros para costas y gastos incurridos en los procedimientos de instancia. Como no ha aportado prueba documental alguna de los costos y gastos en que habría de incurrir en el procedimiento ante la Gran Sala (compárese Tanase contra Moldavia [GC], núm. 7/08, ap. 193, FHR 2010), se le deben reconocer solamente 1.500 euros por el concepto de todas las costas y gastos procesales en que hubiere incurrido.

2. Intereses de demora

El Tribunal considera apropiado fijar el tipo de los intereses de demora sea el tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos por el Banco Central europeo incrementado en tres puntos.

Por estos motivos, el Tribunal

1. Declara, por quince votos a favor y dos en contra, que se ha producido una infracción del artículo 7 del Convenio;
2. Declara, unánimemente, que a partir del 3 de julio de 2008 la privación de libertad de la demandante no ha sido “legal”, con infracción del artículo 5 § 1 del Convenio;
3. Declara, por dieciséis votos a favor y uno en contra que el Estado demandado debe garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo;
4. Declara, por diez votos a favor y siete en contra que el Estado demandado debe pagar a la demandante, en el plazo de tres meses, 30.000 euros, que se incrementarán con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a la demandante, en concepto de daños morales;
5. Declara, unánimemente, que el Estado demandado debe pagar a la demandante, en el plazo de tres meses, 1.500 euros, que se incrementarán con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a la demandante, en concepto de costas y gastos procesales;

6. Declara, unánimemente, que una vez transcurrido un plazo de tres meses desde esta sentencia, las cantidades indicadas en los apartados 4 y 5 de este fallo devengarán interés a un tipo porcentual igual al tipo de interés marginal aplicado a sus préstamos por el Banco Central Europeo aumentado en tres puntos porcentuales.
7. Desestima, unánimemente, la petición de cantidades superiores que la demandante formuló en concepto de satisfacción equitativa.

Opinión concurrente del Juez Nicolaou

He votado con la mayoría en todos los aspectos del caso, pero por lo que se refiere a la vulneración del artículo 7, aplico un razonamiento que no es idéntico al de la mayoría. La diferencia afecta asimismo a la conclusión relativa al artículo 5.1.

Lo que considero que son los elementos esenciales con respecto al artículo 7 pueden señalarse brevemente. En ocho procesos penales diferentes, concluidos entre el 18 de diciembre de 1998 y el 8 de mayo de 1990, la recurrente fue condenada por multitud de delitos, entre ellos algunos de los más graves, cometidos en el contexto de las actividades terroristas entre 1982-1987. La recurrente fue condenada a varias penas de 30 años de prisión por cada asesinato. La duración total de la condena hubiera superado los tres mil años si las penas hubieran discurrido de forma consecutiva.

Los sistemas nacionales tratan, cada uno a su manera, el problema que plantean las series de penas de prisión que pueden imponerse en el mismo procedimiento o en varios. Resulta absolutamente necesario, para adoptar una decisión, determinar qué supondrían dichas penas. ¿Deben ser consecutivas o concurrentes? ¿O debe existir un límite? A este respecto, las normas deben tener en cuenta la finalidad de interés público de la aplicación del Derecho penal, incluida la protección de la vida, permitiendo al mismo tiempo un planteamiento justo y humanitario. Es más, incluso cuando la legislación prevé la reclusión indefinida, deben existir normas para lograr un equilibrio entre los intereses en cuestión.

Se interprete como se interprete el sistema, tanto los principios como la jurisprudencia del Tribunal exigen que se distinga entre, por un lado, las

disposiciones relativas a la pena prevista en la ley anterior a la infracción penal, vistas siempre a la luz de cualquier legislación sucesiva menos severa, dado que la pena real, considerando el artículo 7, no puede exceder del límite establecido por la *lex mitior* (Scoppola contra Italia (no. 2) [GS] sentencia núm. 10249/03, 17 de septiembre de 2009); y, por otro lado, las disposiciones que regulan la ulterior aplicación o ejecución de la pena, sobre todo en relación con su remisión. Como se ha señalado, la línea divisoria puede no estar clara en ocasiones; Kafkaris contra Chipre [GS], núm. 21906/04, ap. 142, TEDH 2008. Cuando así ocurre, es tanto más necesario especificar dónde debe trazarse la línea y explicar por qué se hace. Es preciso realizar otra distinción, pero me referiré a ella posteriormente.

En el momento en que se cometieron los delitos, la situación estaba regida por el Código Penal de 1973, artículo 70.2, que según la jurisprudencia disponía, en primer lugar, que cualquiera que fuese el total de años de prisión impuesto, debía aplicarse un máximo de sólo treinta; y, en segundo lugar, la cifra así establecida debía formar la única base sobre la que aplicar la norma sobre remisión de la pena. Conforme al artículo 100 de dicho texto (modificado por la Ley núm. 8/1983), el condenado tenía derecho a una remisión de un día por cada dos días trabajados en prisión; y aunque ello estaba sujeto a la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria, esta autorización estaba garantizada a falta de acción irregular por parte del recluso. En el caso actual, en cada uno de los últimos cinco procesos penales, la Audiencia Nacional, como tribunal sentenciador, centró su atención en cómo plantearse las diversas penas y, siguiendo una práctica judicial consagrada, concluyó que la pena debía de ser de treinta años. Una vez transcurridos los ocho procesos, la Audiencia Nacional, actuando conforme a las facultades conferidas por el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, examinó, a la luz de la totalidad de las penas, cuál debía ser la pena total unificada según el artículo 70.2 del Código Penal. Mediante decisión de 30 de noviembre de 2000, estableció que el máximo de prisión debía ser de treinta años, al que se aplicarían, entre otras cosas, las normas de remisión de la pena basadas en los trabajos en prisión.

En esta línea, debe señalarse que antes del momento en que se fijó la pena de prisión máxima de la recurrente, el propio Tribunal Supremo había señalado, en un auto de 25 de mayo de 1990, que el tribunal com-

petente para la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, era el tribunal sentenciador (la Audiencia Nacional). Expuso que ello era así porque la cuestión se refería al establecimiento de la pena, no a su ejecución, responsabilidad que correspondía a otro juez, al que se había asignado específicamente la cuestión. La práctica judicial existente fue confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994, en la que se afirmaba que, tras revisar específicamente la cuestión, la pena máxima de 30 años prevista en el artículo 70.2 del Código Penal era una “nueva pena”, resultante de las anteriores pero independiente de ellas, a la que se aplicaban los beneficios penitenciarios previstos en la ley, como los permisos y la remisión de la pena. Y señalaba que esta interpretación de la ley se reflejaba asimismo en el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981. La conclusión judicial de que los beneficios penitenciarios debían aplicarse a la “nueva pena” significaba, sin duda, que la pena más grave que podía imponerse a una persona era la de 30 años de prisión, menos las posibles remisiones. En dos sentencias posteriores, una dictada el 15 de septiembre de 2005 y otra el 11 de octubre de 2005, aunque el Tribunal Supremo no volvía a tratar específicamente la cuestión, reiteraba utilizando expresiones sustancialmente idénticas, que la duración de la condena tras convertir las penas originariamente impuestas constituía una pena nueva e independiente resultante de ellas, y que los beneficios penitenciarios previstos por la ley debían aplicarse a la nueva pena, y no a las originales.

La cuestión en torno a la que gira este caso hace innecesario comentar el alcance o la idoneidad de las disposiciones legales aplicables o la postura de las autoridades judiciales sobre su interpretación. Lo que resulta significativo es que, con respecto a las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, la ley penal había sido interpretada de forma autorizada por una decisión judicial cuyo efecto temporal se retrotraía al momento en el que estaba vigente el artículo 70.2 del Código Penal de 1973. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994 confirmaba la interpretación realizada de dicha disposición y la práctica judicial resultante, clara y reiterada, anterior a la comisión de los delitos a que se refiere este asunto. No existió nunca asomo alguno de incertidumbre. Cualesquiera que fueran el número de infracciones penales y la gravedad de las penas respectivas para cada uno, la pena que realmente se impondría no podía

superar los 30 años de prisión, límite superior máximo de una pena nueva e independiente, al que se aplicarían las remisiones previstas para la ejecución de la misma, que vendrían a su vez a reducirla una vez más. He aquí el punto crucial de este caso. Cualquier modificación posterior que viniera a introducir retroactivamente una pena superior, bien por vía legal o jurisprudencial, supondría una vulneración de la protección prevista por el artículo 7 del Convenio.

De hecho, en este caso, en un momento dado se le abonó a la recurrente el tiempo trabajado de forma que, si no se hubiera modificado la legislación, habría debido ser excarcelada mucho antes del término de los 30 años previstos. Pero la situación había cambiado para entonces. La legislación había introducido disposiciones más severas relativas a los delitos graves; y entonces los tribunales modificaron la jurisprudencia antes expuesta. El nuevo Código Penal de 1995, aplicable desde 1996, preveía penas superiores en caso de conversión y abolía la remisión de la pena por el trabajo realizado en prisión. Sin embargo, contenía también disposiciones transitorias aplicables a los condenados según el Código Penal de 1973. Posteriormente, se añadieron normas más rigurosas mediante la Ley núm. 7/2003, cuyo objeto era garantizar que, en los casos más graves, el condenado cumpliera la totalidad de la pena resultante de la conversión de las penas originariamente impuestas. Poco después, en el contexto de las disposiciones del Código Penal de 1973 que se habían mantenido sobre derechos a la remisión de la pena, el Tribunal Supremo adoptó una nueva interpretación sobre el significado y finalidad de la pena resultante de la conversión. Mediante sentencia de 28 de febrero de 2006, revocó la interpretación jurisprudencial del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, considerando que dicho precepto debía interpretarse de forma que “el límite de 30 años no constituye una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas sobre el condenado, u otra pena resultante de las anteriores, sino que es el límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión de un condenado”.

Así, el Tribunal Supremo volvía a contemplar las penas originariamente impuestas y declaraba su eficacia continuada. En consecuencia, la pena resultante del artículo 70.2 ya no constituía la pena máxima total para el conjunto de los delitos cometidos, sino tan sólo el límite del período que reclusión cuando se aplicaba sucesivamente el sistema de remisiones a las penas originales, dentro del régimen de ejecución de la pena. Al

enunciar la nueva interpretación - la “doctrina Parot” - el Tribunal Supremo se declaraba libre de seguir interpretaciones anteriores. El Tribunal justificó pormenorizadamente esta nueva interpretación. Entre otras cosas, se apoyaba en la redacción de las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1973, prestando particular atención al término “pena” (impuesta) y “condena” (la pena a cumplir), y extraía conclusiones en función de dicha diferencia. Como ya he señalado, este Tribunal debe abstenerse de expresar ningún tipo de preferencia por una interpretación judicial nacional u otra. De hecho, es irrelevante si esa interpretación era sólida o estaba injustificada. Tampoco procede comentar si el Tribunal Supremo podía desentenderse de su propia sentencia de 8 de marzo de 1994, como ya se ha señalado, y si estaba justificado hacerlo.

En mi opinión, hay dos cuestiones pertinentes que plantearse desde el punto de vista del Convenio. La primera es si, en el momento de la comisión de los delitos, existía una interpretación judicial que configuraba una práctica firme y constante que confería a la ley un significado cierto y tangible. La respuesta es afirmativa, sobre todo si se analiza la cuestión a la luz de la interpretación otorgada, en un momento dado, por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 1994. La nueva interpretación del Tribunal Supremo del 28 de febrero de 2006 obviamente no era el resultado de una aclaración gradual y previsible de la jurisprudencia, en el sentido de la sentencia S.W. contra Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, Serie A núms. 335-B y 335-C, respectivamente, y jurisprudencia posterior (citada en el ap. 93 de la sentencia). La segunda cuestión es si, en cualquier caso, era posible modificar la interpretación de la ley con efectos retroactivos. La anterior interpretación de la ley podía modificarse, pero la aplicación retroactiva de la sentencia, rasgo que se dio en otros países, no es compatible con el artículo 7 del Convenio, de la misma forma que no sería compatible una retroactividad legal, como ocurrió en el caso Welch contra Reino Unido, sentencia de 9 de febrero de 1995, Serie A núm. 307-A.

Hasta el momento solo he tratado la cuestión relativa al artículo 7 que, a mi juicio, gira enteramente en torno a lo que cabe considerar que era la máxima pena que podía imponerse a la recurrente en el momento de la comisión de los delitos. He intentado explicar por qué, con respecto al artículo 7(1), la pena “impuesta” debía equivaler a la condena máxima tras la conversión según el artículo 70.2 del Código Penal de 1973. El aná-

lisis de esta cuestión se centra en la definición de la condena y, aunque el propósito de llegar a tal definición afectaba al efecto que podría producir en la aplicación del sistema de remisiones, este sistema por sí mismo no era relevante intrínsecamente a efectos del artículo 7. Sin embargo, esto no significa que la modificación judicial no repercutiera en los derechos de la recurrente: de hecho, así lo hizo. Pero solo en sus derechos conforme al artículo 5.1.

Es en este punto en el que procede hacer una nueva distinción. Las disposiciones sobre el cumplimiento o ejecución de las penas deben distinguirse de las referentes al artículo 7, pero también a las relativas al artículo 5.1. Las modificaciones del régimen general penitenciario, esto es, las que afectan a la ejecución de la pena, pueden afectar adversamente a los reclusos, por ejemplo en *Hogben contra Reino Unido* (núm. 11635/85, decisión de la Comisión de marzo de 1986, Decisiones e Informes (DR) 46) y *Uttley contra Reino Unido* (dic.), núm. 36946/03, 29 de noviembre de 2005, pero no tienen por qué vulnerar el artículo 7 y el artículo 5.1. Con todo, pueden introducirse modificaciones que vayan más allá, suscitándose entonces un problema en relación con uno de dichos artículos o ambos. Una modificación posterior a la adopción de una condena legal - la efectivamente impuesta - no plantea problemas respecto al artículo 7, a mi juicio. Pero puede resultar problemática la legalidad, a efectos del artículo 5.1, de la reclusión más allá de un período determinado.

En este caso, y por las razones expuestas, la modificación retroactiva sobre la aplicación del sistema de remisiones no vulneraba, en sí misma, el artículo 7. Sin embargo, era incompatible con el artículo 5.1, ya que privaba a la recurrente de un derecho adquirido a una excarcelación anticipada. La mayoría de mis colegas atribuyen importancia a la falta de previsibilidad en el momento de condena de la recurrente y en el momento en que se notificó la modificación a la recurrente (aps. 112 y 117 de la sentencia) e incluyen dichas consideraciones en el razonamiento que les permite concluir que se ha vulnerado el artículo 7. No puedo admitir dicho razonamiento. En mi modesta opinión, la modificación de la aplicación del sistema de remisión una vez fijada la pena conforme al artículo 70.2 sólo afecta al artículo 5.1. Lo que resulta pertinente a efectos del artículo 7 es, conforme a la norma de la *lex mitior*, el cambio en la condena máxima existente en el momento de comisión de los delitos. En cuanto a lo demás, me adhiero al razonamiento de la mayoría referente al artículo 5.1.

Opinión parcialmente discrepante de los jueces Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens y Gritco

Hemos votado contra la mayoría en su decisión de conceder una indemnización por daños no pecuniarios a la recurrente. Reconocemos que, en principio, la práctica habitual del Tribunal es conceder indemnizaciones en los casos en que se han hallado violaciones de los derechos humanos. Ello es así en particular cuando se ha conculcado el derecho a la libertad. (Véase *A. y otros v. el Reino Unido* [GS], núm. 3455/05, ap. 253, TEDH 2009).

Sin embargo, el presente caso difiere del caso *A. y otros* contra el Reino Unido en que el Tribunal concluyó que no había quedado establecido que ninguno de los recurrentes hubiera participado o intentando participar en acto alguno de violencia terrorista. La recurrente, en el caso que nos ocupa, ha sido condenada por numerosos delitos graves de terrorismo por asesinatos y tentativa de asesinatos y por daños físicos graves a numerosas personas. En este contexto, preferimos adoptar el enfoque del Tribunal en *McCann y otros* contra el Reino Unido (27 de septiembre de 1995, ap. 219, Serie A núm. 324). Así pues, temiendo en cuenta las especiales circunstancias en relación con el contexto del presente caso, no consideramos apropiado conceder una indemnización por daños no pecuniarios o morales. En nuestra opinión, la conclusión de violación emitida por el Tribunal, adoptada junto con la medida indicada al amparo del artículo 46 constituye suficiente resarcimiento.

Opinión parcialmente discrepante de los jueces Mahoney y Vehabovic

En relación con el artículo 7

No podemos compartir el punto de vista de la mayoría de la Gran Sala según el cual los hechos que alega la recurrente suponen una vulneración del artículo 7.1, cuyo tenor es el siguiente:

“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.

La cuestión específica es si se ha incumplido la segunda frase de esta disposición como consecuencia de la aplicación en el caso de la recurrente, varios años después de su condena y la pena correspondiente por la comisión de varios delitos de violencia grave, de la llamada “doctrina Parot”, por la que se modificó el método que se utiliza para calcular las reducciones de condena obtenidas a través de trabajos y estudios realizados en prisión, de manera que la privaba en la práctica de su expectativa hasta entonces de una puesta en libertad temprana sobre la base de dichas reducciones de la condena. Nuestro desacuerdo se centra en la cuestión concreta de si la medida que alega la recurrente dio lugar a una “pena” modificada en el sentido de la segunda frase del artículo 7.1, para invocar la protección de la salvaguarda concedida.

Según reza la sentencia, la jurisprudencia en relación con el Convenio ha trazado de manera sistemática una distinción entre una medida que constituye en sustancia una “pena” y una medida que guarda relación con la “ejecución” o la “aplicación” de la pena.

En el caso anterior de Hogben contra el Reino Unido (núm. 11653/85, Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1986, Decisions and Reports (DR) 46, p. 231), el recurrente era un prisionero condenado que, a consecuencia de una modificación en la política de libertad condicional, tuvo que cumplir un plazo sustancialmente mayor en prisión de lo que habría debido cumplir de otro modo. En su dictamen por el que se declaraba no admisible la solicitud, la Comisión Europea de derechos Humanos argumentaba lo siguiente:

“La Comisión recuerda que el recurrente había sido condenado a cadena perpetua en 1969 por la comisión de un asesinato durante un robo. Está claro que la pena por este delito en el momento de su comisión era reclusión indefinida y por tanto no surge ningún reparo en cuanto al artículo 7 en este sentido.

Por otra parte, en opinión de la Comisión, debe considerarse que la “pena” a los efectos del artículo 7.1 era la reclusión indefinida. No obstante, es cierto que como resultado de un cambio en la política sobre libertad condicional, el recurrente no podría optar a la puesta en libertad hasta haber cumplido 20 años de reclusión. Aunque esto puede dar lugar a que su reclusión haya sido efectivamente más severa que si hubiera podido optar a la libertad condicional en un momento anterior, estas cuestiones se

refieren a la ejecución de la condena en oposición a la “pena”, que continúa siendo la de reclusión indefinida. Por consiguiente, no puede decirse que la “pena” impuesta sea más severa que la impuesta por el tribunal sentenciador.”

Es difícil establecer la diferencia en principio entre las circunstancias de ese caso y las del caso presente, en que la pena definitiva impuesta a la recurrente por la comisión de una serie de delitos en España sigue siendo la misma, a saber, treinta años de prisión, mientras que la fecha para poder optar a la puesta en libertad en la práctica ha cambiado para su detrimento.

De forma similar, en el caso de *Uttley contra el Reino Unido* ((dec), núm. 36946/03, 29 noviembre 2005), la esencia de la alegación del recurrente fue que un cambio en el régimen de excarcelación anticipada, originado por la legislación promulgada en 1991, tuvo como efecto que se le impusiera (cuando fue condenado en 1995) una “pena” más o adicional respecto de la que era de aplicación en el momento en que había cometido los delitos (antes de 1983), que resultaba superior. Basándose en *Hogben*, así como en *Grava contra Italia* (núm. 43522/98, aps. 44-45, 10 Julio 2003), el Tribunal afirmó:

“Aunque las condiciones sobre permisos penitenciarios impuestas al recurrente en el momento de su excarcelación después de ocho años pueden considerarse “onerosas” en el sentido de que limitaban inevitablemente su libertad de acción, éstos no formaban parte de la “pena” en el sentido del artículo 7, sino que eran parte del régimen por el que los prisioneros podían ser excarcelados antes de cumplir el plazo completo de la condena impuesta.

De igual forma, la aplicación al recurrente del régimen posterior a 1991 sobre excarcelación anticipada no era parte de la “pena” que se le había impuesto, con el resultado de que no es necesaria ninguna comparación entre el régimen de excarcelación anticipada anterior a 1983 y el posterior a 1991. Dado que las únicas penas aplicadas eran las impuestas por el tribunal sentenciador, no se aplicó una “pena” mayor que la que era de aplicación en el momento en que se cometieron los delitos.”

Esta línea de argumentación fue confirmada entonces por la Gran Sala en el caso de *Kafkaris contra Chipre* ([G.S.], CEDH 2008), en que, como

se expresa en el ap. 84 de la presente sentencia, los cambios en la legislación penitenciaria han privado a los reclusos que están cumpliendo penas de reclusión indefinida, incluido el recurrente, al derecho a remisiones de condena. La Gran Sala afirmó:

“En relación con el hecho de que como consecuencia de un cambio en la legislación penitenciaria, ... el recurrente, como persona condenada a reclusión indefinida, deja de tener derecho a remisión de su pena, el Tribunal toma nota de que esta cuestión se refiere a la ejecución de la condena frente a la “pena” impuesta, que sigue siendo la de reclusión indefinida. A pesar de que los cambios en la legislación penitenciaria y en las condiciones de la excarcelación pueden haber hecho más severa la reclusión efectiva del recurrente, no puede interpretarse que estos cambios impongan una “pena” más severa que la impuesta por el tribunal sentenciador... En relación con esto, el Tribunal reiteraría que las cuestiones relativas a las políticas de excarcelación, la forma de su aplicación y el razonamiento que las sustenta es competencia de los Estados miembros a la hora de establecer su propia política penal. De este modo, no ha habido vulneración del artículo 7 del Convenio a este respecto...”

No vemos motivos para desviarnos de este razonamiento en el presente caso, dado especialmente que tanto en *Uttley* como en *Kafkaris* se eliminó completamente el “derecho” a obtener una remisión de condena. No vemos esencial para los efectos de la aplicabilidad del artículo 7 que en el caso presente la eliminación del “derecho” a una remisión se realizara mediante una interpretación judicial modificada de la legislación española y no mediante una modificación de la propia legislación, como en *Kafkaris* y *Uttley*.

Naturalmente aceptamos que el Tribunal debe seguir siendo libre para ir más allá de las apariencias y evaluar por sí mismo si una medida en particular constituye en sustancia una “pena” (ap. 81 de la presente sentencia); y que no puede interpretarse que el término “impuesta” de la segunda frase del artículo 7.1 excluya necesariamente del alcance del artículo 7.1 las medidas adoptadas en relación con el recluso una vez dictada la sentencia.

También entendemos bien el aspecto humanitario que subyace al razonamiento de la mayoría y reconocemos que las circunstancias del presen-

te caso son harto extraordinarias y, sin duda, perturbadoras desde el punto de vista del trato justo a los reclusos, especialmente a los que tiene la perspectiva de permanecer reclusos una gran parte de su vida.

Sin embargo, a pesar de estas circunstancias extraordinarias, no ponemos convenir con la mayoría en que la línea divisoria entre la “pena” impuesta a la recurrente por la comisión de delitos (a los que es de aplicación el artículo 7 del Convenio) y las medidas adoptadas posteriormente para regular la ejecución de su condena (que, por su parte no suponen la aplicación del artículo 7) se sobrepasó en el caso presente como consecuencia de la aplicación de la llamada “doctrina Parot” en el cálculo de su fecha de excarcelación. Si bien es innegable que no siempre es fácil trazar la línea divisoria entre los dos conceptos (el de una pena y el de una medida por la que se regula el cumplimiento de la condena), ello no justifica la eliminación de la línea divisoria, aún en presencia, en el caso actual, de serias cuestiones relativas a la seguridad jurídica y al respeto de las expectativas legítimas en relación con las medidas que regular el cumplimiento de la pena. Nuestra divergencia de opinión respecto de la mayoría es, por tanto, por lo que respecta al lado de la línea divisoria en el que recae la decisión impugnada en el caso que nos ocupa.

Con el fin de llegar a su conclusión sobre la aplicabilidad del artículo 7.1, segunda frase, a la medida impugnada, la mayoría ha aceptado la distinción entre “el alcance de la pena” y “su forma de ejecución”, distinción realizada en la sentencia Kafkaris en relación con la falta de precisión de la ley chipriota aplicable en el momento de cometerse la infracción.

Como cuestión de principio, la sentencia parece considerar que un cambio perjudicial posterior en el “alcance de la pena” es factor determinante para la aplicación del artículo 7. En el caso que nos ocupa, el “alcance de la pena” impuesta a la recurrente parece haberse modificado en su perjuicio merced a la nueva interpretación judicial de la disposición legislativa referente a la redención de pena por trabajos realizados en la prisión.

Incluso aceptando el recurso a la noción de “alcance de la pena”, que presumiblemente no pretende ser más amplio que la propia “pena”, no estamos convencidos, empero, de las razones aducidas por la mayoría para poder distinguir entre las circunstancias del caso actual y las de casos

anteriores, de tal forma que el caso que nos ocupa se aparte de la lógica y la interpretación de la jurisprudencia asentada del Tribunal.

No entendemos que en la actual resolución se afirme que el factor decisivo para la aplicación del artículo 7 sea el mero hecho de prolongar, por medio de cambios en el sistema de remisión de penas o libertad condicional, el tiempo que el convicto espera pasar en prisión en el momento de empezar el cumplimiento de la pena impuesta. Es decir, prolongar “la pena” en ese sentido. Eso significaría que cualquier cambio imprevisto en el sistema de remisión o libertad condicional, ya se deba a una norma legal o reglamentaria, ya sea por acción del poder ejecutivo o por resolución judicial, sería contrario al artículo 7, por el hecho de ampliar el tiempo previsto de permanencia en prisión.

La mayoría, no obstante, se apoya en el hecho de que “la recurrente tenía toda la razón para pensar que la pena impuesta era la pena máxima de 30 años, a la que se aplicaría cualquier remisión obtenida por los trabajos realizados en prisión”; y que “no había motivo alguno que le pudiera hacer pensar... que la Audiencia Nacional... aplicaría las remisiones de la pena concedidas, no en relación con la pena máxima de prisión que debía cumplir, sino sucesivamente sobre cada una de las penas impuestas a la recurrente”. El argumento es que el cambio (jurisprudencial) efectuado a las modalidades de excarcelación anticipada (en este caso, el cambio en la forma de calcular las reducciones de pena por los trabajos realizados en prisión) era de tal naturaleza que la “pena” impuesta a la recurrente se “agravaba”. En efecto, como parece sugerir el párrafo 103 in fine de la presente resolución, tal razonamiento equivaldría a incorporar en la definición de “pena” la existencia y las modalidades de determinado sistema de remisión de penas en el momento de dictarse sentencia, como un elemento de la “pena” que determinase su duración potencial.

Es un hecho que los condenados por un delito a pena de prisión considerarán en su conjunto la pena impuesta y el plan de remisión o libertad condicional aplicable en el momento de iniciar el cumplimiento de la misma, a la hora de calcular cómo y cuándo es probable que consigan la puesta en libertad, planificando en consecuencia su conducta en prisión. Dicho más llanamente, tomarán como un “paquete” la pena impuesta y las posibilidades y modalidades de remisión, libertad condicional o excarcelación anticipada.

La jurisprudencia reiterada del Tribunal es, no obstante, muy clara en el sentido de que los Estados Contratantes, tras la comisión de un delito o incluso tras dictarse condena, pueden modificar el régimen de prisión en lo que concierne a la forma de cumplir la condena e introducir cambios que pueden incidir negativamente en la excarcelación anticipada y, por tanto, en el tiempo que debe permanecerse en prisión, sin por ello entrar en el ámbito de protección específico otorgado por el artículo 7 del Convenio. Como se indica en *Kafkaris*, estos cambios pueden incluir la modificación de la legislación para suprimir completamente respecto de cierta categoría de reclusos cualquier “derecho” a que se le aplique remisión de la pena, como ha ocurrido en la práctica en relación con la recurrente como consecuencia de la aplicación a la misma de la “doctrina Parot”. Sin embargo, la presente resolución no pretende anular ni apartarse de la jurisprudencia bien asentada.

Además, si bien se trata de otra consideración en la que también se apoya la mayoría, no estamos convencidos de que sea en sí decisiva la diferencia entre el derecho automático, conforme a la ley, a remisión de días de condena cuando el prisionero cumpla ciertas condiciones (por ejemplo, los trabajos realizados en prisión), como ocurre en el caso que nos ocupa, y la libertad condicional concedida discrecionalmente por buen comportamiento. Existe un margen de apreciación que corresponde a los Estados Contratantes a la hora de regular el sistema penitenciario, en particular por lo que respecta al cumplimiento de las penas. Los Estados pueden optar por recompensar el buen comportamiento, aplicar medidas que favorezcan la reinserción en la sociedad, o bien diseñar planes que prevean beneficios automáticos para la redención de la pena, entre otros sistemas. Compete a los Estados Contratantes decidir si el sistema escogido es automático o discrecional, o si su aplicación corresponde al poder ejecutivo o al judicial, o una combinación de ambos. No entendemos que el establecimiento de la excarcelación anticipada como consecuencia automática de determinado hecho, en lugar de ser discrecional o bien dependiente de una valoración de la conducta en prisión o de la peligrosidad, sea por sí mismo un factor que haga entrar en juego al artículo 7.

Según nuestro análisis, partiendo de la jurisprudencia existente del Tribunal, la decisión recurrida en el caso que nos ocupa se refiere a una medida que afecta al cumplimiento de la pena (cómo y cuándo puede obtenerse la puesta en libertad anticipada) y no a la “pena” en sí: de tal modo

que, aunque cabe plantear cuestiones como el trato equitativo de los reclusos, sobre todo bajo el prisma de los principios de seguridad jurídica y las legítimas expectativas de los interesados, no entra aquí en juego la aplicación del artículo 7 ni la garantía muy concreta consagrada en el mismo.

Es cierto que el Tribunal Supremo, al adoptar la “doctrina Parot”, impuso un nuevo método para el cálculo de la reducción de las penas de prisión e invirtió la jurisprudencia reiterada anterior, provocando en última instancia que el tiempo de prisión de la recurrente se prolongase considerablemente; pero esta consecuencia negativa no es el daño que pretende impedir de forma directa el artículo 7. A pesar de que el resultado ha sido que “su pena de prisión haya sido más dura” (citando a Hogben) que si se hubiese beneficiado de la jurisprudencia y la práctica interpretativa anterior sobre la aplicación de la disposición legal correspondiente de 1973, el perjuicio por ella sufrido guarda relación con el cumplimiento de la condena y no con la “pena” en sí, que sigue siendo la de prisión de 30 años de duración. En consecuencia, no puede afirmarse que la “pena” se haya hecho más severa de lo que era cuando se impuso inicialmente. La decisión recurrida se refiere exclusivamente a la forma en que debe ejecutarse la condena legalmente dictada; no plantea cuestión alguna en relación con el principio *nulla poena sine lege*, que es el principio básico que subyace al artículo 7. La legislación penal aplicable sigue siendo la misma, al igual que la pena de prisión impuesta, si bien, como consecuencia de la corrección por los tribunales españoles de lo que consideraron una interpretación errónea y, por ende, una aplicación también errónea de la legislación penal de años anteriores, se aplicó un método diferente para el cálculo de la remisión de la pena de prisión de la recurrente. Es en este punto crucial en el que las circunstancias del presente caso se diferencian claramente de las de otros casos que, según el Tribunal, entran en el ámbito del artículo 7.

En resumen, no creemos que la “pena” de la recurrente, en el sentido del artículo 7, se haya agravado en virtud de la decisión impugnada, a pesar del impacto muy significativo de tal decisión en el tiempo que debe permanecer en prisión antes de que expire la pena de 30 años de prisión que se le impuso. La segunda frase del artículo 7.1 no es de aplicación a las medidas relativas a la ejecución de la pena y al método para el cálculo o asignación de los días de remisión. Nuestra preocupación es que la mayoría parece haber estirado el concepto de “pena” más allá de su sig-

nificado natural y legítimo, para plantear un supuesto caso de trato injusto a los presos condenados, dentro del ámbito del artículo 7.

Por lo que respecta al artículo 5

Cuestión diferente es si los hechos objeto del recurso entran en el ámbito del artículo 5 y, en tal caso, si se cumplieron o no los requisitos de dicha disposición; sobre este asunto manifestamos nuestro acuerdo con el razonamiento contenido en la resolución.

Por lo que respecta al artículo 41

Sobre si, en las particulares circunstancias del caso, es “necesario” (siendo esa la condición impuesta por el artículo 41 del Convenio para la concesión de justa indemnización) conceder a la recurrente una compensación económica a modo de justa indemnización por la vulneración del Convenio determinada por el Tribunal, manifestamos nuestro respetuoso acuerdo con las conclusiones y el razonamiento expresados por los magistrados Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens y Gritco, en sus votos particulares.

Opinión parcialmente discrepante del Juez Mahoney

Habiendo votado en contra de una infracción del artículo 7, también he considerado pertinente votar contra el punto 3 de la parte dispositiva, en las que se ordena al Estado recurrido que ponga en libertad a la recurrente lo antes posible. Y ello porque no considero que semejante orden esté justificada por verificarse una vulneración del artículo 5.1 del Convenio, por motivo de la “calidad” defectuosa de la legislación española aplicable.

De cualquier manera, el presente caso no se puede comparar en absoluto con casos anteriores como Assanidze contra Georgia ([G.C.], núm. 71503/01, aps. 202-203, TEDH 2004-II) e Ilasçu y Otros contra Moldavia y Rusia ([G.C.], núm. 48787/99, aps. 488-490, TEDH 2004-VII), en los que la privación de libertad determinada por el Tribunal no sólo contradecía las garantías de procedimiento previstas por el Convenio, sino que era consecuencia de una flagrante denegación de la justicia, a todas luces arbitraria y contraria al Estado de Derecho. Ni, bajo mi punto de vista, puede encontrarse apoyo alguno en los casos de Aleksanyan contra Rusia (núm. 46468/06, aps. 239-240, 22 diciembre 2008) y Fatullayev contra Azerbaiyán

(núm. 40984/07, aps. 175-177, 22 abril 2010), citados en la presente resolución (ap. 138 in fine), en los que la detención en cuestión se caracterizaba por ser “inaceptable”: en el primer caso, “sin un objetivo razonable conforme al artículo 5” y, en el segundo, fruto de condenas penales en relación con las cuales “no se justificaba la imposición de penas de prisión”.

2. AUTO 61/2013 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL DE FECHA 22/10/13

Derogación de la Doctrina Parot. Ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-10-2013

I. Antecedentes de hecho

El día de ayer se ha publicado la sentencia de la Grande Chambre del Tribunal Europeo de derechos humanos en el caso R. P. contra España. Con base en dichas redenciones ganadas y el criterio de cómputo de las mismas anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, la Junta de Tratamiento propuso el licenciamiento definitivo para el día 2-7-2008, abonando 1.881 días de redención ordinaria más 1.401 de redención extraordinaria. La providencia de 19-5-2008 solicitó a la Junta nueva liquidación con aplicación de los criterios de cómputo de redenciones de la jurisprudencia, resolución que fue recurrida por la defensa de la Sra. del Río y desestimado por auto de 6-6-2008. La segunda propuesta de licenciamiento definitivo establecía la fecha del 27-6-2017, coincidente con el máximo de cumplimiento de 30 años.

Sentencia firme del Tribunal Europeo de derechos humanos. -La sentencia de la Grande Chambre del Tribunal Europeo de derechos humanos de 21-10-2013 ha venido a confirmar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10-7-2012, sección 3ª en el mismo caso R. P. contra España, así como su motivación. Es firme según lo dispone el artículo 44 del Convenio Europeo.

El Tribunal estima que la aplicación a la demandante de la doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006 (caso Parot) -que considera un giro jurisprudencial que dejó sin contenido a la institución de la redención de penas por el trabajo-, de manera retroactiva y en su perjuicio, lo que hubiera significado el alargamiento de la condena durante más de nueve años, ha violado el artículo 7 del Convenio que enuncia el principio de legalidad en materia penal.

Principio que requiere de la existencia de una ley suficientemente precisa, anterior a los hechos de condena, que prevea como punible la conducta y que establezca la pena a imponer, pena cuya duración no podrá nunca exceder de la preestablecida. La garantía de prohibición de irretroactividad penal desfavorable se vería privada de eficacia, continua razonando el Tribunal, si la duración de la pena se hubiera visto modificada posteriormente en su detrimento, como ocurrió en el caso. La condenada pudo creer razonablemente, según la práctica administrativa y judicial constante que se aplicaba de modo automático, que la pena que debería cumplir era la del límite de 30 años - que se trataba como una pena nueva y autónoma- con la aplicación por descuento del dispositivo de la redención de penas por el trabajo, beneficio previsto en la ley. El nuevo criterio jurisprudencial, que estableció el Tribunal Supremo en el año 2006, no era previsible para la condenada ni en el momento de ejecución de los hechos ni en el del dictado de las sentencias condenatorias. La aplicación retroactiva de la nueva interpretación del código penal vulneró por ello el artículo 7 del Convenio.

Además, por las mismas razones de ausencia de la posibilidad de prever el alcance de la pena, la decisión sobre el abono de las redenciones conforme a dicho nuevo criterio violó el artículo 5 del Convenio, el derecho a la libertad, en la medida en que la aplicación del giro jurisprudencial suponía el incremento de la con motivo de la demanda de reenvió presentada por el Gobierno contra la sentencia de la sección 3ª, del mismo Tribunal de fecha 10-7-2012.

El presidente de la Sala ha convocado al Pleno el día de hoy, a los fines de deliberar sobre las modalidades de ejecución de la sentencia. Se dio traslado al Fiscal que informó debía darse cumplimiento a la mencionada decisión.

Fundamentos de Derecho

Datos de las condenas.

1.1. La Sra. fue condenada en sentencias de esta Sala Penal dictadas en fechas 18-12-1988, 22-4-1989 (sección 2ª), 17-6-1989 (sección 1ª), 7 y 25-11-1989 (sección 3ª), 10-12-1990 (sección 2ª), 18-4-1995 (sección 2ª) y 8-5-2000 (sección 1ª) por delitos de atentado con resultado de muerte, asesinatos, lesiones, estragos, tenencia ilícita de armas, depósito de explosivos, falsedad documental y pertenencia a organización terrorista. Por auto de 30-11-2000 se acumularon todas las condenas y se fijó el máximo de cumplimiento.

Ingresa en prisión por orden judicial el 6-7-1987: lleva 26 años y 3 meses de cumplimiento.

La hoja de liquidación inicial de la cárcel le abonaba como preventiva el periodo entre el 6-7-1987 y el 13-2-1989, momento en que pasó a cumplir condena, señalando que la extinguiría, según el límite de 30 años, el 27-06-2017. La liquidación del Tribunal establecía la misma fecha.

1.3. A lo largo del cumplimiento de condena y en aplicación de los beneficios del artículo 100 del Código Penal 1973 se produjeron numerosas decisiones de la Administración Penitenciaria y del Juez de Vigilancia Penitenciaria proponiendo y aprobando redenciones ordinarias y extraordinarias de penas por el trabajo.

Duración de la pena de prisión más de nueve años.

La demandante ha sufrido una pena de privación de libertad de duración superior a la que debió haber cumplido de acuerdo con el derecho vigente en el momento de los hechos y de las condenas, por lo que el Tribunal concluye que ha sufrido, y sufre, una detención irregular desde el 3-7-2008.

Por fin, la sentencia considera que dada la naturaleza de la violación que se declara -una privación de libertad irregular que se mantiene- el Estado demandado solo tiene una opción para reparar el daño; por lo que el Tribunal, afirmando la necesidad urgente de poner fin a la vulneración

del Convenio, apremia a España para que se garantice la puesta en libertad de la Sra.R. P. en el plazo más breve.

La ejecución del fallo.

Ha de convenirse en el carácter vinculante de la sentencia, de obligado cumplimiento para nuestro Estado, que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del Tribunal al prestar su consentimiento al Convenio Europeo para la protección de los derechos civiles y las libertades fundamentales (su artículo 46.1 establece el compromiso de los Estados parte de acatar las sentencias en los litigios en que sean demandados; algo que la sentencia se ha visto en la necesidad de recordar).

El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 96.1 de la Constitución, y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (artículo 10.2 de la Constitución Española); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (artículo 117 de la Constitución Española). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional.

La resolución es clara y concluyente: incumbe al Estado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve, ya que se encuentra privada irregularmente de libertad desde el 3-07-2008. Misión que concierne en primer lugar a este tribunal, en tanto órgano de ejecución al que se encuentra sometida la Sra. R.P.

Ha de advertirse que las decisiones que violaron el convenio Europeo se dictaron en el proceso de ejecución de penas privativas de libertad, un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución, que debe adaptarse en cuanto a la determinación de la fecha de licenciamiento y extinción de la responsabilidad criminal a las circunstancias del propio cumplimiento, especialmente cuando concurren beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo, cuyo cómputo provoca una modificación de los tiempos previamente contemplados.

Es más, si la jurisdicción no ejecutara de manera adecuada la sentencia, sería el Tribunal Constitucional el que tendría que reaccionar anulando una decisión contraria a derecho, y a los derechos humanos básicos del Convenio Europeo, para amparar a la interesada. Así lo ha previsto la jurisprudencia constitucional. Razonando sobre un caso diferente, ya que la vulneración del Convenio -derecho a un proceso equitativo del artículo 6- afectaba a una sentencia condenatoria firme que gozaba de la protección de la cosa juzgada, no a la libertad, la sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991, caso Bultó, derivado de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Barberá, Messeguer y Jabardo (contra España) estableció que aunque el Convenio no hubiera introducido una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales, ni obligase a dar efecto a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante la anulación de la cosa juzgada y de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial nacional, el Estado es responsable de arbitrar los instrumentos jurídicos necesarios para el restablecimiento del derecho perturbado, ya que el Tribunal Europeo es una jurisdicción obligatoria, a la que nuestro Estado se ha sometido voluntariamente. Los poderes públicos, continuaba, tienen la obligación de tutelar los derechos fundamentales y de reparar cualquier lesión contra los mismos, por lo que no pueden quedarse indiferentes ante la declaración que realice el Tribunal Europeo acerca de la violación de un derecho, ni puede reputarse conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento de una situación que, aún parada por la cosa juzgada, puede implicar la lesión actual de un derecho fundamental (Fj 2 y 3, Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991).

De esa manera la doctrina constitucional distingue, es la razón de la decisión que citamos, la existencia de una lesión actual del derecho fundamental de la simple declaración de que una privación de libertad ya pasada fue irregular.

Por ello, sigue la sentencia constitucional, ha de analizarse si existen medidas para corregir y reparar la violación del derecho, en especial cuando se trata, como aquí, del derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución Española, que sigue siendo objeto de una vulneración actual, mientras se mantenga a la condenada en prisión (Fj. 3, Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991).

Luego, en nuestro sistema constitucional la declaración por el Tribunal Europeo de que se ha violado el Convenio Europeo, por contradicción del principio de legalidad penal y del derecho a la libertad, implica (según el artículo 10.2 de la Constitución Española, en relación con el 5 y 7 del Convenio) la constatación de la existencia de una violación del derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución Española, en el contexto del cumplimiento de pena de prisión. Una vez identificada la presencia de una infracción actual a un derecho fundamental, la jurisdicción debe actuar.

La doctrina constitucional sobre ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos se ha ido perfilando en posteriores pronunciamientos: la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2001 (caso Castillo Algar, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28.10.1998), contra denegación de un recurso de revisión de sentencia, la queja se refería al derecho a la tutela efectiva; la Sentencia del Tribunal Constitucional 240/2005 (caso Riera Blume), Sentencia del Tribunal Constitucional 313/2005 (caso Perote Pellón) y Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2006 (caso Fuentes Bobo). La doctrina parte de la inexistencia en el derecho interno de un mecanismo procesal adecuado para la reapertura del procedimiento en el que se produjo la lesión del derecho fundamental, por falta de desarrollo legislativo. Lo que no puede impedir que el propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de su espacio de control y siempre que los tribunales competentes no hubieran dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo, proceda a rescindir las resoluciones judiciales, de manera excepcional, algo que acometerá cuando concurren los siguientes requisitos: a) el TEDH haya declarado violado un derecho del Convenio que sea correlativo a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo, b) la vulneración se haya producido como consecuencia de una decisión en el orden jurisdiccional penal, c) los efectos de dicha violación pervivan en el tiempo y permanezcan actuales en el momento de solicitarse la ejecución del fallo de la Sentencia del Tribunal Europeo, y d) que se encuentre afectada la libertad del individuo.

Según esos parámetros, la sentencia contra España es de las que deberían provocar, en un recurso de amparo si el tribunal de ejecución no hubiese estimado la pretensión de libertad, la rescisión de las resoluciones judiciales firmes que hubieran provocado la lesión actual del derecho a la libertad.

Antes, sin necesidad de provocar un recurso de amparo, este tribunal ha de dar leal cumplimiento a la sentencia que nos ocupa, revisando las decisiones que mantienen la situación de prisión de la condenada.

Conclusión. Libertad y extinción de la responsabilidad penal. - Ha de reiterarse que concierne a todos los poderes públicos, en primer lugar al tribunal sentenciador, reparar y evitar la actualización de la violación del derecho fundamental a la libertad al hallarse la condenada en prisión, y para ello acordarse de manera inmediata su liberación, declarando extinguida la responsabilidad penal por cumplimiento de la condena.

Responsabilidad civil e indemnización. -Como señala el Fiscal, en cuanto a la ejecución de la indemnización reconocida en la sentencia a la Sra. R.P., deberá imputarse en su caso al pago de las responsabilidades civiles decretadas a favor de las víctimas y del derecho de subrogación del Estado.

En atención a lo expuesto la Sala

Dispone

En cumplimiento de la sentencia firme de la Grand Chambre del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha de ayer, la libertad inmediata de la condenada Sra. R.P. dejando sin efecto el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008 y la Providencia de 23 de junio de 2008.

Se declaran extinguidas las responsabilidades penales a las que se refiere la presente ejecutoria por cumplimiento de la condena.

Se imputarán al pago de las responsabilidades civiles pendientes, incluso al derecho de subrogación del Estado, la indemnización acordada en dicha sentencia en concepto de daño moral.

3. AUTO 62/2013 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL DE FECHA 25/10/13

Derogación de la Doctrina Parot. Ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-10-13

Antecedentes de hecho

Por el Procurador de los Tribunales Sr. C. R. en la representación de D. Vicente por escrito fechado 26-05-2013 se solicitó el licenciamiento definitivo por cumplimiento de la pena y la consecuente libertad de su defendido.

Dado traslado de dicha petición, por el Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso.

Con fecha 11-10-2013 se acordó la deliberación ante el Pleno de la Sala, y señaló para que tuviera lugar el día de la fecha.

El pasado 21-10-2013 se ha publicado la sentencia de la Grande Chambre del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso R. P. contra España, con motivo de la demanda de reenvío presentada por el Gobierno contra la sentencia de la sección 3ª, del mismo Tribunal de fecha 10-7-2012.

Fundamentos jurídicos.

Datos de las condenas.

El Sr. Vicente fue condenado: En sentencia de 29-11-1982 de la Sección 1ª de esta Sala, en Sumario 172/1981 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, como autor de un delito de detención ilegal a dos años de prisión; en sentencia 13/85 de 15-03-1985 de la Sección Tercera, Sumario Sala 19/1984 del Juzgado Central de Instrucción nº 4, por delito de pertenencia a organización terrorista a la pena de 6 años y un día de prisión, por delito de tenencia ilícita de armas a la pena de 6 años y un día de prisión y por delito de asesinato terrorista a la pena de 27 años de prisión; y en sentencia nº 45/1989 de 16-05-1989 de la Sección Segunda en Sumario

6/1987 del Juzgado Central de Instrucción nº 2, delito de atentado con resultado de lesiones a 22 años de prisión.

Ingresó en prisión por orden judicial el 16-02-1984, computándose esta fecha como de inicio de cumplimiento de la pena, tras abono de prisión preventiva, por lo que lleva 29 años y 8 meses de cumplimiento.

La hoja de cálculo del Centro Penitenciario de Almería de fecha 03-06-2008 proponía la aprobación del licenciamiento definitivo del penado en fecha 08-03-2009 por abono de las redenciones ordinarias y extraordinarias ganadas. La providencia de esta Sala de fecha 27.06.2008 acordó la aplicación del nuevo criterio de cómputo introducido por la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006 y retrasó el cumplimiento definitivo de la pena acumulada a 07-02-2014.

La petición que efectúa el penado.

La representación de D. Vicente solicita el licenciamiento definitivo por cumplimiento de la pena y la libertad de su defendido aportando auto de revisión de condena de la Sección Tercera, de fecha 04-11-1996, dictado en la ejecutoria nº 25/1985, Sumario 19/1984 del Juzgado Central de Instrucción nº 4.

El auto expresamente refiere que con el cómputo de las redenciones ordinarias la libertad se produciría el 26-02-2013. En función de ello razona que la pena cumplida con los beneficios penitenciarios previstos en el artículo 100 del Código Penal vigente (de 1973) equivale en términos de cumplimiento real a una pena posible de imponer según el nuevo Código Penal.

Esta resolución de 04-11-1996 establecía de forma expresa e intangible como debían computarse las redenciones penitenciarias del artículo 100 del Código Penal de 1973 a una pena acumulada de 30 años, que correspondía a dos penas de seis años y un día y a otra de veintisiete años impuestas en la sentencia 13/1985 de 15-03-1985 de la Sección Tercera, posteriormente acumulada a las que se imponían en las otras dos sentencias de la Sección Primera y de la Sección Segunda, de dos y veintidós años de prisión respectivamente, fijándose un nuevo límite de 30 años para todas por auto de 12-03-1997 de la Sección Segunda.

Como decimos existía una resolución judicial firme e intangible que indicaba al penado la fecha (14-02-2013) en que sería liberado como consecuencia de la aplicación del Código Penal de 1973, que es el que por serle mas favorable se le aplica en indicado auto de revisión de condena de la Sección Tercera. Este es ya motivo para la estimación de la petición, incluso en atención al criterio que hasta ahora se mantenía respecto al efecto de la intangibilidad de las resoluciones judiciales para la no aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006 (caso Parot).

Sentencia definitiva (firme) del Tribunal Europeo de derechos humanos.

La sentencia de la Grande Chambre del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-10-2013 (en delante Tribunal Europeo de Derechos Humanos) ha venido a confirmar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10.7, sección 3ª, en el mismo caso R. P. contra España, así como su motivación. Es definitiva según lo dispone el artículo 44 del Convenio Europeo.

El Tribunal estima que la aplicación a la demandante de la doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006 (caso Parot) - que considera un giro jurisprudencial que dejó sin contenido a la institución de la redención de penas por el trabajo-, de manera retroactiva y en su perjuicio, lo que hubiera significado el alargamiento de la condena durante más de nueve años, ha violado el artículo 7 del Convenio que enuncia el principio de legalidad en materia penal. Principio que requiere de la existencia de una ley suficientemente precisa, anterior a los hechos de condena, que prevea como punible la conducta y que establezca la pena a imponer, pena cuya duración no podrá nunca exceder de la preestablecida. La garantía de prohibición de irretroactividad penal desfavorable se vería privada de eficacia, continúa razonando el Tribunal, si la duración de la pena se hubiera visto modificada posteriormente en su detrimento, como ocurrió en el caso. La condenada pudo creer razonablemente, según la práctica administrativa y judicial constante que se aplicaba de modo automático, que la pena que debería cumplir era la del límite de 30 años - que se trataba como una pena nueva y autónoma- con la aplicación por descuento del dispositivo de la redención de penas por el trabajo, beneficio previsto en la ley. El nuevo criterio juris-

prudencial, que estableció el Tribunal Supremo en el año 2006, no era previsible para la condenada ni en el momento de ejecución de los hechos ni en el del dictado de las sentencias condenatorias. La aplicación retroactiva de la nueva interpretación del código penal vulneró por ello el artículo 7 del Convenio.

Además, por las mismas razones de ausencia de la posibilidad de prever el alcance de la pena, la decisión sobre el abono de las redenciones conforme a dicho nuevo criterio violó el artículo 5 del Convenio, el derecho a la libertad, en la medida en que la aplicación del giro jurisprudencial suponía el incremento de la duración de la pena de prisión más de nueve años. La demandante ha sufrido una pena de privación de libertad de duración superior a la que debió haber cumplido de acuerdo con el derecho vigente en el momento de los hechos y de las condenas, por lo que el Tribunal concluye que ha sufrido, y sufre, una detención irregular desde el 3-7-2008.

Por fin, la sentencia considera que dada la naturaleza de la violación que se declara -una privación de libertad irregular que se mantiene- el Estado demandado sólo tiene una opción para reparar el daño; por lo que el Tribunal, afirmando la necesidad urgente de poner fin a la vulneración del Convenio, apremia a España para que se garantice la puesta en libertad de la Sra. R.P. en el plazo más breve.

El cumplimiento del fallo.

Esta Sala en auto de 22-10-2013 pasado se pronunció unánimemente en favor del carácter vinculante de la sentencia, y de su obligado cumplimiento para nuestro Estado, que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del Tribunal al prestar su consentimiento al Convenio Europeo para la protección de los derechos civiles y las libertades fundamentales (su artículo 46.1 establece el compromiso de los Estados parte de acatar las sentencias en los litigios en que sean demandados; algo que la sentencia se ha visto en la necesidad de recordar).

Igualmente decíamos que el Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 96.1 de la Constitución, y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (artículo 10.2 de la

Constitución Española); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (artículo 117 de la Constitución Española). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional.

Poníamos especialmente de relieve que las decisiones que violaron el Convenio Europeo se dictaron en el proceso de ejecución de penas privativas de libertad; es decir, en un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución, que debe adaptarse en cuanto a la determinación de la fecha de licenciamiento y extinción de la responsabilidad criminal a las circunstancias del propio cumplimiento, especialmente cuando concurren beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo, cuyo cómputo provoca una modificación de los tiempos previamente contemplados. Es en este contexto, que calificamos de dinámico y evolutivo, y por ello habitualmente plagado de resoluciones provisionales o en todo caso modificables por el tribunal de ejecución en atención a múltiples factores, entre los que se encuentran incluso los criterios de cómputo de los beneficios penitenciarios, aunque nunca de forma retroactiva aquellos que perjudiquen al penado según nos ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que ha de entenderse el significado y efectos de las resoluciones judiciales que se dicten en esta fase o proceso de ejecución de las penas privativas de libertad de la sentencias penales.

El antiguo debate sobre el valor meramente declarativo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo ha quedado superado por la jurisprudencia del mismo Tribunal, sino que el propio texto del Convenio, tras su reforma por el Protocolo XIV, que en la actualidad no deja margen de duda respecto de la obligación de los Estados de acatar (artículo 46.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y por ello de ejecutar las resoluciones del Tribunal y mas cuando estas se concretan en una obligación de hacer o actuar de determinada manera.

La polémica o el debate podrá en este momento referirse a la forma de interpretar o llevarse a cabo la ejecución de determinada clase de pronunciamientos, como por ejemplo aquellos que pongan en evidencia la incompatibilidad de una norma nacional con el texto del Convenio, pero

no respecto de otros en los que se constata la existencia de una situación de privación de libertad irregular, con violación del derecho a la libertad, dejando lógicamente en manos de los Estados el cese de la situación, lo que requerirá como forma de ejecución inmediata la puesta en libertad de la persona afectada.

Otro tema diferente, de índole interna de los Estados, es el referido a los mecanismos para llevar a cabo la ejecución de las Sentencias. Compete a los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones convencionales, establecer los correspondientes procedimientos internos, para lo que tienen gran margen de apreciación. La falta de sistemas o mecanismos expresos no implica que la obligación internacional e interna decaiga por inejecutabilidad de la sentencia, ya que la efectividad de las Sentencias no es algo que pueda quedar al albur de los Estados. Por otra parte, la obligación de cumplir y ejecutar la Sentencia definitiva del Tribunal por parte de los Estados afecta y compete por igual a todos los poderes del Estado. Dependiendo de la clase de sentencia de que se trate, podrá verse involucrado en su ejecución el poder judicial, a través de los juzgados y tribunales, quienes respecto de pronunciamientos que tengan que ver con su ámbito de actuación deberán poner los medios e interpretar las normas internas de acuerdo a las obligaciones internacionales que vinculan al Estado, siempre con la vista puesta en la mayor efectividad y vigencia de las Sentencias del Tribunal. Precisamente, el artículo 46 reformado del Comité Europeo de Derechos Humanos, además de establecer la obligación general de acatar las sentencias por parte de los Estados, establece un mecanismo para la supervisión por parte del Comité de Ministros de la ejecución, con posibilidades de acudir al propio Tribunal para que se pronuncie en ciertos casos sobre el grado de cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de cumplimiento de las Sentencias.

Extensión de los efectos de la sentencia a otros penados en la misma situación.

Los pronunciamientos que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos claramente trascienden a la demandante y son de aplicación general a todos los casos en que se den situaciones semejantes y así se expresa en determinados pasajes de la sentencia (“..Sin embargo, la nueva interpretación del Tribunal Supremo, que privó de todo efecto el benefi-

cio de las remisiones de pena ya reconocidas, condujo en la práctica a anular los efectos de este dispositivo en detrimento de la demandante y de otras personas que se encontraban en una situación similar”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en definitiva, pone de manifiesto, con carácter general, mas allá de en el caso de Inés del Río, la incompatibilidad con el Comité Europeo de Derechos Humanos de la aplicación retroactiva del criterio de computo de los beneficios penitenciarios introducidos por Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006.

Pero es mas, el Tribunal Europeo, como órgano del Convenio encargado, no solo de la resolución de las situaciones concretas sino también de su interpretación, ha fijado en esta Sentencia un criterio al que debe reconocérsele el valor de “cosa interpretada”, vinculante para todos los Estados. Por tanto, este pronunciamiento, además de por las obligaciones convencionales asumidas por España con la ratificación del Convenio, lo que implica el sometimiento a las decisiones y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de ser necesariamente tenido en cuenta por este tribunal a la hora de resolver la situación que ahora se le plantea, también porque así lo ordena nuestro propio texto constitucional, cuando en su artículo 10.2 establece que la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se hará de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Sin duda alguna, en este momento la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca el canon o estándar internacional en el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales en Europa, con proyección a otros continentes, y constituye además el fiel de la balanza que sirve de referencia para calibrar la calidad del “Estado de Derecho” de sus países miembros. La aceptación y vinculación de todos los Estados del Consejo de Europa a su jurisprudencia, y no solo de los directamente afectados por sus resoluciones, no sirve únicamente para la homogenización del derecho europeo que compartimos, sino que especialmente constituye una de nuestras señas de identidad cultural y de civilización común europea. Separarse de ella no solo implica una infracción de obligaciones jurídicas internacionales, también distanciarse de Europa y del sentido de su civilización.

Conclusión. Estimación de la petición. Libertad y extinción de la responsabilidad penal.

Ha de reiterarse que concierne a todos los poderes públicos, en primer lugar al tribunal sentenciador, reparar y evitar la actualización de la violación del derecho fundamental a la libertad al hallarse todavía el condenado en prisión, y para ello adoptar los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Europeo y aplicarlos al caso concreto en el que nos encontramos. Es por ello por lo que debemos decidir en favor de la estimación de la petición efectuada y en consecuencia acordar de manera inmediata su liberación, declarando extinguida la responsabilidad penal por cumplimiento de la condena.

En atención a lo expuesto la Sala, acuerda

Parte dispositiva.

Estimar la petición de D. Vicente cursada por el Procurador de los Tribunales Sr. C. R. por escrito fechado 26-05-2013, por lo que se acuerda su libertad inmediata y se declara extinguidas las responsabilidades penales a las que se refiere la presente ejecutoria, por cumplimiento de la condena.

Notifíquese esta resolución, contra el que cabe interponer Recurso de Casación en el plazo de cinco días, a las partes.

Lo acuerdan y firman los miembros del Tribunal que formaron Sala. Doy fe.

Voto particular concurrente

Que emite el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Luis Hurtado Adrián, al auto del Pleno de la Sala, nº 62/2013, dictado con fecha de 25 de octubre en la Ejecutoria 32/90, que estima la petición de puesta en libertad interesada por la representación procesal del penado Vicente, y acuerda la libertad inmediata y se declaran extinguidas las responsabilidades penales a las que se refiere la presente ejecutoria.

Como punto de partida, tiene que decir el Magistrado que emite el presente voto particular, que, al ser concurrente con el criterio de la mayoría, asume que se haya acordado la puesta en libertad del penado; sin embargo, sucede que los términos y los razonamientos que se utilizan para acceder a tal puesta en libertad no se comparten en su integridad, por considerarlos innecesarios e impertinentes en lo que se pasa a exponer.

Se consideran innecesarios, porque, si de lo que se trataba era de acceder a la libertad que se solicitaba, que, en definitiva, por ser lo que constituía el objeto de la petición, en eso debía centrarse el presente auto, hubiera bastado con lo que se dice en sus dos primeros fundamentos, relativos a los datos de las condenas y petición efectuada por la representación del penado, centrada exclusivamente en la intangibilidad de una anterior resolución, sin mención alguna en relación con la Sentencia de 21 de octubre de 2013 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013, 73), de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobrarían, por tanto, todos los restantes, de ahí que sea únicamente, desde este punto de vista, en lo que se coincide con la mayoría. En lo demás se discrepa, por estimar, además, que es impertinente cuantas consideraciones se hacen, aunque sea a favor de dicha libertad.

Admite este Magistrado que en anteriores resoluciones tampoco ha compartido el criterio basado en la intangibilidad de las resoluciones judiciales, tal como se utiliza en el auto de la mayoría, para acceder a esa libertad, pero sucede que ese criterio ha ido ganando terreno en este Tribunal, hasta alcanzar posiciones mayoritarias, como refleja el propio auto, y lo hemos de acabar asumiendo, al margen de que, aun no haciéndolo, el resultado de otra posición sería irrelevante de cara a esa puesta en libertad que se solicita.

Sin embargo, en lo que mayor discrepancia nuestro es en que se haya extendido el auto para acceder a esa libertad en consideraciones relacionadas o extraídas de la Sentencia de 21 de octubre de 2013, de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso R. P. contra España. Se pasan a dar las razones de ello.

A) Es una cuestión que no admite debate, que no existe en nuestro país un procedimiento, ni siquiera una fórmula, para dar cumplimiento a los

fallos que dicte el referido Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo decíamos en nuestro recién auto de 22 de octubre de 2013, dictado en la Ejecutoria 36/1985, en que disponíamos la libertad de R. P., y se repite en el auto de la mayoría, en el que también se dice que “la falta de sistemas o mecanismos expresos no implica inejecutabilidad de la sentencia, ya que la efectividad de las Sentencias no es algo que pueda quedar al albur de los Estados”.

Pues bien, ante esa falta de previsión legal, se plantearon diversas alternativas para hacer efectivo ese cumplimiento, entre ellas, que, si el asunto en el que solicitaba la libertad, tenía pendiente de resolución algún recurso ante el Tribunal Supremo, no se entrara a resolver, y quedar a la espera de lo que decidiese este Tribunal, por entender que era quien debía tomar la decisión. Razones de competencia funcional aconsejaban esta solución, y nada más se dirá al respecto.

En el caso de la presente ejecutoria, sucede que, con fecha 3 de mayo de 2012, era dictado un auto que fijaba como fecha de cumplimiento, por liquidación de condena, el 16 de febrero de 2014, auto contra el que la representación del penado interpuso recurso de casación, que, en la Sala Segunda, recibió el nº 2/10713/12, pendiente de resolución a fecha de hoy, ante lo cual, de haber seguido el acuerdo de no entrar a resolver, por tener pendiente ante un Tribunal Superior una decisión sobre la libertad, debiéramos habernos abstenido de hacer cualquier tipo de pronunciamiento.

B) Mayor es mi discrepancia porque se haya entrado a resolver con argumentos que no han sido esgrimidos por la parte, más, además, que sobre ellos no se haya oído, al menos, al Ministerio Fiscal (formalmente a las demás partes). Esta circunstancia hubiera debido dar lugar a que no se entrase en consideraciones relacionadas con la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por incurrir en un defecto de incongruencia.

Es cierto que, cuando se habla de este defecto, por lo general se hace por referencia a las pretensiones que formulen las partes, no en relación con las alegaciones que les sirvan de fundamento; sin embargo, tal planteamiento no es absoluto, por cuanto que donde habrá de ponerse el acento es la eventual indefensión, por falta de contradicción, que sea suscepti-

ble de causar la resolución en cuestión, que puede serlo por desviación en las alegaciones a considerar hasta llegar al fallo, de manera que no siempre que exista una correlación entre lo pedido y lo concedido, automáticamente habrá que descartar el referido vicio, sino que no deberá dejarse de prestar atención a la causa de pedir.

Decía el Tribunal Constitucional, en su sentencia 130/2004, de 19 de julio de 2004 que “el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos -partes- y objetivos - causa de pedir y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petende, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2004, de 9 de febrero de 2004, ahondando en la cuestión, recordaba que “son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar un derecho fundamental amparado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que aparece sistematizado con cierto detalle, entre otras, en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2003, de 16 junio (FJ 3), con las siguientes palabras: “El vicio de incongruencia... puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurra la controversia procesal

(Sentencias del Tribunal Constitucional 215/1999, de 29 de noviembre, FJ; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 6; 135/2002, de 3 de junio, FJ 3). El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos - partes- y objetivos -causa de pedir y petitum- de tal modo que la adecuación debe extenderse tanto a la petición como a los hechos que la fundamentan (Sentencias del Tribunal Constitucional 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4)". Y más adelante continúa diciendo: "La jurisprudencia constante de este Tribunal ha considerado que la razón por la que se pide o causa petendi no puede ser objeto de modificación por el Tribunal sin incurrir en una incongruencia prohibida en el plano constitucional. Una modificación de esta índole significa una alteración de la acción que se ejerce en cada caso, sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi, con evidente indefensión (Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1985, de 18 de diciembre, FJ 4; 5/1990, de 18 de enero, FJ 4; 44/1993, de 8 de febrero, FFJJ 2 y 3; 305/1994, de 14 de noviembre, FJ 2; 94/1997, de 8 de mayo, FJ 2; 136/1998, de 29 de junio, FJ 2; 96/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 227/2000, de 2 de octubre, FJ 2; 40/2001, de 12 de febrero, FJ 4; 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 2, entre otras muchas)".

La anterior doctrina constitucional entiendo que es de aplicación al caso, pues, haber acudido a argumentos que no han sido objeto de debate, no ya indirectamente, sino por completo, supone una quiebra del principio de contradicción, con la merma de indefensión que ello pudiera conllevar. Es cierto que contamos con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013; de ella, la única consecuencia incontrovertible es que debía ser cumplida en los términos que la misma establecía, como así se hizo cuando se puso en libertad a la penada a quien afectaba, pues había de ser acatada sin opción alguna a la crítica sobre este particular; ahora bien, caso de querer hacer extensiva su doctrina a otros casos, ello precisa de una interpretación de lo que en ella se discurre, que no tiene que ser uniforme, y dependiendo de cuyo resultado el efecto no tendría que ser, ineludiblemente, la puesta en libertad. En este sentido, ya han surgido opiniones que mantienen que la referida Sentencia, de aplicación, efectivamente, al caso concreto, no, necesaria-

mente, descarta por completo que la doctrina Parot pueda seguir siendo de aplicación a otros, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, entre los cuales estaría la manera de entender esa previsibilidad de la que en ella se habla, que no deja de ser uno de los pivotes en torno al que gira la decisión final.

Esto que se dice ha de predicarse con mayor razón, tratándose, como se trata, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de una sentencia interpretativa, que, como tal, es susceptible, a su vez, de interpretación, y no solo porque los argumentos que en ella se desarrollan sean interpretables, y también discutibles, como lo evidencian los votos particulares con los que cuenta, sino porque la propia Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su párrafo 105, reconoce que los órganos jurídicos internos de cada país están en mejor posición que el propio Tribunal para interpretar y aplicar el derecho nacional, si bien esa interpretación debe ser, no obstante, conforme al principio de legalidad de los delitos y de las penas establecido en el artículo 7 del Convenio, lo que, dicho sea de paso, por ser la manera con que hemos de presumir que viene operando cualquier tribunal, y, desde luego, este lo hace, no parece que fuera necesario que se dijese. De hecho, en este sentido, en el voto particular de los Jueces Mahoney y Vehabovic, según traducción de la sentencia realizada por los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado, se puede leer que “la decisión recurrida se refiere exclusivamente a la forma en que debe ejecutarse la condena legalmente dictada; no plantea cuestión alguna en relación con el principio nulla poena sine lege, que es el principio básico que subyace al artículo 7”, para terminar diciendo que “nuestra preocupación es que la mayoría parece haber estirado el concepto de “pena” más allá de su significado natural y legítimo, para plantear un supuesto caso de trato injusto a los condenados, dentro del ámbito del artículo 7”.

C) Una tercera razón para no haber acudido a la referida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encontraría, en opinión de este Magistrado discrepante, en que, si bien no afirmo que no se han respetado las normas de procedimiento que debieran haber sido observadas, al menos me planteo la duda de que se hayan respetado, y, como punto de partida, en apoyo de tal consideración, tomo como referencia el artículo 623 del Proyecto Código Procesal Penal, que establece como uno de los motivos de revisión de las sentencias firmes: “e) cuando el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siempre que dicha vulneración haya sido relevante o determinante de la condena”.

Es cierto, sin embargo que, actualmente existe un vacío legislativo en nuestro país para dar efectividad a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ha sido la práctica judicial y la jurisprudencia la que ha ido buscando fórmulas para ello. No se trata de negar la posibilidad de acudir a la doctrina emanada de dicho Tribunal a la hora de formar criterio, cuando un órgano judicial nacional dicte una resolución, sino que lo que sucede es que, en casos como el que nos ocupa, la cuestión hay que contemplarla desde el punto de vista de que lo que se pretende corregir es una resolución firme, y esto, que es una posibilidad que no debería ser descartada, la obvia el auto de la mayoría acudiendo al argumento de que las decisiones que indica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que violaron el Convenio Europeo se dictaron “en el proceso de ejecución de penas privativas de libertad; es decir, en un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución”, lo que permite decir, a continuación, que, por ello, “en muchos casos plagados de resoluciones provisionales o en todo caso modificables por el tribunal de ejecución en atención a múltiples factores, entre los que se encuentran incluso los criterios de cómputo de los beneficios penitenciarios, aunque nunca de forma retroactiva los que perjudiquen al penado según nos ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, para, a partir de tal premisa, entrar a corregir una resolución que no dejaría de ser firme, en la que, de la misma manera que puede haber consideraciones propias de ejecución, las puede haber solo de declaración, no todas las cuales sujetas al mismo tratamiento.

Con lo que se dice, lo que se pretende es poner sobre la mesa que hay otras alternativas distintas a la utilizada por la mayoría, que no solo no debieran ser descartadas, sino que, por simples razones de seguridad jurídica, debieran haber sido elegidas, si tenemos en cuenta que la decisión sobre cuál de ellas pudiera ser la más adecuada quedaría en manos del Tribunal Supremo.

En efecto, la posibilidad del recurso de revisión no debiera ser descartada, pese a las razones técnicas que se quieran oponer a este remedio, evidentemente, como consecuencia de esa falta de la normativa reguladora.

Además, esta alternativa vendría avalada, reitero, si acudimos a ese Proyecto Código Procesal Penal al que me he referido más arriba.

Es cierto que, conforme al actual artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo cabe el recurso de revisión contra sentencias firmes, y aquí lo que se propugna sería este recurso contra un auto; sin embargo, no es menos cierto que dicho recurso, en la medida que su naturaleza es asimilable a la de un remedio que tiene por finalidad evitar que sufran condena personas que indebidamente pudieran estar sufriendola, no debiera cerrar la puerta a aquellos autos que produzcan iguales efectos, cuando, por ser firmes, no fueran susceptibles de recurso alguno. La razón de ello se encuentra en la esencia propia del recurso de revisión, que es que prevalezca el valor justicia sobre el valor seguridad, propio de cualquier resolución firme.

Mantener esta postura implica que no se comparte el criterio de la mayoría, cuando acude a ese devenir dinámico y evolutivo, pues, aunque se ampare en él, en realidad está entrando a revisar resoluciones firmes que fijan los términos de cumplimiento de una condena, sin distinguir que en ellas puede haber consideraciones que no son propias de la ejecución.

Además, ampararse en esa dinámica para acudir a la referida Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos, y hacer referencia, como hace la mayoría, a criterios de cómputo de los beneficios penitenciarios, como argumento para traerla a colación, tampoco se comparte, ya que la utilización que se hace de ella trasciende de ello, en la medida que lo que se está haciendo bien pudiera consistir en cómo determinar los efectos que ha de producir, en cada caso, una particular sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y esto, en opinión de quien formula este voto particular, es cuestión que, por su trascendencia, debiera corresponder al Tribunal Supremo, aunque solo sea por razones de unificación de doctrina, que se hace más necesario, si se tienen en cuenta las posibilidades interpretativas que puede permitir la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos que se trata de aplicar.

No ha encontrado este Magistrado jurisprudencia en la que se aborde la posibilidad de dar entrada al recurso de revisión, cuando lo que se impugne sea un auto, pero ello no quita que la haya para situaciones similares, si se parte de que el auto de que tratamos es un auto firme, con efectos de cumplimiento de una condena, asimilables a los que produciría una

sentencia de condena firme. Y, desde este punto de vista, es ilustrativo lo que el auto de 29 de abril de 2004 (rec. 1265/1993) dice sobre la posibilidad de acudir al recurso de revisión, como mecanismo de acomodación de los pronunciamientos de una Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos a nuestro ámbito.

Partiendo de que una Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos puede considerarse como un hecho nuevo, que puede afectar a la condena impuesta a un penado, y, acudiendo al artículo 954. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar del carácter excepcional que no deja de reconocer a este remedio, dice en el FJ 7º el referido auto que “sin embargo, este carácter excepcional del procedimiento de revisión no ha impedido a esta Sala ampliar por vía de interpretación la literalidad de los supuestos contenidos en el artículo 954, en una línea jurisprudencial más flexible que atiende especialmente a la entidad de los derechos afectados desde la perspectiva de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución Española). Y se ha permitido su aplicación en aquellos casos no contemplados expresamente en el artículo 954, en los que hechos nuevos demuestren la evidente injusticia de la sentencia condenatoria. Así ha ocurrido en los casos de afectación del principio “non bis in idem” en supuestos de doble sentencia respecto de la misma persona por los mismos hechos, y en algunos casos en los que del hecho nuevo se deriva la necesidad legal de establecer una penalidad inferior a la impuesta. Las dificultades que presenta la insuficiencia de la regulación actual de la materia, no impiden considerar en este momento que, de las vías posibles, tal procedimiento de revisión resulta en este momento la más adecuada, no solo porque lo permite una interpretación amplia de los casos en que procede, conforme a la línea jurisprudencial antes citada, sino porque la competencia se reside en todo caso en el Tribunal Supremo, lo que permite la imprescindible unificación de doctrina en materia de tanta trascendencia como es la determinación de los efectos que han de producir en cada caso las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales penales españoles”. Y más adelante añade que, “como hemos dicho, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no son directamente ejecutables y no anulan las sentencias de los Tribunales españoles, pero pueden declarar las violaciones de derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, cometidas al dictarlas. Y

esa declaración como tal, es obligatoria para el Estado Español cuando ha comparecido como demandado”.

Es cierto que, para acudir al recurso de revisión por esta vía, ha de partirse de la existencia de un hecho nuevo, pero este concepto, entendido en un sentido amplio, permite incluir en él las consecuencias que se puedan derivar de una nueva doctrina emanada del Alto Tribunal Europeo, con la que con anterioridad no se contaba, y de cuya aplicación puede ser modificado a favor de reo un anterior pronunciamiento de condena en su contra.

En atención a lo expuesto.

Aunque asumo la puesta en libertad que se acuerda en el auto de la mayoría, sin embargo no comparto los razonamientos que se hacen en sus Fundamentos Jurídicos, que no suscribo.

4. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 29/11/13

Aplicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y puesta en libertad del penado. Análisis de la legitimación de las partes personadas para intervenir en los procedimientos de aprobación de las redenciones abonables. Voto particular.

Hechos

Primero. Victorio fue condenado en sentencia dictada el 5 de septiembre de 1997 como autor de tres delitos de asesinato y de cuatro delitos continuados de violación, en concurso ideal con tres delitos de rapto, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de despoblado y ensañamiento en relación a los delitos de asesinato y violación, a las penas de treinta años de reclusión mayor por cada uno de los tres delitos de asesi-

nato y a las penas de veinte años de prisión por cada uno de los delitos de violación en concurso ideal con los de rapto.

Dicha sentencia fue declarada firme por auto de 10 de junio de 1999, después de que resultaran desestimados, por sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999, los recursos de casación interpuestos contra la misma.

Segundo. Por auto de 28 de octubre de 1999 se dictó auto por el que se acordó la acumulación, a efectos del cómputo del tiempo máximo de cumplimiento, de las penas impuestas en la sentencia antedicha y de las impuestas a Victorio en las sentencias causantes de las Ejecutorias 126/92 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia, Ejecutoria 65/1995 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia y Ejecutorias 392/93 y 393/96 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Valencia. Se fijó en treinta años de prisión el límite máximo de cumplimiento, transcurrido el cuál, se entenderían cumplidas y extinguidas las penas de prisión impuestas en las correspondientes sentencias condenatorias y ejecutorias.

En fecha 21 de febrero de 2000, se dictó auto aprobando la liquidación de condena practicada por la Secretario Judicial en fecha 10 de febrero de 2000, que fijaba, a efectos de cumplimiento, como fecha de inicio del cumplimiento de las penas acumuladas, el 8 de febrero de 1993 y como fecha de finalización, el 19 de enero de 2023.

Tercero. En fecha 14 de junio de 2006, el Director del Centro Penitenciario de Zaragoza solicitó de la Sala que se resolviera si procedía aplicar, en la determinación de la liquidación de los beneficios penitenciarios que le eran aplicables a Victorio, los criterios novedosos establecidos por la Sentencia 197/2006 de 28 de febrero dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

De dicha petición se dio traslado al Ministerio Fiscal que en fecha 13 de julio de 2006 informó: “El Fiscal dice que debe de estarse a lo establecido en el Auto de 28 de octubre de 1999, por el principio de invariabilidad de las resoluciones únicamente posible cuando se modifica la Ley

y ésta es más favorable al reo pero no por cambio de criterios jurisprudenciales”.

Visto el informe del Ministerio Fiscal, se dictó providencia, en fecha 20 de julio de 2006 acordando no haber lugar “a la aplicación de la interpretación referida conforme nuevo criterio marcado en la aplicación del artículo 70.1 del Código Penal de 1973 en relación con el artículo 100 del mismo puesto que debe estarse a lo establecido en el Auto de 28 de octubre de 1999 por el principio de invariabilidad de las resoluciones únicamente posible -la variación- cuando se modifica la ley y ésta es más favorable al reo”. Dicha providencia fue notificada, al tiempo de su dictado, al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de Victorio, sin que conste que lo fuera, en aquél momento, al resto de partes.

Cuarto. En fecha 29 de septiembre de 2008, la representación procesal de doña Serafina, presentó escrito solicitando que, por aplicación del criterio jurisprudencial plasmado en la Sentencia 197/2006 de 28 de febrero de 2006 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y en otra posterior, se acordara que el cómputo de redenciones ordinarias y extraordinarias de pena, a efecto de cumplimiento de las impuestas a Victorio y acumuladas en la presente causa, se hiciera, no sobre el límite máximo de cumplimiento, sino sobre cada una de las penas impuestas. Terminaba solicitando que, en virtud de ello se fijara como periodo de cumplimiento efectivo el máximo fijado en la sentencia de 5 de septiembre de 1997.

En fecha 29 de septiembre de 2008 se dictó providencia con el siguiente contenido: “...no constando resolución sobre fecha de licenciamiento definitivo de Victorio, pase la presente al Ministerio Fiscal a fin de que informe acerca del oficio remitido por el Centro Penitenciario de Zaragoza, sobre el Auto de acumulación de este Tribunal y su interpretación, conforme a la Doctrina del Tribunal Supremo”.

El Ministerio Fiscal, en fecha 3 de octubre de 2008 informó solicitando que, conforme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, los beneficios y redenciones de pena fueran aplicados de manera individualizada, a cada pena y según su orden de cumplimiento. Acabó solicitando que por el Centro Penitenciario se efectuara una nueva liquidación de condena que se atuviera a tal criterio.

Por providencia de fecha 8 de octubre de 2008 se acordó solicitar del Centro Penitenciario en el que Victorio cumple condena, la práctica de nueva liquidación de condena con arreglo a los parámetros fijados en el informe del Ministerio Fiscal.

El 20 de octubre de 2008 tuvo entrada dicho informe, en el que se contenían cómputos diversos: uno, liquidando la condena de 30 años, sin abono de redenciones; otro, liquidando la condena sobre un total de treinta años, deduciendo las redenciones aplicables si la pena a cumplir fuera de esa extensión; otra, liquidando redenciones sobre la suma del total de años de prisión que suman las penas acumuladas; la última, liquidando por separado y de manera sucesiva, cada condena acumulada, de mayor a menor gravedad, deduciendo, para cada una, el periodo correspondiente de redención.

Por providencia de 29 de octubre de 2008, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a las partes, tanto del escrito presentado el 29 de septiembre de 2008 por la representación procesal de doña Serafina, como de los diversos proyectos de liquidación de condena aportados por el Centro Penitenciario el 20 de octubre de 2008.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 31 de octubre de 2008 informó que consideraba que atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a los límites de cumplimiento fijados en la regla segunda del artículo 79 del Código Penal aplicable -1973- y en el propio auto de acumulación de condenas de 28 de octubre de 1999, el licenciamiento definitivo debía fijarse, sin que las redenciones, dada la extensión de las penas a cumplir, pudieran rebajar el plazo de cumplimiento del límite de treinta años, en el 19 de enero de 2023.

La representación procesal de Victorio, mediante escrito presentado el 5 de noviembre de 2008, se opuso a que se fijara fecha de extinción del cumplimiento de las penas acumuladas conforme al nuevo criterio jurisprudencial y solicitó que se acordara del mismo modo que se resolvió en la providencia de 20 de julio de 2006 y conforme al criterio expresado por el Ministerio Fiscal en su informe de 13 de julio de 2006.

Quinto. En fecha 8 de febrero de 2009 el Centro Penitenciario de Castilla la Mancha reiteró la petición ya formulada el 14 de junio de 2006

por el Centro Penitenciario de Zaragoza, interesando que se resuelva si es o no de aplicación en el presente caso la doctrina emanada de la Sentencia 197/2006 de 28 de febrero de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, acompañando propuestas de liquidación de condena según el criterio que se empleara.

Dado que sobre la petición formulada por la Dirección del Centro Penitenciario en el que se encuentra el penado ya hubo un pronunciamiento por parte de ésta Sala -que le fue comunicado por oficio de 20 de julio de 2006 al Director del Centro Penitenciario de Zuera- y que no había constancia de que del mismo tuvieran conocimiento todas las partes personadas, se procedió a su notificación a todas las partes personadas.

El letrado del Estado presentó escrito adhiriéndose a lo manifestado por el Ministerio Fiscal.

La representación procesal de la Asociación “Clara Campoamor”, como acusación popular, interpuso recurso de súplica contra dicha resolución en fecha 22 de febrero de 2010. Por su parte, la representación procesal de D. Rogelio, efectuó alegaciones y solicitó que se fijara como fecha de extinción del cumplimiento de las condenas impuestas y licenciamiento definitivo, el 19 de enero de 2.023. En similar sentido se pronunció la representación procesal de Dª. Serafina.

Admitido a trámite el recurso de súplica, el Ministerio Fiscal se adhirió al mismo, manifestando, a su vez, que se reiteraba en los argumentos contenidos en sus informes de 3 y 31 de octubre de 2008, en los que interesaba el cumplimiento íntegro, por parte del penado, del tiempo máximo fijado en la liquidación de condena -treinta años- y, con ello, que la pena quedara extinguida el 19 de enero de 2023.

La representación procesal de Dª. Serafina se adhirió al recurso de súplica, interesó la nulidad de la providencia recurrida.

La representación procesal de Victorio impugnó el recurso y solicitó su desestimación.

Sexto. Por auto dictado en la presente causa el 21 de abril de 2010, se acordó que la fecha de cumplimiento de las penas impuestas en la sentencia de 5 de septiembre de 1997 y las acumuladas por auto de 28 de octu-

bre de 1999, se calcularan conforme a los criterios de cómputo de penas y liquidación de beneficios y redenciones de pena, recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 28 de febrero de 2006 lo que, en la presente causa y a salvo de futuras modificaciones que pudieran producirse, con causa legal, suponía que Victorio cumpliría las penas acumuladas en la presente ejecutoria el 19 de enero de 2023.

Séptimo. Contra dicho auto, la representación procesal de Victorio interpuso recurso de casación. La Sala 2ª del Tribunal Supremo, por auto de 11 de noviembre de 2010, acordó no haber lugar a la admisión del mismo.

Octavo. Contra el auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, la representación procesal del señor Victorio interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por providencia de dicho Tribunal de fecha 11 de enero de 2012 y archivado el 12 de febrero siguiente.

Noveno. El 25 de octubre de 2013, se dictó en la presente causa, providencia con el siguiente contenido:

- 1. Este Tribunal ha tenido conocimiento del contenido de la Sentencia dictada el 21 de octubre de 2013 por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa R. P. contra España.*
- 2. Dicha sentencia considera contraria a los artículos 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la interpretación dada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo a partir de su Sentencia de 28 de febrero de 2006 -doctrina Parot- a los artículos 70 y 100 del Código Penal de 1973, conforme a la que los beneficios penitenciarios previstos en el artículo 100 de dicho Código debían deducirse, conforme se fueran produciendo, de cada pena considerada en toda su extensión y no de la pena máxima que, conforme a lo establecido en el artículo 70 de dicho Código, era susceptible de cumplimiento.*

3. *Este Tribunal fijó -por auto de 21 de abril de 2010 - el 19 de enero de 2023 como fecha de extinción de la pena impuesta a Victorio. Dicha decisión fue confirmada por auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010. Consta que Victorio interpuso frente a dichas resoluciones recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sin que tras la comunicación que al respecto efectuó el Tribunal Constitucional en oficio de 29 de junio de 2011 solicitando remisión de testimonio de particulares de las presentes actuaciones, se haya tenido nuevas noticias sobre dicho recurso.*
4. *Las decisiones adoptadas por éste Tribunal y el Tribunal Supremo a las que se ha hecho mención en el apartado anterior; fijaron la fecha de extinción de la condena en la presente causa interpretando los artículos 70 y 100 del Código Penal de 1973 en los términos que la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre pasado ha considerado contraria a los artículos 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

En atención a todo lo expuesto,

1. *Requíerese a la representación procesal del penado por plazo de cinco días para que manifieste si ha interesado la suspensión cautelar de la ejecución de los autos recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la LO 2/1979 del Tribunal Constitucional.*
2. *Requíerese al Centro Penitenciario de Cumplimiento para que informe de los procedimientos seguidos ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y resoluciones dictadas por el mismo para -en cumplimiento del artículo 100 del Código Penal de 1973- el abono de redenciones ordinarias y extraordinarias efectuadas a Victorio y contenidas en la hoja de cálculo de fecha de extinción de condena que fue remitida a este Tribunal junto al oficio de 1 de febrero de 2010. Requíerese, además, del Centro Penitenciario detalle de los*

trabajos efectuados por el interno -y de los días concretos en que el mismo los efectuó- y que hubieran sido tenidos en cuenta a los efectos de la aplicación de dichas redenciones.

Una vez obre en la causa la información requerida, se dará audiencia a todas las partes personadas para que aleguen lo que a su derecho interese antes de que este Tribunal resuelva sobre los efectos que pueda tener la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 sobre la presente ejecutoria.

Décimo. El Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, en cumplimiento de lo que le fue requerido en cumplimiento de la anterior providencia, remitió mediante oficio fechado el 4 de noviembre de 2013, informe detallando los trabajos realizados por Victorio y los días/periodos en que los realizó y que habían sido tenidos en cuenta a efectos de redención de penas en la denominada “hoja de cuentas” elaborada por dicho Centro y que había sido remitida a éste Tribunal mediante oficio de 1 de febrero de 2010, en la que se hacía constar que tomando como pena de cumplimiento la fijada en el auto de acumulación de 28 de octubre de 1999 - treinta años- y procediendo al abono de los días de redención ordinarios y extraordinarios que el Centro Penitenciario consideraba de abono al interno, la fecha de extinción o cumplimiento de las penas acumuladas en el referido auto, era el 22 de mayo de 2011.

Mediante oficio de 5 de noviembre de 2013, el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, remitió el resto de documentación obrante en su poder y a los efectos de atender el requerimiento efectuado en cumplimiento del punto 2 de la providencia de 25 de octubre de 2013.

La representación procesal de Victorio, mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2013, comunicó que el recurso de amparo interpuesto por el mismo, había sido inadmitido. Tal circunstancia fue confirmada mediante oficio del Tribunal Constitucional fechado el 5 de noviembre de 2013 y recibida el 11 de noviembre de 2013, con el contenido adelantado en el antecedente octavo de esta resolución.

Undécimo. Por providencia de 12 de noviembre de 2013, se abrió un plazo de cinco días hábiles para que el Ministerio Fiscal y el resto de partes personadas, pudieran tomar conocimiento de la documentación recabada y efectuar alegaciones en relación a la cuestión planteada en la providencia de 25 de octubre de 2013.

Duodécimo. Por providencia de 25 de noviembre de 2013 se notificaron las providencias de 25 de octubre y 12 de noviembre a la Abogacía del Estado que había intervenido como parte -responsable civil subsidiario- en el procedimiento. En dicha providencia se le concedió un plazo de dos días para alegaciones.

Duodécimo. Han presentado escritos de alegaciones:

1. El Ministerio Fiscal.
2. La representación procesal de D^a. Serafina.
3. La representación procesal de D^a. Candida.
4. La representación procesal de la Asociación Clara Campoamor.
5. La representación procesal de D. Victorio.
6. La abogacía del Estado.

1. El Ministerio Fiscal, en su informe, extracta y resume tanto las incidencias procesales de esta ejecutoria de interés para pronunciarse sobre lo interesado por éste Tribunal el pasado 25 de octubre de 2013, cuanto las resoluciones más relevantes dictadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación a la posibilidad de fijar como penas sobre las que aplicar las deducciones por redenciones, la suma de las impuestas y no la fijada como límite de cumplimiento en el auto de acumulación, extracta también los particulares más relevantes de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013. Igualmente recoge el Acuerdo dictado por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2^a del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2013. Con todo el bagaje argumental aportado por dichas resoluciones y dicho acuerdo, considera que procede estar a la liquidación de condena que fijó

en treinta años el límite máximo de cumplimiento de las penas acumuladas para, de dicho plazo máximo, deducir las redenciones ordinarias y extraordinarias reconocidas al penado y, con ello, considerar que el penado extinguió la pena el 22 de mayo de 2011, por lo que debe ser puesto en libertad en el plazo más breve.

2. La representación procesal de D^a. Serafina solicita que se requiera nuevamente al Centro Penitenciario de cumplimiento para que cumplimente en sus concretos términos el requerimiento que se acordó en la providencia de 25 de octubre y que hasta tanto no se remita nuevo informe se acuerde la suspensión del plazo concedido a las acusaciones para formular alegaciones. Además,;
 - a) alega que las redenciones extraordinarias abonadas al penado son nulas de pleno derecho y solicita que no sean tenidas en cuenta.
 - b) impugna las redenciones ordinarias abonadas al no concretarse las tareas o trabajos efectuados y, en todo caso, considera que, de tomarse en cuenta, deberían excluirse, a efectos de abono, los días de descanso semanal garantizados en el artículo 33.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por ello y para el caso de que se consideraran abonables días de trabajo por redenciones ordinarias, la redención máxima habría de alcanzar no más de 2.393 días -en lugar de los 3.081 abonados en la “hoja de cuentas” remitida el 1 de febrero de 2010-.
3. La representación procesal de D^a. Candida considera que no cabe modificar lo acordado previamente en esta ejecutoria sin vulnerar el principio de seguridad jurídica, mantiene que el criterio jurídicamente correcto a efectos de determinar respecto de qué tiempos o penas deben computarse las redenciones previstas en el artículo 100 del Código Penal de 1973, es el correspondiente al tiempo máximo de condena -suma de penas impuestas-. Por último considera que no son proyectables los argumentos y conclusiones de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 al presente caso, por constituir supuestos distintos el que es objeto del presente procedimiento y el analizado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por todo ello, solicita que

se mantenga la liquidación de condena aprobada por auto de 21 de abril de 2010.

4. La representación procesal de la Asociación Clara Campoamor efectúa alegaciones esencialmente coincidentes con las efectuadas por la representación procesal de D^a. Serafina. A ellas añade que considera que no cabe abonar día alguno al penado por el concepto “redenciones extraordinarias” por carecer la misma, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1973, de soporte legal.

En su escrito se solicita, en primer lugar, requerir del Centro Penitenciario información complementaria en términos que atiendan lo requerido en la providencia de 25 de octubre de 2013, así como información de las circunstancias que afecten al Programa Individualizado de Tratamiento para Agresores Sexuales al que haya podido acogerse el interno, grado de implicación del mismo e informe pronóstico final, comprensivo de los resultados conseguidos por el tratamiento y juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del penado una vez en libertad.

5. La defensa de Victorio, por su parte, tras analizar las incidencias acaecidas durante la tramitación de esta ejecutoria, valora la información ofrecida por el Centro Penitenciario de cumplimiento y finaliza sosteniendo que de conformidad con lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2013, procede acordar la inmediata excarcelación del penado.
6. La Abogacía del Estado sostiene, en primer lugar, que en ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, ninguna obligación incumbe a España en lo que se refiere a aquéllos condenados, distintos de aquélla a la que se refiere dicha sentencia, a los que se aplicó la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006.

Subsidiariamente, para el caso de que se considerara aplicable la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 al presente caso, entiende que afectaría a la situación del penado hasta el dictado de la STS de 28 de febrero de 2006, por lo que, a partir de dicha fecha, la doctrina contenida en ésta sí sería aplicable, con lo que el penado sólo podría verse beneficiado

por la aplicación de redenciones sobre una pena máxima de cumplimiento de 30 años, hasta el 28 de febrero de 2006, pero no a partir de dicha fecha. En consonancia con dicha tesis, sostiene que se interese del Centro Penitenciario de cumplimiento la remisión de informe sobre las redenciones efectuadas a partir del 28 de febrero de 2006.

Decimotercero. Se pusieron los autos a disposición del ponente el día 27 de noviembre de 2013 y se señaló para deliberación el día 28 de noviembre de 2013. La presente resolución, a propuesta del ponente, se ha tomado por mayoría de los miembros que actualmente forman la Sección y que han formado Sala, conforme a lo previsto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Razonamientos Jurídicos.

Primero. La primera cuestión a resolver la plantea, por un lado, la representación procesal de D^a. Candida: si cabe modificar una decisión firme cuál es el auto que este Tribunal dictó en la presente ejecutoria en fecha 21 de abril de 2010. Por otro, la Abogacía del Estado, tras analizar qué proyección puede dársele a una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en un procedimiento en el que el penado en la presente ejecutoria no ha sido parte -sosteniendo, como primera alegación, que no existe obligación de hacerlo-, concluye que sólo en aquello en lo que puedan identificarse el supuesto analizado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 y el presente, cabría proyectar los efectos.

1. Modificabilidad de lo resuelto en el auto de 21 de abril de 2010.

Hemos de recordar que el auto de 21 de abril de 2010 aplicó una tesis introducida de manera novedosa a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 28 de febrero de 2006, en la que el Tribunal Supremo proclamó que los beneficios penitenciarios consistentes en

redenciones de pena habían de deducirse no del máximo de pena a cumplir por aquél penado condenado a penas cuya suma excedieran de treinta años de duración cuando las mismas, por aplicación del artículo 70.2 del Código Penal de 1973, se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo, sino que se irían computando sobre cada pena acumulada, comenzando por la pena más grave y terminando por la de menor duración -la llamada “doctrina Parot”.

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, confirmando la dictada previamente por una Sala de la Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 4 de octubre de 2012, considera que en tanto que la llamada “doctrina Parot” no se limita a modificar las «modalidades de ejecución» de la o las penas impuestas, sino que redefine su alcance, constituye un supuesto de violación del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El mismo establece que no hay pena sin ley y que nadie puede 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. La doctrina Parot, en tanto que constituye una modificación de la interpretación que previamente se venía haciendo de los artículos 70 y 100.2 del Código Penal, en términos no previsibles -dado que la interpretación contraria, conforme a la que los beneficios o redenciones se aplicaban sobre la pena de cumplimiento, que era la fijada en el artículo 70.2 (máximo de treinta años) era la consolidada jurisprudencialmente hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 -infringiría el principio de legalidad penal.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 considera, igualmente, que en tanto que al tiempo de la condena no era previsible que las modalidades de imputación de las redenciones de pena por el trabajo serían objeto de una modificación jurisprudencial efectuada por el Tribunal Supremo en febrero de 2006, y que tal modificación jurisprudencial le sería aplicada, la aplicación de la “doctrina Parot” supone el aplazamiento de la puesta en libertad del penado, con lo que el mismo cumple una pena de prisión de una duración superior a la que se le habría debido imponer en virtud del sistema jurídico español

en vigor en el momento de la condena, teniendo en cuenta las redenciones de pena que se le habían concedido conforme a la ley. Es por todo ello que, según lo señalado en la referida sentencia, la privación de libertad por tiempo superior al resultante de deducir al penado, a partir de una pena de cumplimiento de treinta años, las redenciones a que se haya hecho merecedor o que le hayan sido otorgadas sin oposición, no es regular y vulnera el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Cierto es que tales pronunciamientos se han efectuado en relación a la demanda interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una determinada persona, sin que Victorio hiciera uso de dicha posibilidad de recurrir. Sin embargo, en tanto que el supuesto analizado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es análogo -en lo esencial, idéntico- al que ahora analizamos, cabe concluir que la no aplicación de la doctrina contenida en dicha sentencia a supuestos idénticos, constituiría una prolongación de la privación de libertad contraria a lo prevenido en los artículos 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En tanto que conforme a lo expresado en las dos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -4 de octubre de 2012 y 21 de octubre de 2013- la doctrina Parot viene a suponer una modificación del sentido de la norma conforme venía siendo interpretada de manera uniforme por los Tribunales hasta el 28 de febrero de 2006, su aplicación en el presente caso supuso la aplicación retroactiva de una interpretación de las normas delimitadoras del alcance de las penas impuestas a Victorio -y acumuladas-, manifiestamente perjudicial para el penado, que éste no podía prever que le fuera de aplicación ni cuando cometió los distintos hechos por los que fue condenado, ni cuando fue condenado por ellos, ni siquiera cuando se dictó el auto de acumulación de condenas de 28 de octubre de 1999.

Así las cosas, perpetuar lo decidido por este Tribunal en nuestro auto de 21 de abril de 2010 sería análogo, a partir del pronunciamiento firme del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al mantenimiento de una condena por delito que ha sido, por norma posterior, objeto de sanción de inferior duración. Nos encontramos, pues, ante un supuesto análogo al que justifica la aplicación de la norma penal posterior más favorable y que el Código Penal contempla en la Disposición Transitoria Quinta y que el

propio Código Penal de 1973 preveía en su artículo 24 al disponer que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena. Ciertamente es que como recuerda, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 1254/2000 de 6 de julio de 2000 el cambio jurisprudencial no equivale a una nueva norma punitiva derogatoria de la anterior que haga nacer la aplicación de los principios antes enunciados. La nueva interpretación de un precepto no supondría una derogación de ningún precepto ni de la anterior interpretación del precepto, sino que proporcionaría un nuevo sentido a la concurrencia, por lo que sus efectos no podrían ser equiparados a los de una nueva ley derogatoria de la anterior, en cuyo caso la nueva norma prevé el procedimiento de revisión. (Criterio sustentado por el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo en su reunión de 30 de Abril de 1999). Ahora bien, también debemos recordar cómo el Tribunal Supremo también tiene dicho –Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998- *que la firmeza de una resolución que revisa la condena sobre la base del derecho transitorio no implica que, con posterioridad, sea dictada una nueva resolución con ese mismo objetivo cuando se ha producido una modificación sustancial de hecho que afecta a los datos que sirvieron como base al cómputo efectuado en su momento por la Audiencia en la liquidación. En la medida que el criterio mantenido por esta Sala supone una alteración de los datos sobre los que se apoya el cómputo efectuado por la Audiencia, es posible instar una nueva resolución de ese órgano judicial sobre la revisión de la condena.*

En este sentido, debe tenerse en consideración que el reciente Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013, señala que en los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala nº 197/2006, de 28 de febrero. Viene, por tanto, a consagrar, la tesis sostenida en esa Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998: se ha producido un hecho relevante que afecta a las bases

de cómputo para la determinación de la fecha de liquidación de la condena. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado contrario al principio de legalidad -artículo 7 Convenio Europeo de Derechos Humanos- y al derecho a no estar privado de libertad sino en virtud del procedimiento previsto en la ley -artículo 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos-, la doctrina jurisprudencialmente consolidada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 -“Doctrina Parot”-.

Consiguientemente, no puede derivarse obstáculo alguno para la revisión del auto de 21 de abril de 2010 -en el que aplicando la llamada “doctrina Parot”, se fijó como fecha de extinción de las condenas acumuladas impuestas a Victorio el 19 de enero de 2023- por el hecho de que hubiera adquirido firmeza, en tanto que la revocación de dicha doctrina -por infractora de los artículos 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-, exige la revisión de todas aquéllas resoluciones que pudieran haber causado una privación de libertad del penado por encima de la que corresponde conforme a la interpretación de los artículos 100 y 70 del Código Penal de 1973, que los Tribunales españoles venían realizando de manera uniforme hasta el 28 de febrero de 2006. Entre ellas, se encuentra la que éste Tribunal dictó el 21 de abril de 2010 prolongando el periodo de privación de libertad de Victorio hasta el 19 de enero de 2023. Para llegar a tal conclusión basta con reproducir algunos de los razonamientos que dicha resolución contenía: *Examinando los diversos proyectos de liquidación presentados por los Centros Penitenciarios, se observa que si los beneficios penitenciarios y redenciones extraordinarias se computan partiendo de que la pena impuesta es la condena máxima susceptible de cumplimiento -treinta años-, la condena se extinguiría el 22 de mayo de 2011. Si dichos beneficios y redenciones se aplican conforme a los criterios fijados por el Tribunal Supremo a partir de su Sentencia 28 de febrero de 2006, los beneficios y redenciones no son de entidad temporal bastante para provocar una reducción de la pena por debajo de los 30 años de prisión -límite de cumplimiento de todas las penas impuestas y acumuladas en esta ejecutoria-*. Consecuencia de tal argumentación, fundada directamente en la llamada “doctrina Parot”, fue la fijación, como fecha de extinción de las condenas impuestas a Victorio, de la antes indicada. Por tanto, ninguna duda le cabe a éste Tribunal de que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 afecta

directamente a los argumentos que éste Tribunal utilizó para prolongar el cumplimiento de pena privativa de libertad hasta esa fecha y, con ello y por lo anteriormente expuesto, de la procedencia, a la vista de la referida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la revisión de la causa para determinar si, declarada dicha doctrina infractora de los artículos 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, procede o no modificar lo resuelto en nuestro auto de 21 de abril de 2010.

A mayor abundamiento, para reforzar lo argumentado y dotar de mayor solidez a la tesis de la proyección del pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 sobre procedimientos y para personas distintas de aquélla que recurrió ante dicho Tribunal, resulta de interés reproducir lo dicho por el Pleno de la Audiencia Nacional en su Auto 62/2013 de 25 de octubre: *“Los pronunciamientos que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos claramente trascienden a la demandante y son de aplicación general a todos los casos en que se den situaciones semejantes y así se expresa en determinados pasajes de la sentencia (“..Sin embargo, la nueva interpretación del Tribunal Supremo, que privó de todo efecto el beneficio de las remisiones de pena ya reconocidas, condujo en la práctica a anular los efectos de este dispositivo en detrimento de la demandante y de otras personas que se encontraban en una situación similar”.. párrfo. 114). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en definitiva, pone de manifiesto, con carácter general, mas allá de en el caso de Inés del Río, la incompatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de la aplicación retroactiva del criterio de computo de los beneficios penitenciarios introducidos por Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006. Pero es mas, el Tribunal Europeo, como órgano del Convenio encargado, no solo de la resolución de las situaciones concretas sino también de su interpretación, ha fijado en esta Sentencia un criterio al que debe reconocérsele el valor de “cosa interpretada”, vinculante para todos los Estados. Por tanto, este pronunciamiento, además de por las obligaciones convencionales asumidas por España con la ratificación del Convenio, lo que implica el sometimiento a las decisiones y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de ser necesariamente tenido en cuenta por este tribunal a la hora de resolver la situación que ahora se le plantea, también porque así lo ordena nuestro propio texto constitucional, cuando en su artículo 10.2 establece que la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la*

Constitución reconoce se hará de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Sin duda alguna, en este momento la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca el canon o estándar internacional en el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales en Europa, con proyección a otros continentes, y constituye además el fiel de la balanza que sirve de referencia para calibrar la calidad del “Estado de Derecho” de sus países miembros. La aceptación y vinculación de todos los Estados del Consejo de Europa a su jurisprudencia, y no solo de los directamente afectados por sus resoluciones, no sirve únicamente para la homogenización del derecho europeo que compartimos, sino que especialmente constituye una de nuestras señas de identidad cultural y de civilización común europea. Separarse de ella no solo implica una infracción de obligaciones jurídicas internacionales, también distanciarse de Europa y del sentido de su civilización”.

2. Sobre la ausencia parcial de identidad entre el supuesto sobre el que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 y el que es objeto de la presente ejecutoria.

La Abogacía del Estado sostiene que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado para evaluar la previsibilidad del derecho aplicable y, en definitiva, si cabría considerar que el penado Victorio podía prever, o no, que al tiempo de fijarse la fecha de extinción de la condena, resultaba previsible -por existir una interpretación jurisprudencial consolidada de las razones que motivaban que las redenciones de pena fueran deducidas no de la pena de cumplimiento, sino de las penas impuestas- una respuesta como la que se le dio en el auto de 21 de abril de 2010.

En su escrito de alegaciones, la Abogacía del Estado reproduce uno de los argumentos de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en concreto, dice: “...el Tribunal estima que en el momento en que se han dictado las condenas de la demandante y en el que la misma ha recibido la notificación de la resolución de la acumulación y límite máximo, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la senten-

cia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2000”. Pues bien, aplicando literalmente dicho argumento al supuesto presente, no podemos sino afirmar que, precisamente, en este caso, concurren idénticas circunstancias relevantes a efectos decisionales que los que concurrían en el supuesto analizado en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2003. Como se recoge en el antecedente de hecho segundo de esta resolución, el 28 de octubre de 1999 se dictó auto por el que se acordó la acumulación, a efectos del cómputo del tiempo máximo de cumplimiento, de las penas impuestas en la sentencia antedicha y de las impuestas a Victorio en las sentencias causantes de las Ejecutorias 126/92 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia, Ejecutoria 65/1995 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia y Ejecutorias 392/93 y 393/96 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Valencia. Se fijó en treinta años de prisión el límite máximo de cumplimiento, transcurrido el cuál, se entenderían cumplidas y extinguidas las penas de prisión impuestas en las correspondientes sentencias condenatorias y ejecutorias. En dicho momento -28 de octubre de 1999- no existía posibilidad alguna de prever que lo acordado en dicho auto pudiera suponer que, fijado dicho límite de cumplimiento y declarado en el auto que las penas acumuladas que superaran el límite de treinta años se declararían extinguidas - artículo 70.2 Código Penal 1973 -, las mismas pudieran ser tomadas en consideración a los efectos de constituir la suma de años de condena de las que ir deduciendo los beneficios penitenciarios de redención de condena; no existía posibilidad de prever que, a pesar de lo que en dicho auto se decía, en realidad cupiera entender que los beneficios a los que el penado podía acceder en aplicación del artículo 100 del Código Penal conforme al que el penado había sido condenado, así como los reconocidos en el Reglamento del Servicios Penitenciarios de 2 de febrero de 1956, habían devenido, en su caso y de facto, dada la suma de las penas impuestas por cada uno de los delitos por los que fue condenado, inaplicables.

La Abogacía del Estado estima que de considerarse proyectables los efectos de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 sobre la presente ejecutoria -y en el apartado anterior ya se ha justificado por qué se contesta afirmativamente a tal cuestión-, sólo lo serían hasta el momento en que se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, puesto que a partir de dicho momento, la aplicación de la nueva jurisprudencia había dejado de resultar impre-

visible. Sin embargo dicha tesis es contraria a lo que afirma la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su párrafo 103 afirma: *la Gran Sala estima, al igual que la Sala, que en el momento en que la demandante ha cometido los delitos y en el momento de la adopción de la decisión de la acumulación y del límite máximo, el Derecho español aplicable, tomado en su conjunto, incluida la jurisprudencia - estaba formulado con la suficiente precisión para permitir a la demandante discernir; en un grado razonable, en las circunstancias del caso, el alcance de la condena respecto de la duración máxima de treinta años derivado del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y del dispositivo de las redenciones de pena por trabajo en prisión previsto por el artículo 100 del mismo texto (...). La condena equivalía por tanto a una duración máxima de treinta años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena.*

Dado que la decisión dictada en esta causa para la acumulación de condenas y fijación del límite máximo de cumplimiento para la extinción de las responsabilidades penales derivadas de las condenas acumuladas es de fecha anterior a la dictada en la causa examinada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -30 de noviembre de 2000 -, no cabe asumir la tesis de la Abogacía del Estado -que es, por lo expuesto, contraria a lo resuelto en dicha Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-. Por ello no cabe -como pretende la Abogacía del Estado- liquidar la condena excluyendo las redenciones de condena abonadas durante el tiempo de cumplimiento transcurrido a partir del 28 de febrero de 2006.

Segundo. La segunda cuestión a resolver es si resulta suficiente la documentación remitida por el Centro Penitenciario para decidir si las redenciones ordinarias y extraordinarias deducidas o restadas en la “hoja de cuentas” remitida a éste Tribunal mediante oficio de 1 de febrero de 2010, fueron correctamente aplicadas. Recordemos que en dicho “hoja de cuentas” se hacía constar que tomando como pena de cumplimiento la fijada en el auto de acumulación de 28 de octubre de 1999 (treinta años) y procediendo al abono de los días de redención ordinarios y extraordinarios contabilizados por el Centro Penitenciario, la fecha de extinción o

cumplimiento de las penas acumuladas en el referido auto, era el 22 de mayo de 2011-. Dicha propuesta de liquidación de condena se efectuó conforme a las normas aplicables en la interpretación consolidada, antes del 28 de febrero de 2006, sobre abono de redenciones.

1. Suficiencia de la documentación remitida a los fines de la presente resolución.

El examen de dicha documentación revela que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ha considerado o estimado la aplicación al penado del beneficio de redención de penas por el trabajo -redención ordinaria, prevista en el artículo 100.2 del Código Penal de 1973-, durante todo el tiempo de la condena, a excepción de los periodos comprendidos entre el 4 de septiembre de 2002 y el 23 de enero de 2003 y entre el 27 de mayo de 2005 y el 13 de junio de 2006.

También revela, en relación a las redenciones extraordinarias, los siguientes particulares:

a) Las redenciones del tercer y cuarto trimestre del año 2000 -suman 52 días-, la de 45 días del primer trimestre de 2000 y la de 10 días del primer trimestre de 2000, se detallan en documentos que no incluyen el cuño con la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria -cuño que se observa en las restantes, salvo en aquellas redenciones abonadas en los trimestre 3º y 4º de 2006, 2º y 3º trimestre de 2007, 2º y 4º trimestre de 2008, respecto de los que se acompaña en la referida documentación autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria aprobando las mismas-.

b) Se observa, cotejando el listado de redenciones obrantes a los fs. 401 y 402 de la presente pieza de acumulación de condenas, con la documentación justificativa de las redenciones incluidas en el listado, algunos pequeños errores: así, se ha detectado que:

- en el listado se atribuyen al tercer trimestre de 2002, 33 días de redención, cuando en la documentación soporte, las redenciones aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria suman 35 días.

- en el listado se abonan como redimidos en el trimestre 3º de 2012, diez días, cuando la redención aprobada para ese periodo por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es de cinco días -f. 488 de la pieza-.
- en el listado se abonan como redimidos en el 1º trimestre de 2012 cinco días, cuando la redención aprobada para ese periodo por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es de nueve días -f. 483 de la pieza-.

En definitiva, de los días contabilizados en el listado a efectos de redenciones extraordinarias -1.244 días-, encontramos, por un lado, que hay 107 días de redención que no constan aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Por otro, que se le han contabilizado, por un lado, cinco días más de redención y por otro, seis días menos de redención. Eso supone que de los 1.244 días contabilizados a efectos de redenciones extraordinarias, las realmente aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria -o que así consten en la documentación aportada- deben sumar 106 días menos: en total, 1.138 días.

Las penas acumuladas por auto de 28 de octubre de 1999 -las impuestas en la ejecutoria 1/1993 de esta Sección 2ª, más las impuestas en las ejecutorias 126/1992 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia, 65/1995 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia y 392/92 y 393/96 del Juzgado de lo Penal de 1998, tenían fijado un límite máximo de cumplimiento de 30 años.

Teniendo en cuenta que se abonaron para el cumplimiento un total de doce días de prisión provisional, con los datos conocidos, de los 10950 días que sumaban esos treinta años de cumplimiento efectivo, deben -con los datos conocidos y en aplicación de los artículos 70 y 100 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos- deducirse o restarse, 1138 días por redenciones extraordinarias y 12 días de prisión provisional abonable -es decir, un total de 1150 días adicionales a los deducidos por redenciones ordinarias-.

En la hoja de cálculo facilitada por el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha en fecha 1 de febrero de 2010, a efectos de determinación de la fecha de extinción de condena del interno, la pena, aplicando las redenciones de pena sobre un máximo de cumplimiento de 30 años, que-

daba extinguida el 22 de mayo de 2011. Dicha fecha resultaba del abono de 12 días de prisión provisional, 1179 días de abono por redenciones extraordinarias y 3.081 días de abono por redenciones ordinarias.

Entre día de inicio de condena de penas acumuladas -8 de febrero de 1993- y fecha de hoy -29 de noviembre de 2013- han transcurrido -s.e.u.o- 7.599 días. A estos hay que añadirles los días de prisión provisional abonados -12-, de los cuáles, están incluidos a efectos de redención ordinaria los computados del último periodo de prisión provisional que padeció el penado -comprendido entre el día 31 de enero de 1993 y el 7 de febrero de 2003 (8 días)-. Se dieron de baja para redención, según la documentación remitida por el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, los periodos comprendidos entre el 4 de septiembre de 2002 y el 22 de enero de 2003 -140 días- y entre el 27 de mayo de 2005 y el 12 de junio de 2006 -382 días-. Por tanto, a efectos de redención ordinaria, el periodo incluido tiene una duración, hasta la fecha de la presente resolución, de 7.077 días. Por redención ordinaria -según artículo 100 del Código Penal de 1973 se abona un día por cada dos trabajados-habrían de abonársele 3.538,5 días. Consiguientemente, a 25 de noviembre de 2013, sólo con la aplicación de las redenciones ordinarias, debería considerarse cumplidos -s.e.u.o- 11.145,5 días, cantidad que supera el límite de duración de la pena -30 años, a razón de 365 días por año, 10.950 días-. Y si a ello se sumaran los días de redención extraordinaria y los de prisión provisional preventiva abonable -1150-, no cabe, es obvio, duda alguna, de que se ha superado extensamente el tiempo de duración de la pena que el condenado debía cumplir para extinguir las penas que fueron acumuladas en el auto de 28 de octubre de 1999.

Y lo que no consideramos es que la documentación remitida sea de contenido cuestionable en cuanto al fin perseguido con el requerimiento ordenado por providencia de 25 de octubre de 2013. Y ello porque tanto las redenciones ordinarias como las extraordinarias -con las excepciones antes detalladas en relación a 106 días de redenciones extraordinarias-, constan aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que era, conforme a lo previsto en el artículo 76.2 c) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el competente para aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

En este sentido, resulta de interés recordar lo que dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 174/89 de 30 de octubre: *“La redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos se encuentra en la actualidad regulada, básicamente, por el artículo 100 del Código Penal y por los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones - (Decreto de 2 de febrero de 1956), artículos declarados vigentes por la Disposición transitoria segunda a) del Reglamento Penitenciario (R. Decreto 1201/1981, de 8 de mayo) «en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, texto refundido publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre», como es todavía el caso.*

La redención consiste en el abono al penado «para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, (de) un día por cada dos de trabajo» (artículo 100 Código Penal). Dicho abono se practica periódicamente, a propuesta de los Centros de reclusión, por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y es tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador a los efectos de la liquidación de condena.

3. Como ya se ha dicho, la decisión sobre el abono de días de redención corresponde, en el actual sistema implantado por la Ley Orgánica General Penitenciaria, al Juez de Vigilancia Penitenciaria. En efecto, el artículo 76.2 c) Ley Orgánica General Penitenciaria incluye, entre las funciones que especialmente le corresponden al Juez de Vigilancia Penitenciaria, la de «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena».

Nada dice, sin embargo, la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre el carácter de dichas resoluciones y sobre los recursos a los que pudieran estar sometidas. Esta laguna fue subsanada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en su Disposición adicional quinta, señala que puede interponerse recurso de reforma contra todos los Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como el de apelación (y el de queja, en caso de inadmisión de la apelación) en determinados supuestos, entre los que se cuentan las decisiones sobre beneficios penitenciarios (Disposición adicional quinta, ap. 3), ante la Audiencia Provincial en cuyo territorio esté ubicado el establecimiento penitenciario. Finalmente, el apartado 5 de la Disposición adicional que se comenta se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la normativa aplicable a los citados

recursos, con la única excepción de que limita la legitimación al Ministerio Fiscal -que en todo caso ha de ser parte- y al interno o liberado condicional.

En un sistema así judicializado, la única vía de modificación, en principio, de las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria sobre reconocimiento de beneficios penitenciarios es la de los recursos legalmente establecidos a los que se ha hecho referencia. Y, de acuerdo con las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplicable subsidiariamente por la expresa remisión antes citada de la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como por exigencia del principio de seguridad jurídica, las resoluciones judiciales adquieren firmeza de no interponerse contra ellas recurso alguno en tiempo y forma por parte de los sujetos legitimados.

Ello significa que un Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, si no es recurrido en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal o por el propio penado, deviene firme e intangible, salvo que se den una de estas dos posibilidades: una, de naturaleza procesal, la de que la ley no atribuya expresamente de firmeza a dicha resolución, excepción que en todo caso debería ser compatible con el principio de seguridad jurídica; otra, de carácter sustantivo, la de que el beneficio en cuestión no sea definitivo, sino condicional, pudiendo ser revisado en los supuestos legales en que así se prevea.

4. Un examen de los preceptos pertinentes muestra, sin género de dudas, que ninguna de dichas circunstancias concurre en relación con la redención de penas por el trabajo. No hay, en efecto, precepto legal alguno en el que pueda basarse la falta de firmeza de un Auto en el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria reconoce a un penado determinados días de redención de pena.”

No es, por tanto, función del Tribunal sentenciador, a la hora de fijar la fecha de extinción de la condena, efectuar una revisión de la corrección o incorrección de lo acordado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria), dentro de sus competencias, al aprobar -o denegar- propuestas de aplicación de beneficios penitenciarios efectuados por un Centro Penitenciario respecto de un determinado penado. Lo que sí podemos hacer es comprobar que la “hoja de cuentas” en la

que el Centro Penitenciario propone una fecha de cumplimiento de pena, no incurre en errores materiales, no excluye redenciones aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o incluye redenciones no aprobadas por éste.

A partir de lo argumentado, siendo que la documentación aportada permite considerar justificadas redenciones aprobadas por el órgano competente que, deducidas del tiempo máximo de pena de cumplimiento -30 años- suponen que la misma está ya más que cumplida, resulta innecesario recabar mayor información, puesto que la misma resultaría inútil a los fines de aquello sobre lo que en este momento debemos resolver.

2. Legitimación de las partes personadas en el proceso finalizado con sentencia condenatoria para intervenir en los procedimientos de aprobación de las redenciones abonables.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, nos hemos planteado si cabría cuestionar la firmeza de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al no constar que las mismas fueran notificadas a las partes en el presente procedimiento.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, su Disposición Adicional Quinta establecía que sólo podían ser parte en los recursos interponibles contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. Tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial anteriormente indicada, se modificó dicha Disposición Adicional Quinta que, a partir de ese momento tiene la siguiente redacción: Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión. Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.

Cabría pensar que dicha modificación derogó la limitación anteriormente existente a la intervención en los recursos contra decisiones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de quienes intervinieron como parte en el procedimiento en el que se dictó la sentencia que impuso la pena de prisión. Sin embargo, esa limitación continuó teniendo previsión legal en la Disposición Adicional Quinta, si bien no en su apartado quinto, sino en el noveno -introducido por la antedicha reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial- cuyo contenido es el siguiente: el recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

Por tanto, no cabe reprochar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la ausencia de comunicación de las decisiones adoptadas en materia de redenciones -ordinarias o extraordinarias- a los personados en el presente procedimiento, al no tener los mismos legitimación para recurrirlas.

Debemos recordar, en tal sentido, que el Tribunal Constitucional, en su auto 373/1989 de 3 de julio, se planteó la cuestión. Recurrieron en amparo quienes habían intervenido como acusación particular en la causa penal en la que se había condenado a dos personas por delito de asesinato. El recurso de amparo se interpuso contra el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 20 de enero de 1989, por el que se acordó no tener por parte a dichos acusadores particulares en el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 25 de octubre de 1988, por el que no se dio lugar a la reforma interesada en relación con el permiso de salida concedido a uno de los condenados por dicho delito. El Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso y dijo lo siguiente. *Como ha afirmado con reiteración este Tribunal (Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, por todas), el derecho a obtener la tutela judicial efectiva no es un derecho incondicional, sino un derecho de prestación, o, dicho de otro modo, un derecho de configuración legal. En consecuencia, la tutela judicial efectiva ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el*

legislador -respetando el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión- haya querido articular (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/85 y 175/88). En el supuesto debatido el legislador, a través de la Disposición adicional quinta, cinco, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha previsto que las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y, en su caso, las de las Audiencias Provinciales que resuelvan los recursos interpuestos contra aquéllas, sólo podrán ser impugnadas «por el Ministerio Fiscal y el interno o librado condicional». Desde esta perspectiva, pues, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid objeto del recurso de amparo no vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en cuanto que ha inadmitido la acción ejercitada por los demandantes de amparo de forma razonada y con fundamento en una causa legal.

Pero, es más, añadió una serie de consideraciones de interés, en relación a la legitimidad constitucional de la intervención en los procedimientos de revisión de resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de quienes -aparte del condenado y del Ministerio Fiscal- fueron parte en la causa penal. Dicho Auto del Tribunal Constitucional 373/1989 dijo lo siguiente: *Desde una segunda perspectiva y profundizando aún más en la cuestión debatida, podría cuestionarse, y así lo hace el demandante de amparo, si no es precisamente la Disposición adicional quinta cinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial la que, al impedir a sensu contrario a quien fue acusador particular impugnar las resoluciones dictadas por los órganos de Vigilancia Penitenciaria, esta vulnerando los principios constitucionales, vulneración ésta en que también habría incurrido el auto impugnado al aplicarla.*

Pues bien, la ejecución penal es la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos judiciales al cumplimiento del título de la ejecución (Sentencia firme condenatoria). Se trata con ello de hacer efectivo el derecho estatal de castigar reconocido en la sentencia. Para llegar a este momento, el de la Sentencia, previamente ha sido necesario que por el Ministerio Fiscal, mediante el ejercicio de la acusación pública, se haya «excitado» al órgano judicial competente a fin de que reconociera, en el caso concreto, aquel derecho. Tal función de «excitación» puede ser desarrollada también por el perjudicado por la infracción criminal enjuiciada --acusación particular-- (artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, en general, dado el carácter público de la acción penal, por

la totalidad de los ciudadanos españoles --acusación popular-- (artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Una vez hecha la declaración de condena corresponde a los propios Juzgados y Tribunales ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución). Declarado judicialmente el derecho estatal de penar en el caso concreto, no puede desvincularse al Tribunal sentenciador del cumplimiento de su resolución, pues a él compete en exclusiva hacer que se ejecute.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que no es lo mismo «ejecutar» la sentencia y, por ende, la pena, que «cumplir» la pena. Es decir, una cosa es la ejecución de la sentencia condenatoria que corresponde al propio órgano sentenciador (artículo 117.3 de la Constitución) y otra muy distinta el cumplimiento de la pena privativa de libertad que dicha ejecución comporta y que corresponde a la autoridad administrativa bajo el poder fiscalizador de unos especiales órganos judiciales: los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (artículos 76.1 de la Ley General Penitenciaria y 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Este segundo aspecto, el del cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones escapa al interés de quien fue acusador particular en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el derecho a castigar (ius puniendi) lo ostenta en exclusiva el Estado y, por lo tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo dicho castigo ha de cumplirse, siempre con respeto, claro está, al principio de legalidad, por lo que las decisiones que a tal fin se adopten no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejercitó la acusación particular.

En consecuencia, la Disposición adicional quinta, cinco, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la resolución de la Audiencia Provincial de Valladolid que la aplicó, no han podido vulnerar el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los recurrentes, por la sencilla razón de que éstos no ostentan ningún derecho ni interés legítimo en el cumplimiento de la pena en su día impuesta a Juan Alberto, limitándose su intervención a «excitar» al órgano judicial competente a fin de que reconozca el derecho estatal de castigar y a que, una vez declarado el mismo, tal declaración tenga efectividad, esto es, se ejecute, se ordene por el juzgador el ingreso en prisión del condenado y, en su momento, su liberación por

extinción de la condena (artículos 2 y 15 de la Ley General Penitenciaria y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Entendemos que lo dicho el año 1989 por el Tribunal Constitucional sigue siendo, teniendo en cuenta la redacción de, primero la Disposición Adicional Quinta, apartado quinto de la Ley Orgánica del Poder Judicial y más tarde, de su Disposición Adicional Quinta, apartado noveno, plena vigencia. La consecuencia que de ello se deriva es que ninguna irregularidad cometió el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al no comunicar a las partes -distintas del interno y del Ministerio Fiscal- lo decidido en relación a las resoluciones relativas a las redenciones ordinarias y extraordinarias que fue reconociendo a favor del interno Victorio.

Cuestión distinta, de “lege ferenda”, es si resulta o no deseable que las decisiones relativas a la clasificación penitenciaria, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, el cómputo de tiempo para alcanzar la libertad condicional...sean notificadas a las víctimas de los delitos por los que el interno cumple condena para que, además, puedan recurrirlas -previsión contemplada en el artículo 13 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, de 24 de octubre de 2013-. Lo que a criterio de esta Sala no resulta cuestionable, por todo lo anteriormente expuesto, es que mientras no se aborde una reforma como la prevista, en decisiones como las adoptadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en materia de redenciones ordinarias y extraordinarias y que son objeto de análisis, no pueden intervenir -recurriéndolas, en su caso- otros que no sean a quienes la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye legitimación.

Y dicho lo anterior, las decisiones que se adoptaron respecto de redenciones ordinarias y extraordinarias en relación a Victorio adquirieron firmeza, siendo por ello imperativo su abono a efectos de cumplimiento de la pena máxima fijada para extinguir las responsabilidades derivadas de las condenas objeto de acumulación en el auto que esta Sala dictó el 28 de octubre de 1999.

Tercero. Lo anteriormente argumentado conllevaría la inutilidad de analizar algunas otras de las cuestiones suscitadas. Sin embargo, por mor de extremar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes que las plantean, no terminaremos ésta resolución sin analizarlas.

1. Se alega por algunas partes que las redenciones extraordinarias serían nulas de pleno derecho, en tanto que habrían sido aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que, a su criterio, no sería el competente para ello, habrían sido aprobadas sin que constara la concurrencia de los requisitos exigidos para su otorgamiento en el artículo 71.3 del Reglamento de Servicios Penitenciarios de 2 de febrero de 1956 y, además, carecerían de soporte legal tras la entrada en vigor del Código Penal de 1973.

Sobre la primera cuestión debemos recordar el contenido -antes transcrito- del artículo 76.2 c) de la Ley Orgánica General Penitenciaria -LO 1/1979 de 26 de septiembre-, conforme al cuál es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, el competente para aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena. Y difícilmente -tanto en una interpretación literal, como sistemática o teleológica- cabe excluir las redenciones extraordinarias de la condición de beneficios penitenciarios a los que alude dicho precepto.

Cierto es que Reglamento de 2 de febrero de 1956 quedó derogado por la entrada en vigor del Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996, de 9 de febrero; ahora bien, su Disposición Transitoria Primera apartado b) establecía que el Reglamento de los Servicio de Prisiones se continuaría aplicando para el cumplimiento de las penas impuestas y que se ejecutaran conforme al Código Penal de 1973.

Por tanto y atendiendo a la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989 de 30 de octubre, aprobadas las redenciones ordinarias o extraordinarias por el órgano competente sin que mostrara a ello oposición quienes eran parte en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria -el penado y el Ministerio Fiscal, exclusivamente-, las mismas devenían firmes, sin que haya espacio de intervención para que el órgano sentenciador pueda revisar dichas decisiones.

En definitiva, las redenciones extraordinarias podían seguir siendo aplicadas tras la entrada en vigor del Código Penal de 1973, el órgano competente para resolver sobre su aprobación es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y carece éste Tribunal sentenciador de facultades para revisar la corrección de las redenciones aprobadas por dicho Juzgado.

2. También se alega que deberían quedar fuera, a efectos del cómputo de los días de redención ordinaria, aquéllos que no podían ser de trabajo por prohibirlo el artículo 33.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Las redenciones ordinarias constituían un derecho subjetivo del interno; la administración penitenciaria viene obligada a proveer a los reclusos de las posibilidades de acceder al trabajo - artículos 26 y 33 Ley Orgánica General Penitenciaria-. Así las cosas, la mera estancia en prisión supondría, se trabajara efectivamente o no y a salvo situaciones de imposibilidad de desarrollarlo -artículo 29 Ley Orgánica General Penitenciaria- o de imposibilidad de redención por concurrir, al menos en un periodo determinado, alguna de las causas de baja en redención por evasión o mala conducta -artículo 100.2 Código Penal 1973-, el derecho a la redención ordinaria. En cualquier caso debemos reiterar lo antes dicho: aprobadas las redenciones ordinarias por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, este Tribunal debe limitarse, una vez comprobado que dicho órgano así lo ha decidido, a incluir los periodos de redención ordinaria aprobados entre los deducibles del tiempo máximo de cumplimiento de pena -treinta años-

En cuanto a la posibilidad de que, a efectos del cómputo de los días de trabajo -para el reconocimiento del beneficio de la redención ordinaria en los términos del artículo 100.2 del Código Penal de 1973 -no se considerara que la semana, a efectos del cómputo, es de siete días, sino de cinco, en tanto el artículo 33.1.a) Ley Orgánica General Penitenciaria garantiza el descanso semanal, éste Tribunal debe estar a lo aprobado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En todo caso, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, el descanso semanal es un derecho que no interrumpe la prestación laboral, que se entiende desarrollada durante todo el tiempo de duración de la relación, sin exclusión de los días de descanso o permiso. Por tanto, no existiría incorrección alguna en el hecho de computar los días de descanso a efectos de redención por el trabajo. Cuestión, en todo caso, irrelevante en este momento, por lo argumentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/89 de 30 de octubre antes citada y por lo declarado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 en su parágrafo 101: *“el artículo 100 del Código Penal de 1973 preveía un reducción automática y obligatoria de la duración de la pena como contrapartida del trabajo realizado en prisión excepto en dos hipótesis muy concretas: cuando la persona condenada se sustraía o intentaba sustraerse al cumplimiento de la*

pena, o en caso de mala conducta (caracterizada, según el artículo 65 del Reglamento de administración penitenciaria de 1956, por la comisión de dos o más faltas disciplinarias graves o muy graves, párrafo 26 anterior). Incluso en estas dos hipótesis, las redenciones de penas acreditadas ya otorgadas por el juez no podían revocarse retroactivamente, pues las jornadas de redención de penas concedidas se entendían cumplidas y formaban parte de la situación jurídica ya adquirida por el preso”.

3. Por último, se solicita de este Tribunal que se reclame del Centro Penitenciario información de las circunstancias que afecten al Programa Individualizado de Tratamiento para Agresores Sexuales al que haya podido acogerse el interno, grado de implicación del mismo e informe pronóstico final, comprensivo de los resultados conseguidos por el tratamiento y juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del penado una vez en libertad. Dicho informe resulta relevante, tal y como señala el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a los efectos del acceso del penado a la libertad condicional. No es este el caso, puesto que la decisión a la que los argumentos expuestos conducen no puede ser otra que a la de tener por extinguida la condena, con la consiguiente inmediata puesta en libertad del penado Victorio.

Parte dispositiva

1. Acordamos declarar cumplidas las penas impuestas tanto en la sentencia dictada por éste Tribunal en fecha 5 de septiembre de 1997, como en las sentencias causantes de las Ejecutorias 126/92 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia, Ejecutoria 65/1995 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia y Ejecutorias 392/93 y 393/96 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Valencia.
2. Desestimamos las pretensiones y peticiones formuladas en sus respectivos escritos por las representaciones procesales de Dª. Serafina, Dª. Candida, la Asociación Clara Campoamor y la Abogacía del Estado.

3. Acordamos la inmediata puesta en libertad del penado Victorio.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal. Líbrese mandamiento al Centro Penitenciario de cumplimiento para la ejecución de lo acordado.

Contra la presente resolución se podrá interponer recurso de casación en el término de los cinco días siguientes contados a partir de la última notificación, en cualquiera de las modalidades establecidas por la Ley, mediante escrito con firma de Abogado y Procurador.

Así lo acuerdan y firman los Magistrados y la Magistrada. anotados al margen, doy fe.

Voto particular que realiza a la anterior resolución el Magistrado Sr. D. Juan Beneyto Mengo, con el máximo respeto y consideración hacia los restantes miembros de la Sala:

Conforme con los antecedentes de hechos y no así con los razonamiento jurídicos en cuanto contradigan lo contenido en este voto particular y en particular con las manifestaciones vertidas sobre las redenciones ordinarias y extraordinarias contenidas en el razonamiento jurídico segundo de la presente resolución, el cual según este voto discrepante vendría redactado como sigue;

Cuando se manifiesta por el auto cuyo contenido y parte dispositiva se contradice en el sentido de afirmar que “Y ello porque tanto las redenciones ordinarias como las extraordinarias -con las excepciones antes detalladas en relación a 106 días de redenciones extraordinarias-, constan aprobadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que era, conforme a lo previsto en el artículo 76.2 c) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el competente para aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.”, no es que no estemos conformes con dicha afirmación pues la misma viene determinada ex lege, sino por el tratamiento procedimental que se ha dado a dichos autos, que dictados por el juzgado de vigilancia penitenciaria competente fueron dictados sin observar ni garantizar los derechos que las víctimas tenían a un procedimiento con todas las garantías, el cual entendemos se ha de “ventilar”, manifestar y hacer efec-

tivo durante y hasta el final del cumplimiento y ejecución de la pena impuesta por el tribunal, en el procedimiento en el que las mismas se manifestaron como partes personadas, y todo ello basado como diremos en la reforma de la disposición adicional quinta de la ley orgánica del poder judicial.

Y así entendemos que no es realmente aplicable lo manifestado por la sentencia que se refiere el razonamiento jurídico segundo cuando se hace referencia a la “Sentencia 174/89 de 30 de octubre: *“La redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos se encuentra en la actualidad regulada, básicamente, por el artículo 100 del Código Penal y por los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones (Decreto de 2 de febrero de 1956), artículos declarados vigentes por la Disposición transitoria segunda a) del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo) «en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, texto refundido publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre», como es todavía el caso. La redención consiste en el abono al penado «para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, (de) un día por cada dos de trabajo» (artículo 100 Código Penal). Dicho abono se practica periódicamente, a propuesta de los Centros de reclusión, por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y es tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador a los efectos de la liquidación de condena.”*, pues la misma pues la misma fue dictada con anterioridad a reforma de la disposición adicional quinta de la ley orgánica del poder judicial que llevó a cabo la L.O. 7/2003, («B.O.E.» 1 julio). Vigencia: 2 julio 2003.

Y así hasta la referida reforma de julio de 2003 la disposición adicional quinta de la ley orgánica del poder judicial venía estableciendo “D. Adicional 5. “Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien sólo podrán concurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que estos últimos precisen de asistencia letrada o representación por Procurador en cuanto al recurso de reforma. En todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición.”

Donde quedaba acotada la posibilidad de recurrir los autos dictados en ejecución de las penas impuestas por los tribunales competentes, por los juzgados de vigilancia penitenciaria al ministerio fiscal y el interno.

A partir como decimos de la reforma ya mentada de 2003 la disposición adicional quinta de la ley orgánica se expresa como sigue”
Disposición adicional quinta:

1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.
2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.
3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.
4. El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.
5. Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá

efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.

Número 5 de la disposición adicional quinta introducido en su actual redacción por el número uno del artículo segundo de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas («B.O.E.» 1 julio). Vigencia: 2 julio 2003

6. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Número 6 de la disposición adicional quinta reenumerado por el número dos del artículo segundo de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas («B.O.E.» 1 julio). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 5. Vigencia: 2 julio 2003”

Es decir que con la reforma ya no se está limitando como se hacía anteriormente al Ministerio Fiscal y al interno la posibilidad de recurrir las disposiciones que en ejecución de la pena impuesta afecten a la libertad y o excarcelación del penado, otorgándole a mayor abundamiento el efecto suspensivo que impediría, una vez interpuesto el recurso la puesta en libertad del condenado. Por lo tanto podríamos afirmar e interpretar que la reforma del año 2003 estaba permitiendo ya, la intervención de las partes personadas en el proceso penal, y en este caso lo eran las partes personadas en representación de las jóvenes asesinadas y violadas, para poder recurrir los autos dictados por el juez de vigilancia penitenciaria que afectaran a la fecha que en un primer momento venía fijada para que el mismo volviera a reintegrarse a la sociedad en plena libertad. Y desde

luego todos y cada uno de los autos dictados por los respectivos juzgados de vigilancia penitenciaria que acordaban la redención ordinaria o extraordinaria por trabajos llevados a cabo en el interior del centro penitenciario, y que suponen efectivamente un acortamiento de la pena impuesta, por la que lucharon a través de sus respectivas representaciones y conclusiones en el proceso penal las acusaciones particulares personadas, (que llevó a la condena de Victorio), afectaban cómo afectan desde luego a la puesta en libertad de éste. Entendemos e interpretamos que a partir de julio de 2003 debieron ser notificadas todas y cada una de las partes personadas en el proceso penal, (puesto que ya no se limitaba por la disposición adicional quinta de la ley orgánica del poder judicial el acceso a los recursos a sólo dos partes interesadas, el Ministerio Fiscal y el interno), para que por las mismas se pudieran recurrir dichas resoluciones que afectaban claramente, como ahora se está demostrando con la acordada libertad del en su día condenado. Y así velar por el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, partiendo del límite que se supone vigente tras la sentencia dictada por la gran sala del tribunal europeo de derechos humanos y cuyo contenido no es objeto de análisis en el presente voto particular. Y es evidente que para que se pueda ejercitar el derecho a recurrir unas determinadas resoluciones judiciales, en este caso los autos dictados por los juzgados de vigilancia penitenciaria que acordaron la redención ordinaria y extraordinaria en diversos momentos (a través de resoluciones cuyos razonamientos jurídicos tienen una extensión aproximada de más menos diez líneas y que servirían para cualquier caso, se tratara de condena por un simple robo con fuerza, como para un triple asesinato o agresión sexual) tuvieron y debieron de ser notificadas a las partes personadas en el proceso penal, porque es evidente que la limitación temporal que se estaba realizando de la condena impuesta por un determinado tribunal, y repetimos no dudamos de la aplicación de la sentencia del referido tribunal europeo y pese a todo, afectaba de forma absolutamente directa a las víctimas de los delitos cometidos Victorio. Es claro que un acortamiento de la pena suponía un claro perjuicio para las mismas, pues la puesta en libertad con carácter anticipado supone lo que va a suponer en la actualidad una necesaria, entendemos situación de angustia, simplemente por la posibilidad de reencontrarse con la persona que cometió tan aberrantes delitos contra sus hijas. Y por todo ello repetimos, que dichos autos de los juzgados de vigilancia penitenciaria debieron ser notificados, para que por las partes personadas o no, pero víctimas en el sentido amplio que poste-

riormente analizaremos, se hubiera realizado el efectivo control sobre los beneficios penitenciarios acordados, que desde luego y teniendo en cuenta la importancia y gravedad de los delitos cometidos por Victorio debieron ser tratados de una manera mucho más detallada y razonada, es decir como realmente se merecía.

Y no se puede poner en duda que un beneficio tiene que concederse cuando hay una actividad penitenciaria que debe producir un fruto o rendimiento, o se convierta en aprovechable, no sólo el simple hecho de estar en prisión. Y así parece que se concedían los beneficios penitenciarios ordinarios. Por la misma regla de tres a una persona en edad activa de trabajo y dado que tiene el derecho constitucional al trabajo, aunque esté en su casa sin hacer el más mínimo movimiento, se le debería reconocer el derecho a cobrar un salario. Y contra estas resoluciones podrían haber recurrido las víctimas.

Y esta posibilidad de recurso de estas resoluciones judiciales dictadas en ejecución de sentencia ya viene avanzada y en cierto modo introducida por las resoluciones del tribunal constitucional y valga por todas las dictada por el Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 129/1995 de 11 Sep. 1995, rec. 2376/1992, Ponente: González Campos, Julio Diego. Nº de Sentencia: 129/1995 Nº de Recurso: 2376/1992 LA LEY 2594-TC/1995 en la que se establece “Tras recordar la doctrina de este Tribunal relativa a la legitimación de las personas jurídicas y especialmente de la Administración (Sentencias del Tribunal Constitucional 64/1988 y 99/1989) para acceder al recurso de amparo, el Abogado del Estado, en esencia, sostiene que en el Juez de Vigilancia Penitenciaria converge un régimen dual de competencias sobre las que proyecta su actividad tal y como se enuncia en el artículo 94.1 Ley Orgánica del Poder Judicial. Por una parte, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, las referidas al control jurisdiccional de la ejecución penal impuesta, que abarca lo relativo al cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones. Específicamente aludió, en este punto, a sus atribuciones para la resolución sobre propuestas de libertad condicional de los penados, a la aprobación de las propuestas de los establecimientos sobre la concesión de beneficios penitenciarios que puedan suponer un acortamiento de la condena, a la resolución de recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado, y en definitiva a todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a

las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a Jueces y Tribunales sentenciadores. Por otra parte, se refirió a las derivadas de la función de garantía que se le encomienda en relación al correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios. Es en este segundo grupo en el que se incardina la resolución de la Administración Penitenciaria de aislamiento provisional de un interno que se dejó sin efecto por decisión judicial. Las resoluciones judiciales impugnadas, al negarle esta posibilidad, han vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución Española, debido a que los órganos jurisdiccionales realizaron una interpretación de la normativa aplicable (apartado 5 de la Disposición adicional quinta Ley Orgánica del Poder Judicial), contraria al favorable ejercicio del derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 67/1984, 2/1987, 186/1990, 6/1992). Y aun reconociendo que se trata de un derecho de configuración legal, deberá respetarse en todo caso su contenido esencial, que impone al juzgador interpretar las causas de inadmisión en el sentido más favorable a su ejercicio, y prohíbe al legislador dictar, sin más, normas excluyentes de la vía jurisdiccional.”

Y decimos efectivamente que se recoge esta posibilidad cuando de forma expresa le está reconociendo la posibilidad de recurrir una determinada resolución dictada por el juzgado de vigilancia penitenciaria al abogado del Estado, pese a ser representante de la administración penitenciaria, admitiéndole en una interpretación extensiva y favorable al ejercicio del derecho a un proceso con todas las garantías en aplicación clara del artículo 24 primero de la constitución española y desestimando el amparo exclusivamente por la naturaleza de la sanción en esta sentencia discutida cual era el aislamiento provisional de un interno, que efectivamente en nada afectaba a las víctimas del delito cometido.

Esta necesidad de notificación de las resoluciones judiciales también aparece recogida a mayor abundamiento por nuestra ley de enjuiciamiento criminal cuando en su artículo 792 establece:

1. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia, cuando no hubiere resultado procedente su celebración.
2. Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el

fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

3. Contra la sentencia dictada en apelación no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes y de lo previsto en el artículo siguiente para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado. Los autos se devolverán al Juzgado a efectos de ejecución del fallo.

4. *La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.*

Siguiendo el argumento de la ley de enjuiciamiento criminal, ¿Por qué no han de ser notificados los ofendidos y perjudicados que además han sido partes en la causa, de las resoluciones que afectan a la puesta en libertad con carácter anticipado del condenado, la cual sin duda afecta de un modo absolutamente directo a las víctimas, ofendidos y perjudicados por el delito?. Creemos que lo han de ser.

En iguales términos *se refiere el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, en cuya exposición de motivos expresa “En este contexto, se ha producido la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Procede, por tanto, transponer al derecho interno, no sólo las cuestiones que traslucía el informe de la Comisión de 2009 respecto al grado de transposición de la Decisión Marco 220/2001, sino también las cuestiones pendientes de transponer con arreglo a las Directivas especiales y los nuevos derechos y exigencias que recoge la Directiva por la que se aprueba el nuevo Estatuto de la Víctima del Delito.” Y “Por otro lado, la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima.”

Así cuando nos referimos en este voto particular al concepto de víctima lo hacemos en la extensión que en este mismo anteproyecto se le da a la misma, al entender que también se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona en situación afectiva análoga, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria. Así el Artículo 7. Derecho a recibir información sobre la causa penal.

“1. Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones:

- a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.
- b) Los autos de sobreseimiento y archivo.
- c) La sentencia que ponga fin al procedimiento.
- d) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.
- e) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.
- f) Las resoluciones a que se refiere el artículo 13.

Estas comunicaciones incluirán, al menos, la parte dispositiva de la resolución y un breve resumen del fundamento de la misma, y serán remitidas a su dirección de correo electrónico. Excepcionalmente, si la víctima no dispusiera de una dirección de correo electrónico, se remitirán por correo ordinario a la dirección que hubiera facilitado. En el caso de ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea, si no se dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la notificación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en aquél para que

la publique. Si la víctima se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las comunicaciones y notificaciones serán remitidas únicamente por correo electrónico, tanto a la dirección facilitada por la víctima como a la de su abogado.”

Y en su artículo 13. Participación de la víctima en la ejecución

“1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

- a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo III del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:
 - i. Delitos de homicidio
 - ii. Delitos de aborto del artículo 144
 - iii. Delitos de lesiones
 - iv. Delitos contra la libertad
 - v. Delitos de tortura y contra la integridad moral
 - vi. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual
 - vii. Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación

- b) El auto por el que el Juez de Vigilancia acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere el apartado anterior, de un delito de terrorismo, o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

- c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando:
 - i. Se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo II del artículo 36.2 del Código Penal; o
 - ii. alguno de los delitos a que se refiere la letra a), siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión. La víctima deberá anunciar al Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos II y III del artículo 7.1; e interponerlo dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Para la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de Abogado.

2. Las víctimas estarán también legitimadas para:

- a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conductas previstas por la Ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;
- b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el comiso que hubiera sido acordado.”

Y en este sentido como hace el artículo 13 de este anteproyecto entendemos que se pronuncia la disposición adicional quinta de la ley orgánica del poder judicial tras su reforma del año 2013, la cual entendemos que con su nueva redacción está permitiendo y exigiendo la intervención de la víctima en el concepto extenso de la palabra, esté o no personadas en el procedimiento penal, como no podría ser de otra forma través de la necesaria notificación de los autos dictados en la ejecución de la pena, en este caso nos referiríamos a los autos dictados por los juzgados de vigilancia penitenciaria a efectos de que por los mismos pudieran ejercitarse los

recursos correspondientes. De la tramitación observada en los testimonios remitidos a la causa se deduce la indefensión clara de las partes personadas al no haber sido notificadas de dichas resoluciones.

Y para entender cómo entendemos que los familiares de las víctimas de los delitos cometidos por Victorio, a los cuales se debería de haber notificado los autos del juzgado de vigilancia penitenciaria son incluidos en el término de víctimas hace referencia la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo que establece que

“1. Con arreglo a la presente Directiva se entenderá por:

a) «víctima»,

- i) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal,
- ii) los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona;

b) «familiares»

El cónyuge, la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas, y las personas a cargo de la víctima.”

De ahí y que por todo lo dicho entendemos y propugnamos a través de este voto particular la nulidad de lo actuado tras el dictado de los autos del juzgado de vigilancia penitenciaria competente, por la no notificación de los mismos a las partes personadas y víctimas en sentido amplio de la

palabra, de los delitos cometidos por Victorio y así haber facilitado el conocimiento de los mismos y en justa consecuencia el posible ejercicio del derecho a un proceso con todas las garantías, siendo una de ellas la de recurrir las resoluciones judiciales, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento posterior al dictado de los mismos para la notificación de cada uno de ellos a las partes personadas y víctimas de los delitos por los que fue condenado Victorio. La indefensión constitucionalmente prohibida es aquella productora de prohibiciones o limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa y con causa en actuaciones jurisdiccionales que menguan o privan del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad (Sentencia del Tribunal Constitucional 52/97, de 17 de marzo). De lo anterior resulta que la indefensión ha de ser material, no meramente formal, generadora de una imposibilidad de alegar y probar lo alegado; debe constituir una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba; ha de ser total y absoluta, con reducción a la nada de las posibilidades de defensa; definitiva, lo que no se producirá cuando la situación de indefensión pueda ser reparada; y producida por el órgano jurisdiccional, sin que pueda ser causada por la propia actuación del recurrente. Se trata de una mera irregularidad procesal que en nada afecta al derecho de defensa que puede suponer la nulidad del acto procesal. El incumplimiento de un requisito procesal provoca la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles, en su caso, de corrección disciplinaria al responsable. (Sentencia de fecha 14/03/2002, del Tribunal Supremo)

En este caso propugnamos la nulidad por haberse prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, ya que enten-

demos que efectivamente se ha producido indefensión, indefensión que plantean alguna de las partes tras el traslado que se les confirió y que aparece perfectamente detallado en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

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

El firmante del voto particular introduciría como parte dispositiva la siguiente: *No ha lugar a la inmediata puesta en libertad del penado Victorio*, por entender nulas las actuaciones consecuencia de los autos dictados por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en los que se acordaban las redenciones ordinarias o extraordinarias sobre la condena del penado, al haberse prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, al haberse producido efectivamente indefensión, debiendo ser notificados a las partes personadas y a las víctimas de los delitos cometidos por el condenado, a efectos de un posible ejercicio del derecho a recurrir dichas resoluciones dentro del derecho constitucional a un proceso público con todas las garantías.

5. SENTENCIA 434/2013 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 23/05/13

Posibilidad de acumulación aun cuando en alguna de las sentencias acumulables la pena privativa de libertad hubiese sido ya cumplida.

I. Antecedentes

Primero. El Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia dictó auto de fecha siete de junio de dos mil doce que contiene los siguientes hechos:” Primero. Por el penado Patricio solicita la acumulación de las penas. Segundo. A la vista de la solicitud se procedió a reclamar la hoja histórico penal del interesado en el Registro Central de Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias “(sic).

Segundo. Por dicho Juzgado se dictó el siguiente pronunciamiento:

“Dispongo: No procede acordarla acumulación solicitada por el penado Patricio en la presente causa “.

Tercero. Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Patricio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto. La representación del recurrente, alegó los motivos siguientes:

Primero. Al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse inaplicado indebidamente el artículo 76.1 Código Penal en relación con el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo. Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vulneración de los artículos 15 y 25.2 de la Constitución.

Quinto. El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

Sexto. Realizado el señalamiento para fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 8 de mayo de 2013.

II. Fundamentos de Derecho

Primero. Se formaliza recurso de casación frente al auto dictado el 7 de junio de 2012 por el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Valencia, en la ejecutoria núm. 1066/2011, en cuya parte dispositiva denegó al recurren-

te la acumulación de la condena correspondiente a esta ejecutoria a las que fueron objeto de acumulación en virtud de auto dictado el 26 de marzo de 2009, al haber quedado ya extinguidas las penas entonces acumuladas, siendo así que el 17 de agosto de 2009 se aprobó el licenciamiento definitivo respecto de éstas y el 11 de abril de 2011 se procedió a la liberación del penado. El Juzgado de ejecución consideró, por ello, inviable la petición del penado, destacando lo imposible de dictar auto de acumulación cuando únicamente subsiste ya una pena de prisión en fase de cumplimiento, en una sola causa.

1. Frente a tal pronunciamiento articula el recurrente una doble queja, por vía de infracción de ley (artículos 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal) y de precepto constitucional (artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 15 y 25.2 de la Constitución Española). En realidad ambos motivos obedecen a una misma causa de pedir, por lo que serán examinados conjuntamente. Para el recurrente, la decisión de instancia se aparta del criterio de esta Sala de Casación según el cual el auto de acumulación de condenas ha de estar siempre abierto a la posibilidad de que aparezca posteriormente otra pena, no acumulada y susceptible de haberlo sido desde el punto de vista temporal, esto es, teniendo en cuenta las fechas de producción de los hechos y de su efectivo enjuiciamiento; por lo que, de darse esta situación, no hay obstáculo alguno que impida el dictado de una nueva resolución que decida, también de nuevo, sobre el incidente de acumulación, a la luz de los datos sobrevenidos.

Señala que los hechos que dieron lugar a la condena que ahora se pretende acumular sucedieron el 6 de septiembre de 2006, no habiendo recaído sobre ellos sentencia firme hasta el 4 de mayo de 2011, por la que la Audiencia Provincial de Valencia, en su Sección 4a, revocó el previo pronunciamiento absolutorio emitido por el Juzgado de lo Penal núm. 10 de Valencia y condenó al recurrente a una pena de dos años de prisión. La sentencia que había determinado la acumulación de sus anteriores condenas en el auto de acumulación que el 26 de marzo de 2009 emitió el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Valencia, fue dictada el 2 de junio de 2008 por hechos acaecidos el 22 de agosto de 2006 (ejecutoria núm. 2957/2008 de dicho Juzgado), por lo que, siendo los hechos relativos a la presente causa de fecha anterior a la sentencia que propició la acumulación, y habiéndose dictado la sentencia correspondiente a la presente ejecutoria de

forma sobrevenida a dicha acumulación, hubo de deshacerse la acumulación para incluir en la misma la nueva condena, recaída en esta causa.

2. En efecto, es comúnmente admitido en nuestra más reciente jurisprudencia el uso del criterio de la conexidad meramente temporal como soporte de toda hipótesis de acumulación, abandonándose así otros criterios de conexidad de carácter material o formal. Una ya consolidada doctrina -de la que son exponentes recientes las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 402/2013, de 13 de mayo, 368/2013, de 17 de abril, 317/2013, de 18 de abril, ó 47/2012, de 2 de febrero, con remisiones a las más antiguas Sentencias del Tribunal Supremo núm. 12/2011, 458/2010, 192/2010, 1259/2009 ó 55/2009- viene propiciando una interpretación flexible del instituto de la acumulación de penas derivado de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como también de los requisitos de los que depende, sobre todo el de conexidad. De este modo, en los últimos tiempos se viene entendiendo que serán acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que haya dado lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, siempre que desde una perspectiva estrictamente temporal hubiera sido posible enjuiciarlos en un solo proceso.

El criterio actual es también suficientemente claro al impedir la inclusión en una determinada acumulación de las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las sentencias que dicha acumulación abarque, pues, evidentemente, resultaría del todo imposible que esos nuevos hechos hubieran podido enjuiciarse en un procedimiento ya finalizado a la fecha de acaecimiento de los mismos. Por el contrario, la acumulación se ve objetivamente posible para aquellos delitos cometidos antes de recaer esa primera sentencia, sin exigencia de requisitos añadidos. Son, por tanto, los únicos presupuestos que deben concurrir para la aplicación del artículo 76.2 del Código Penal; a) que los hechos hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión; b) que entre los mismos exista una determinada conexión o analogía, requisito éste -como se ha dicho- flexibilizado al máximo por nuestra jurisprudencia; y c) que se declaren acumulables las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la firmeza de la sentencia que adquirió tal condición, debiendo excluirse de la acumulación los hechos cometidos con

posterioridad a dicha fecha, pues los límites del artículo 76 del Código Penal no pueden operar como una garantía de impunidad para el futuro.

Por su particular relevancia en este caso, conviene igualmente dejar constancia de otro matiz en materia de acumulación. Ciertamente es que una jurisprudencia remota de esta Sala Segunda, de la que se hacen eco las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 317/2013, de 18 de abril, 154/2010, de 10 de febrero, ó 322/2011, de 19 de abril, por citar algunas, tenía establecido que las condenas que habían sido objeto de una acumulación anterior no podían volver a acumularse, al producirse en esos casos los efectos de la cosa juzgada. Sin embargo, a partir señaladamente del año 2003 esta interpretación se modificó en el sentido de afirmarse desde entonces, de modo uniforme, que la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada. Ello es consecuencia misma de la adopción del criterio cronológico, que se lleva a la práctica con todas sus consecuencias. Así pues, apareciendo una condena por delitos no contemplados en la acumulación anterior pero que podían haberlo sido, no existen razones suficientes para no incluirlos con posterioridad, ampliando la acumulación ya practicada. De modo que, si tras el dictado de un auto de acumulación aparecen otras sentencias condenatorias contra la misma persona, en ese caso lo que permitirá o impedirá la acumulación entre todas las penas contempladas será el cumplimiento de las exigencias legales, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia y expuestas más arriba (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 898/2009 ó 146/2010), pero en ningún modo será óbice a la nueva acumulación la preexistencia de una anterior, también por decisión judicial. Y ello porque la propia naturaleza de los autos de acumulación dictados al amparo del artículo 76 del Código Penal impone su modificabilidad cuando sobrevienen nuevas condenas susceptibles de acumulación a las ya acumuladas (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 917/2012, de 19 de noviembre). Un tema sustantivo como es la duración real de la pena de prisión, cuando nos enfrentamos a un concurso real de delitos, no puede quedar al albur de la mayor o menor celeridad en la tramitación o del mayor o menor rigor con que se hayan aplicado una reglas procesales, en ocasiones muy flexibles y valorativas (piénsese en el supuesto del artículo 17.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). A esta razón de justicia de

fondo obedeció en su día la inclusión de esta previsión en del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en fechas más recientes, la extensión de la regla del artículo 76 del Código Penal a todos los casos de pluralidad de delitos más allá de que pudiesen considerarse procesalmente «conexos», acogiéndose así la tesis que había cristalizado en la doctrina jurisprudencial. Esa realidad impone que los autos de acumulación estén siempre abiertos a posibles variaciones determinadas por la aparición de una nueva condena referida a hechos que, por su cronología, sean acumulables. En los criterios ya plasmados y en lo referido a las condenas contempladas para incluirlas o excluirlas, la decisión no podrá variarse. Pero en lo atinente a esa nueva condena y la posibilidad de agrupamiento siempre será factible una nueva decisión para integrarla o no variando en lo que proceda el auto anterior (aunque haya sido confirmado o alterado en casación). No es admisible que las dilaciones en el enjuiciamiento de unos hechos alteren en perjuicio del reo (perjuicio que a veces puede ser muy notable) una norma de derecho penal material como es el artículo 76 del Código Penal.

Debemos finalmente recordar, a efectos competenciales, lo decidido en Sala General de fecha 27/03/1998, en la que se acordó que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia deberá, asimismo, acordar lo que proceda respecto de la acumulación entre sí de las penas correspondientes a las restantes causas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, no considere acumulables a las emanadas de la causa propia en la que dictó sentencia, conceptuada como la última del listado atribuible al reo (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 569/2009 ó 944/2006).

3. La parquedad de datos de los que disponemos, tanto por la falta de remisión del oportuno expediente de acumulación como, asimismo, por lo sucinto del auto combatido, dificulta el examen por esta Sala de Casación del fondo de la pretensión que formula el penado. Ello no obstante, a tenor de los datos que él mismo aporta -de los que no hay constancia alguna en la decisión judicial- ha de convenirse con el recurrente en que la condena sobrevinida en apelación y que habría abierto la presente ejecutoria sería, por la fecha de sus hechos, acumulable a la que había determinado -siempre según los datos proporcionados por el recurrente- la anterior acumulación ya cumplida. Cuestión distinta -de la que no podemos conocer por esa misma carencia de datos- es la de perfilar si el tripló de alguna de las

penas impuestas beneficiaba al reo frente a la suma aritmética de todas ellas, incluida la presente. Y si, en definitiva, la actual condena de dos años de prisión es o no acumulable a las anteriores en los términos del artículo 76 del Código Penal.

El órgano de instancia rechaza de plano que esta nueva condena sea susceptible de acumulación al encontrarse ya licenciado el penado de las anteriores condenas cuando se ha venido a solicitar la inclusión de esta nueva pena. Extrapola de este modo al ámbito de la acumulación de condenas un criterio que el Legislador usa de forma habitual cuando diferentes redacciones de un mismo tipo penal se suceden en el tiempo; caso en el que, en efecto, se rechaza toda revisión de aquellas sentencias en las que la pena se encuentre ya totalmente ejecutada o bien suspendida. Así aparece redactada, por ejemplo, la Disposición Transitoria 6ª del Código Penal, regla que encontramos también en muchas de sus leyes de reforma, como es la Ley Orgánica núm. 5/2010, DT 2ª.

Sin embargo, nada de esto dice el Legislador respecto de las acumulaciones de condenas: ni desde el contenido del artículo 76 del Código Penal, cuyo apartado 2 se limita a afirmar que los límites de cumplimiento efectivo previstos en el apartado 1 se aplicarán “aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”; ni desde la perspectiva procesal que resulta del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su inciso 3º, de nuevo favorable a una conexión meramente temporal por haber podido enjuiciarse los hechos en un solo proceso, ex artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Resultante de estos mandatos legales es la doctrina de esta Sala que considera que sólo deberán excluirse de la acumulación aquellos hechos delictivos cometidos con posterioridad a la firmeza de anteriores resoluciones, ya que ello sería tanto como reconocer a la persona una especie de patrimonio penitenciario que le permitiría cometer impunemente toda clase de delitos en la seguridad de que su condena no se vería incrementada, al haberse alcanzado los topes legales en las impuestas con anterioridad. La acumulación obedece, insistimos, a un criterio estrictamente cronológico, tan sólo referido al dato esencial de que, en definitiva, los delitos hubieren podido ser realmente enjuiciados en un mismo procedimiento, a la vista de las diferentes fechas de acaecimiento y posterior enjuiciamiento de los mismos.

En este mismo sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal en su atinado escrito de apoyo parcial al recurso, en el que recuerda el contenido del Acuerdo tomado por esta Sala de lo Penal en Junta General celebrada el 08-05-1997 interpretando, con relación a las penas ya cumplidas y respecto a las que el condenado haya ganado el licenciamiento, el contenido del entonces artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y de su equivalente en el actual Código Penal de 1995, como es el artículo 76. En aquella reunión se llegó a la conclusión de que los avatares procesales por los cuales un hecho haya sido enjuiciado muy pronto o muy tarde no deben tener repercusión en la determinación de si ha de incluirse o no una cierta condena en una acumulación con otra u otras, a los efectos de aplicar los límites derivados de los antedichos preceptos penales. Lo relevante es, en verdad, que todos los hechos por los que se haya dictado condena sean de una misma época, de modo que ninguno de ellos se haya cometido después de haberse dictado sentencia por otro hecho respecto del cual se interese la acumulación. En la medida en que los avatares procesales que hayan conducido al dictado de sentencias rápidas o retardadas son ajenos al comportamiento del reo, no debe éste verse perjudicado por ello. Como señalamos entonces, uno de estos avatares puede perfectamente consistir en el enjuiciamiento de un hecho cuando ya, respecto de otros de la misma época, se haya terminado una ejecución “incluso con el licenciamiento definitivo (del penado) en el correspondiente centro penitenciario”. Tal sería nuestro caso, según se desprende de la fundamentación que sustenta el auto combatido.

La anterior doctrina ha sido recogida en numerosas sentencias de esta Sala. Sirvan de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 297/2008, de 15 de mayo, 1971/2000, de 25 de enero de 2001, ó 790/2000, de 5 de mayo, que cita el Fiscal, en las que, con remisión a otros pronunciamientos anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1992, 1 de julio de 1994 ó 30 de octubre de 1996), se afirma no obstar a la acumulación el hecho de que las condenas hubieran quedado ya extinguidas, pues el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. En conclusión, no han de excluirse las condenas ya cumplidas, y ello porque el propio Código Penal establece que cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumpli-

das simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en la forma que ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 de febrero, dictada por el Pleno jurisdiccional de esta Sala, por lo cual, es evidente que el cumplimiento previo de alguna de las penas impuestas no constituye óbice alguno para la aplicación de la institución de la acumulación de condenas.

Resulta, en consecuencia, inadecuado el criterio defendido en la instancia, contrario al espíritu que se desprende del artículo 25.2 de la Constitución y que, en última instancia, subyace en la doctrina expuesta, en aras de flexibilizar en favor del reo los requisitos de conexidad procesal queridos por el Legislador. Se declara por ello la nulidad del auto impugnado, debiendo el órgano de procedencia dictar una nueva resolución en la que, estando a los datos que consten en el expediente de acumulación, de los que aquí no tenemos constancia, decida sobre lo solicitado por el penado en los términos que preceden. De ser pertinente, como interesa el penado, la adhesión por conexidad temporal de la presente condena a las que ya fueron objeto de acumulación en atención exclusivamente a las respectivas fechas de hechos y de sentencias, deberá asimismo resolver el Juzgado de lo Penal bajo las reglas generales del artículo 76 del Código Penal.

En tales términos el recurso resulta estimado.

Segundo. Ex artículo 901.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

III. Fallo

Que debemos declarar haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Patricio frente al auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº 13 de Valencia, en la ejecutoria número 1066/11-P, casando y anulando el mismo, con reenvío del expediente al mencionado Juzgado para que dicte nueva resolución teniendo en cuenta la doctrina precedente señalada por esta Sala de Casación, especialmente el último párrafo del fundamento de derecho primero, declarando de oficio las costas del recuso.

6. SENTENCIA 368/2013 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 17/04/13

Procede la inclusión en la acumulación, en su caso, de una condena impuesta por un Tribunal extranjero al operar sobre ella el Convenio de Estrasburgo.

I. Antecedentes

Primero: La Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, dictó Auto de fecha dieciocho de septiembre de dos mil doce, que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho:

Primero. En Sentencia firme de fecha 21 de marzo de 2012, Emilio resultó condenado a cuatro delitos de agresión sexual, un delito continuado de agresión sexual en concurso con un delito de lesiones leves sobre personas, un delito de amenazas, y dos delitos de quebrantamiento de condena a las penas de un total de 13 años y 4 meses de prisión.

Segundo. Con fecha 10 de abril de 2012 se recibe instancia remitida por el Centro Penitenciario en la que el penado Emilio solicita acumulación del artículo 76 del Código Penal con certificación de dicho Centro donde constan las condenas impuestas a dicho penado. Unidos a la causa los testimonios de las sentencias se dio traslado al Fiscal el cual emitió informe en el sentido de que en beneficio del reo el cómputo que mejor resulta a sus intereses es aplicar el triple de la mayor de las penas impuestas en la presente ejecutoria, debiéndose computar por separado las penas impuestas en las otras dos causas.”

Segundo: Por dicho Tribunal se dictó la siguiente parte dispositiva:”Se fija como límite máximo a cumplir por el penado Emilio, en la presente causa la pena de nueve años, correspondiente al triplo de la más grave. Se excluyen de la acumulación solicitada las penas de 10 años de prisión impuesta en la Ejecutoria 21/07 de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional

y la pena de 12 años de prisión impuesta en la ejecutoria 15/10 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña sede Santiago de Compostela. Póngase este auto en conocimiento del Sr. Director del Centro Penitenciario de Teixeiro, donde se encuentra recluso el penado”.

Tercero: Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Emilio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto: La representación del recurrente, alegó los motivos siguientes:

Único. Se considera vulnerado el artículo 76 del Código Penal. Se articula, por lo tanto, el presente motivo del recurso al entender que al denegarse la acumulación de las condenas impuestas, se está infringiendo el derecho del recurrente a que el cumplimiento máximo de las penas no exceda del triple del tiempo de la pena más grave impuesta, del modo que establece el artículo 76 del vigente Código Penal.”

Quinto: El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, apoyando el mismo, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

Sexto: Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 3 de abril de 2013.

II. Fundamentos de Derecho

Primero: Por la representación procesal del penado Emilio se formaliza recurso de casación frente al auto dictado el 18 de septiembre de 2012 por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1ª), por el que, en la ejecutoria núm. 12/2012, la Sala «a quo» accedió a la acumulación jurídi-

ca de las diferentes penas impuestas en la causa de la que dimana dicha ejecutoria, fijando para las mismas un máximo de nueve años de prisión (correspondientes al triplo de la pena más grave, al resultar más beneficioso para el reo que la suma aritmética de las diferentes penas impuestas); y excluyó de la acumulación, en cambio, “las penas de 10 años de prisión impuesta en la ejecutoria 21/07 de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional y la pena de 12 años de prisión impuesta en la ejecutoria 15/10 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña sede Santiago de Compostela”.

A) En un único motivo, amparado en los artículos 17, 849.1º y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que relaciona con los artículos 75 y 76 del Código Penal, impugna el penado tal exclusión parcial respecto de dos de las ejecutorias pendientes de cumplimiento, que el órgano de procedencia no consideró acumulables a la presente. Para el recurrente, desaparecido en la actualidad todo requisito de conexidad, basta para que haya lugar a la acumulación que ninguna de las causas que se intentan acumular esté licenciada. Por tal razón, interesa de esta Sala que, dictando sentencia por la que se case y anule el auto recurrido, se declare una acumulación que abarque las penas de diez años de prisión, impuesta en la ejecutoria núm. 21/2007 por la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, y de doce años, derivada de la ejecutoria núm. 15/2010 procedente de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, no obstante lo cual deja sin señalar cuál habría de ser en tal caso el límite máximo.

B) Parte el recurrente de un error al considerar desterrado de nuestra jurisprudencia el criterio de la conexidad, pues es precisamente sobre la conexidad temporal sobre la que se asientan los actuales criterios de acumulación, abandonándose así otros criterios de conexidad material o formal. Así, una ya consolidada doctrina -de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 47/2012, de 2 de febrero, con remisión a las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 12/2011, 458/2010, 192/2010, 1259/2009 ó 55/2009 - ha propiciado una interpretación flexible, en favor del reo y por razones humanitarias, del instituto de la acumulación de penas derivado de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como también de los requisitos de los que depende, sobre todo el de conexidad. De este modo, en los últimos tiempos se viene entendiendo que serán acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión

del hecho que haya dado lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, siempre que desde una perspectiva estrictamente temporal hubiera sido posible enjuiciarlos en un solo proceso.

El criterio actual, incuestionablemente generoso, es también suficientemente claro al impedir la inclusión en una determinada acumulación de las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las sentencias que dicha acumulación abarca, pues, evidentemente, resultaría del todo imposible que esos nuevos hechos hubieran podido enjuiciarse en un procedimiento ya finalizado a la fecha de acaecimiento de los mismos. Por el contrario, la acumulación es objetivamente posible para aquellos delitos cometidos antes de recaer esa primera sentencia, sin exigencia de requisitos añadidos.

Son, por tanto, presupuestos que deben concurrir para la aplicación del artículo 76.2 del Código Penal los siguientes:

- a) Que los hechos pudiesen ser enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión;
- b) que entre los mismos exista una conexión temporal, requisito éste, como se ha dicho, flexibilizado al máximo por nuestra jurisprudencia y recogido por el legislador en el texto del artículo 76.2 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003 (en vigor desde el 02/07/2003) al decir que “la limitación se aplicará, aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos, si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado en uno sólo”; y
- c) que se declaren acumulables las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la firmeza de la sentencia que adquirió tal condición, debiendo excluirse de la acumulación los hechos cometidos con posterioridad a dicha fecha, pues los límites del artículo 76 Código Penal no pueden operar como una garantía de impunidad para el futuro.

Finalmente, hemos de recordar que, según decidió esta Sala por Acuerdo de fecha 29/11/2005, no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación.

C) En el caso que nos ocupa, son tres las ejecutorias sobre las que se pretende la acumulación:

Ejecutoria

Tribunal

Fecha Hechos

Fecha Sentencia

Penas Impuestas

1

Ej. 21/2007

Tribunal de Corts - Principado de Andorra

Audiencia Nacional - Secc. 1^a

18/09/2006

21/05/2007 - 10-0-0

Otras penas

2

Ej. 15/2010

A. Provincial

La Coruña - Secc. 6^a

20/01/2001

26/11/2009 - 12-0-0

Otras penas

3

Ej. 12/2012

A. Provincial

La Coruña	- Secc. 1ª
--/--/2003	
18/05/2005	
24/05/2005	
06/10/2005	
21/03/2012	- 2-0-0
	- 2-9-0
	- 3-0-0
	- 3-0-0
	- 0-2-0
	- 2-0-0
	- 0-3-0
	- 0-2-0

Otras penas

D) Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la ejecutoria núm. 21/2007 proceda de una sentencia dictada por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, que condenó al ahora recurrente como autor de un delito de agresión sexual. Como con acierto expone el Fiscal en su informe ante esta Sala, apoyando expresamente el recurso, ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21-03-1983, que España ratificó mediante Instrumento de 18/02/1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10/06/1985, al igual que lo ratificó Andorra con fecha 04/11/1999. A su tenor, en aras de facilitar la cooperación y colaboración de los Estados firmantes, se autoriza el traslado desde el Estado de condena al Estado de cumplimiento de aquel penado que sea nacional del segundo, siempre que la sentencia dictada en el primero sea firme y concurren los demás presupuestos del artículo 1. Se seguirán a partir del traslado las reglas de eje-

cución imperantes en el Estado de cumplimiento (artículo 9.3). Plenamente operativo, pues, el Convenio, nada impide que la Audiencia Nacional haya asumido su competencia sobre la ejecución, ex artículo 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que tampoco se cuestiona en ningún momento por el recurrente. Nada impide tampoco que le sean de aplicación las reglas del artículos 76 del Código Penal que hemos de examinar.

Descendiendo ya al fondo de la cuestión y a resultados del cuadro de ejecutorias que precede, dicha ejecutoria núm. 21/2007 es aquí la determinante de la acumulación, al ser la fecha de su sentencia la más antigua de todas. Efectivamente, como alega el recurrente, a ella serían temporalmente acumulables las otras dos ejecutorias, atendidas las fechas de sus respectivos hechos. Sin embargo, resulta más beneficioso para el reo el cumplimiento por separado de cada una de las penas así dictadas (cuya suma arroja un resultado global de treinta y cinco años y cuatro meses de prisión) que la imposición del triple de la más grave (lo que arrojaría, en cambio, un total de treinta y seis años de privación de libertad).

Cuestión distinta es que, en cualquiera de los dos casos, haya que estar a un mismo máximo de cumplimiento efectivo, que no es otro que el de veinte años al que hace referencia el artículo 76.1 del Código Penal, en su inciso primero, límite al que procede atender a medida que vayan siendo liquidadas las diferentes penas privativas de libertad que el recurrente ha de cumplir.

En estos términos, el motivo debe ser estimado.

Segundo: Ex artículo 901.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

III. Fallo

Que debemos declarar haber lugar al recurso de casación por infracción de ley dirigido por Emilio, frente al Auto dictado por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, en fecha 18/09/2012 en la ejecutoria 12/2012, casando y anulando el mismo, declarando de oficio las costas del recurso.

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

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

Segunda Sentencia

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Abril de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santiago de Compostela, con el número Sumario 1/2005 y seguida ante la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, por delitos de abusos sexuales y malos tratos contra Emilio, natural de Ribeira, nacido en 1974, hijo de Antonio y de María Teresa, con antecedentes penales; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

I. Antecedentes

Único: Se dan por reproducidos los antecedentes de la resolución recurrida.

II. Fundamentos de Derecho

Único: Igualmente damos por reproducidos el primero de los fundamentos de nuestra primera sentencia y los de la Audiencia que no se opongan al mismo.

III. Fallo

Se declara la acumulación de las penas correspondientes a las ejecutorias 21/2007 de la Audiencia Nacional, Sección Primera, 15/2010, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, y 12/2012, de la Sección Primera de esta última, fijándose como tiempo máximo de cum-

plimiento el de veinte años de prisión, lo que se pondrá en conocimiento del Centro Penitenciario correspondiente.

7. SENTENCIA 820/2013 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 17/10/13

Desestima recurso. No adaptación de condena impuesta a un español por un Tribunal extraeuropeo (EE.UU.)

Antecedentes

Con fecha 18 de febrero de 2013, la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional dictó auto en el Procedimiento 24/10 conteniendo los siguientes Antecedentes Procesales:

Primero. Con fecha 23 de enero de 2013, era dictado auto en el presente procedimiento, en el que se acordada (sic) no haber lugar a la adaptación de condena solicitada para E.S.M. por su representación procesal, notificado el cual, era recurrido en súplica por la misma parte procesal.

Segundo. Dado traslado del recurso al Ministerio Fiscal, interesó la confirmación del auto impugnado.”

La Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el citado Auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:”Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal del penado E.S.M. contra el auto denegatorio de adaptación de condena, de fecha 23 de enero de 2013, que se confirma.”

Notificado el auto, se preparó recurso de casación por la Procuradora en nombre y representación de E.S.M. que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del artículo 849, nº 1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio Europeo para el Traslado de Personas Condenadas, que establece la necesidad de adaptación de la sanción impuesta por el Tribunal Estadounidense (artículo 10.2 del Convenio en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española y los artículos 181 y 185 del Código Penal español.

Segundo. Al amparo del artículo 849, nº 1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal.

Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 2 de octubre de 2013.

Fundamentos de Derecho

Preliminar: La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un auto el 23 de enero de 2013, en el que acordó denegar la solicitud del penado E.S.M. de que fuera adaptada al ordenamiento español la condena que se le impuso en los Estados Unidos, dictada el 17 de julio de 2009 por el Tribunal del Distrito Central del Estado de Pensilvania, en la causa CR nº 5/425, en la que se le condenó a una pena de 240 meses de prisión (20 años). Como consecuencia de tal denegación, se mantuvo la liquidación de condena practicada con fecha 3 de diciembre de 2010, aprobada por providencia de 14 de diciembre siguiente.

La resolución fue recurrida en súplica por la defensa del penado, recurso que, tras ser informado en contra por el Ministerio Fiscal, fue desestimado por auto de 18 de febrero de 2013.

Contra esta última resolución interpuso recurso de casación la defensa de E.S.M., formalizando dos motivos de impugnación.

Primero: Como cuestión previa debe dirimirse si la resolución impugnada es recurrible en casación, habida cuenta que el Ministerio Fiscal cuestiona esa posibilidad al tratarse de la impugnación de un auto que resuelve un recurso de súplica contra la decisión de denegación de la adaptación de la condena que había sido solicitada por el penado que ahora recurre, entendiendo el Ministerio Público que no se trata de uno de los supuestos previstos en el artículo 848 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pues bien, aun siendo cierto que las resoluciones que tratan la cuestión relativa a la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de las condenas dictadas por los tribunales de otro país no están específicamente comprendidas en el artículo 848 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe advertirse que este precepto no ha sido aplicado de forma restrictiva por esta Sala, sino que en algunos supuestos que presentan una especial relevancia por resolver de forma definitiva cuestiones de carácter procesal y también material sobre el quantum punitivo, esta Sala, operando con criterios de analogía razonables, sí ha admitido la impugnación en casación de los autos dictados por las Audiencias.

A este respecto, pueden citarse los autos que declaran de forma definitiva la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer sobre hechos ocurridos en el extranjero, resoluciones que son susceptibles de recurso de casación (Sentencias del Tribunal Supremo 327/2003, de 25-2; 712/2003, de 20-5; 319/2004, de 8 de marzo; y el auto de 28 de febrero de 2011). Y en la misma línea de admisibilidad de la interposición del recurso de casación, si bien en cuanto a decisiones no de índole procesal sino material o sustantivo, figuran los autos que se dictan por las Audiencias para resolver sobre la revisión de sentencias por haber entrado en vigor una nueva ley o un nuevo Código Penal cuyos preceptos pueden favorecer al penado (Sentencias del Tribunal Supremo 1563/2000, de 16-10).

En el caso que ahora se dirime, si bien la línea general de la jurisprudencia de esta Sala es que no se admitan los recursos de casación contra los autos de liquidación de condenas (Sentencias del Tribunal Supremo 23-12-1992 y 1586/2003, de 3-2), aquí lo cierto es que no se está ante una mera liquidación de condena, ya que la parte recurrente lo que interesa es la adaptación de una pena de 20 años de prisión a las disposiciones punitivas de nuestro ordenamiento jurídico.

De otra parte, si atendemos a que el artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la interposición de recurso de casación por infracción de ley contra los autos de acumulación o refundición de condenas, que son resoluciones que se dictan en la fase procesal de ejecución de sentencia, lo razonable y coherente es que también se admita la interposición de recurso de casación contra los autos en que se resuelve la pretensión de adaptación punitiva a nuestro ordenamiento de una condena de nada menos que 20 años de prisión. Máxime si se sopesa que los autos de acumulación de condenas quedan siempre a resultas de que se pueda dictar una nueva sentencia condenatoria contra el penado, en cuyo caso cabe la posibilidad de su modificación, contingencia que les atribuye siempre un cierto carácter provisorio, calificativo que no parece aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, toda vez que la decisión que se tome sobre la posible adaptación de la pena dictada por un Tribunal extranjero ha de tener un carácter definitivo para la liquidación de condena y su régimen de ejecución.

Se está, pues, ante una resolución que resuelve de forma definitiva sobre la cuantía punitiva de un delito de incuestionable gravedad, en la que se tratan tanto cuestiones de índole procesal relativas a la posibilidad de modificación de una sentencia firme dictada por un Tribunal de un país extranjero, como a la cuestión penal sustantiva de la cuantía punitiva que procede imponer con arreglo a nuestro sistema punitivo.

Se cumplimentan así los requisitos que establece esta Sala cuando argumenta que si el auto, aun recaído en fase de ejecución de sentencia, tiene naturaleza decisoria por incidir en su fallo o en la ejecución de la pena a cumplir, debe entenderse sujeto a los mismos recursos que la propia sentencia y, por ello, también al de casación (Sentencias del Tribunal Supremo 691/2010, de 13 de julio; y 695/2011, de 18 de mayo).

A tenor de lo que antecede, es patente que se está ante un supuesto en el que procede abrir la vía del recurso de casación.

Segundo: En el primer motivo alega la defensa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio Europeo para el traslado de personas condenadas, cuyo apartado dos, según inter-

preta la parte recurrente, establece la necesidad de la adaptación de la pena impuesta por el Tribunal estadounidense a E.S.M. al ordenamiento jurídico penal español, en virtud de lo que se dispone en el artículo 24.1 de la Constitución Española y en los artículos 181 y 185 del Código Penal, en relación con el auto de extradición 55/2006, de 7 de diciembre.

Las normas que se aplicaron en el caso para que la ejecución de la condena de 20 años de prisión del penado recurrente se prosiguiera materializando en España son las correspondientes al Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, y en concreto sus artículos 9 y 10.

La tesis que sostiene la defensa se basa, en primer lugar, en advertir que de los dos procedimientos o sistemas que se admiten en el artículo 9 del Convenio para aplicar la ejecución en España de una pena de una condena extranjera -el de “prosecución” y el de “conversión”-, interesa que se aplique el de “prosecución” previsto en el artículo 10, habida cuenta que el penado asume y no cuestiona que nuestro país ratificó el Convenio con una reserva de exclusión de la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9.1 b en sus relaciones con las otras partes. No cuestiona por tanto que procede aplicar el modelo de “prosecución” del referido precepto y dejar a un lado el procedimiento de “conversión” que prevé el artículo 11, dada la reserva que hizo España en orden a su operatividad en nuestro país.

Las discrepancias del recurrente con la resolución del Tribunal de instancia surgen, en primer lugar, a la hora de interpretar el alcance del artículo 10 del Convenio; y, en segundo lugar, cuando la Audiencia subsume la conducta por la que fue condenado el impugnante en EE. UU. (Tribunal de Distrito Central de Pensilvania) en el tipo penal del C. Penal Español de las agresiones sexuales en lugar de hacerlo en las normas correspondientes a los abusos sexuales (artículos 181 y 182).

Procede, pues, comenzar el examen de las objeciones de la parte por el análisis de la interpretación del artículo 10 del Convenio suscrito en Estrasburgo en el año 1983, con el fin de determinar con carácter previo cuál es la interpretación que puede dársele a las cláusulas de excepción que se recogen en el apartado segundo.

A tal efecto, resulta imprescindible transcribir previamente el texto de la norma, que dice así:

“1. En el caso de prosecución del cumplimiento, el Estado de cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena.

2. Sin embargo, si la naturaleza o la duración de dicha sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado de cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, el Estado de cumplimiento podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, dicha sanción a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza. Dicha pena o medida corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su naturaleza, a la impuesta por la condena que haya de cumplir. No podrá agravar por su naturaleza o por su duración la sanción impuesta en el Estado de condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de cumplimiento”.

Como puede observarse, la norma establece primero una cláusula general en la que determina que el Estado de ejecución o cumplimiento estará vinculado por la naturaleza y duración de la pena impuesta en la sentencia que ha de ejecutar, pero después, en el apartado segundo, regula dos excepciones: la primera por razón de la naturaleza de la pena y la segunda por su duración, cuando alguna de ambas resulte incompatible con la legislación del Estado de cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, supuestos en que el Estado de cumplimiento sí podrá adaptar la pena a su ordenamiento interno.

En el auto recurrido se alega como primer argumento para denegar la aplicación de este precepto que la pretensión de la parte recurrente de que se le aplique la pena correspondiente a nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los hechos objeto de condena, no puede ser atendida debido a que ello supondría aplicarle el sistema de “conversión”, previsto en el artículo 11 del Convenio, que ha sido expresamente excluido por España cuando lo ratificó. Por lo cual, considera que al ser la norma aplicable la de la “prosecución” y no la de la “conversión”, ha de dársele un carácter extraordinario a la modificación de la pena, limitándose a las excepciones que se remarcan en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio.

Y aquí es realmente donde está el punto neurálgico del problema, pues las excepciones presentan una redacción notablemente abierta e indeterminada, ya que, tal como se reseñó supra, se refieren a los supuestos en que la “naturaleza” o la “duración” de la pena resulten “incompatibles” con la del Estado de cumplimiento, en este caso España.

Como puede fácilmente constatarse, el núcleo de los problemas hermenéuticos del precepto se centra en la excesiva indeterminación semántica de tres vocablos que resultan capitales para la interpretación de este segundo apartado de la norma. Nos referimos a las expresiones “incompatibilidad”, “naturaleza” y “duración” de la pena impuesta en el país extranjero.

En lo que atañe al vocablo “incompatibles”, la extensión de su campo semántico depende del rigor o laxitud con que operemos a la hora de fijar el grado de incompatibilidad, ya que se trata de un concepto totalmente vinculado a la mayor o menor flexibilidad con que se interpreten y se pretendan imponer los criterios valorativos que se hallan detrás de la imposición de una pena.

El término “naturaleza” referido a una pena parece albergar una significación más asequible y fácil de interpretar que el de “duración”, pues en aquel la incompatibilidad ha de aplicarse a penas que por su carácter excesivamente aflictivo no han sido ni siquiera recogidas en nuestro Código Penal. Para rellenar ese concepto ha de acudir al artículo 15 de la Constitución, en el que se prohíben las penas inhumanas y degradantes. Sobre este particular establece el Tribunal Constitucional que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1986 y 116/2010).

Entre ellas, es claro que han de estar comprendidas la pena de muerte y las que implican cualquier acción directa sobre el cuerpo de la persona, así como todas aquellas que reducen a un sujeto a un mero objeto de la acción de un tercero.

Y también tiene dicho el Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/2004, de 2 de noviembre, que la interdicción constitucional prevista en el artículo 15 de la Constitución Española posee un doble significado. Por una parte constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000 y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido; de 30 de octubre de 1991, Vilvarajah y otros c. Reino Unido; de 15 de noviembre de 1996, Chahal c. Reino Unido; de 17 de diciembre de 1996, Ahmed c. Austria; de 29 de abril de 1997, H.L.R. contra Francia; y de 28 de julio de 1999, Selmouni c. Francia) que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado. De otra parte, se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad de la persona que, según lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución Española, representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1985, 120/1990, 57/1994, 337/1994, y 91/2000). En efecto, la dignidad de la persona constituye una cualidad insita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el artículo 15 de la Constitución Española, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo.

Al trasladar la referida doctrina al caso enjuiciado no se aprecian datos objetivos que permitan afirmar o colegir que la imposición de una pena privativa de libertad como la prisión constituya una pena que por su naturaleza se pueda excluir de su ejecución.

Mayores interrogantes genera, ciertamente, la interpretación del sintagma “duración de la pena”, criterio que sí aparece transido de un grado muy importante de incertidumbre e indeterminación.

El criterio de la duración de la pena ha de aplicarse con una importante dosis de ponderación y medida. De modo que ni puede afirmarse que solo quedan fuera del ámbito de esta cláusula de excepción de la adaptación punitiva la prisión perpetua, ni tampoco cabe irse al extremo contrario para entender que cualquier diferencia en exceso de una pena privativa de libertad impuesta por un país extranjero en comparación con la que

se establece en el nuestro determina una modificación automática del quantum punitivo.

En el primer caso se incurriría en una interpretación reduccionista y ajena a la esencia del principio de proporcionalidad que impone nuestro texto constitucional en la aplicación de las penas. Y en la segunda opción asimilaríamos el procedimiento y el sistema de “prosecución” al de “conversión”, y equipararíamos así la ejecución de una sentencia extranjera a las adaptaciones de penas que se hacen habitualmente en nuestros tribunales cuando entra en vigor una reforma legislativa favorable al reo y se revisan las sentencias ya firmes.

Tal como remarca esta Sala en la sentencia 480/2011, de 13 de mayo, asumiendo las pautas del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad cabe inferirlo de determinados preceptos constitucionales: artículos 1.1, 9.3 y 10.1. Se trata de un principio derivado del valor justicia, del principio del Estado de derecho, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996).

Es un principio que opera como instrumento de control de los poderes del Estado y tiene un ámbito de actuación muy relevante dentro del marco legislativo, en cuanto que permite controlar los posibles excesos del legislador a la hora de configurar los tipos penales. De modo que los bienes jurídicos que tutela la norma penal han de ser lo suficientemente relevantes para justificar la intervención del ius puniendi del Estado y, además, la pena asignable normativamente a las conductas delictivas debe ser idónea, necesaria y proporcionada a la gravedad de las conductas que se pretenden disuadir o evitar.

En el marco estrictamente judicial, el principio de proporcionalidad tiene un campo especial de intervención en el ámbito sustantivo cuando se trata de individualizar judicialmente la pena asignable a un sujeto determinado por una concreta conducta punible.

Pues bien, tal como se ha anticipado, no puede pretenderse que la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena en el caso concreto con arreglo a nuestro sistema jurídico imponga una adecuación cuantitativa de la pena al marco legal en vigor en nuestro ordenamiento jurídico. De forma que cuando el ciudadano español que delinque en otro país es

autorizado por el Estado de condena a cumplir la pena en el de su nacionalidad, ello suponga una adecuación automática de los marcos legales vigentes en nuestro texto punitivo. Pues ello entrañaría en la práctica, entre otras consecuencias, que muy posiblemente en un futuro esas autorizaciones de ejecución de la pena en el país de origen otorgadas por el Estado que dictó la condena, acabaran limitándose en unos términos claramente perjudiciales para futuros penados.

Ahora bien, esto tampoco significa que los Tribunales españoles deban ejecutar sin filtro jurisdiccional alguno penas que por su elevada cuantía contradigan de forma patente el principio de proporcionalidad penal que establece nuestro sistema constitucional. Tal supuesto podría suceder con penas privativas que rebasaran de forma claramente ostensible la cuantía punitiva que se establece en nuestro sistema penal. Ha de estarse, pues, a cada caso concreto para ponderar si el cumplimiento de una pena sobrepasa de forma muy desmesurada el marco punitivo señalado en nuestro Código Penal, sin que, en principio, quepa fijar cuantías concretas, aunque todo indica que, por ejemplo, una pena que supere el doble de la fijada en el Código del país de cumplimiento ha de entenderse que es muy probable que colisione con el principio de proporcionalidad que acoge un sistema penal.

En este sentido, conviene recordar que la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, dispone en su artículo 8, apartado 2, que “En caso de que la condena, por su duración, sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá tomar la decisión de adaptar la condena únicamente cuando supere la pena máxima contemplada por su legislación nacional para delitos del mismo tipo. La duración de la condena adaptada no podrá ser inferior a la pena máxima contemplada por la legislación del Estado de ejecución para delitos del mismo tipo”.

Así pues, también la referida Decisión Marco, aplicable dentro del espacio de la Unión Europea, contempla en el supuesto de penas excesivas por razón de la cuantía la posibilidad de adaptarlas a las del Estado de ejecución, pero siempre que la pena impuesta por el Estado que dicta la

condena resulte incompatible con la del Estado de cumplimiento y supere el límite máximo de su marco penal.

A tenor de lo razonado, ha de concluirse que el artículo 10 del Convenio de Estrasburgo, una vez examinada la dicción de la norma, sí posibilita a través del sistema de “prosecución” del cumplimiento adaptar la duración de la pena a nuestro ordenamiento jurídico penal, sin que para ello deba acudir necesariamente a un procedimiento de “conversión”. Cosa distinta es que en el caso concreto proceda la adaptación de la pena, que es la pretensión de fondo que se formula en el escrito de recurso.

Se estima así parcialmente el motivo de impugnación.

Tercero. 1. Partiendo de las premisas que se acaban de exponer en el fundamento anterior, procede ahora examinar el segundo motivo del recurso, en el que se alega, por el cauce previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del artículo 72 del Código Penal, por concurrir error en la motivación de la extensión de la pena de cumplimiento que habría de fijarse para los hechos delictivos de acuerdo con la legislación penal española. La parte recurrente alega que la argumentación de la Sala de instancia no se refiere correctamente a los hechos que fueron objeto de condena por el Tribunal de Pensilvania y tampoco los subsume correctamente en las normas punitivas del Código Penal español.

La tesis que sostiene la defensa del penado es que el Tribunal de instancia razona con base en unos hechos que no fueron objeto de la condena dictada en Estados Unidos, pues el penado fue condenado en virtud de las imputaciones fácticas que se le hacían en el cargo número dos y no por los hechos que se describen en los cargos uno, tres y cuatro. A ello añade que los hechos objeto de condena han sido erróneamente calificados como delito de agresión sexual de los artículos 179 y 180 del Código Penal, en lugar de delito de abuso sexual del artículo 181 del Código Penal. También incide de forma especial en que la condena que se le impuso al penado lo fue por el delito de “viaje en el comercio interestatal y extranjero con la intención de entablar una conducta sexual ilícita”, dado lo cual argumenta que ese hecho no es delito con arreglo al texto penal español, de forma que con la ejecución de esa condena se estaría infringiendo el principio de doble incriminación. Y en el caso de que se considere que los hechos son delictivos habría que aplicarles los preceptos relativos al deli-

to de corrupción de menores o el artículo 181.1 referente a un delito de abuso sexual.

El impugnante acaba su escrito de recurso postulando uno de estos tres pronunciamientos, por este orden: que no se le imponga ninguna pena de prisión por no existir un delito en España homologable al que fue objeto de condena en EE.UU. (“viaje en el comercio interestatal y extranjero con la intención de entablar una conducta sexual ilícita”); que se le condene solo por el delito previsto en los artículos 185 y 186 del Código Penal (delitos de exhibicionismo y provocación sexual); o, por último, que la condena recaiga solo por el delito previsto en el artículo 181.1 del Código Penal (delito de abusos sexuales sin acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal). Todos los preceptos mencionados son puestos en relación con las normas penales vigentes en el momento de los hechos: meses de junio y julio de 2004.

En la resolución recurrida, después de mostrar el Tribunal de instancia su criterio de que no cabe modificar la pena por no hallarnos ante un supuesto de “conversión” sino de “prosecución”, se adentra a examinar en profundidad la pena que sería asignable con arreglo al Código Penal Español a los hechos que se recogen en la sentencia dictada por el Tribunal estadounidense. Todo ello para constatar que, aunque se siguiera la tesis que postula la defensa sobre la aplicación de nuestro texto penal, el resultado sería el mismo, pues considera la Audiencia Nacional que con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico también podría imponerse una pena de 20 años ya que se está ante un delito de agresión sexual y no de mero abuso sexual, siendo por tanto de aplicación los artículos 179 y 180 del Código Penal.

De todo ello discrepa la defensa del recurrente, para quien la condena impuesta en EE.UU., tal como ya se ha reseñado *ut supra*, no lo ha sido por un delito de agresión sexual, sino a lo sumo por un delito de abuso sexual sin acceso carnal.

2. Centrado el debate en los términos que se acaban de expresar, se hace necesario precisar en primer lugar cuáles son los hechos delictivos por los que ha sido condenado el acusado en la sentencia dictada por el Tribunal de Pensilvania el 17 de julio de 2009.

Pues bien, en el procedimiento de ejecución que tramita la Sección Segunda de la Audiencia Nacional se especifica que el acusado ha sido condenado por el cargo número 2, del que se declaró culpable, excluyéndose la condena por los cargos 1, 3 y 4, por haberlos retirado el Ministerio Fiscal (folio 9 del procedimiento y 1 de la sentencia).

El contenido del cargo número dos, por el que ha sido condenado el acusado, dice literalmente lo siguiente: “Desde o alrededor de junio de 2004, hasta o alrededor de julio de 2004, en el Condado de Schuylkill, Pensilvania, y dentro del Distrito Centro de Pensilvania y en otros lugares, el acusado E.S.M., ciudadano español, realizó un viaje interestatal e internacional de comercio desde España a los Estados Unidos y participó en una conducta sexual ilícita, tal como se define en el título 18 del Código de los Estados Unidos, artículo 2423 f), con el menor A, persona de menos de 18 años, a saber, de tres años de edad. Todo ello en contravención del Título 18 del Código de los Estados Unidos, artículo 2423 b “(folios 59 y 236 del procedimiento de ejecución).

Por consiguiente, el cargo número dos, por el que fue condenado el acusado, no solo describe un viaje interestatal e internacional de comercio desde España a Estados Unidos sino que se refiere también a haber participado en una conducta sexual ilícita con un menor de tres años de edad. La conducta sexual ilícita aparece definida en el artículo 2246 del Código de los Estados Unidos, norma a la que se remite el artículo 2423 f), que es citada por el Ministerio Fiscal en el cargo dos, que es objeto de condena. Y en el referido artículo 2246 se reseñan como conductas sexuales las penetraciones anales, bucales y vaginales, incluso con dedos o cualquier objeto, y también los meros tocamientos sexuales.

En virtud de lo que antecede, no puede afirmarse que el Tribunal de EE.UU. haya condenado al acusado solo por meros actos sexuales comprendidos en el artículo 181.2 del Código Penal español (redacción en vigor en julio de 2004), dado que del tenor de la sentencia se colige que fue condenado también por actos de acceso carnal por vía anal y bucal, visto lo dispuesto en los preceptos citados en el cargo dos del que se declaró culpable el acusado, según la página primera de la sentencia del Tribunal de Pensilvania.

Los preceptos del Código de EE.UU. que se citan y los antecedentes fácticos del proceso, así como los hechos que también se recogen en el

auto en que se concede la extradición del acusado a Estados Unidos (folios 104 y 105 del procedimiento), constatan, pues, que la conducta sexual ilícita a que se refiere genéricamente el cargo número dos comprende también actos de acceso carnal, quedando así subsumida en los artículos 181 y 182 del Código Penal en vigor en julio de 2004, que conlleva una pena que llega hasta los diez años de prisión. Los mismos hechos se insertan actualmente, después de la reforma del 22 de junio de 2010, en el artículo 183.3, primer inciso, en relación con el artículo 181 y 183.4 a) del Código Penal. Con lo cual, la pena imponible podría alcanzar actualmente los 12 años de prisión, y en el supuesto de aplicarse la continuidad delictiva, hasta los 15 años de prisión.

Así las cosas, en virtud de todo lo argumentado, es claro que no puede compartirse la tesis de los autos dictados por la Sala de instancia cuando opera con un delito de agresión sexual y no de abuso sexual. Y ello porque en el nuevo Código Penal de 1995 se sistematizaron las conductas contra la libertad sexual atendiendo a la concurrencia o no de violencia o intimidación; de modo que cuando concorra uno de estos dos elementos el hecho se califica como agresión sexual y cuando no se den se incluirá en el capítulo de los abusos sexuales, haya o no acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, siempre que la víctima no hubiera prestado su consentimiento, falta de consentimiento que se presume ex lege en los menores de 13 años de edad. A partir, por tanto, del texto legal de 1995 no ha de estarse para distinguir un delito de agresión sexual de un delito de abuso sexual a la naturaleza y entidad de los actos sexuales perpetrados (acceso carnal o simplemente tocamientos sexuales) sino a la forma y medios utilizados para ejecutarlos (empleo de violencia o intimidación para apreciar la agresión sexual).

Aclarado lo anterior, y no constando probado en el caso que ahora se examina que el penado se hubiera valido de violencia o de intimidación para realizar los actos sexuales con el menor de tres años, no resulta factible incardinar su conducta en un delito de agresión sexual y sí, en cambio, en un delito de abuso sexual.

El Tribunal de instancia afirma que el mero hecho de que el menor tuviera tres años de edad ya lleva implícita la existencia de una mínima fuerza para realizar la conducta sexual, dado que no es natural, dice, que a su edad realice un acto de tal naturaleza si no se le obliga.

Sin embargo, ello implica una presunción contra reo que se opone al propio texto legislativo y a la jurisprudencia que lo aplica, por cuanto que sí resulta factible realizar actos sexuales contra un menor de esa edad sin violencia ni intimidación. Y así lo confirma el hecho de que el Código Penal haya previsto para el delito de abuso sexual una agravación para los supuestos de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad (artículo 181.4 anterior a la redacción de 2010). Sin olvidar tampoco que en la última reforma de 22 de junio de 2010 se prevé en el artículo 183.4 a) una agravación cuando la conducta delictiva consistente en un abuso sexual se ejecuta sobre menores de cuatro años de edad.

Y otro tanto puede decirse de la jurisprudencia, ya que se han dictado reiteradas sentencias por delitos de abuso sexual cometidos sobre menores de muy pocos años de edad. Y así, entre otras: víctima de tres años (Sentencias del Tribunal Supremo 429/2002, de 8 de marzo; y 369/2010, de 15-4); de dos años (Sentencia del Tribunal Supremo 947/2009, de 2-10); y de 5 años de edad (Sentencia del Tribunal Supremo 743/2010, de 17-6).

Sin embargo, tampoco puede acogerse la tesis de la defensa, que se ubica en el polo totalmente opuesto al del Tribunal de instancia, pues subsume los hechos en el tipo básico de abuso sexual, previsto en el artículo 181.1 del Código Penal (redacción vigente en julio de 2004), solicitando que se opere con una mera multa o con una pena privativa de libertad que no supere los tres años de prisión. Según ya se expuso, la concurrencia de conductas de acceso carnal por vía anal y bucal excluye el juicio de subsunción que postula la parte recurrente. Y otro tanto puede decirse de la pretensión de que se declare la atipicidad de la conducta con el argumento de que estaríamos ante una mera conspiración para cometer el delito, alegando al respecto que solo se le condena por un hecho consistente en hacer un viaje a EE UU con el fin de ejecutar una conducta sexual ilícita. Esto no es lo que dice, según ya se advirtió y explicó, el hecho descrito en el cargo segundo del escrito de acusación, cargo del que se declaró culpable el recurrente y en el que por tanto se basa toda la condena del Tribunal estadounidense que obra unida al procedimiento.

3. Llegados a este punto, es ya el momento de extraer una conclusión de los razonamientos precedentes. Y esta no puede ser otra que la denegación de las pretensiones de fondo que se formulan en el escrito de recurso, pues todo lo que se ha argumentado sobre el principio de la propor-

cionalidad de la pena en el fundamento primero aboca necesariamente a la desestimación de la tesis de la parte impugnante.

En efecto, todo lo apuntado evidencia que la pena impuesta por el Tribunal de Pensilvania no resulta incompatible con la interpretación del principio de proporcionalidad que acoge nuestro Tribunal Constitucional en el ámbito punitivo. Ya se dijo en el fundamento segundo que la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena no determina que cuando un ciudadano español que delinque en otro país es autorizado por el Estado de condena a cumplir la pena en España, se adapte automáticamente esta a los marcos legales vigentes en nuestro texto punitivo.

El filtro judicial con que se ha de operar para establecer una posible incompatibilidad de la pena con nuestro ordenamiento jurídico ha de aplicarse ponderando el principio de proporcionalidad con arreglo a los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho, atendiendo a la relevancia del bien jurídico que se protege y a la idoneidad y necesidad de la pena para tutelarlos, según tiene establecido el Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 55/1996 y 136/1999).

Al aplicar tales criterios de la proporcionalidad de la pena al caso concreto, se acaba constatando que nuestro sistema jurídico constitucional sí permite la aplicación de una pena como la impuesta por el Tribunal estadounidense, aunque ahora no sea la vigente en el texto penal. Y decimos que no concurre un supuesto de incompatibilidad porque en el Código Penal anterior a 1995 se imponía una pena de hasta 20 años de reclusión menor por unos hechos similares a los que ahora se examinan (artículo 429.3 del Código Penal 1973). Y ese texto legal estuvo vigente durante 17 años de periodo constitucional sin que fuera tachado de inconstitucional.

Por lo demás, el texto punitivo actualmente en vigor permite, según ya se expuso en su momento, imponer una pena de hasta 15 años de prisión, pena privativa de libertad que no es sustancialmente diferente a la que se le impuso al recurrente por el Tribunal de Pensilvania.

Ha de afirmarse, en consecuencia, que la cuantía la pena impuesta de 20 años de prisión para unos hechos de suma gravedad no resulta contraria a nuestro sistema constitucional, aunque no sea la que se impone por nuestro actual Código Penal. De manera que su adaptación en este caso al

texto legal que rige en nuestro ordenamiento jurídico solo podría hacerse no refiriendo el término “incompatibilidad” a nuestro sistema jurídico constitucional sino a la ley penal en vigor. Sin embargo, esa interpretación no es la que se desprende del Convenio de Estrasburgo de 1983 ni del Instrumento de Ratificación suscrito por el Estado Español, ya que es obvio que no imponen que la ejecución de una sentencia extranjera deba hacerse adaptando la pena a la cuantía concreta de nuestro Código Penal.

Como ya se advirtió en su momento, la incompatibilidad de una sentencia extranjera con nuestro sistema jurídico en el ámbito de la duración de una pena ha de acogerse solo en aquellos casos en que la diferencia cuantitativa de la pena sea notablemente elevada, de modo que la haga sustancialmente dispar, hipótesis que ha de analizarse y fijarse en cada caso, atendiendo para ello al bien jurídico tutelado, a la gravedad de su menoscabo y a la cuantía punitiva impuesta en la sentencia que se ejecuta.

En consecuencia, y con base en todo lo argumentado en los razonamientos precedentes, ha de desestimarse el segundo motivo de impugnación y también, consiguientemente, las pretensiones de reducción punitiva formuladas en el recurso. Al rechazarse la pretensión de fondo que se postula, procede imponer a la parte recurrente las costas de esta instancia (artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

III. Fallo

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Benigno contra el auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional de fecha de 18 de febrero de 2013, que ratificó el de 23 de enero de 2013, en el que se denegó la solicitud del referido penado de que fuera adaptada al ordenamiento español la condena que se le impuso en los Estados Unidos, dictada el 17 de julio de 2009 por el Tribunal del Distrito Central del Estado de Pensilvania, en la causa CR nº 5/425, en la que se le impuso una pena de 240 meses de prisión (20 años). Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia.

8. AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 20/02/14

Acumulación de condena impuesta en España con la impuesta en EE.UU., debiendo cumplirse de manera simultanea, fijando como límite máximo de cumplimiento 240 meses.

Antecedentes Procesales

Primero: Con fecha 3 de diciembre de 2010 era practicada liquidación de condena del penado ESM, por tiempo de 240 meses, impuesta por las autoridades judiciales americanas, fijándose como fecha de cumplimiento el 7 de febrero de 2029, que, previo informe del Ministerio Fiscal, fue aprobada por providencia de 14/12/2010.

Segundo: Mediante escrito presentado por la representación procesal del penado con fecha 8 de noviembre de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 Código Penal, se interesaba el cumplimiento simultáneo de las condenas correspondientes al presente procedimiento y a la ejecutoria 164/09 de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, basándose en que la sentencia dictada por la Justicia Americana, se impuso la pena de 240 meses, para ser cumplida de manera simultánea con la condena impuesta en la sentencia española, de manera que el tiempo máximo de estancia en prisión por las penas impuestas en los dos procedimientos fuese la de 240 meses. Asimismo, hacía una serie de alegaciones relacionadas con la petición de una nueva liquidación que también solicitaba.

Tercero: Del anterior escrito se dio traslado al Ministerio Fiscal que, en informe de 19 de noviembre de 2013, y por lo que a la refundición de condenas se refería, manifestó, que debería resolverse en el expediente correspondiente.

Cuarto: A petición de este Tribunal, con fecha 28 de noviembre de 2013, se recibía copia del auto de refundición de condenas, de fecha 28 de febrero de 2011, dictado por el Juzgado de Vigilancia, a los efectos del artículo 193.3 del Reglamento Penitenciario, en el que, de cara a la libertad condicional, tenía en consideración, el cumplimiento sucesivo de las penas correspondientes al presente expediente (240 meses) y la impuesta en la Ejecutoria 164/09 de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid (9 años y 18 meses).

Quinto: Previo a resolver sobre la procedencia de la concurrencia en el cumplimiento de las penas solicitada por la defensa, se solicitó de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid que informase sobre el estado de su ejecutoria 164/09, si en ella se estaba llevando, exclusivamente, la pena impuesta en esa causa o si se encuentra acumulada, a otra, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 Código Penal, así como que remitiese copia de la liquidación de condena efectuada en dicha ejecutoria y de la sentencia de condena, con expresión de su firmeza.

En la referida liquidación de condena se fijaba como de inicio para el cumplimiento de la pena el 8 de febrero de 2029, es decir, el siguiente al cumplimiento de la pena correspondiente al presente expediente, que dejaría extinguida el 14 de enero de 2034.

Sexto: Recibida la anterior documentación, mediante diligencia de ordenación de 4 de diciembre de 2013, se puso de manifiesto a las partes, para que, en relación con una eventual acumulación de penas a los efectos de lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instaran lo que a su derecho conviniera.

Séptimo: Con fecha 14 de enero de 2014, tenía entrada escrito de la defensa del penado, acompañando, a su vez, entre otros documentos, escrito dirigido a esta Sección, redactado por el Ayudante Adjunto del Fiscal del Distrito Central de Pensilvania, en el que, textualmente, se decía:

“A petición del abogado de Estados Unidos del Sr. S., redactó el presente documento para confirmar a este Honorable Tribunal que ha sido intención tanto de nuestra oficina como del Tribunal del Distrito de EEUU, que el Sr. S. cumpliera su condena de manera simultánea con la sentencia que le fuera impuesta en 2006 por los tribunales del Reino de España. En efecto, la Sentencia, contra el Sr. S. carece de ambigüedades en este aspecto, su sentencia dictada, en EE.UU. estaba prevista ser cumplida junto con, y no una vez finalizada, el período de permanencia en prisión en España”.

Octavo: Del anterior escrito se dio traslado al Ministerio fiscal, que en informe con entrada el 10 de febrero, tras exponer las razones por las cuales considera de aplicación la regla del artículo 76.2 del Código Penal, aun tratándose una de las penas impuesta en sentencia extranjera, acaba informando en ese sentido con base en el artículo 9.3 del Convenio del Consejo de Europa, de 21 de marzo de 1983.

Razonamientos jurídicos

Primero: Dos cuestiones previas, antes de entrar en el fondo.

La primera para decir que, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, compartimos que cabe la aplicación del artículo 76.2 del Código Penal por cuanto que la pena impuesta en el proceso americano, por hechos cometidas en los meses de junio y julio de 2004, en aquel país, bien podían haber sido objeto de enjuiciamiento, de haberse cometido en España, en nuestro país, por cuanto que los hechos que abarca la causa española se sitúan entre noviembre de 2003 y febrero de 2004. En todo caso, podemos decir que, a efectos reales, estaríamos hablando de una continuidad delictiva en materia de abusos sexuales sobre menores.

La segunda, para decir que no nos debe vincular el auto que, con fecha 28 de febrero de 2011, dictaba el Juzgado de Vigilancia, a los efectos del artículo 193.3 del Reglamento Penitenciario, por cuanto que, para llegar a producir los efectos que, de cara a la libertad condicional, debería producir, se ha de pasar por la pertinencia de la liquidación de condena que, previamente, ha de realizar el órgano de enjuiciamiento, y esto es cuestión que compete al órgano que dicta sentencia o, en su caso, tratándose de cumplimiento de sentencias extranjeras, a esta Sala de lo Penal.

Segundo: Sentado que procede hacer la acumulación de las dos penas que aquí se pretenden, la cuestión es si esa acumulación ha de realizarse con estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal, esto es, ordenando sucesivamente una trae otra, o si cabe la posibilidad de que se dé ese cumplimiento de manera simultánea, como nos pide la defensa. En cualquier caso, conviene no olvidar las específicas particularidades del caso que nos ocupa.

Parece que el Código Penal no contempla, de manera expresa, una solución para un caso como éste, aunque, sin embargo, sí admite la posibilidad de cumplimiento simultáneo de diversas penas, si bien, parece que pensando en que esas penas sean de distinta naturaleza, aunque no hay mención expresa, que lo impida para que así sea en otros casos.

En el que nos ocupa, aunque lo canalicemos por la vía de la acumulación, no se puede obviar que, en realidad, nos encontramos con un problema procedimental, con repercusiones en el ámbito del derecho material, que son perjudiciales para el penado, pues, de haber sido posible el enjuiciamiento en una misma causa de todos los episodios por los que ha sido condenado en las dos, cuyas penas se pretende sean acumuladas, le hubiera correspondido una pena global menor que la que resultaría de un cumplimiento sucesivo, incluso podemos decir que, de haber sido objeto enjuiciamiento todos los hechos ante un Tribunal español, la pena de conjunto se hubiera aproximado más a la única que le viene impuesta por la Justicia Americana. En prueba de ello nos remitimos a la calificación que hace la sentencia de casación, de fecha 17 de octubre de 2013, que dicta nuestro Tribunal Supremo con motivo del recurso interpuesto contra nuestro auto de no adaptación de condena, de 23 de enero de 2013, en que, calificando conforme a nuestro derecho los hechos, los considera constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181 del Código Penal.

Dicho que esa pena de conjunto se hubiera aproximado a la pena americana, y, además, resulta que hay que añadir la pena española, si consideramos que aquella, cuando se fija, tiene en cuenta esta, tratando la cuestión como un problema de absorción, conseguimos evitar los desproporcionados efectos que derivarían de acudir a un cumplimiento sucesivo, a la vez que no ignoramos los efectos de una resolución, aunque sea dictada por un tribunal americano, que tuvo en cuenta unos factores que no pudieron tener en cuenta nuestros Tribunales.

De alguna manera, al problema que se nos plantea, que, en último término, es de modulación de penas, le puede ser de aplicación la doctrina que nuestro Tribunal Supremo ha ido elaborando en relación con el tratamiento del principio “non bis in idem” internacional, que, si admite la posibilidad de doble enjuiciamiento de unos mismos que tienen continuidad en el tiempo, en atención a principios como el de proporcionalidad y culpabilidad, lo ha hecho siempre que se compute en España la pena impuesta en el extranjero, para lo que ha encontrado cobertura legal en el artículo 23. 2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual, en el caso de delitos cometidos fuera del territorio nacional de los que llegue a conocer también la jurisdicción española y se hubiere llegado a imponer una condena al acusado “si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para, rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”, y, en este sentido, en el apartado 5 del fundamento jurídico 81º de la Sentencia del Tribunal Supremo 503/2008, en relación con el principio “bis in idem” internacional se nos dice que en estos casos, aunque puedan ser considerados excepcionales, la posibilidad de la segunda condena, se condiciona a que la pena impuesta en la primera no se esté cumpliendo, no haya sido cumplida, y aún pueda serlo según el Derecho del Estado cuyos Tribunales la han dictado.

En atención a lo expuesto.

La Sala Acuerda: Acumular en el presente procedimiento, al cumplimiento de la pena a que el mismo se refiere, la impuesta en la ejecutoria 164/09 de la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, penas ambas que serán cumplidas de manera simultánea, y fijándose como tiempo máximo de cumplimiento para las dos el de doscientos cuarenta (240) meses.

9. SENTENCIA 186/2014 DE TRIBUNAL SUPREMO S. DE LO PENAL DE FECHA 13/03/14

Acumulación de condena impuesta por un Tribunal Europeo. Anula Auto de la Audiencia Nacional que declaró no haber lugar a incluir en la acumulación la condena impuesta por la Tribunal Correccional de París de 1999 y ya cumplida en Francia.

I. Antecedentes

Primero. En la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, en la ejecutoria nº 11/2.011, seguida en la Sección Tercera Penal, contra J.U.S., se dictó auto, con fecha dieciséis de Octubre de dos mil trece, que contiene los siguientes HECHOS:

“Primero. J.U.S. fue condenado en el Sumario 8/91 del Juzgado Central de Instrucción número 5 (rollo 3/10) según sentencia de 28 de julio de 2010, firme el 25 de febrero de 2011, a 28 años de prisión por delito de atentado, a dos penas de 28 años de prisión por delito de atentado, a dos penas de 28 años de prisión por sendos delitos de asesinato, a la pena de 24 años por delito de asesinato frustrado y a la de 11 años por delito de estragos ello estableciéndose como límite máximo de cumplimiento efectivo 30 años sin perjuicio de que los beneficios penitenciarios se calcularan sobre la totalidad de las penas impuestas.

Segundo. Incoada la presente ejecutoria y por aplicación del artículo 70.2 del Código penal, texto de 1973, se acumularon a la misma las diversas condenas impuestas por sentencias dictadas por las distintas secciones de esta Audiencia, ello por autos de 5 de octubre de 2011 y 5 de septiembre de 2013, fijándose como límite máximo de cumplimiento 30 años en los mismos términos que los expresados en sentencia”(sic).

Segundo. La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

“La Sala acuerda: No haber lugar a incluir en la acumulación de condenas efectuada por autos de 5 de octubre de 2011 y 5 de septiembre de 2013 la impuesta por sentencia del Tribunal Correccional de París en sentencia de 1 de julio de 1999, ya cumplida en Francia (sic)”.

Tercero. Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la representación de J.U.S., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto. En el recurso interpuesto por la representación del recurrente J.U.S., lo basó en el siguiente Motivo de Casación:

1. Por inaplicación del artículo 25-2º in fine de la Constitución Española.
2. Por inaplicación del artículo 21-6º como muy cualificado en relación con el 21-1º y 21-5º del Código Penal se ha de tener en cuenta la consideración de su representado al haberse arrepentido de los hechos cometidos hace más de 20 años, y demás.
3. Por inaplicación del artículo 70. 2º del Código Penal de 1973 que establece que la pena máxima de cumplimiento serán 30 años y sin embargo su representado supera dicha pena de cumplimiento ininterrumpido al no sumar a las penas impuestas en España las cumplidas en el estado francés, es decir, el máximo del cómputo de las penas aplicables a su representado, no debe exceder de 30 años.

Quinto. Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de formalización, manifiesta su oposición a los motivos del recurso, solicitando su inadmisión y, de no estimar así, subsidiariamente, impugna de fondo dichos motivos e interesa su desestimación, que obran en el escrito unido a los presentes autos; 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 cinco de Marzo de dos mil trece.

II. Fundamentos de Derecho

Primero. El recurrente, condenado en numerosas causas por delitos de terrorismo, solicitó de la Secc. 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se incluyera en la acumulación de condenas, y dentro del límite máximo de cumplimiento, la condena de seis años de prisión impuesta por sentencia del Tribunal Correccional de París de 1 de julio de 1999, cumplida en Francia. Señala que todos los hechos por los que fue condenado en España eran anteriores a la sentencia condenatoria francesa y coetáneos a los hechos por los que fue condenado en Francia, por lo que se cumple con la regla de conexidad exigida por el artículo 70.2 del Código Penal derogado, así como por el artículo 76 del vigente. Por auto de 16 de octubre de 2013, el Tribunal denegó la acumulación, argumentando que al tratarse de hechos ocurridos en Francia y España no pudieron ser objeto del mismo proceso al ocurrir en territorios nacionales distintos, sometidos a la soberanía de diferentes países, citando a esos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002. Contra el referido auto interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la inaplicación del artículo 25.2 de la Constitución, pues entiende que no se ha tenido en cuenta que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la reinserción del delincuente, y que el límite máximo de 30 años no se debe referir solo a las condenas cumplidas en el Estado español sino también en el Estado francés, máxime cuando son cumplidas en una continuación temporal sin interrupción alguna. Alega igualmente la aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, respecto de la coincidencia entre el tiempo de prisión preventiva y el de cumplimiento de una condena.

1. La acumulación de condenas conforme a lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiende a hacer efectivas las previsiones del Código Penal en lo referente a los tiempos máximos de cumplimiento efectivo en los supuestos de condenas diferentes por varios delitos, según los límites que vienen establecidos en el artículo 76 de dicho Código, que consisten, de un lado, en el triple del tiempo por el que se le

imponga la más grave de las penas en que haya incurrido y, de otro lado, además, en veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según los casos.

La doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias dictadas y las de comisión de los hechos enjuiciados en las mismas, de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior. En consecuencia, se debe excluir la acumulación cuando los hechos de la sentencia que se pretende incluir en la acumulación ocurrieron con posterioridad al dictado de las anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo 15-4 y 23-5-1994, 20-2-1995, 15- 7-1996 y 11-1-1997), señalando la Sentencia de 30 de mayo de 1997 que en la refundición únicamente se deben excluir aquellas condenas cuyos hechos ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las sentencias anteriores, ya que ello impide que pudiera seguirse en una misma causa (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de mayo de 1998).

Por otra parte, aun cuando la orientación de las penas privativas de libertad ha de ser la reinserción social del delincuente, ello no quiere decir que la pena pierda todo su sentido y razón de ser una vez descartada ésta finalidad, bien por haberse ya obtenido o bien por considerarse, en un pronóstico razonable, de imposible obtención. Pues es admisible reconocer en las penas privativas de libertad otras finalidades no incompatibles con aquella. De otro lado, el reconocimiento de esa finalidad establecida constitucionalmente no impide considerar ajustadas a la Constitución previsiones legales relativas al cumplimiento de las penas, como ocurre con las normas relativas al establecimiento de límites máximos de cumplimiento y de acumulación de condenas con ese fin.

2. En el caso, deben rechazarse las alegaciones relativas a la coincidencia temporal entre prisión preventiva y cumplimiento de pena, que no solo son ajenas a la cuestión de fondo, sino que no vienen acompañadas de dato alguno que permita su consideración. Igualmente las concernientes a la finalidad de las penas privativas de libertad en cuanto orientadas a la reinserción del delincuente, pues tal finalidad no quedaría suprimida si, en el caso, por razones justificadas se denegara la acumulación que se solicita.

Pueden oponerse a la acumulación solicitada dos clases de razones. En primer lugar, que la pena cuya acumulación se pretende, ya estaría cumplida en su totalidad. Sin embargo, esta Sala se ha mostrado favorable a la posibilidad de incluir dentro de la acumulación aquellas sentencias que, dadas la fecha de los hechos y la de la condena, cumplieran los requisitos derivados del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aun cuando, por las vicisitudes del proceso las penas ya hubieran sido cumplidas en su integridad. Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 434/2013, de 23 de mayo, en la que se decía que no obsta "... a la acumulación el hecho de que las condenas hubieran quedado ya extinguidas, pues el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. En conclusión, no han de excluirse las condenas ya cumplidas, y ello porque el propio Código Penal establece que cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en la forma que ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 de febrero, dictada por el Pleno jurisdiccional de esta Sala, por lo cual, es evidente que el cumplimiento previo de alguna de las penas impuestas no constituye óbice alguno para la aplicación de la institución de la acumulación de condenas”.

En segundo lugar, se opondría a la acumulación el hecho de que una de las sentencias no ha sido dictada por un tribunal español, lo que podría colisionar con la exigencia de que todos los hechos hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso. En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2117/2002, de 18 diciembre, se analizaba un supuesto coincidente con el presente, en el que la pretensión del recurrente consistía en acumular a las penas que, con el límite máximo de 30 años debía cumplir en España, una pena de siete años de prisión ya cumplida en Francia. Este Tribunal acordó entonces la improcedencia de la acumulación, argumentando que “esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes. No se trata de un simple obstáculo procesal, como ocurre cuando en tribunales de la misma jurisdicción nacional no se celebra un solo jui-

cio sino varios para conocer de los diferentes delitos que podrían haber sido objeto de un solo procedimiento. Es que el hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas...”.

Se hacía referencia además a una anterior sentencia que, aparentemente, resolvía en sentido contrario, considerando que se trataba de un supuesto que presentaba aspectos muy diferentes.

3. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1129/2000, de 27 junio, se afirmó que “las reglas contenidas en los artículos 70 Código Penal /1973 y 76 Código Penal pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras”. Se trataba de un caso en el que la sentencia impuesta en el extranjero (Tailandia) debía ser cumplida en España junto con otras impuestas por tribunales españoles, por lo que se consideró que eran aplicables las normas del Tratado Hispano-Tailandés en materia de cooperación para la ejecución de sentencias, especialmente el artículo 5, según el cual “la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluso en lo que afecta a (...) cuantas disposiciones afecten la reducción de la duración de la detención o de la pena privativa de la libertad por medio de la libertad condicional o de cualquier otro modo”.

Se trataba, pues, de un supuesto diferente. Pero, no obstante, esta Sala no encontró, entonces, obstáculos para la acumulación derivados del hecho de que las condenas hubieran sido impuestas por tribunales de distintos países, y argumentó que debía comprobarse si los hechos hubieran podido enjuiciarse en un mismo proceso atendiendo a las fechas de comisión y a las fechas de las sentencias que se pretendía acumular, pues “lo que la norma quiere evitar es que se puedan refundir condenas, de tal manera que el condenado en un proceso pueda aprovechar las condenas anteriores para disminuir las penas de hechos que comete luego de una sentencia condenatoria”, sin que se fuera decisivo en aquel caso si los tribunales españoles habían tenido jurisdicción para enjuiciar los hechos por los que había sido condenado en Tailandia, dados los términos del Tratado.

Aunque en la resolución de la cuestión que en aquella ocasión se planteaba, tales consideraciones pudieran ser consideradas *obiter dicta* y no *ratio decidendi*, la posición sostenida en aquella sentencia, en cuanto no suprimía la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un Tribunal no español, resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía. En ese sentido, la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008, posterior, por lo tanto, a nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2002, señalaba que su objetivo era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros. Y en el artículo 3 disponía lo siguiente:

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

2. El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución”.

Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión Marco, (“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010”), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes

debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación.

4. Sin embargo, no es posible resolver en este momento acerca de la pertinencia de la acumulación concretamente solicitada, dado que no se dispone ahora de testimonio de la sentencia ni por tanto de los datos relativos a su contenido, ni tampoco de los términos de su ejecución, concretamente atinentes al cumplimiento de la pena en ella impuesta, de manera que el órgano jurisdiccional competente, previa la obtención, por los medios disponibles en derecho, de la documentación necesaria, deberá incluir la sentencia dictada por el Tribunal francés entre las que deben ser examinadas y consideradas a efectos de la acumulación y, previo examen de las condiciones concurrentes, decidir en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con la jurisprudencia que lo interpreta, sin que constituya un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la Unión Europea.

El motivo, pues, se estima parcialmente.

Segundo. En el motivo segundo se queja de la inaplicación del artículo 21.6 como muy cualificado en relación con los apartados 1º y 5º de ese mismo artículo.

El motivo debe ser desestimado, pues es claro que las circunstancias atenuantes deben ser tenidas en cuenta en el momento de dictar la sentencia, pero no tienen operatividad cuando se decide acerca de la acumulación de las penas impuestas en las sentencias condenatorias dictadas contra el penado.

Tercero. En el tercer motivo alega la infracción del artículo 70.2 del Código Penal derogado, en cuanto establece que el máximo de cumplimiento será de 30 años, que el recurrente excede al no computarse la pena

impuesta y cumplida en Francia, sin que el citado precepto contenga exclusión alguna para los casos en que las penas sean impuestas por tribunales de distintos países.

El motivo queda sin contenido, una vez que se ha estimado el motivo primero.

III. Fallo

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal de J.U.S. contra el auto de 13 de octubre de 2013 dictado por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, casando y anulando el referido auto, debiendo proceder el citado Tribunal de conformidad con los términos señalados en la fundamentación jurídica de esta Sentencia de casación, y tras la obtención de la necesaria documentación, a la inclusión de la condena cumplida en Francia entre las condenas susceptibles de examen para la acumulación solicitada por el penado.

10. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 24/01/13

Inadmisión del recurso de casación frente al Auto dictado en ejecución de sentencia por el que se acuerda aplicación del artículo 78 del Código Penal.

Hechos

Por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, se dictó Auto de 27 de julio de 2012 por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por F.E.E. (recurso de apelación 2/2012 dimanante de la Ejecutoria 12/2012), y se confirma íntegramente

el dictado el 9 de mayo de 2012 por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, por el que se aplica el régimen especial de cumplimiento de las penas de prisión impuestas previsto en el artículo 78 del Código Penal.

Contra dicho Auto se interpone recurso de casación por F.E.E. mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales, articulado en un único motivo por vulneración de precepto constitucional.

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

Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar

Razonamientos jurídicos

En el único motivo de recurso, que se formaliza al amparo del la vulneración del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca la vulneración del artículo 25.2 de la Constitución Española.

A) Sostiene que la resolución impugnada vulnera el derecho a la reinserción y resocialización del penado que proclama el artículo 25 de la Constitución Española. Pretende que se deje sin efecto la aplicación del artículo 78 del Código Penal y que se acuerde la aplicación del artículo 76 del Código Penal, de manera que los beneficios penitenciarios, permisos, clasificación y libertad condicional, se computen respecto al límite máximo de cumplimiento fijado en 25 años.

B) El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que contra los autos dictados bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de la ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso.

El auto dictado en ejecución de sentencia, por el que se establece la forma de computar los beneficios penitenciarios permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, conforme al artículo 78 del

Código Penal, no tiene previsión legal para su positilibilidad de impugnación en casación. La cuestión se ha resuelto en la instancia y ha existido recurso de apelación. Por ello el recurso debe ser inadmitido.

En todo caso y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 la aplicación del artículo 78.2 del Código Penal resulta imperativa, como se desprende de su propio tenor. En efecto, la suma de las tres penas impuestas por tres delitos de asesinato, superan la mitad del límite de cumplimiento y por ello resulta de aplicación obligada el régimen especial de cumplimiento que establece el artículo 78 del Código Penal.

En efecto y como hemos dicho en un caso similar en Sentencia del Tribunal Supremo 819/2007, de 4 de octubre, “resulta ineludible la aplicación del artículo 78, apartado 2º, del Código Penal en cuanto se dispone que será preceptivo que el Tribunal acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, si como consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1º del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Y ciertamente es así, tras la reforma operada en el artículo 78, por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que estaba en vigor cuando se produjeron los hechos enjuiciados el 29 de abril del año 2004. En consecuencia, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia,”

El recurso, por ello, se inadmite con base en el artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Parte Dispositiva

la Sala acuerda. No haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente contra el Auto dictado por el Tribunal de origen en la causa referida en el encabezado de este resolución.

CAPÍTULO 2

CLASIFICACIÓN

TERCER GRADO

11. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 16/12/13

Progresión a tercer grado, sin tener extinguida la 1/4 parte de la condena. La totalidad de variables, salvo la extensión de la pena (10.06.00) son favorables.

Antecedentes de hecho

Por el Letrado, en nombre y representación de F.E.M.M. se interpuso recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena en expediente núm. 1473/13, auto de fecha 29 de agosto de 2013 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto 5 de julio de 2013.

Conferido traslado del indicado recurso al Ministerio Fiscal, se opuso a su estimación, designándose los testimonios que tuvieron por conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación correspondiente.

Fundamentos de derecho

Se interpone recurso contra la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria que desestimando la pretensión del penado, confirma la

decisión de la administración penitenciaria de mantener a F.E.M.M en el segundo grado penitenciario.

El recurso despliega una importante batería de argumentos acompañados de numerosa prueba documental, ya aportada en el expediente, pero, parte de una base argumental que debe ser rechazada de plano. Todas las pretensiones descansan sobre una idea insostenible en esta fase del proceso, como es la inocencia del penado y la existencia de un error en la sentencia que le condena a 10 años y 6 meses de prisión por dos delitos de robo violento y un delito de lesiones. Es indudable que esta Sala ni debe ni puede entrar a realizar ninguna valoración al respecto de la inocencia del penado, siendo así que tratándose de una sentencia judicial ejecutoria y firme, habiéndose desestimado, al parecer, los dos intentos de revisión planteados ante el único órgano facultado a tal efecto como es el Tribunal Supremo, no cabe sino examinar el problema desde una perspectiva estrictamente penitenciaria, lo cual no debe excluir un detallado e individualizado examen de la totalidad de circunstancias personales, familiares y sociales que el recurrente ha puesto de manifiesto, alguna de las cuales no han sido, hasta este momento, objeto de valoración, como es sin duda el importante dato de la asunción íntegra de las importantes responsabilidades civiles, a que a continuación haremos referencia.

Segundo. La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación (artículo 25 de la Constitución Española y artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre), debiendo ejecutarse tales penas según un sistema de individualización científica, separado en grados (artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), definiéndose, precisamente, el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados (artículo 59.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), el que se basará en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad (artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al trata-

miento que se haya señalado y siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior.

Tal y como señala el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado depende de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno y entraña un incremento de la confianza depositada en él hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad, pero dicho precepto debe ser integrado con el 102 del mismo texto legal, que regula en su apartado segundo las variables intervinientes en el proceso de calificación de los internos que han de estar favorablemente calificadas, que no son otras que su personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, y ello por cuanto que la progresión a tercer grado no es sino la relajación de los mecanismos normales de control de la vida del interno en el régimen ordinario o segundo grado, mediante la concesión de un más amplio espacio de libertad, lo que, evidentemente, no debe hacerse sino no es con una cierta garantía de éxito en la utilización de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena, de modo que (vid. artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario) la clasificación en tercer grado se aplicará únicamente a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad, estableciendo, únicamente, el artículo 104.3º del Reglamento Penitenciario, que para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo.

El legislador no excluye, por tanto, la concesión incluso ab initio del cumplimiento del tercer grado. Si bien la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 introdujo en el artículo 78 del Código Penal lo que se denominó periodo de seguridad, ello sólo era aplicable, conforme a unánime interpretación judicial a penas graves, superiores, individualizadamente, a cinco años, y, en todo caso el juez podía motivadamente enten-

der de aplicación el régimen general de cumplimiento. El criterio se ha modificado en la reforma del año 2010 estableciendo que solo podrá entrar en juego algún tipo de periodo de seguridad cuando así lo haya establecido expresamente el tribunal sentenciador, lo que no es el caso ahora analizado, en el que, además, es necesario insistir que ninguna de las penas supera por si sola los cinco años de prisión. No existe, por tanto, óbice legal alguno para la posible concesión del tercer grado, ni estamos en presencia de penas graves por más que la suma de las impuestas determina una extensa y larga condena superior a los diez años.

Volviendo al contenido del transcrito artículo 102.2º del Reglamento Penitenciario tenemos que valorar los datos personales, sociales, familiares y de conducta del penado que se exponen a continuación.

El penado es un joven delincuente primario que contaba en el momento de la comisión de los hechos con tan solo diecinueve años. Es no solo su primer ingreso en prisión, sino también su primera y única condena.

Carece de cualquier antecedente anterior y lo que es más importante, el tiempo que medio entre su puesta en libertad tras prestar declaración judicial durante la instrucción del procedimiento, (marzo 2010) y su ingreso en prisión en noviembre de 2011 no se conoce actividad delictiva de ninguna clase.

El penado tiene una formación básica (graduado escolar y cursos de formación en informática). El penado tiene hábitos de trabajo y una oferta de empleo en el exterior. Había desempeñado actividades labores (documento nº 1 de los acompañados al escrito de la defensa, f.23 del testimonio) y consta, dato éste de importancia, de una muy buena valoración empresarial hasta el punto de contar con una oferta de mantenimiento de dicha actividad laboral. Ciertamente algo indeterminada dado el tiempo transcurrido pero que es un dato más a sopesar

El penado ha mostrado buena conducta desde su ingreso en el centro penitenciario el 11 de noviembre de 2011. No le constan sanciones. Reside en el MER jóvenes con comportamiento correcto y actitud destacada en su participación en el programa de convivencia y respeto y en enseñanzas abiertas y actividades socio-laborales, con un pronóstico de reincidencia medio bajo.

Por tanto, además de ese perfil de delincuente joven, con formación y expectativas laborales, buena conducta penitenciaria y carente de actividad delictiva anterior y posterior a los hechos por los que fue condenado, desarrollados todos en una única y fatídica noche, cuenta con un destacable, por excepcional, apoyo social y familiar, y ha afrontado de forma individual el pago de la totalidad de las responsabilidades civiles fijadas en sentencia, que superan los 18.000€. Este dato, que no consta fuera valorada en el expediente penitenciario (ver informe de propuesta de calificación de fecha 12 de enero de 2013, f. 72 del testimonio) pese a que la consignación del dinero se efectuó con fecha 14 de noviembre de 2011 según es de ver en los documentos aportados (documento nº 12, f. 62 del testimonio), tienen una doble importancia. Por un lado, supone un acto de reparación y de reafirmación de la norma infringida. Es, como dice la doctrina, un *actus contrarius*, que supone, de facto, el reconocimiento y asunción de la responsabilidad, y el expreso deseo de solventar su deuda con la sociedad, y tiene especial importancia porque, pese a que se sigue manteniendo la inocencia como soporte de todas las pretensiones ejercidas (recursos de revisión y actual querrela contra las testigos por posible falso testimonio), ello no ha impedido el reconocimiento y asunción de culpabilidad que siempre comporta el saldar las responsabilidades civiles, máxime cuando se trata de cantidades de relativa importancia y en estos tiempos de crisis. El segundo factor que denota ese hecho es un soporte socio familiar de extraordinario peso que, sin duda, puede suponer un red asistencial suficientemente garantizadora del comportamiento futuro, circunstancia que pesará de forma determinante en la estimación del recurso.

Aun restaría un dato a exponer que también por su excepcionalidad debe ser sopesado en su justa medida, como es que el propio Director del Centro Penitenciario, en una valoración personal verificada en sede judicial en el curso del procedimiento que se ha iniciado por el delito de falso testimonio, haya expuesto su apreciación personal, apoyada en nada menos que más de treinta años de ejercicio profesional, de que se trata de un interno con un perfil personal que no encaja en el tipo delincencial de los delitos por los que ha sido condenado ni parece que tenga relación personal de tipo alguno con ese entorno ni con los otros condenados (documento nº 6 del escrito inicial de la defensa de fecha 10 de abril de 2013). Se nos dirá que ello no se ha volcado en informe penitenciario alguno informando favorablemente o modulando la negativa a la concesión del

tercer grado, pero es un dato más que debe ser contemplado en cuanto nos permite sostener de forma motivada que el perfil del penado, unido a la asunción de responsabilidad que comporta el pago de la importante responsabilidad civil y el indudable apoyo socio familiar con el que cuenta, incluida una opción real de trabajo futuro, posiblemente se corresponda con el perfil acreedor de la confianza de que hará buen uso de la libertad en la que, en definitiva, consiste la concesión el tercer grado.

Indudablemente, resta por analizar un dato objetivo del mayor peso, que también obliga a considerar el mencionado artículo 102.2° del Reglamento Penitenciario, y que está latente en los informes y decisiones hasta ahora desfavorables al penado, como es la larga duración de la condena impuesta. Ya hemos anticipado que ni se trata de penas graves, individualmente consideradas, ni existe periodo alguno de seguridad que imposibilite la concesión. Por otro lado, un aspecto del mayor interés es que una concesión precipitada o poco motivada del tercer grado pueda suponer una dilución de los fines generales de prevención de la pena, enviando un mensaje de impunidad inaceptable socialmente. Ante ello hemos de recordar que nada impide la concesión, cierto que excepcional, desde el inicio del cumplimiento, y que en el caso que analizamos no se trata de una concesión inicial, sino una vez transcurrido prácticamente una 1/4 parte de la condena, aunque quizás sería mejor señalar que ya ha cumplido dos años y un mes en prisión por, no olvidemos, dos delitos de robo violento cuyo botín apenas alcanzó los 800 euros de forma conjunta y un delito de lesiones. En este punto, si bien, una vez más, recordando el pleno respeto al tenor literal del fallo condenatorio que hemos de hacer cumplir, si es posible aventurar algún juicio sobre la concreta extensión de la pena impuesta, y su incidencia en la concreta modalidad de cumplimiento. Al igual que es habitual que, también, en el ámbito penitenciario se tenga que conocer y valorar las especiales circunstancias del hecho y del autor que determinen concretos perfiles personales de especial gravedad, o unos hechos especialmente reprobables o inadmisibles desde el punto de vista social, a la hora de ponderar la concesión de cualquier beneficio o progresión de grado, en éste supuesto, el examen objetivo de la pena impuesta llama la atención por su extensión y la falta de ponderación individualizada de alguna de las características personales de cada uno de los autores que ya constaban en la causa, y que llevaron a exasperar el conjunto de la pena más allá de tres años sobre el mínimo legal sin que exis-

ta una adecuada explicación al respecto. Ello, sin considerar que existen algunos otros argumentos jurídicos que incluso hubieran permitido una pena legal notablemente más benigna en cuando no se acaba de justificar de manera suficiente la legitimidad de utilizar la doble agravación del instrumento peligroso tanto en el delito de robo violento como en las lesiones, como la problemática de la imputación indiferenciada del delito de lesiones a todos los ocupantes del vehículo atendida la forma en que se produjo el ligero atropello de las jóvenes asaltadas. En todo caso, ello no formó parte de los argumentos de defensa en vía de apelación, y ahora solo puede servir como parte del análisis teórico sobre la proporcionalidad (principio que aún sin refrendo legal expreso es consustancial en todo nuestro sistema procesal penal como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, y corolario del principio de culpabilidad) para desactivar lo prolongado de la condena como único argumento de cierre a la posible concesión, excepcional, del tercer grado penitenciario. También el código penal contiene una vía excepcional, artículo 4.2º del Código Penal, para paliar supuestos de penas que se consideren notablemente excesivas atendido el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, lo que viene a ratificar que también en el ámbito de la ejecución debe efectuarse una ponderada e individualizada valoración de la totalidad de circunstancias personales concurrentes.

De las anteriores circunstancias se desprende que el apelante está preparado para hacer vida independiente y responsable en régimen de semilibertad, que el soporte familiar adecuado con que cuenta permitirá alcanzar de forma más eficiente los fines de reinserción de la pena desde una posición de semilibertad, pese a la extensa condena por extinguir, y que es mínimo el riesgo de quebrantamiento, por lo que entendemos que procede su clasificación en tercer grado. La totalidad de variables, salvo la extensión de la pena, son favorables a considerar que el penado es capaz de vivir honradamente en un régimen de semilibertad. Por tanto sí el tratamiento debe combinar el efecto intimidativo de la pena, que en el caso presente puede entenderse cumplido con el transcurso de más de dos años en prisión, con la mejor forma de no devolver a la vida en libertad al penado en peores condiciones de las de su ingreso en prisión, objetivo mínimo de la reinserción, convendremos que de forma absolutamente excepcional y atendidas las especiales circunstancias concurrentes, el penado es ya merecedor de acceder al tercer grado.

Cuenta con inmejorable apoyo familiar y con una oferta de trabajo en el exterior cuya vigencia actual se ignora. Así las cosas, vista la buena conducta global (artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) no hay razón paramamente mantener al penado en un grado inferior al que demuestra merecer (artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Se estimará el recurso y se acordará la progresión del penado al tercer grado de clasificación, inicialmente en régimen abierto restringido (artículo 82 del Reglamento Penitenciario) aunque con salidas todos los fines de semana y festivos (artículo 87 del Reglamento Penitenciario) régimen que pasará a ser el ordinario o común del tercer grado (art. 83 del Reglamento Penitenciario) sin necesidad de nueva resolución, si se verifica la vigencia actual de una oferta de trabajo en favor del interno.

Se declaran de oficio las costas ex artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Visto, por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación, siendo Ponente D. J.G.-A.R. Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Décima, que expresa el parecer de la Sala.

Parte dispositiva

La sala decide: estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Don S.T.V., en nombre y representación de F.E.M.M. contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena en expediente núm 1473/13, auto de fecha 29 de agosto de 2013 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto 5 de julio de 2013, revocando dicha resolución, y acordando conceder a F.E.M.M. el tercer grado penitenciario en las condiciones ya expuestas en el último párrafo del fundamento quinto, declarando las costas de oficio.

12. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA DE FECHA 29/01/13

Tercer grado. Estudio del requisito de la Responsabilidad Civil.

Antecedentes procedimentales

Por el Ministerio Fiscal se recurre en apelación contra el Auto dictado en fecha 19 de noviembre de 2012 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Cataluña, en el que se desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la Secretaria de Servicios Penitenciarios y Rehabilitación de fecha 31 de agosto de 2012 que acordó clasificar al interno en tercer grado de tratamiento.

Conferido traslado a las partes, por la letrada del interno se impugna el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal interesando la confirmación de la resolución dictada. Ha sido ponente la Magistrada S.U.S.

Fundamentos jurídicos

Frente a la resolución dictada, que acordó clasificar en tercer grado de tratamiento al interno, se alza el Ministerio Fiscal alegando que el impago de las responsabilidades civiles establecidas en las diversas sentencias condenatorias impuestas, por un importe total de unos 16.600 euros y la nula intención del interno de satisfacer dicha cantidad así como de trabajar en prisión, revelan su nulo esfuerzo reparador, lo que debió impedir la progresión en grado.

La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación del condenado (artículo 25 de la Constitución Española y artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), y esas penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados, sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

Así pues, el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, según modificación operada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, establece, en lo que aquí interesa, que:

1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal;
2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimiento de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley;
3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden;
4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión; y,
5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Así pues, si bien es cierto que la Ley Orgánica General Penitenciaria tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 establece como uno de los requisitos para el acceso al tercer grado la satisfacción de la responsabilidad civil, dicho requisito no opera automáticamente, pues también se establecen una serie de criterios para valorar la necesidad o no de conceder el beneficio. Efectivamente, del apartado 5º del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se extrae que es posible acceder al tercer grado aún no habiendo satisfecho la responsabilidad civil, pues se contemplan elementos de pronóstico futuro sobre la posibilidad de pago de tal responsabilidad.

En dicho sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 2, por Auto de fecha 17 de enero del 2012, o la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21, por Auto de fecha 10 de mayo de 2012, Sección 21, exponiendo: “Es decir, es la propia Ley la que, pese a la tajante redacción del primer inciso del apartado primero del artículo 72.5, establece modulaciones y matizaciones a una rigurosa aplicación del precepto, dando a entender que es posible acceder al tercer grado aún no habiendo satisfecho la responsabilidad civil, por cuanto posteriormente se introducen elementos de pronóstico futuro sobre la posibilidad de pago de tal responsabilidad. Y es que, ciertamente, el establecimiento del requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles, plantea, al igual que en el caso de la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, la problemática de que una aplicación rigurosa del precepto parece obviamente contraria al principio de igualdad (14 de la Constitución Española) en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (25 de la Constitución Española) dado que puede suponer una discriminación por causa de la capacidad económica del interno. El eje de la cuestión debe ser ubicado, por tanto, en la propia dicción del precepto, que relaciona el no abono de tales responsabilidades impositiva de la clasificación en tercer grado (o en libertad condicional) con la posibilidad presente o futura de satisfacerlas y, en consecuencia, con la voluntad o no de hacerlo, de modo que pueda valorarse que no se da un modificación de una prognosis favorable de posibilidad de vida en semilibertad (102.4 del Reglamento Penitenciario) o bien impida entender que no ha habido “modificación positiva de aquellos factores relacionados con la actividad delictiva” (106.2 del Reglamento Penitenciario).”

Del examen del expediente se desprende que el interno, como expone el Ministerio Fiscal, inicialmente, no pensaba abonar la responsabilidad civil y también que no quiso trabajar, pero, según el informe de la educadora social, su voluntad contraria al trabajo era para evitar el conflicto con internos y funcionarios, además, tras las entrevistas mantenidas con los profesionales del centro, el interno tuvo un cambio de actitud y entendió la necesidad de reparar a las víctimas y por ello en el mes de marzo de 2012 inició el abono de ciertas cantidades, habiendo abonado hasta octubre de 2012 la cantidad de 90 euros en la ejecutoria 119/200-C de esta Sección Segunda, firmando también un compromiso de seguir satisfaciendo las responsabilidades civiles en función de sus posibilidades en fecha 9 de agosto de 2012. Asimismo, consta que el 15 de abril de 2003 fue declarado insolvente en otra de las ejecutorias que le afectan (Ejec 431/2001 del Penal nº1 de Lleida) y no consta, como se expone en el Auto recurrido, que el Sr. S.U.S. posea ingresos, bienes o rentas de ningún tipo con los que hacer frente a las cantidades a las que fue condenado y uno de los objetivos de la propuesta de progresión a tercer grado es precisamente su inserción laboral, lo que facilitará las posibilidades de que pueda hacer frente al pago de las responsabilidades civiles y cumplir con el compromiso de pago suscrito en cuanto cuente con medios para ello.

En atención a todo lo expuesto, no discutiéndose ninguna de las demás circunstancias que se exponen en los informes y que fundamentaron el acuerdo clasificatorio, el recurso debe ser desestimado.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran las costas de oficio.

Parte dispositiva

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado en fecha 19 de noviembre de 2012 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Cataluña, en el que se desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la Secretaria de Servicios Penitenciarios y Rehabilitación de fecha 31 de agosto de 2012 que acordó clasificar a S.U.S. en tercer grado de tratamiento y, en consecuencia, confirmamos la citada resolución, con declaración de las costas de oficio.

13. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALGECIRAS DE FECHA 11/05/12

Clasificación en tercer grado ponderando la edad (78 años) y el estado de salud pese a la no evolución favorable en el tratamiento penitenciario.

Hechos

Primero: Con fecha de 22 de febrero de 2012 se presentó por el interno del Establecimiento Penitenciario de Algeciras, F.F.M. escrito en el que se recurría el acuerdo de clasificación inicial, en segundo grado, de 25 de enero de 2012.

Segundo: Incoado expediente se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó la confirmación de la resolución, quedando las actuaciones vistas para dictar la presente resolución.

Razonamientos jurídicos

Primero: Según el artículo 76.1.f) de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria, corresponde especialmente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, resolver, en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

Segundo: Dispone el artículo 106.2º del Reglamento Penitenciario 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”. Y establece el artículo 102 del Reglamento 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”; y por lo que aquí interesa “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” aplicándose la clasificación en tercer grado “a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad”.

Tercero: En el presente caso del examen de lo actuado, resulta de una parte, que el interno ciertamente y a tenor de la documentación médica aportada es tributario de enfermedades graves, si bien no situadas en estadio de notorio, inminente y terminal deterioro, además de que las mismas no han sufrido una alteración significativa con ocasión del ingreso en prisión; así como que los factores desfavorables de adaptación del interno en cuanto a la posible comisión de nuevos y similares hechos delictivos por los que se encuentra cumpliendo condena es francamente desfavorable, por cuanto su conducta criminal nace más de su actividad intelectual, que física, la cual se encuentra conservada y existe una comisión delictiva en fechas muy recientes -14 de abril y 9 de septiembre de 2011-, cuando el interno ya padecía los problemas de salud que le afectan, sin olvidar la lejanía de las fechas de cumplimiento -9 de mayo de 2016-, por lo que se considera que deben ponderarse tanto su edad avanzada -78 años- y problemas de salud, con la no evolución en forma favorable del penado en el tratamiento penitenciario, por lo que se propone la concesión del tercer grado de cumplimiento, a fin de que dicha clasificación permita conciliar tanto la preservación de la salud del interno y una mejora de su calidad de vida, como el control de su anómala personalidad y potencial peligrosidad, durante un plazo importante, sin sugerir como opción posible -al menos por ahora y entre tanto se mantengan los desfavorables factores de inadaptación, a la enfermedad del interno no evolucione en forma notoriamente desfavorable-, el otorgamiento de la libertad condicional ex artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto,

Dispongo: Estimar el recurso formulado por el interno del Centro Penitenciario de Algeciras F.F.M. contra el acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de 25 de enero de 2012 revocando ésta y declarando su progresión al tercer grado de cumplimiento artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, sin que resulte procedente el otorgamiento de la libertad condicional ex artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario entre tanto se mantengan los factores desfavorables de inadaptación, su pronóstico actual de reincidencia “muy alto” o las enfermedades del interno no evolucionen en forma notoriamente favorable.

14. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 2 DE FECHA 18/07/13

Progresión a tercer grado de acuerdo con la propuesta de la Junta de Tratamiento.

Antecedentes de hecho

La Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, en resolución de 27 de mayo de 2013 acordó el mantenimiento en 2º grado de tratamiento para el interno del Centro Penitenciario de Zaragoza, V.N.D.

Contra dicho acuerdo mediante escrito de 17 de junio de 2013 recurrió ante este Juzgado el mencionado interno a través de la letrada designada para su defensa, alegando que se halla en condiciones de ser progresado al 3º grado penitenciario.

El Ministerio Fiscal, informó interesando la desestimación del recurso por cuanto a tenor del contenido del Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, no se infiere una evolución en el penado suficientemente favorable para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad aconsejando su mantenimiento o continuidad en segundo grado penitenciario.

Fundamentos jurídicos

El interno V.N.D., a través de la letrada designada en su defensa, recurre el acuerdo de continuidad en segundo grado adoptado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en fecha 27 de mayo de 2013, solicitando su progresión a tercero para lo que alega básicamente su adaptación y capacitación para una vida en libertad, destacando la primariedad delictiva y penitenciaria, la buena conducta en prisión con desarrollo de actividades, el buen uso de los permisos, de salida y la tenencia de relaciones familiares normalizadas y de actividad laboral en el exterior.

Sobre la cuestión planteada los artículos 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.2 del Reglamento Penitenciario establecen, que “la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestara en la conducta global del interno y entrañara un incremento de la confianza depositada en el mismo que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad”.

Del contenido del expediente en el que se sustenta la resolución objeto de recurso se desprende que el interno extingue una pena privativa de libertad de tres años de la que tiene previsto el cumplimiento de las tres cuartas el 22 de julio de 2014 siendo consecuencia de la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico.

Para resolver el recurso interpuesto por el interno es necesario partir de la propuesta de progresión que efectúa la Junta de Tratamiento en base a los factores de adaptación que se hacen constar en el propio expediente; así, el penado es primario delictivo, se trata por tanto -el presente- de su primer ingreso, en prisión, en el Centro Penitenciario se encuentra en un

Modulo de Respeto con realización de actividades que en los últimos seis meses han obtenido una valoración de Excelente, y cuenta con apoyo familiar y una oferta laboral contrastada. El pronóstico de reincidencia es muy bajo.

La resolución objeto de recurso se fundamenta en la gravedad de la actividad delictiva y en el tiempo pendiente de cumplimiento. No se cuestiona la concurrencia de ambas circunstancias, pues ciertamente como consecuencia del incidente hubo una pluralidad de víctimas y el interno no ha extinguido todavía la mitad de la condena

Ahora bien, no constituyen obstáculos insalvables si la respuesta al tratamiento penitenciario es la adecuada. Es de señalar que el interno mantenía una vida normalizada antes de entrar en prisión; que, pese no la ha extinguido, se encuentra próximo al cumplimiento de la mitad de la condena por lo que cabe entender que el efecto intimidatorio de la pena ha sido satisfecho; y que tanto en el Centro como durante los permisos de salida ha mantenido una conducta responsable. En consecuencia y tras la valoración de lo expuesto, procede con estimación del recurso interpuesto acordar la progresión del interno a tercer grado artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

En atención a lo expuesto S.S^a ha decidido estimar el recurso interpuesto por el interno V.N.D. contra el acuerdo adoptado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en fecha 27 de mayo de 2013 y acordar su progresión a tercer grado artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

15. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 11/12/13

Progresión a tercer grado. La Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en su resolución de mantenimiento en segundo grado artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, se excedió de las competencias que se le atribuyen por el Reglamento Penitenciario, siendo la propuesta de la Junta de progresión tercer grado.

Hechos

Que por el interno J.D.J.P.R. se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por el cual se acuerda su continuidad en segundo grado de tratamiento, artículo 100.2º del Reglamento Penitenciario.

Que conferido traslado al Ministerio Fiscal éste emitió informe en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso interpuesto.

Razonamientos jurídicos

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

Que el artículo 100.2º del Reglamento Penitenciario permite al Equipo Técnico proponer a la Junta de Tratamiento un modelo de ejecución penitenciaria en el que puedan combinarse aspectos característicos 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, no existe programa específico de tratamiento que, propuesto por el Equipo Técnico y aprobado por la Junta de Tratamiento, combine aspectos de ambos grados, en cuanto que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Huelva de fecha 11-09-13, estimó

procedente proponer la progresión a tercer grado del interno artículo 82.1º, no pudiendo por ello aprobarse el acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 25-10-13, que excediéndose en las competencias que se le atribuyen por el Reglamento Penitenciario, acordó el mantenimiento en segundo grado artículo 100.2º., debiendo por ello considerarse dicho acuerdo de mantenimiento en segundo grado ordinario, contra el que el interno ha interpuesto el pertinente recurso.

Que de acuerdo con el artículo 106.2º del Reglamento Penitenciario, la progresión de grado dependerá de la evolución positiva del interno conforme al tratamiento recibido. Y en el presente supuesto, pese a la indudable gravedad de los delitos cometidos (contra la salud pública y atentado), concurren una serie de factores que permiten la clasificación del interno en el tercer grado penitenciario; así por un lado el informe favorable por unanimidad de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva que ha llevado a cabo directamente el estudio científico de la personalidad, tipo criminológico, diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, conforme al artículo 64.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; valorando las circunstancias personales y penitenciarias del interno considerándolo capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad (artículo 102.2 y 102.4 del Reglamento Penitenciario); así la asunción de su responsabilidad delictiva, el buen comportamiento y adaptación penitenciaria del interno durante el tiempo de cumplimiento no constándole sanciones, y sí un adecuado desempeño de los destinos atribuidos, con una evaluación de actividades que el propio Centro Penitenciario califica de “destacada” llevando a cabo el programa de tratamiento “in&out” con aprovechamiento positivo, con salidas diarias al exterior, primero en la fase formativa en la Fundación Valdocco y luego en prácticas, y actualmente en fase de búsqueda activa de empleo, junto al disfrute de seis permisos, que entrañan un incremento de la confianza depositada en el mismo, todos ellos sin ninguna incidencia, habiendo cumplido ya las 2/3 partes de su condena, factores todos ellos que, unidos al cumplimiento de los requisitos generales para la progresión al tercer grado, permiten atribuir al interno un mayor margen de libertad, y considerar que se encuentra capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, debiéndose además tener en cuenta que la clasificación en tercer grado del penado no implica en modo alguno una remisión o condonación de la pena, sino únicamente una forma de cumplirla de

acuerdo con el tratamiento penitenciario individualizado previsto en los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por ello, concurriendo todos los requisitos generales para la clasificación del interno en tercer grado de tratamiento, procederá estimar el recurso, acordándose su clasificación conforme al artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S^a. acuerda

Parte dispositiva

Que procede estimar el recurso interpuesto por el interno J.D.J.P.R. del Centro de Inserción Social de Huelva, contra el acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 25-10-13, y en consecuencia considerar que el mismo debe quedar clasificado en tercer grado, artículo 82.1º del Reglamento Penitenciario, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro de Inserción Social de esta Ciudad para su cumplimiento.

16. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 22/07/13

El penado estaba en tercer grado por clasificación ejecutiva. Anula acuerdo de la Junta y Resolución de Servicios Centrales de clasificación inicial en segundo grado. Debió mantener el tercer grado o proceder a su regresión.

Hechos

Se interpone por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.P.R., recurso de alzada contra acuerdo del Centro Directivo de clasificación en segundo grado de tratamiento penitenciario de fecha 22-04-13.

Interesados los pertinentes informes, que fueron remitidos por el Centro, con el contenido que obra en las actuaciones, se dio traslado de las mismas al Ministerio Fiscal que interesa la desestimación del recurso.

Fundamentos jurídicos

Se formula por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.P.R., recurso de alzada contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 22-04-13 por la que se acordó la clasificación inicial en segundo grado del recurrente.

Examinado el expediente y cuantos informes constan en el mismo, a través del cauce que posibilita el recurso interpuesto, la solución a la que se llega es contraria a la plasmada por la resolución que se recurre con las consecuencias que se expresarán.

El referido interno, M.P.R., ingresó en el Centro Penitenciario de Albolote a fin de cumplir una primera ejecutoria de nueve meses de prisión, impuesta por el juzgado de lo penal nº 6 de esta ciudad en causa seguida por apropiación indebida y, en fecha 27 de marzo de 2013, se clasificó en arreglo al artículo 103.7 del Reglamento Penitenciario con carácter ejecutivo al producirse por unanimidad de los miembros de la Junta de Tratamiento, en tercer grado de tratamiento, pendiente únicamente, de la adjudicación de destino por los servicios centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Posteriormente, pendiente tal adjudicación de destino, se recepcionan en el Centro Penitenciario dos nuevas ejecutorias que, a criterio de la junta de tratamiento, lógicamente, alteran los parámetros o variable tenidos en cuenta a la hora de acordar la inicial clasificación. En tales ejecutorias, por idénticos delitos, es condenado el penado a un año y a dieciocho meses de prisión respectivamente con lo cual la responsabilidad a extinguir se eleva a proceder a estudiar al penado con arreglo a las nuevas variables y proceder si así lo estima oportuno la Junta de Tratamiento a una regresión de grado, por cambio sustancial de las variables tenidas en cuenta en aquella primera junta cebrada, procede de manera totalmente errónea a realizar una clasificación inicial, con total olvido de que el penado, y con carácter ejecutivo se encontraba ya en tercer grado de tratamiento.

Pues bien, así las cosas, no cabe si no acordar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 18 de abril de 2013 que propuso a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la clasificación inicial del penado, M.P.R., en segundo grado de tratamiento, así como de la resolución posterior de los servicios centrales de fecha 24 de abril de 2013, que acuerda tal clasificación inicial en segundo grado. Sin perjuicio del derecho de la junta de tratamiento de volver a estudiar la situación creada con ocasión de la nueva recepción de ejecutorias que afectan a referido penado y, con libertad de criterio, mantener el tercer grado inicialmente concedido o proceder a su regresión, debidamente motivada. Vistos los artículos citados y demás de general aplicación. SS^a dijo:

Parte dispositiva

Que estimando el recurso de alzada interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.P.R., contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 24 de abril de 2013 que acordó la clasificación inicial en segundo grado del interno ahora recurrente, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo de la junta de tratamiento de fecha 18 de abril de 2013 que propuso a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la clasificación inicial del penado en segundo grado de tratamiento, así como de la resolución posterior de los servicios centrales de fecha 24 de abril de 2013, que acuerda tal clasificación inicial en segundo grado. Sin perjuicio del derecho de la junta de tratamiento de volver a estudiar la situación creada con ocasión de la nueva recepción de ejecutorias que afectan a referido penado y, con libertad de criterio, mantener el tercer grado inicialmente concedido o procedería su regresión, debidamente motivada.

Quede entretanto en interno en la situación derivada del acuerdo de 27 de marzo de 2013.

17. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 20/05/13

Artículo 86.4. Instalación de medio telemático a fin de potenciar la participación en su vida familiar.

Hechos

Que por el interno R.P.L. se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por el cual se acuerda su continuidad en tercer grado de tratamiento, artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

Que conferido traslado al Ministerio Fiscal éste emitió informe en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso interpuesto.

Razonamientos jurídicos

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

Que de acuerdo con el artículo 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario, la clasificación en grado de los internos se practicará tras la adecuada observación, y para la individualización de tratamiento. Y en el presente supuesto, concurren una serie de factores que permiten la clasificación del interno en el tercer grado artículo 86.4°, así el informe por unanimidad de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva, que ha llevado a cabo directamente el estudio científico de la personalidad, tipo criminológico, diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, conforme al artículo 64.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, valorando las circunstancias personales y penitenciarias del interno, considerando favorable la aplicación del medio telemático, al concurrir circunstancias familiares y laborales que lo justifican, dado que cuenta con contrato de trabajo, disfrutando de salidas diarias, así como de

permisos y salidas de fin de semana desde su clasificación en tercer grado, todo ello sin incidencias, tiene apoyo familiar (compañera e hijo de corta edad), se encuentra abstinentes en el consumo de sustancias estupefacientes, permitiéndole la instalación de un medio telemático, potenciar la participación en su vida familiar, procediendo en consecuencia estimar el recurso interpuesto, acordándose la clasificación del interno, conforme al artículo 86.4º, del Reglamento Penitenciario.

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

Parte dispositiva

Que procede estimar el recurso interpuesto por el interno R.P.L., del Centro de Inserción Social de Huelva, contra el acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 23-04-2013, y en consecuencia considerar que el mismo debe quedar clasificado en tercer grado, artículo 86.4º del Reglamento Penitenciario, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro Penitenciario de esta Ciudad para su cumplimiento.

18. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 2 DE FECHA 05/07/13

Estima recurso contra el acuerdo de regresión al haberse dictado auto de sobreseimiento en las diligencias penales motivo de la regresión.

Antecedentes de hecho

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en resolución de fecha 4 de abril de 2013 acordó la regresión a segundo grado para el interno del Centro Penitenciario de Zaragoza O.S.F.

Contra dicho acuerdo mediante escrito recibido el día 30 de abril de 2013, el interno ha recurrido ante este Juzgado el mencionado acuerdo, alegando su buena conducta.

Por providencia de fecha 19 de junio se dio traslado al Ministerio Fiscal el cual informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso manifestándose conforme con la regresión al no desprenderse una capacidad en el interno para llevar en lo sucesivo un régimen de vida en semilibertad.

Con carácter previo a resolver sobre la queja objeto de autos, se acordó en fecha 2 de julio de 2013 la unión al presente expediente, de testimonio del escrito de calificación del Ministerio Fiscal así como del auto de sobreseimiento recaído en DPA 4015/12 seguida contra el referido interno en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza.

Fundamentos jurídicos

El interno O.S.F. recurre el acuerdo de regresión adoptado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en fecha 4 de abril de 2013, solicitando su reposición en tercero para lo que alega su buena conducta mientras ha estado en dicho régimen de vida y el desconocimiento de los hechos por los que han sido Incoadas las Diligencias Previas que propiciaron su regresión.

Según el artículo 65.3 y 106.3 del Reglamento Penitenciario “La regresión de grado procederá cuando” se aprecie en el interno en relación al tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno”.

Del contenido del expediente en el cual se sustenta la resolución objeto de recurso se desprende que el interno extingue una pena privativa de libertad de catorce años, treinta meses y cincuenta y tres días de la que tiene previsto el cumplimiento de las tres cuartas partes el 13 de enero de 2014, siendo consecuencia de una importante trayectoria delictiva.

Así mismo, del expediente se desprende que el interno fue objeto de aplicación del artículo 108.3 del Reglamento Penitenciario para posteriormente ser regresado a segundo grado de forma definitiva, con motivo de la tenencia de Diligencias Penales por presunta comisión de delito de trá-

fico de drogas, en las que fue decretada su libertad provisional por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza.

Ha sido recabada información en el expediente PDE 163/13 seguido a instancia del interno en este Juzgado, sobre el estado de las Diligencias Penales en cuestión (DP/PA 4015/12) resultando de ello que ha sido dictado auto de sobreseimiento en fecha 10 de junio de 2013 a instancia del Ministerio Fiscal. De dicha resolución obra copia en este expediente.

Como consecuencia de lo expuesto y tratándose la incoación de las Diligencias Penales del único motivo de regresión, procede estimar el recurso interpuesto por el interno y acordar su reposición en tercer grado/artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario, sin perjuicio de posterior acomodación.

Vistos los citados preceptos legales y demás concordantes de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

En atención a lo expuesto decido estimar el recurso de alzada interpuesto por el interno O.S.F. contra el acuerdo de regresión de fecha 4 de abril de 2013 y acordar su reposición a tercer grado artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario.

SEGUNDO GRADO

19. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 12/08/13

Continuidad en segundo grado. El Juzgado considera que el principio intimidatorio de toda pena conlleva la necesidad de un periodo mínimo (mitad de la condena).

Antecedentes de hecho

Por el interno del Centro Penitenciario de El Dueso se presentó recurso contra la resolución del Director del Centro Penitenciario (por delegación) de fecha 09/07/13 acordando su continuidad en 2º grado penitenciario, conferido traslado al Ministerio Fiscal, instruido del recurso interpuesto por el interno, interesa la desestimación de la queja formulada.

Razonamientos jurídicos

Los artículos 59 a 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 100 a 109 del Reglamento Penitenciario establecen los criterios a seguir para la clasificación de los penados en los distintos grados. A parte de la consideración de la personalidad, historial familiar, social y delictiva y otros factores para la catalogación inicial, la progresión en grado, en particular para la concesión del tercero, dependerá de su modificación en cuanto a la actividad delictiva, comportamiento penitenciario y cumplimiento de las exigencias impuestas por la Junta de Tratamiento para que ésta, una vez transcurrido el tiempo mínimo de extinción parcial de la pena en los distintos supuestos, pueda evaluar positivamente todos los aspectos que permitan garantizar que el interesado se encuentra apto para una situación de pre-libertad. Es pues esencial el estudio de las conclusiones de ese organismo basadas en el seguimiento de la evolución del penado y consecución de objetivos para el mantenimiento o revisión clasificatoria y atendiendo al mandato dispuesto en el artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que obliga tanto a la Administración como al Juez

de Vigilancia Penitenciaria a no mantener a nadie en un grado inferior cuando, por dicha evolución, se merezca su progresión.

Como sabe el penado, ya ha habido varios pronunciamientos precedentes y denegatorios de la pretensión efectuada desde un principio del otorgamiento de un régimen distinto del ordinario, habiéndose expuesto las motivaciones para establecer la inviabilidad en cada uno de los recursos.

En el presente y transcurrido varios meses desde octubre del pasado año, se reitera la queja contra mantenimiento clasificatorio.

Amén del transcurso de ese periodo, persisten las mismas circunstancias tanto favorables como adversas a las que se hicieron mención en tales resoluciones.

Cierto que su comportamiento penitenciario carece de sanciones, que realiza muy satisfactoriamente las actividades prioritarias y complementarias encomendadas, con destacada evaluación en ambas, obtenido múltiples recompensas y disfruta de permisos, contando también con expectativas laborales.

Aun así, no cabe desconocer la importancia y duración de la actual condena, de la que hasta marzo del próximo año no habrá alcanzado su mitad. Nuevamente debe también repetirse que este Juzgado considera como norma general, salvo puntuales excepciones, que el principio intimidatorio de toda pena conlleva la necesidad de un período mínimo, en el régimen ordinario en evitación de inadmisibles acortamientos y como respuesta al reproche social que, evidentemente, escaso efecto ha tenido al constarle en su hoja de antecedentes dos condenas precedentes, lo que justifica el pronóstico medio-alto de reincidencia valorado por la Junta.

Consecuentemente, sigue considerándose como prematuro el acceder ahora a la progresión sin perjuicio de lo que pudiera decidirse una vez se haya superado netamente la antedicha fase de cumplimiento.

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

Dispongo

Desestimar el recurso contra la denegación de progresión en grado interpuesto por J. L. P. M., interno en el Centro Penitenciario reseñado en el encabezamiento de esta resolución.

CAPÍTULO 3

COMUNICACIONES

COMUNICACIONES ÍNTIMAS, FAMILIARES Y DE CONVIVENCIA

20.- SENTENCIA 128/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 03/06/13

Desestima la demanda de amparo. Confirma la decisión previa de la Administración Penitenciaria que excluye a los primos de régimen de comunicaciones familiares vis a vis.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 10 de enero de 2012, la Procuradora de los Tribunales doña A. T. B. interpuso demanda de amparo contra las resoluciones a las que se ha hecho referencia en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

a) El aquí recurrente, interno en el Centro Penitenciario de Botafuegos (Algeciras) en cumplimiento de pena de prisión, dirigió escrito el 16 de septiembre de 2010 al Juzgado Central de Menores con funciones de vigilancia penitenciaria, solicitando se le reconociera el derecho a mantener una comunicación vis a vis con sus primos. Aducía que durante los siete años que llevaba en prisión había mantenido comunicaciones vis a vis con ellos sin ningún tipo de problema, pero que en la prisión en la que ahora se encontraba «no se reconoce a mis primos ni como familiares ni como allegados».

b) El Juzgado Central, abierto el correspondiente procedimiento (peticiones y quejas 483-2003-14) solicitó informe al Centro Penitenciario sobre los hechos relativos a la queja del aquí recurrente. El Director del mismo remitió oficio con el siguiente contenido: «Respecto a la queja planteada por el interno, en relación a que no se le deja comunicar vis a vis con sus primos señalar que no existe problema para comunicar con su familia directa hasta segundo grado de consanguinidad y afinidad siempre y cuando se acredite documentalmente dicho parentesco. Para el resto de familiares debido al gran número de personas que se puede considerar familia se deben poner ciertos límites o delimitar el concepto de familia. En el resto de los casos dichos familiares podrían ser considerados como allegados siempre y cuando así lo solicite el interno- Además para estos casos cabe la posibilidad de que el interno los incluya como allegados en dicha hoja y comuniquen por locutorios siempre y cuando se reciba la correspondiente autorización por parte de la Secretaría General de IIPP». El informe daba cuenta, además, de que «en el caso en cuestión dichos primos no han sido incluidos en dicha relación de amigos o allegados, cosa que podría haber hecho».

c) El Juzgado Central dictó Auto el 28 de febrero de 2011, desestimando la queja del interno, con el siguiente razonamiento: «Segundo.- En el presente caso, examinado el expediente y a la vista del informe remitido por el Centro Penitenciario, en el que no existe inconveniente en la comunicación del interno con su familia directa hasta segundo grado de consanguinidad y afinidad, siempre y cuando se acredite documentalmente dicho parentesco, procede desestimar la queja. 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).»

d) Interpuesto recurso de reforma, el Juzgado Central lo desestimó por Auto de 20 de junio de 2011 razonando que «las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan datos o circunstancias nuevas o relevantes a las que ya han sido valoradas al

dictar la resolución recurrida, cuyos razonamiento se dan por reproducidos en su integridad».

e) Promovido recurso de apelación tras la notificación de este último Auto, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (rollo de apelación núm. 615-2011) dictó Auto el 27 de diciembre de 2011 desestimando el recurso, con el siguiente razonamiento único: «La norma que limita el concepto de familiar al segundo grado de consanguineidad y afinidad no es irrazonable, máxime si se conjuga con el concepto de allegados que usa la norma. Por lo tanto, la aplicación práctica del artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario es acorde con el espíritu y finalidad de la norma conciliando el derecho del interno con los medios y capacidad organizativa del Centro Penitenciario, por lo que el recurso debe ser desestimado».

3. La demanda de amparo alega que las resoluciones impugnadas han causado la vulneración conjunta de los derechos fundamentales «a la igualdad, libertad, tutela judicial efectiva, defensa y finalidad de las penas»; artículos 9.3, 14, 24.1 y 25.2 de la Constitución Española.

Se afirma que en los siete años que lleva cumpliendo condena el recurrente, ha venido llevando a cabo comunicaciones vis a vis con sus primos y allegados, de una forma totalmente normal y «resultando siempre muy beneficioso moralmente para el interno». Sin embargo, el Centro Penitenciario ha acordado denegarle las comunicaciones con sus primos con el pretexto de que «no los reconocen como familiares, cuando lo cierto es que durante siete años sí lo han permitido». Respecto de la normativa de aplicación, sostiene la demanda de amparo que el artículo 45.5 del Reglamento penitenciario debe de interpretarse en sentido «amplio y más beneficioso posible para la persona que está privada de libertad, con el fin de que pueda estrechar lazos y no perder las relaciones con sus familiares y allegados y favorecer así que la socialización sea efectiva». Considera además que se vulnera el principio de legalidad porque dicho precepto prevé el derecho a la comunicación con dichos familiares y allegados.

Más adelante, precisa la demanda de amparo que el Auto de la Audiencia Nacional no cumple con la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lo que acarrea indefensión para la parte y vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española. Invoca

en su apoyo la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2008, de 7 de julio (FJ 5), la que a su vez hace cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 268/2006, de 11 de septiembre, en cuanto al derecho a la obtención a una resolución motivada, fundada en Derecho y que resulte congruente con lo pedido, dictada en el ámbito del control judicial de sanciones penitenciarias. Cita asimismo la demanda las Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1985, 76/1987 y 24/1990 sobre la necesidad de dar una interpretación amplia al concepto legal de «allegados».

Concluye la demanda de amparo diciendo que se ha producido la lesión conjunta de «los derechos de mi mandante a la igualdad, libertad, tutela judicial efectiva, defensa y los fines de reeducación y reinserción social de la pena impuesta» por lo que solicita la estimación del amparo interpuesto y que se le reponga en sus derechos.

4. En virtud de diligencia de ordenación dictada por la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta, Sala Segunda, de este Tribunal, el 29 de marzo de 2012, se acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para que a la mayor brevedad posible remitiera certificación o fotocopia adverada del Auto dictado en fecha 28 de febrero de 2011 en el expediente de queja 483-2003-14; siendo cumplimentada por la Secretaría de este último mediante oficio de 27 de abril de 2012.

5. Por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal, de 2 de julio de 2012, se solicitó al Juzgado Central que remitiera a la mayor brevedad posible certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento indicado, lo que resultó cumplimentando por dicho órgano judicial mediante oficio de su Secretaría, de 17 de julio de 2012.

6. Asimismo, mediante diligencia de ordenación de la misma Secretaría de Justicia, de 25 de septiembre de 2012, se dirigió comunicación al Centro Penitenciario de Algeciras, «a fin de que identifique y remita copia de la Normativa de aplicación del artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario sobre visitas vis a vis de familiares y allegados», cumplimentándose por la dirección del centro, con el resultado que luego se analizará.

7. El 31 de enero de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal dictó providencia admitiendo a trámite la demanda de amparo, acordando dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 615-2011. De igual modo se acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria con el fin de que emplazare a quienes fueron parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desean, en este proceso.

8. Mediante escrito registrado el 1 de febrero de 2012, el Abogado del Estado ante este Tribunal Constitucional solicitó se le tuviera por personado en la representación que ostenta.

La Sala Segunda de este Tribunal dictó diligencia de ordenación el 15 de febrero de 2013, acordando tener por personado en el procedimiento al Abogado del Estado y que se entendieran con él las sucesivas actuaciones; así como dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, a fin de poder presentar alegaciones conforme determina el artículo 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

9. En respuesta a la apertura de este trámite, la Fiscalía presentó escrito el 7 de marzo de 2013, interesando se dictase Sentencia estimatoria del amparo. Tras hacer resumen de las incidencias del caso y advertir que la demanda adolece de cierta imprecisión en su desarrollo argumental, además de que plantea la lesión del artículo 9.3 de la Constitución Española de la que no es posible conocer por estar fuera del objeto del proceso de amparo, el Ministerio Fiscal considera, en todo caso, que el recurrente ha deducido una queja «susceptible de ser encauzada sin esfuerzo a los contenidos propios del artículo 24.1 de la Constitución Española, siguiendo la estela de la alegación nuclear de la demanda en torno al déficit de motivación».

Sostiene la Fiscalía que en el presente caso no consta ni que el fallo condenatorio ni el sentido de la pena (artículo 25.2 de la Constitución Española) ofrezcan base para una limitación como la aquí denunciada, por lo que únicamente restaría verificar si la misma goza de cobertura en la legislación penitenciaria. Del examen de ésta extrae el Fiscal una conclu-

sión negativa y sostiene que ninguna de las resoluciones judiciales recurridas ha cumplido con el deber de motivación que les era exigible, al no haber llevado a cabo el juicio de ponderación de las circunstancias individuales del penado y los derechos, valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión en juego. Las dictadas por el Juzgado resultan apodícticas y estereotipadas; el Auto de apelación contiene por su lado «dos afirmaciones apodícticas o, cuando menos, carentes de desarrollo argumental alguno, a saber: una, que la limitación al familiar de segundo grado de consanguinidad y afinidad no es irrazonable, sin mayor explicación, y, dos, que la misma es acorde con el espíritu y finalidad de la norma conciliando derecho de interno y medios y capacidad organizativa del Centro Penitenciario, también sin mayor explicación. Ausencia, por tanto, de toda referencia al caso concreto y sus circunstancias de hecho y de derecho».

Por ello solicita se dicte Sentencia que otorgue el amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) en su vertiente de derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho, con nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y orden de retroacción de las actuaciones al momento anterior a dichas resoluciones, con el fin de se dicte otra respetuosa con el derecho que se declara vulnerado.

10. Mediante escrito consignado el 19 de marzo de 2013, el Abogado del Estado actuante en este proceso presentó alegaciones interesando Sentencia que declare inadmisibile el recurso de amparo y, subsidiariamente, su desestimación.

En cuanto a la inadmisión se alega como óbice de procedibilidad la falta de agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], en concreto por no haberse promovido incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en cuanto la demanda le imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Se aduce también como óbice la falta de denuncia temporánea de la lesión y del derecho fundamental afectado [artículo 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] en lo que concierne a la invocación por la demanda de amparo de los artículos 14 y 25.2 de la Constitución Española, al haberse omitido toda referencia a ellos en el

recurso de reforma y subsiguiente de apelación interpuestos. Añade que en cuanto al artículo 25.2 de la Constitución Española, también el motivo de amparo sería inadmisibile ex artículos 53.2 y 161.b) de la Constitución Española, en relación con los artículos 41.3 y 50.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al no consagrar un derecho fundamental; lo mismo que el artículo 9.3 de la Constitución Española también aducido como infringido.

Respecto del fondo, niega la parte recurrida que se haya producido la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de la debida motivación de los Autos de la Audiencia y del Juzgado Central, derecho que no puede confundirse con una determinada extensión de sus argumentos, citando como apoyo las Sentencias del Tribunal Constitucional 17/2009, de 26 de enero, FJ 3 y 94/2007, de 7 de mayo, FJ 6. Tampoco hay infracción del artículo 14 de la Constitución Española, cuya invocación en la demanda de amparo se halla huérfana de desarrollo y no ofrece ningún término de comparación. Se refiere después a la posibilidad de restricción de las comunicaciones del interno con sus familiares, en concreto «con sus primos», entendiendo que no vulnera el artículo 45.5 del Reglamento penitenciario, en relación con el artículo 41.2 de este texto y el artículo 51.1 de la Ley Orgánica general penitenciaria; para terminar refiriéndose el Abogado del Estado a un oficio del director del Centro Penitenciario de Algeciras, de 15 de marzo de 2013, que además aporta con su escrito de alegaciones, en el que se justifica la restricción adoptada en las visitas vis a vis con familiares de parentesco superior al segundo grado, por la elevada población reclusa y la falta de un sistema informático que permitiera agilizar el control de las visitas, si bien «desde 2012», el recurrente viene disfrutando de las comunicaciones con sus primos como anteriormente.

11. Con fecha 21 de marzo de 2013, la representación procesal de la parte recurrente formalizó escrito de alegaciones, ratificándose en su demanda presentada.

12. Mediante providencia de 30 de mayo de 2013 se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 3 de junio de dicho año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El acto del poder público frente al que se demanda amparo es la decisión del Centro Penitenciario de Botafogo-Algeciras de no autorizar al demandante a mantener comunicaciones vis a vis con sus primos al amparo del régimen de autorización previsto para los familiares, así como frente a las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado Central de Menores con funciones de vigilancia penitenciaria y por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, esta última en apelación, desestimatorias de la queja planteada por el recurrente frente a aquel acuerdo.

A la Administración penitenciaria se imputa la vulneración de los artículos 9.3, 14 y 25.2 de la Constitución Española, mientras que a las resoluciones judiciales se achaca no solamente el no haber reparado tales lesiones, sino también la de ocasionar ex novo la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), por falta de motivación reforzada.

Así planteada la pretensión de la parte demandante, tratándose por tanto de la presunta lesión de derechos fundamentales cometida por actos de ambos poderes públicos, nos encontraríamos conforme tenemos señalado en esta materia con un recurso de amparo de naturaleza mixta, artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 175/1997, de 27 de octubre, FJ 1; 201/1997, de 25 de noviembre, FJ 1; y 141/1999, de 22 de julio, FJ 2). Sin embargo y por las razones que de inmediato se expondrán, el objeto del presente recurso habrá de quedar circunscrito al estudio de la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española). Ello nos permite comenzar por descartar la objeción de admisibilidad suscitada por el Abogado del Estado, según la cual el demandante no habría agotado la vía judicial previa [artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional porque, planteándose el amparo frente a la resolución judicial, no acudió al incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La queja formulada por el demandante se refiere a la interpretación y aplicación que de las normas reguladoras del régimen penitenciario realizó la Administración penitenciaria y que fue sometida a la fiscalización de los órganos judiciales. De suerte que éstos tuvieron oca-

sión de pronunciarse sobre la queja que aquí hemos de resolver, garantizándose así el principio de subsidiariedad al que sirve el requisito del agotamiento de la vía judicial previa [por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2011, de 18 de julio, FJ 2 b)].

2. Ante todo, procede dejar fuera del debate la eventual infracción del principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución Española, excluido de control en amparo ex artículo 53.2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 92/1993, de 15 de marzo, FJ 2 y 114/2008, de 29 de septiembre, FJ 3).

Otro tanto sucede con la hipotética lesión del artículo 14 de la Constitución Española, que se refleja en la demanda de amparo con una mera cita pro forma del precepto constitucional, carente sin embargo de toda argumentación ya sea en orden a concretar la vertiente del derecho fundamental concernida -igualdad ante la ley o en aplicación judicial de la ley-, sea para identificar el término de comparación que acreditaría el trato desigual sufrido. En ese sentido, no corresponde a este Tribunal la tarea de reconstruir de oficio las demandas de amparo con el fin de suplir la carga que ha de recaer siempre sobre el demandante, en cuanto a aportar las razones que sustentan su pretensión (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 57/2010, de 4 de octubre, FJ 1 y 80/2011, de 6 de junio, FFJJ 1 y 3).

Por último, respecto de la vulneración del artículo 25.2 de la Constitución Española, la Abogacía el Estado opone un doble óbice de inadmisibilidad, tanto por falta de invocación temporánea de la lesión y del derecho fundamental afectado [artículo 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] como, en todo caso, por no prever aquel precepto un derecho fundamental susceptible por ello de ser protegido en amparo constitucional (artículos 53.2 de la Constitución Española y 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). El primero de sus argumentos no puede prosperar: tanto en el escrito de 11 de marzo de 2011 por el que formaliza recurso de reforma contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 28 de febrero de 2011 que rechazaba su queja, como en el escrito de apelación interpuesto el 22 de septiembre de 2011 ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, contra el Auto de 20 de junio de 2011 que desestimó aquel recurso no devolutivo, la parte aquí recurrente,

tras invocar el artículo 45.5 del Reglamento penitenciario en cuanto a las comunicaciones del interno con sus familiares y allegados, sostuvo que dicha norma «debería de interpretarse en sentido amplio y siempre en beneficio del preso para que este pueda estrechar lazos y no perder las relaciones familiares y para que la socialización sea efectiva». Alegación ésta que permitía a ambos tribunales actuantes, sin dificultad dialéctica, relacionarlo con el contenido del apartado segundo del artículo 25 de la Constitución Española (finalidad de reeducación y reinserción social de las penas), por lo que ha de considerarse suficientemente cumplida la carga de invocación exigible.

3. Distinta es la respuesta que ha de comportar la segunda objeción procesal relativa a la queja por lesión del artículo 25.2 de la Constitución Española: la de la inexistencia de derecho fundamental tutelable en amparo. Importa a este fin detenerse en el enunciado de los dos primeros incisos del mencionado precepto constitucional.

El que abre dicho apartado segundo («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»), conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, «no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes» [Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3 a), compendiando la doctrina precedente en este punto].

El segundo inciso del artículo 25.2 de la Constitución Española («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»), incorpora una cláusula de garantía que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I de la Constitución Española; bien que aquí «con las modulaciones y matices» recogidas en dicho precepto constitucional ... es decir, de aquellos [derechos fundamentales] que se vean expresamente limitados

por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria [Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2006, de 16 de enero, FJ 2 y las que en ella se citan; asimismo, Sentencias del Tribunal Constitucional 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 27/2001, de 29 de enero, FJ 3 y 140/2002, de 3 de junio, FJ 5].

Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del artículo 25.2 de la Constitución Española tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno – preso preventivo o en situación de cumplimiento de pena– indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de julio, FJ 7 y fallo; y 15/2011, de 28 de febrero, FJ 7 y fallo).

No es el caso, sin embargo, de la mera suspensión o restricción del derecho a la comunicación con sus familiares, atribuida por el aquí recurrente al Centro Penitenciario de Algeciras y confirmada por las resoluciones judiciales posteriores. En tal sentido y con referencia a las comunicaciones generales con terceros, orales o escritas, previstas en el artículo 51.1 de la Ley Orgánica general penitenciaria, que son las que aquí nos importan, hemos dicho que representa «una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles»; sin embargo, « los derechos fundamentales que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo» (Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1987, de 3 de junio, FJ 2). Razón por la cual, no estando comprometido un derecho fundamental autónomo sino tan sólo una de las facultades que la libertad hace posible y cuya restricción forma parte del status penitenciario, ha de descartarse la vulneración del artículo 25.2 de la Constitución Española.

Caso distinto es el de las comunicaciones específicas del artículo 51.2 Ley Orgánica General Penitenciaria, es decir, las del interno con su representante procesal y/o con su Abogado defensor o quien con ese cometido hubiere sido llamado para un determinado trámite del proceso penal en el que aquel participa, cuya suspensión o restricción de las comunicaciones puede conllevar, fuera de lo permitido por la ley, la lesión del derecho fundamental a la defensa jurídica del artículo 24.2 de la Constitución

Española [Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio, FJ 5].

Ha descartado además este Tribunal que la mera privación de visitas al interno suponga un trato inhumano o degradante susceptible de lesionar el artículo 15 de la Constitución Española [Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 y 119/1996, de 8 de julio, FJ 2], dejando a salvo que una hipotética situación de incomunicación o aislamiento, se entiende que por su prolongación en el tiempo o por su forma de cumplimiento, pudiera traer consigo «sufrimientos de una especial intensidad o [que] provoquen una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» [Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1996, de 8 de julio, FJ 2, con cita de la doctrina general sobre la proscripción de este tipo de tratos].

En resumen, no aparece concernida en este caso la vulneración de un derecho fundamental que pueda otorgar relevancia al artículo 25.2 de la Constitución Española desde la perspectiva del recurso de amparo, lo que impide examinar el fondo de la queja que deduce el demandante sobre este particular.

4. Ahora bien, la normativa penitenciaria atribuye a todo interno (preso preventivo o penado) el derecho a entablar comunicaciones con otras personas. Así, el artículo 51 LOGP establece que «[1] los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.» Estableciendo además que tales 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.» Y en lo que específicamente se refiere al tipo de visitas que ahora interesan, esto es, a las visitas con familiares o allegados, el artículo 45 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece que «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.» Visitas estas

que, como todas ellas, se encuentran sometidas al indicado límite del mantenimiento de la seguridad, el tratamiento y el buen orden del establecimiento, según reitera el propio Reglamento penitenciario en su artículo 41, destinado a la regulación de las condiciones generales de las comunicaciones y visitas. Completan el régimen jurídico descrito los instrumentos aprobados por el Ministerio del Interior en desarrollo de aquellas normas de superior rango, en concreto la Instrucción núm. 4/2005, de actualización de la Instrucción 24/1996 sobre comunicaciones y visitas y la Instrucción I-12/2011 sobre medidas de seguridad de internos de especial seguimiento.

Lo hasta ahora razonado determina el canon constitucional de control de las resoluciones judiciales que en instancia y apelación fiscalizaron las decisiones administrativas controvertidas a fin de hacer efectiva la reserva constitucional a favor de los órganos judiciales para «hacer ejecutar lo juzgado» (artículo 117.3 de la Constitución Española), competencia que se extiende en materia penal a cualesquiera circunstancias que se produzcan en la fase de ejecución de las penas. En efecto, como ya hemos advertido, estamos en un supuesto en el que el derecho a la tutela judicial efectiva no actúa en relación con el contenido esencial de ningún otro derecho fundamental sustantivo o procesal. De ahí que, tal como recordábamos recientemente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2013, de 8 de abril, «como precisamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4, cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del artículo 24.1 de la Constitución Española o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. Dicho de otro modo, en estos supuestos se vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho cuando, por su contenido, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.» (Sentencias del Tribunal Constitucional 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 214/1999, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de

marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, y 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3, entre otras muchas).

5. La aplicación al caso de la anterior doctrina conduce a rechazar que las resoluciones judiciales que en instancia y apelación rechazaron la queja del interno vulnerasen el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Tal como se desprende del informe rendido por el Centro Penitenciario al Juez de Vigilancia Penitenciaria durante la tramitación de la queja del interno que da origen a este recurso de amparo, la restricción de los familiares que podían comunicar vis a vis acreditando únicamente el parentesco con el interno a los que se encuentren en el segundo grado encontraba justificación en el gran número de personas que cabe incluir en el concepto de parientes. De modo que, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, la limitación del acceso incondicionado a los parientes dentro del segundo grado encuentra cobertura en el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el cual permite establecer restricciones cuando lo exijan «razones de seguridad» o «del buen orden del establecimiento», conceptos jurídicos indeterminados que no resultan extravasados en términos constitucionalmente inadmisibles por la concreción de los familiares que pueden tener acceso a las visitas vis a vis sin más comprobaciones que la relación de parentesco. Así lo entendió el órgano judicial de instancia al rechazar la queja del interno por no apreciar «abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario» y así lo ratificó, con mayor precisión, la Audiencia Provincial al fundar la desestimación del recurso de apelación en que la decisión del Centro Penitenciario acomodaba la aplicación práctica de este tipo de visitas (las previstas en el artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario) al «espíritu y finalidad de la norma conciliando el derecho del interno con los medios y capacidad organizativa del Centro Penitenciario». Por lo demás, no puede pasarse por alto que el resto de parientes – los de parentesco más lejano que el segundo grado– no resultaban excluidos del régimen de visitas, sino que debían acomodarse al de mayor comprobación propio de los allegados, lo que pone en evidencia que la limitación de la que estamos tratando se acomodaba al principio de proporcionalidad en cuanto, de una parte, es adecuada al fin perseguido de garantizar la seguridad y buen funcionamiento del Centro

Penitenciario, y, de otro lado, la restricción no se extiende más allá de lo estrictamente preciso.

Finalmente, ha de descartarse también que la decisión del Centro Penitenciario fuese arbitraria, esto es, caprichosa o adoptada en contemplación de la específica persona del demandante de amparo, pues constituyó ejecución de criterios generales de aplicación de la normativa reguladora del régimen penitenciario. Tal como avala el informe del Director del Centro Penitenciario aportado junto con el escrito de alegaciones del Abogado del Estado, el elevado número de internos del centro (1.700 frente a los 400 del Centro Penitenciario de Jaén desde el que había sido trasladado el demandante) y las limitaciones entonces existentes en el sistema informático impedían un control suficientemente seguro de las numerosas comunicaciones con los internos si no se acotaba el concepto de familia a los parientes hasta el segundo grado a efectos de autorizar las comunicaciones tan sólo acreditando el parentesco. Pero una vez que, durante los años 2011 y 2012, se implantó un nuevo sistema informático que permitía un adecuado control de los visitantes (a través de la grabación de datos y huellas digitales) se amplió el abanico de parientes que gozan de acceso a las visitas acreditando el parentesco, razón por la cual en las normas específicas del Centro Penitenciario de Algeciras, remitidas a este Tribunal mediante oficio de octubre de 2012, ya se concretan los parientes que tienen derecho a comunicar vis a vis en los que lo son hasta el cuarto grado (norma 16).

Todo lo cual conduce a la desestimación de la demanda de amparo, pues las decisiones adoptadas por los órganos judiciales no vulneraron, conforme al canon de control ya expuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Fallo

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don I.A.G.

21.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 30/10/13

Desestima la queja de comunicación con una prima segunda, familiar lejano (cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2013 de 3 de julio). Debe acomodarse a la comprobación propia del régimen de los allegados.

Hechos

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno P.S.L. del Centro Penitenciario Albolote, formulando queja por denegación de comunicación por locutorios con familiares lejanos.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, examinada la queja formulada por el interno por denegación de comunicación por locutorios con familiares lejanos (primos segundos), y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario de Albolote y por el Ministerio Fiscal, procede su desestimación, pues, tal y como alega el Establecimiento, la Orden de Dirección 10/12 que regula las comunicaciones de los internos FIES II (Delincuencia Organizada) y FIES III (Banda Armada), dice expresamente: “Los familiares directos deberán acreditarse documentalmente con libro de familia y DNI. Los

amigos deberán ser expresamente autorizados por la Dirección y cada seis meses podrán solicitar cambio de los mismos a través de la Oficina de Seguridad, debiendo aportar la media filiación de los mismos”. La dirección del Centro Penitenciario entiende por familiares directos los de primer grado y segundo grado, tanto por consanguinidad como por afinidad, elenco amplio de familiares que permiten al funcionario un adecuado control de las comunicaciones.

Así mismo la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2013 de 3 de julio, no considera al primo hermano de un interno como familiar, el caso que nos ocupa es un primo segundo y de forma expresa, añade: “Los parientes más lejanos que los de segundo grado, no se encuentran excluidos del régimen de visitas sino que deben acomodarse a una mayor comprobación propia del régimen de los allegados. En este caso resulta proporcional y no arbitraria, la decisión de Prisión de no autorizar la visita de los primos ya que ante el elevado número de internos del Centro y las limitaciones del sistema informático, no existía un control seguro de las comunicaciones con los internos si no se acotaba el concepto de familia a los parientes hasta el segundo grado”.

En este caso concreto, el interno pretende que una prima segunda y su esposo entren, como familiares, a comunicar directamente sin autorización previa, y de este modo sortear el control que se realiza a los allegados o amigos de los internos, control éste que debe de extremarse por ser interno calificado en primer grado, incluido en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento por pertenencia a banda armada, y sus comunicaciones intervenidas.

Procede, en consecuencia, desestimar la queja formulada sin perjuicio del derecho del interno a solicitar que tales familiares lejanos sean incluidos en la relación de diez amigos autorizados para comunicaciones por locutorios.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno P.S.L. del Centro Penitenciario Albolote.

22.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 30/09/13

Desestima la queja sobre exigencia a los familiares de presentar DNI de los menores de 12 años.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.A.C. del Centro Penitenciario Albolote formulando queja sobre exigencia a los familiares de presentar DNI de los menores de 12 años.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno A.A.C. sobre exigencia de identificación de familiares menores de 12 años mediante DNI, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario de Albolote, de lo dispuesto en la Circular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 8/2/11, procede su desestimación, tal y cómo ha interesado el Ministerio Fiscal, pues si bien los menores no tienen obligación de tener DNI hasta los 14 años, es incuestionable que deben poder ser identificados para su entrada en el Centro Penitenciario, por lo que resulta admisible, cualquier documento acreditativo de la identidad, es decir DNI o pasaporte, en tanto en cuanto el libro de familia no acredita la identidad de los menores.

Dicha exigencia es razonable y asumible, y de hecho, también es imprescindible la identificación de los menores para viajar al extranjero, por lo que no se objetiva vulneración alguna de derechos fundamentales.

Por otra parte, la Orden de Dirección ya regula tales requisitos en el Centro Penitenciario de Albolote, fue expuesta en todos los módulos del Centro Penitenciario para general conocimiento de los internos.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno A.A.C. del Centro Penitenciario Albolote.

23.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 10/10/13

Desestima la queja contra la orden del centro de limitar latas de bebidas y prohibir alimentos en vis a vis.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.A.C. del Centro Penitenciario Albolote formulando queja contra la orden del Centro Penitenciario de limitar latas de bebidas y prohibir alimentos en vis a vis.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno A.A.C. sobre limitación de latas de bebidas y alimentos que pueden introducirse en las comunicaciones vis a vis, y a la vista de lo informado por la Dirección del Centro Penitenciario de Albolote, así como de las notas de Dirección adjuntadas al mismo (1/2/13 y 13/5/13), procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues el Establecimiento acordó:

1. Autorizar en las comunicaciones íntimas y familiares de duración de 90 minutos, una botella de agua de 1.5 litros y un máximo de 4 latas de refrescos, y,

2. Autorizar en las comunicaciones de convivencia, agua embotellada, dulces, refrescos, zumos y bolsas de frutos secos gusanitos y patatas fritas.

Los razonamientos tenidos en cuenta para la adopción de dichas medidas, son perfectamente razonables y no vulneran derecho alguno fundamental de los internos, pues, no resulta necesario, en principio, el consumo de alimentos en una comunicación de hora y media de duración, siendo suficiente con disponer de bebida; máxime cuando se puede solicitar, por motivos concretos, la introducción de algún producto en particular y cuando se permite introducir productos lácteos en biberón si acude algún menor.

Concurren, además, evidentes razones higiénicas que hacen preciso la adopción de dicha medida, pues en las habitaciones habilitadas para la celebración de éstas comunicaciones se iban acumulando restos de alimentos a medida que se sucedían los turnos de comunicación, con los consiguientes riesgos para la salubridad, a lo que se añade la dificultad de cachear los productos alimenticios.

Por otra parte, si se autoriza la introducción de ciertos alimentos en las comunicaciones de convivencia, atendiendo la mayor duración de éstas y la presencia de menores, por lo que, en definitiva, no se objetiva vulneración alguna de los derechos de los internos ni de la normativa penitenciaria vigente.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno A.A.C. del Centro Penitenciario Albolote.

24.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 30/05/13

Desestima la queja de hacer fotos a los familiares en los vis a vis.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.L.E.B., del Centro Penitenciario Herrera Mancha formulando queja por denegarle hacer fotos con sus familiares en las comunicaciones vis a vis.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe, conforme 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.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.L.E.B., sobre denegación por el Centro Penitenciario de autorización para la realización de fotografías en comunicaciones vis a vis, y a la vista de lo informado por el Centro Penitenciario, y por el Ministerio Fiscal, procede su desestimación, pues,

1. El Artículo 51.1 del Reglamento Penitenciario considera objetos no autorizados aquéllos expresamente prohibidos por las Normas de Régimen interior, cómo es el caso de las cámaras fotográficas, que actualmente disponen, además, de dispositivos de almacenamiento de archivos

extremadamente pequeños y susceptibles de eludir los controles de entrada y salida del Centro Penitenciario.

2. La no autorización de la realización de fotografías en el vis a vis no afecta a derecho fundamental alguno del interno y por el contrario, si puede afectar a la seguridad y ordenada convivencia en el Establecimiento, en relación a los usos o finalidad que pretendan darse a las fotografías, a la facilidad con que podrían cambiarse los dispositivos de almacenamiento de archivos de las cámaras fotográficas, además de la escasez de medios técnicos y humanos del Centro Penitenciario para el control de tales efectos electrónicos en evitación de los mencionados riesgos.

3. Además, el Centro Penitenciario puede facilitar la realización de fotografías individuales para que el interno pueda remitirlas a los familiares a los que no vea frecuentemente por lejanía geográfica u otras razones semejantes,

4. Por último, y en casos especiales, para eventos extraordinarios, como bodas, campeonatos etc., el propio Centro Penitenciario autoriza la realización de fotografías, con establecimiento de estrictos controles de seguridad que resultaría imposible activar de forma rutinaria, si se generalizara la entrada de cámaras fotográficas en las comunicaciones vis a vis.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno J.L.E.B. del Centro Penitenciario Herrera Mancha.

25.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 30/05/13

Estima parcialmente la queja en el sentido de instar al Centro Penitenciario a que de forma progresiva aumente la frecuencia de las comunicaciones de convivencia hasta equiparlos a las familiares e íntimas.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno F.J.C.I. del Centro Penitenciario Alicante II formulando queja, solicitando concesión de comunicaciones de convivencia con frecuencia mensual.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

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.

Por consiguiente, al interno se le están concediendo comunicaciones de convivencia trimestralmente; es decir, con la periodicidad mínima prevista en la referida instrucción, alegándose por el Centro Penitenciario la inexistencia de locales y dependencias suficientes en el Establecimiento que permitan concederlas con una periodicidad mayor.

Se considera, sin embargo, que atendida la finalidad de este tipo de comunicaciones dirigidas a fomentar una mayor cercanía con los hijos menores de 10 años; es decir, la relación paterno-filial, y el dato de la periodicidad mensual que se establece para las comunicaciones familiares e íntimas, resulta razonable considerar que debe tenderse a equiparar dicha periodicidad mensual también en las comunicaciones de convivencia; si bien valorando las dificultades que puede conllevar a los efectos organizativos del Centro Penitenciario; procede la estimación parcial de la queja del interno, en el sentido de instar al Centro Penitenciario de Alicante II, a fin de que de forma progresiva se vaya aumentando progresivamente la frecuencia de este tipo de comunicaciones de convivencia con hijos menores de diez años, con el fin de lograr, en un plazo razonable, la misma frecuencia que la prevista expresamente para las comunicaciones familiares e íntimas.

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

Parte dispositiva

Se estima parcialmente la queja formulada por el interno F.J.C.I. sobre comunicaciones de convivencia, en el sentido de instar al Centro Penitenciario a fin de que de forma progresiva, proceda a aumentar paulatinamente la frecuencia de las comunicaciones de convivencia con hijos menores de 10 años, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

26.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 20/03/13

Estima recurso del Fiscal frente al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que estimaba la queja sobre comunicaciones entre internos en distintos centros penitenciarios al no haber resolución previa de la Administración y por falta de competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre traslados.

Antecedentes de hecho

Por la Oficina de Gestión del Centro Penitenciario Puerto I se remitió la solicitud de solicitud de acogimiento al régimen general de comunicaciones ordinario realizada por el interno C.L.O., respecto de su esposa, interna en el Centro Penitenciario de Castellón, remitiéndose tal como queja presentada por dicha interno para su tramite ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Que por dicho Juzgado Central, y previos los tramites legales procedentes, oído el Ministerio Fiscal, con fecha 14 de enero de 2013 se dicto resolución por la que se acordaba “Se estima la queja del interno C.L.O. del Centro Penitenciario Madrid V, en el sentido de reconocer el derecho del interno. Debiendo ser la Administración Penitenciaria la que en razón a su competencia de traslado decida y en su caso arbitre la formula adecuada, para que se haga efectiva la comunicación solicitada por los esposos”.

Seguidamente por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación, oponiéndose a la estimación de la queja, siendo admitida a trámite, dándose traslado del escrito al penado a través de su representación procesal el cual se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal,

A continuación recibidas las mismas por este Tribunal, sé incoó el correspondiente rollo, registrado al nº 135/2010 se turnó de ponencia y se procedió al examen y deliberación de la misma, siendo votada y adoptada por unanimidad con el siguiente contenido.

Fundamentos jurídicos

La primera de las cuestiones que plantea este recurso, obedece a que el recluso se ha dirigido directamente al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, a través del Centro Penitenciario como cauce adecuado, pero sin que en ningún momento haya realizado petición a dicho Centro de la pretensión que demanda

Se considera tal cuestión relevante, habida cuenta que la comunicación entre internos, no es un derecho de carácter constitucional. En tal sentido cabe señalar el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/87 que establece la no vulneración de derecho fundamental de la comunicación íntima, como resultado de la concesión del legislador.

Es decir, que nos encontramos ante un derecho limitado por las circunstancias personales del interno, así como por las necesidades de garantía de la Administración Penitenciaria, por lo que es preciso lógicamente oír a dicha Administración Penitenciaria sobre las circunstancias personales y objetivas del interno en orden a la petición que formula.

No se ha hecho en el presente caso ya que solo consta una petición formulada por el penado en el año 2009 y resuelta definitivamente por resolución de la Administración Penitenciaria el 17 de mayo de 2010.

De ello se desprenden dos consideraciones, por un lado, el conocimiento del penado del trámite adecuado para solicitar su pretensión, oyendo previamente al Juzgado Central, a la Administración, para ponderar las referidas circunstancias objetivas y subjetivas, y en segundo lugar si tenemos en cuenta que la pretensión que nos ocupa es de 16-10-2012, se advierte que nada tiene que ver con la denegada en el año 2010 antes citada.

Es por ello, por lo que no habiéndose cumplido el trámite correspondiente soslayando la opinión y el Informe de la Administración Penitenciaria, procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal cuando menciona en su recurso expresamente "... sin que sea posible alcanzar aquella sin una previa autorización del organismo competente que, en este caso no se ha obtenido." y desestimar la pretensión del apelado revocando el auto recurrido.

No es nueva la tesis sostenida por este Tribunal, entre otros en el auto dictado con fecha 16 de julio de 2012, en expediente instado por igual motivo por la esposa, en el sentido de que cuando para la comunicación con su pareja se precisa un traslado, como suceda en el presente caso, habida cuenta que la misma se encuentra interna en el Centro Penitenciario de Castellón I y su pareja en el Centro Penitenciario Puerto I, hoy al parecer en Madrid V, la petición contiene un evidente traslado de Centro Penitenciario.

Los traslados conforme a lo previsto en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31 y ss. del reglamento Penitenciario, son competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria, y como tales considerados como actos administrativos, recurribles en vía contencioso-administrativa, no ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como ya sostuvo la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/86.

Los traslados de Centro penitenciario están perfectamente, reglados y son perfectamente discutibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que ello impone la falta de competencia del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para resolver sobre esta cuestión, por lo que es de estimarse el recurso planteado por el Ministerio Fiscal, dejando sin efecto el auto recurrido”, debiendo el penado interesar lo procedente en las vías correspondientes si a su derecho conviene

El propio auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se recurre recoge en su fundamento II, la posible existencia de razones de seguridad, orden o tratamiento que impidan dicha comunicación conforme recoge el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El único informe obrante en la causa, emitido por el Director del Centro Puerto I de 14-11-12, nada dice de distinta solicitud que la denegada anteriormente, por lo que no se ha procedido a valoración alguna de las circunstancias limitativas antes citadas al carecer de petición previa de recluso, ni en cuanto a la propia comunicación, ni por supuesto al traslado que es competencia del Centro Directivo.

Por todo ello, estimamos procede la estimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

Parte dispositiva

La Sala acuerda estimar el recurso presentado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 14-01-13, por el que se estimaba la queja formulada por la representación procesal de C.L.O., y en su consecuencia debemos revocar y revocamos la referida resolución, declarando no haber lugar por falta de competencia a pronunciamiento sobre traslado entre Centros Penitenciarios del Juzgado da Vigilando Penitenciaria.

27.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 23/10/13

Estima la queja. Comunicaciones vis a vis entre internos en Centros Penitenciarios en distinta localidad.

Hechos

En escrito dirigido a este Juzgado el interno M.Z.A. interpone queja relativa a la comunicación con su pareja.

Recabados los pertinentes informes del centro penitenciario se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó como consta en autos.

Razonamientos jurídicos

El artículo 76 da la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, la interna M.Z.A. del Centro Penitenciario de Ávila, formula queja por denegación de comunicaciones vis a vis con su pareja o compañero sentimental, interno, a su vez, en otro Centro Penitenciario (el de Alicante II).

El artículo 45 del Reglamento Penitenciario, prevé expresamente el derecho de comunicaciones vis a vis (íntimas, familiares y de convivencia) entre cónyuges o personas ligadas por semejante relación de afectividad, por lo que se trata de determinar si dicho derecho de comunicaciones vis a vis puede quedar limitado o excluido por el hecho de encontrarse presos ambos miembros de la pareja y en distintas localidades, pues por el Centro Penitenciario, no se alegan razones de seguridad, orden o tratamiento que conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, puedan impedir o limitar tales comunicaciones, sino exclusivamente el punto 5.2 de la Instrucción 4/2005 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que establece la prohibición de tales comunicaciones, si los centros están ubicados en distintas localidades.

Sobre esta cuestión, existe una consolidada orientación jurisprudencial de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, según la cual, la condición de presos de ambos cónyuges o personas ligadas afectivamente, no es obstáculo legal, ni reglamentario para las comunicaciones de convivencia que prevé el artículo 45 del Reglamento Penitenciario, y que si bien caben obstáculos derivados de la separación física de los cónyuges o parejas, es deber de la Administración no acentuarlos. Así, entiende que donde la ley no distingue, no cabe distinguir por lo que no cabría hacer una excepción para el supuesto de doble prisión de los convivientes, en distintas localidades, pues el derecho a las comunicaciones no puede depender de la Administración ni de la suerte.

También existe pronunciamiento sobre esta materia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que, en reciente Auto de 23/4/13, señala en su fundamento quinto que “suspender de modo universal el derecho de los cónyuges internos a la comunicación íntima bajo la excusa de la distancia entre los Centros Penitenciarios, no resulta compatible con el respeto a los derechos e intereses jurídicos de las personas condenadas a penas privativas de libertad”, y concluye expresando que la Administración no puede negar la comunicación entre internos cón-

yuges con base en la mera conveniencia u oportunidad de la distancia entre los Centros.

Aplicando, por tanto, la expresada doctrina, procede la estimación de la queja formulada por la interna reconociéndose expresamente su derecho a las comunicaciones vis a vis con su pareja, sin que el hecho de estar presos en distintas localidades pueda suponer un obstáculo a tales efectos. Ciertamente el Juez de Vigilancia Penitenciaria carece de competencias para acordar un traslado, pues constituye competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria, pero si la tiene para reconocer derechos e instar a la Administración a que garantice los mismos, por lo que, a fin de que se lleven a cabo las comunicaciones solicitadas, deberá la propia Administración establecer la fórmula más adecuada, más segura o recomendable en general, para la realización de los mismos (traslados, conducciones, etc..)

Por ultimo, conviene señalar que, en el caso de que sobrevengan razones de orden, seguridad o tratamiento que desaconsejen o impidan las comunicaciones podrán dejarse sin efecto o suspenderse conforme a lo prevenido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

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

Parte dispositiva

Se entinta la queja del interno M.Z.A. del Centro Penitenciario Ávila, sobre comunicaciones en el sentido de reconocer el derecho de la interna a las comunicaciones vis a vis con su pareja, debiendo ser la Administración Penitenciaria la que, en razón de sustancias decida y, en su caso, arbitre la fórmula más adecuada, para que dicho derecho a “la comunicación quede garantizado.

28.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 04/03/13

Estima la queja y permite una comunicación con efectos retroactivos, ya que la misma no pudo celebrarse por causas ajenas al interno (traslado).

Hechos

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno J.I.S.M. del Centro Penitenciario de Córdoba formulando queja por denegarle el Centro Penitenciario la recuperación de dos vises perdidos por una conducción.

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

Se remitió queja al Ministerio Recai que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

El artículo 75 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 notificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, examinado el expediente y visto el informe del Centro Penitenciario, debe señalarse que el interno J.I.S.M. sale de conducción para asistir a un requerimiento judicial el día 08/09/12, pidiendo la interna perteneciente al colectivo FIES 3 (BA) E.P.A., pareja del interno, a la dirección del centro, el cambio de fecha de la comunicación íntima a una fecha más cercana al final del mes, siendo retrasada al máximo posible para que el interno pudiera celebrarla en el mes de septiembre (se le concedió para el 25-09-12)

El interno no pudo celebrar ninguna de las dos comunicaciones, al reingresar el día 03-10-12.

Por último, señalar que las comunicaciones que los internos no pueden celebrar por razones ajenas al Centro Penitenciario (traslados, imposibilidad de que los familiares puedan asistir, etc.) no son acumulables en meses posteriores.

Hasta aquí lleva la razón el Centro Penitenciario, pero tampoco es de justicia impedir al interno una comunicación que no se ha efectuado por causas ajenas a él por tanto debe permitirse dicha comunicación con efectos retroactivos, encargándose al sistema programado de comunicaciones como mayor considere la Dirección.

Vistos las preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

Se estima la queja del interno J.I.S.M. del Centro Penitenciario Córdoba

29.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 23/10/13

Desestima la queja por denegación de comunicaciones vis a vis al no constar acreditación alguna de la condición de allegados de las personas con quienes solicita la comunicación.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno D.U.L.A., del Centro Penitenciario Albolote, formulando queja por denegación de vis a vis con I.B.Z. y X.I.A.R..

Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron pertinentes, en orden a esclarecer los motivos de queja.

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno D.U.L.A. sobre denegación de comunicación vis a vis con allegados y a la vista de los motivos de dicha denegación, según informe emitido por el Centro Penitenciario, procede su desestimación pues:

1. El término “allegados” que utilizan los artículos 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 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 éstos últimos un mayor grado de vinculación con el interno debiendo expresarse las circunstancias que determinan esa vinculación superior a la mera amistad para que pueda ser valorada por la Administración Penitenciaria, a la hora de decidir. En este sentido, corresponde en principio, a los internos decidir quiénes pueden ser identificados como allegados, encontrando el límite a la credibilidad de su manifestación en el número de personas respecto de las que afirma esa relación, pues normalmente esa relación de intimidad se tiene con pocas personas, debiendo además exigirse que se detallen y concreten por el interno las circunstancias que determinan esa especial vinculación superior a la mera amistad. No basta, por tanto, con que el interno presente una relación de personas respecto de los que se limite a manifestar que son allegados, sino que deberá aportar datos o indicios de esa relación especial, susceptibles de verificaciones.

Es cierto que en la mayor parte de los casos no habrá una forma de acreditar documentalmente la causa o motivos de esa relación especialmente estrecha, pero, al menos debe exigirse, que se describan las circunstancias que determinan esa vinculación especial para que puedan ser valorados 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.

2. En el presente caso el interno formula la solicitud respecto de dos personas que, califica de amigos.

Sin embargo, no existe acreditación documental alguna de la que pueda inferirse la condición de allegados de las personas con quien solicita el interno comunicar vis a vis, ni dicho dato puede deducirse de la frecuencia e intensidad del resto de comunicaciones mantenidas con dicha persona, por lo que procede la desestimación de la queja formulada.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno D.U.L.A. del Centro Penitenciario Albolote.

30.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 10/10/13

Desestima la queja de celebrar comunicación con su pareja, dado que la comunicación autorizada era familiar con su pareja y sus dos hijos.

Hechos

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno C.G.V., en el que se queja de lo expuesto en su escrito remitido a este Juzgado.

Se han recabado informes del Centro Penitenciario donde se encuentra acerca de dicha queja.

Pasado el expediente al Ministerio Fiscal, por éste se ha informado en el sentido obrante en actuaciones.

Razonamientos jurídicos

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 queja porque el día 18 de septiembre tenía autorizada una comunicación familiar con su pareja, y no la pudo tener, porque ésta no fue acompañada de sus hijos. La queja del interno no puede pros-

perar, considerando que de la documentación que obra en el expediente, resulta que en fecha 23-08-13, el interno solicita autorización para realizar comunicación familiar con su compañera y dos hijos el día 18-09-13, comunicación que le es autorizada el día 26-08-13. En la fecha autorizada 18.09, acude su compañera M.H.P., sola sin la compañía de sus hijos como estaba solicitado y autorizado. La Dirección no autoriza la comunicación familiar y así se le comunica al interno por Funcionario de Comunicaciones y Jefe de Servicios, y ello motivado en:

1. el día 04-09-13, éste interno había realizado comunicación íntima con su compañera.
2. el Reglamento Penitenciario, en su artículo 45 establece... 4...” se concederá una comunicación íntima al mes...; ...5... “una comunicación con sus familiares..., ... visitas de convivencia...”... de lo que se desprende que la distinta configuración legal que hace el legislador de las variantes que hacen las comunicaciones vis a vis viene determinada por sus finalidades específicas, así prevee el contacto íntimo con la pareja, el familiar con los que ostentan esta condición o la de allegados, y de convivencia con el núcleo familiar más próximo cuando existen hijos menores de 10 años. Obviar el elemento que caracteriza a cada una supone no sólo desnaturalizarlas sino utilizarlas para finalidades distintas de la prevista, es decir, autorizar la realización de la comunicación sólo con su pareja, en lugar de con su pareja e hijos como estaba solicitado y autorizado, sería desnaturalizar la comunicación familiar y convertirla en íntima.

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno C.G.V.

COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

31.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE SECCIÓN DECIMA DE FECHA 02/07/13

Autoriza la comunicación con una línea telefónica aun si acreditación documental. En casos excepcionales establece el criterio de dos líneas extranjeras aun sin acreditación documental.

Hechos

Por el Procurador Don J.L.V.F., en nombre y representación de M.O., bajo la dirección letrada de Doña M.T.G.V., se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto del juzgado de vigilancia penitenciaria de Alicante, que desestimaba la queja formulada por el interno por la no autorización de comunicaciones telefónicas con determinada línea telefónica.

De dicho recurso se confirió traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso a su estimación, elevándose a esta Sala los testimonios que las partes tuvieron por conveniente al amparo de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Razonamientos jurídicos

Se recurre en apelación la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante, que desestimaba la queja formulada por el interno por la no autorización de comunicaciones telefónicas con determinada línea telefónica, que alega corresponde con sus padres, personas de edad avanzada residentes en Marruecos.

Siguiendo lo ya mantenido por esta misma sección Décima en el Auto 366/2012 de 10 de julio en el rollo JVP 83/12, hemos de comenzar recordando que el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria esta-

blece el derecho de los internos a las comunicaciones y visitas. Comunicaciones orales, por tanto, también telefónicas, y escritas que se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.”

Por otro lado, también pueden ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

El artículo 47 del Reglamento Penitenciario que regula las comunicaciones telefónicas establece que: “Podrá autorizarse la comunicación telefónica de los internos en los siguientes casos:

- cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno.
- cuando el interno haya de comunicar algún asunto importante a sus familiares, al Abogado Defensor o a otras personas”

Es por tanto admisible que, dada la relación de especial sujeción del interno con la Administración Penitenciaria, el derecho a las comunicaciones telefónicas del interno no sea absoluto viéndose modulado por la necesaria existencia de normas de carácter interno de funcionamiento por las expuestas razones de seguridad y buen orden del establecimiento.

El Centro Penitenciario exige, por tal razón, la acreditación de la identidad de la persona con la que se pretende la comunicación telefónica para constancia de que se halla entre los supuestos legales expuestos, y de la titularidad de la línea telefónica que quiere el interno que sea autorizada.

El problema estriba en que para la acreditación de la titularidad de la línea no basta la simple manifestación del interno, (que podría ser una manera de probar su certeza o realidad) sino que el centro exige, en todo caso, prueba documental fehaciente mediante la aportación del contrato de la línea o una factura de pago del servicio.

Esa es la cuestión de fondo que late en la resolución que impugna el interno con su recurso por entender que restringe su derecho a las comunicaciones telefónicas.

Analizando la cuestión general planteada, como ya dijimos en la resolución antedicha, es indiscutible que las razones de seguridad aducidas por el director del centro penitenciario en su informe, y la necesidad de observar la concurrencia de los requisitos legales del artículo 47 del Reglamento Penitenciario, justifican, en principio, la exigencia de la indicación de la identidad de la persona con la que se pretende la comunicación telefónica y su relación con el interno, y su vinculación con la línea cuya autorización se interesa mediante la acreditación de la titularidad de la línea sin que ello implique una suspensión del derecho del interno a las comunicaciones telefónicas.

La cuestión estriba en la proporcionalidad de que la exigencia de esta acreditación de la titularidad de la línea telefónica tenga que ser en todo caso documentada, en la medida que en determinados casos pueda ser de imposible cumplimiento por las circunstancias concretas y personales de cada interno, y porque la exigencia estricta de este medio probatorio; el documental, no parece idónea para el fin que supuestamente la legitima, conocer la identidad del interlocutor real y evitar posibles fraudes.

No nos corresponde verificar declaraciones de carácter general, ni regular de forma genérica y detallada las disposiciones que deben regir las comunicaciones telefónicas de los internos, sino, de forma más limitada, conforme con el artículo 76.2.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria, resolver, en segunda instancia sobre el caso concreto, esto es, la queja del interno en relación al régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a su derecho fundamental y a sus derechos y beneficios penitenciarios.

No obstante, esta Sala considera que la exigencia estricta de la acreditación documental mediante contrato o factura de la línea telefónica supone en determinados casos específicos un rigor excesivo que puede determinar una privación o limitación de derechos del interno no admisible, debiendo admitirse otros medios de prueba que cubran unos mínimos de garantías de veracidad en la titularidad del teléfono, y admitirse posibles excepciones, debidamente justificadas, al cumplimiento de la regla general.

La denominada jurisprudencia menor, aun siendo variada, viene a coincidir en que debe partirse de no imponer al interno condiciones de imposible cumplimiento para la acreditación de la titularidad de teléfono

dado las dificultades de inicio que tiene para su acreditación por su propia condición de privado de libertad y porque deben propiciarse la comunicación del interno con sus familiares para evitar el aislamiento y exclusión absoluta de la sociedad a la que debe reintegrarse.

Nadie discute que lo dispuesto en los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 47 del Reglamento Penitenciario no reconoce ni ampara de forma automática y absoluta el derecho a comunicar telefónicamente con otras personas de manera ilimitada o indiscriminada, siendo perfectamente admisible que la Administración penitenciaria en uso de las facultades que le confiere la normativa, pueda establecer los requisitos y el procedimiento para adecuar el disfruto equitativo y controlado de ese derecho a las posibilidades concretas de que disponga el centro. A parte de ello sólo se podrá denegar o restringir dichas comunicaciones en cuanto a las personas y al modo, en base a razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Una cosa es que pueda ser justificable que, en principio, se exija la aportación de algún elemento de prueba de que la línea de teléfono a la que se pretende llamar corresponde a la persona asignada como comunicante, y otra muy distinta que esa acreditación se exija en todos los supuestos de una forma rigurosa pudiendo convertir el requisito en desproporcionado, y por tanto ilícito.

La acreditación documental, en todo caso, de la titularidad de la línea telefónica con la que se pretende contactar, cuando se trata de comunicar con familiar en primer o segundo grado, parece un requisito desproporcionado, al menos, cuando se refiere a países extranjeros alejados de nuestro entorno socio-económico y cultural. Supone exigir un requisito formal que, si bien puede entenderse proporcionado cuando se trata de líneas fijas o móviles de nuestro país, o países del entorno de la UE o asimilables, cuando va referido a entornos rurales de países menos desarrollados puede suponer un grave inconveniente, que acabe por limitar indebidamente el derecho a las comunicaciones. No se puede obviar que la finalidad primordial de la medida es la adecuada ordenación del servicio, pues la evitación del fraude de contactar con terceras personas es siempre difícil de soslayar y en caso de sospechas objetivas deberá acudir a las excepcionales medidas de intervención directa. Los problemas de gestión derivados de posibles abusos por uso de líneas de titularidad no documentada se

pueden obviar tan sólo con que la excepción a la norma general que, se propugna para estos casos especiales se limite a un sola línea, o un máximo de dos, bastando la declaración del interno y la exposición razonada de los motivos que dificultan o impiden la acreditación documental.

Cierto es que el extremo contrario, absoluta permisibilidad de cualquier teléfono sin mínima acreditación, podrá dar lugar a alteraciones del normal funcionamiento del sistema, por lo que, sin perjuicio de tener que examinar cada caso particularizadamente, autorizar, en estos casos excepcionales, un máximo de dos líneas extranjeras aun sin acreditación documental, parece algo factible sin riesgo alguno para el buen orden del establecimiento.

Procede por todo lo expuesto estimar el recurso, revocando la resolución que desestimo la queja e indicar al centro para que autorice al interno M.O. las comunicaciones con el teléfono indicado de sus progenitores,

Parte dispositiva

La sala decide: estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don J.L.V.F., en nombre y representación de M.O., contra el auto de 27 de febrero de 2013, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en expediente núm 861/13, que desestimaba la queja formulada sobre obligación de acreditar la titularidad de los teléfonos para que sea autorizadas las llamadas en el Centro Penitenciario, que se revoca parcialmente en el sentido de acordar que por el Centro Penitenciario le sea autorizado al referido interno el numero de teléfono de sus progenitores.

32.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALICANTE DE FECHA 21/10/13

Desestima la queja sobre obligación de acreditar la titularidad de los teléfonos.

Hechos

Que en este Juzgado se recibió queja formulada por el interno R.A.M.P. interno en el Centro Penitenciario de Alicante, contra la resolución de la Dirección del Centro, que exige la acreditación por cualquier medio o procedimiento hábil, de la titularidad o propiedad de los teléfonos cuyos números sean facilitados por los internos para la realización de llamadas semanales cuya autorización pretenden.

Incoado expediente penitenciario se acordó traslado de la queja, junto con informe del Centro Penitenciario al Ministerio-Fiscal, quien informó La exigencia de una línea telefónica de contrato para poder comunicar, aportando además los datos del titular de la misma, ya sea de teléfonos fijos o móviles, ha venido siendo entendida por esta Fiscalía, como una limitación al derecho de comunicar de los internos que no aparecía justificada, de un lado porque se imponía a terceros una forma de contratación, eventualmente más gravosa, y de justificación muy difícil, singularmente en el caso de los teléfonos fijos o móviles de países extranjeros. Además supone imponer a terceros la obligación de aportar documentación comprensiva de datos de carácter personal, circunstancia que concurre en supuestos tales como las comunicaciones con Letrados.

Por otra parte se ha entendido, que limitar la autorización a los teléfonos (fijos o móviles) de los que se acredita documentalmente la identidad del titular de la línea tampoco garantiza que no se produjesen los abusos que se pretenden evitar, toda vez que el titular declarado puede actuar también como simple intermediario del usuario final.

De concurrir razones singulares para intervenir las comunicaciones, deba acordarse en relación con cada interno en particular y por los cauces previstos en la legislación procesal y penitenciaria. De haberse acordado

una prohibición judicial de comunicación con ciertas personas, no procedería desde luego la inclusión del teléfono correspondiente a las mismas,

La entrada en vigor de la Ley 25/07 nada cambia este panorama. No se asegura facilitando la identidad del titular, la identidad del comunicante real, pudiendo chocarse además con los mismos problemas de aportación de documentación que ya venían ocurriendo con los teléfonos de contrato. Finalmente la propia Ley prevé que los datos puedan ser requeridos por orden de un Juez con la finalidad de detectar, investigar y enjuiciar delitos graves, no siendo este el caso.

Razonamientos jurídicos

Según el artículo 76.2g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas formuladas por los internos en relación con el régimen y derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

Se sustenta la queja en la falta de legalidad de la resolución adoptada por al Dirección del Centro Penitenciario, que es comunicada con carácter general, mediante la oportuna circular, y lo que se establece la exigencia a los internos de acreditar por cualquier documento la propiedad o titularidad de los teléfonos fijos o móviles, cuyos números pretendan ser incluidos en el sistema informático a fin de poder realizar llamadas semanales permitidas al amparo del artículo 47 Reglamento Penitenciario.

Al respecto hay que recordar, que las comunicaciones, reguladas en los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario, constituyen un derecho del interno pues cooperan de forma fundamental al tratamiento, manteniendo los vínculos afectivos existentes con el exterior y evitando el desarraigo y alejamiento paulatino y constante de la sociedad y entorno al que se pertenece. Pero ello no quiere decir, ni de tal se puede colegir, que el derecho a las comunicaciones revista un carácter absoluto, que no pueda ser restringido o incluso anulado cuando razones de seguridad o del buen orden de los establecimientos así lo aconseje. El derecho a comunicar pues, es un derecho del interno que ha de ejercer con persona determinada y en la forma y circunstancias en que quede autorizado por la Dirección del Centro Penitenciario en cuestión.

En lo que ahora interesa y por lo que a las comunicaciones telefónicas se refiere hay que decir, como ya abundase en ello la Audiencia Provincial de Cádiz, entre otros en sus autos, de fechas 6 de febrero de 1995 y 2 de julio de 1996, que las mismas no constituyen sino una modalidad especial de comunicación oral y no una forma distinta de comunicación. Quiérese con ello decir, que las mismas y al igual que se prevé en el artículo 41.2 del Reglamento Penitenciario, con carácter general, pueden ser intervenidas, restringidas o suspendidas en cuanto a las personas y al modo, cuando razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento lo aconseje. En igual sentido; autos de la Audiencia Provincial de Gerona de 16-09-2002, Audiencia Provincial de Valladolid de 16-02-07, entre otros.

Más recientemente cabe citar auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15-03-2011, (nº rec 1219/2011) cuando afirma: “En el caso del penado, figura en el expediente que tiene autorizadas las comunicaciones telefónicas con determinados allegados y, como él mismo reconoce, si no se le han autorizado las llamadas con su tía es porque no ha podido acreditar que ella sea la titular de la línea telefónica, de modo que entendemos que no se ha vulnerado su derecho a mantener comunicaciones telefónicas, ya que (aparte de que esa acreditación de titularidad no es tan difícil de obtener) la autorización está pendiente de la comprobación de que la comunicación reúne los requisitos exigidos por la normativa legal, pues razones elementales de seguridad exigen que se lleve a cabo un control adecuado de las llamadas a través de la identificación efectiva de los destinatarios de las mismas,”

A mayor detalle, quizás por la especialidad que revisten. tales comunicaciones, en cuanto dificultan notablemente la identidad del interlocutor, el Reglamento Penitenciario en su artículo 47, limita estas comunicaciones estableciendo que podrán ser autorizadas:

- A) cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno.
- B) cuando el interno haya de comunicar algún asunto importante a sus familiares, al abogado defensor o a otras personas.

En tales casos, sigue diciendo el precepto, el interno que desee comunicar telefónicamente con otra persona, lo solicitará al director del esta-

blecimiento el cual, previa comprobación de los extremos mencionados lo autorizará y señalará la hora en que deba celebrarse.

No obstante lo restrictivo del sistema legalmente establecido, que permite hasta un máximo de cinco llamadas, actualmente la institución, según se informa; para hacer más asequible el derecho, permite realizar a los internos un máximo de diez llamadas telefónicas semanales, con duración de cinco minutos a diez números de teléfono previamente solicitados y autorizados, sin presencia del funcionario y con sólo marcar el número de identificación interior. Es lógico pues, que para evitar la siempre indeseable picaresca de los internos que en no pocas ocasiones venden las llamadas telefónicas, consiguiendo otro número ilimitado de llamadas, y otra serie de prácticas que repercuten en el buen orden del establecimiento y, para evitar en la medida de lo posible llamadas a personas u organizaciones que puedan comprometer la seguridad del centro, que la dirección, sin apartarse de la legalidad establecida exija conocer, siquiera sea “prima facie”, la identidad de la persona con la cual se va a establecer la comunicación y ello, aunque la bondad del sistema impida conocer cual es el asunto de notoria importancia que se trata de comunicar a los familiares, abogado u otras personas. Por ello, la decisión del Centro Penitenciario, en cuanto a, la normativa general que impone, no es desorbitada, ilegal o atentatoria contra los derechos penitenciarios de los internos y habrá de ser en cada caso concreto, y ante una negativa determinada a incluir algún número solicitado en el sistema informático, cuando esté en su caso justificada la queja del interno ya que, la forma y manera de acreditar al menos indiciadamente la titularidad del teléfono fijo o móvil, ya lo sea en la modalidad de contrato o prepago, no constituye un “numerus clausus” si no un “numerus apertus” que, en una primera instancia corresponde valorar al Director del Centro, siendo ineludible obligación del interno la facilitación de los datos requeridos.

Por lo que respecta a la queja planteada el interno según se nos dice desde el Centro, tuvo autorizado provisionalmente, y durante un mes, desde su ingreso, los números de teléfono objeto de queja, efectuando las llamadas que tuvo por conveniente dentro de las limitaciones reglamentariamente establecidas. Transcurrido el mes, el interno no ha probado su titularidad, por lo quedan como no autorizados, salvo los que a través de contrato o factura, de los números sí que han quedado autorizados.

Sin perjuicio de ello, el interno no tiene ningún tipo de restricción en sus comunicaciones orales, íntimas, familiares o de convivencia, y disfruta igualmente sin restricción alguna de comunicación escrita.

Vistos los preceptos de pertinente aplicación al presente caso,

Dispongo

Que debo desestimar y desestimo la queja formulada por el interno R.A.M.P. sobre obligación de acreditar la titularidad de los teléfonos a los cuales pretender realizar llamadas.

33.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 21/08/13

Estima la queja autorizando la comunicación telefónica con el número que el interno indique sin necesidad de acreditar previamente su titularidad.

Antecedentes de hecho

Por el interno del Centro Penitenciario de Albacete, se formuló queja ante este Juzgado sobre llamadas a un número de teléfono.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación de la queja.

Razonamientos jurídicos

La finalidad de la actuación penitenciaria orientada hacia la reinserción social del reo exige considerar a los mismos como seres no elimina-

dos de la sociedad, siendo elemento básico del régimen penitenciario y del tratamiento individualizado el tratar de conseguir que el interno no rompa los contactos con el mundo exterior y, en definitiva, que no se sienta temporalmente excluido de modo absoluto de la sociedad de la que forma parte.

De ahí que tanto la Ley General Penitenciaria como su Reglamento regulen la efectividad de las comunicaciones de los internos, distinguiendo las orales y las escritas, salvo en el caso de incomunicación judicial. Ambas normas contemplan las comunicaciones del interno con el exterior como algo con carácter general, que solo admitirán restricciones que se basen en razones de seguridad, de interés de tratamiento y/o del buen orden del establecimiento. El origen de tal derecho y el carácter excepcional de su restricción en todo o en parte tiene su base en nuestra Constitución, concretamente en los artículos 25.2, 18.1 y 18.3, donde se conciben no solo como derechos subjetivos públicos sino verdaderos rasgos esenciales del sistema democrático, no teniendo el carácter de absolutos, pero si indudablemente como algo cuyos límites han de ser siempre interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.

Por tanto, cualquier restricción, suspensión o intervención genérica de las comunicaciones del interno con el exterior, en sus variadas modalidades, deberá de acordarse, justificarse y motivarse como algo excepcional, máxime cuando no se encuentre prevista con carácter previo en la Ley o el Reglamento, siempre desde la perspectiva de que la regla es la comunicación y la excepción la restricción del derecho, salvo, en todo caso, decisión judicial, no siendo necesario también hacer constar las necesidades organizativas y las limitaciones de control y espacio lógicas, que también deben ponderarse, tratando de engarzar el derecho de los internos con la realidad de nuestros Centros Penitenciarios.

En consecuencia, interpuesta por el interno queja por la no autorización al mismo por el Centro de cumplimiento a comunicar por medio de un teléfono, habrá que analizar las razones esgrimidas por la Administración para la restricción del derecho general.

A tal efecto, la razón alegada por el Centro Penitenciario para no autorizar la comunicación con un teléfono, es la no acreditación de la titularidad del teléfono, exigiendo al interno demostrar aquella mediante la exhi-

bición de la factura de compra, recibo del mes, etc., con las deficiencias que tal sistema implica para la propia Administración, ante la posible presencia de intermediarios. Por tanto la restricción se produce por no tener constancia previa la Administración Penitenciaria de la titularidad del número de teléfono con el que intenta comunicar el interno y todo ello para tratar de conocer al comunicante real del interno, alegando que el número de teléfono esté puesto a bolígrafo.

En tal sentido hay que señalar que la Administración Penitenciaria lo que viene intentando desde el año 2005 es, no solo mejorar las condiciones de ejercicio del reiterado derecho de los internos a comunicar telefónicamente con el exterior, sino, al mismo tiempo y lógicamente, en el ejercicio de sus competencias, establecer filtros y controles que garanticen en la medida de lo posible la identificación del comunicante con el interno y el registro de la llamada, sin conseguirlo realmente tal y como la misma reconoce, dado que ni la acreditación previa de los titulares de los teléfonos solicitados, tanto fijos, como de contrato, como de prepago, garantizan que el comunicante real sea la persona previamente identificada por el interno. Y no solo por la posibilidad física de pasarse los aparatos en el momento de la conversación, sino por el hecho constatado de que los avances tecnológicos actuales y, en particular, de la telefonía, y más en concreto, de la móvil y de los desvíos de llamada, pone al servicio de usuario posibilidades reales que facilitan de tal modo la comunicación entre las personas que hacen imposible la constatación previa de no solo la persona interlocutora, sino de la presencia de la misma en un lugar determinado y de la utilización por ella de un terminal prefijado.

De todo ello se deduce que el control pretendido por la Administración Penitenciaria, no olvidemos, fundamento real y único para la restricción de las llamadas a teléfonos, hoy en día es ilusorio, debiendo, por tanto, buscar fórmulas alternativas para garantizar el necesario control, mediante comprobaciones simultaneas o posteriores de la identidad real del comunicado, así como establecer consecuencias reglamentarias sancionadoras para el supuesto de engaño por parte del interno, pero no otras que no sirven en nada para el fin cuya previsión trata de justificar la restricción de un derecho. Solamente la concurrencia de otras circunstancias ajenas a la general indicada, pudiera dar lugar a exigir la comunicación con una identificación previa del titular del número a marcar, cuya valoración y su justificación se haría, en su caso, en su momento.

En atención a lo expuesto

Dispongo: Estimar la queja planteada por el interno F.L.V., en el sentido de autorizar e intentar una comunicación telefónica del mismo con el numero que el mismo indique sin necesidad de acreditar previamente la titularidad del mismo, debiendo el Centro Penitenciario a la mayor brevedad comunicar a este Juzgado la efectividad y cumplimiento de la presente resolución.

RESTRICCIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

34.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 22/07/13

La implicación del interno en un delito contra la salud pública de connotación internacional y su inclusión en FIES, son razones insuficientes para justificar una prórroga de la intervención de las comunicaciones.

Hechos

Por el letrado, en defensa de J.M.G.G., se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto del Juzgado de vigilancia penitenciaria de 11-3-2013 que desestimaba el recurso de reforma contra el de 31-1-2013 que confirmaba el acuerdo de la Dirección Penitenciario Alicante II (Villena) de prórroga de la intervención de las comunicaciones del interno recurrente.

De dicho recurso se confirió traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso a su estimación, elevándose a esta Sala los testimonios que las partes

tuvieron por conveniente al amparo de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fundamentos jurídicos

Se recurre la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que confirma el acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario Alicante II por el que se prorroga la intervención de las comunicaciones del interno, escritas, orales, a excepción de las que mantenga con su abogado defensor y procurador, y telefónicas por plazo de seis meses, según acuerdo de la dirección del centro de 14-11-2012.

Los presupuestos o indicios para la adopción de la medida es el carácter de preso preventivo del interno por delito contra la salud pública y delitos relacionados con delincuencia organizada y la finalidad que justificaría la necesidad de la medida y su proporcionalidad es la protección de la seguridad y el orden, evitar la continuación de actividades delictivas desde el interior del centro y evitar la evasión del centro.

El informe motivado evacuado por la Dirección del Centro Penitenciario a instancias del Ministerio Fiscal, para justificar la medida acordada y cuya confirmación se interesaba indicaba como razones para la misma el carácter de preventivo del interno por un delito contra la salud pública y hallarse incluido en el fichero FIES 2 (delincuencia organizada)

La sentencia del Tribunal Constitucional 170/1996, de 29 de octubre en relación con esta cuestión indica que la intervención de las comunicaciones telefónicas afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la que también son los titulares los internos en un centro penitenciario. Ni el fallo condenatorio, ni el sentido de la pena, ni la ley penitenciaria suspenden este derecho, a salvo las limitaciones al derecho contenidas en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el reglamento penitenciario, por las peculiaridades de la relación penitenciaria.

Según el mencionado artículo, las limitaciones a tal derecho vienen impuestas por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Por tal razón, mantiene el Alto Tribunal que “el mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada

mas allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican, podría lesionar efectivamente el derecho afectado, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (Sentencias del Tribunal Constitucional 206/1991, fundamento jurídico 4, 41/1996, fundamento jurídico 2., etc.). Los artículos 51 y 10.3, párrafo segundo, de la Ley Orgánica General Penitenciaria y los correlativos preceptos del Reglamento Penitenciario de 1981, en concreto los artículos 91.1 y 98.4 (y artículos 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario de 1996) llevan implícita la exigencia de levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se legitima exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento”.

“...De ahí la necesidad e importancia de la motivación del Acuerdo, no solo porque así lo exige expresamente el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino porque constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva”...

“...La motivación del Acuerdo resulta un elemento imprescindible para la garantía de los derechos de los reclusos. La intervención de las comunicaciones, medida excepcional, no debe adoptarse con carácter general e indiscriminado, ni por más tiempo del que sea necesario para los fines que la justifican. El enjuiciamiento de la motivación ha de ser realizado con detenimiento”.

En el presente caso la motivación justificativa de la medida de intervención telefónica viene dada por la implicación del interno en un delito contra la salud pública de clara connotación internacional que demuestra un nivel organizativo delincencial notable (transporte de un contenedor con piñas desde Sudamérica conteniendo 204 kilogramos de cocaína) y su inclusión por esta razón en el fichero FIES 2 (delincuencia organizada).

Esta argumentación y justificación fue aducida para la adopción del primer acuerdo de intervención de las comunicaciones por plazo de seis meses que se pretende prorrogar, que, si en aquel momento fueron válidas y admisibles, en este momento se consideran insuficientes para justificar una prórroga de la medida dado que no se aporta dato alguno derivado del

periodo de observación transcurrido que justifique el mantenimiento de la misma.

El informe motivado evacuado a instancias del Ministerio Fiscal únicamente añade al emitido, en su día, para la adopción de la de la medida en noviembre 2012 que no han variado las circunstancias que dieron lugar a la intervención de las comunicaciones, sin concretar que nuevos elementos indiciarios concurren y se han evidenciado de la intervención acordada o de otras circunstancias tácticas que permitan apuntar un riesgo o peligro para el orden del establecimiento, un intento evasión o la reiteración y dirección delictiva desde el interior del centro penitenciario.

Por otro lado, la inserción en el fichero FIES, fichero de internos de especial seguimiento, como base de datos de carácter administrativo para disponer de información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad, por su historial delictivo o trayectoria penitenciaria, o bien internos necesitados de protección especial, no conlleva automática ni necesariamente la intervención de sus comunicaciones telefónicas, por lo que adoptar tal medida restrictiva de su derecho fundamental a internos insertados en este fichero no está exenta de motivación ni justificación que deba ser ponderada por el juzgador en cuanto a necesidad y proporcionalidad. Así lo establece la introducción a la Instrucción I-12/2011 sobre internos de especial seguimiento/medidas de seguridad.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso y revocar la resolución que confirma el acuerdo de prórroga de la intervención de las comunicaciones al interno recurrente por seis meses.

Parte dispositiva

La sala acuerda: estimar el recurso de apelación interpuesto por el letrado, en defensa de J.M.G.G., contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 11-3-2013 que desestimaba el recurso de reforma contra el de 31-1-2013 que confirmaba el acuerdo de la Dirección Penitenciario Alicante II (Villena) de prórroga de la intervención de las comunicaciones del interno recurrente, que se revocan y dejan sin efecto con declaración de las costas de esta alzada de oficio.

35.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 09/05/13

Autoriza la comunicación con su compañera, por motivos humanitarios, mientras está hospitalizado, sin que quede sin efecto la restricción general acordada tras mal uso de un vis a vis.

Antecedentes de hecho

Por el interno del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha M.S.G. se formuló queja ante este Juzgado sobre comunicaciones con G.T.M.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación de la queja.

Razonamientos jurídicos

Recurre el interno el acuerdo del Director del Centro Penitenciario restringiendo las comunicaciones con su compañera al haber sido ingresado y operado. A tal efecto el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente con sus familiares y amigos, sin más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés, de tratamiento y buen orden del establecimiento penitenciario, a la vez que el artículo 43 del Reglamento prevé tanto la restricción o prohibición, como la intervención de dichas comunicaciones.

Como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 200/1997 es legítima la prohibición, siempre que se razone la misma y se individualicen los motivos en el caso concreto. En el presente caso, los motivos de la denegación por parte de la Administración Penitenciaria, se ciñen al mal uso de una comunicación vis a vis, la cual realmente no se recurre. Son las circunstancias sobrevenidas de una operación y el mantenimiento de tal restricción en el Centro Hospitalario lo que se recurre

Pues bien, del mismo modo que está justificada la denegación de la comunicación, que no se ha recurrido, parece que son motivos humanitarios los que determinan que ante una excepcionalidad de suficiente entidad, tal regla pueda excepcionarse por un hecho puntual y concreto como ha sido la operación, debiendo autorizarse que, mientras permanezca en el Hospital, pueda comunicar con su compañera, sin que quede sin efecto la restricción general acordada.

Procede, por lo dicho, la estimación del recurso, sin perjuicio de que pueda el Centro y/o las Fuerzas de Seguridad encargadas de su custodia adoptar las cautelas necesarias y proceder por ello al control e intervención de la comunicación, a fin de evitar que la misma pueda ser empleada para fines ilícitos.

En atención a lo expuesto

Parte dispositiva

Dispongo: Estimar la queja planteada por el interno M.S.G. en el sentido de que se autoriza la comunicación ordinaria con G.T.M., mientras permanezca hospitalizado.

COMUNICACIONES CON ABOGADOS

36.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 05/06/13

Entrevistas entre abogado y preso preventivo deben realizarse sin barreras físicas. Su control es competencia del Juez de Instrucción

Antecedentes

La representación procesal de G.D.F. interpuso recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de 11-04-2013 que desestimó al recurso de reforma contra la providencia de 13-03-2013.

El Juzgado instructor admitió a trámite al recurso de apelación y elevó a esta Sección 2ª testimonio de particulares para su resolución.

Llegado el testimonio se formó rollo, se designó Ponente y se señaló para su deliberación.

Fundamentos de derecho

La primera cuestión a resolver tras el recurso planteado, es decidir si la petición inicial de la representación del recurrente, que las entrevistas entre el abogado e imputado preso preventivo se realicen sin barreras físicas, que se interpongan en la comunicación de los interlocutores, facilitando el intercambio de documentación, es competencia del Juez de Instrucción o se enmarca en las más general del Juez de Vigilancia Penitenciaria. El Juez Instructor entiende que es competencia de Instituciones Penitenciarias y del Juez de Vigilancia. La parte recurrente sostiene, como no puede ser de otra forma, que corresponde al Juez de Instrucción, la tutela de los derechos fundamentales de los presos preventivos en virtud de las actuaciones que sean objeto de investigación por los mismos.

El Juez Instructor, para mantener su falta de competencia y siguiendo el informe del Ministerio Fiscal, cita lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica 1/1079, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, al cual establece la forma en la que se llevan a cabo las comunicaciones de los internos, y especialmente las que tengan con su abogado defensor, las cuales se celebrarán en departamentos apropiados; añade la cita del artículo 50, el cual dice que “Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes”. A renglón seguido, se cita el artículo 76.2 g, del mismo texto legal, al cual establece que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia “g) acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos”; de ellos, se colige que como el artículo 50 y 51 se encuentran en el Título XI de la ley referido al “Régimen Penitenciario”, cualquier petición deberá realizarse mediante los mecanismos previstos en los artículos 50 y 76 de la Ley Orgánica citada. Se concluye que en este caso, no se está debatiendo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino una cuestión que puede afectar a razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento, valoraciones que corresponden, vía petición o queja, al Juez de Vigilancia.

Muy al contrario, la sala entiende que la petición rechazada objeto de recurso, penetra en aspectos básicos y nucleares del derecho de defensa; en este sentido, la famosa sentencia del Tribunal Supremo (sala 2ª) 79/2012, comienza sancionando que “el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas”. Esto determina que, el derecho de defensa no puede tener más restricciones que aquellas determinadas por la propia ley, y en cuanto a las condiciones en que desarrolla, las que imponga el régimen penitenciario, y así cuando los imputados se encuentran en situación de prisión preventiva, el ejercicio del derecho de defensa mediante la relación con el letrado defensor solo pueda tener lugar en el marco de la relación, calificada

por una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987), como de especial sujeción, que el interno mantiene con la Administración Penitenciaria. De forma, que el imputado solo podrá comunicar personalmente con el letrado en los espacios habilitados en el Centro Penitenciario. La representación del recurrente cita la (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Castravel contra Moldavia*, de 13 de marzo de 2007), en la cual se dice expresamente que la entrevista entre el preso preventivo y su letrado puede realizarse sin un cristal situado como barrera física entre ambos –Glass-partition- como regla general, y solo puede ser objeto de excepción, si lo aconsejan las circunstancias personales del interno para evitar riesgos de seguridad. Con carácter general, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2006, caso *Viola contra Italia*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, señaló que «la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes debía ser objeto de protección a nivel comunitario», aunque supeditó tal beneficio a dos requisitos: «... por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, y, por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral. Esto le dota a la petición realizada de una especial importancia e interés.

De lo expuesto, se puede deducir que las condiciones físico-espaciales en que se desarrollo el derecho de defensa en una prisión, pueden afectar al núcleo esencial del derecho, y como tal su control de garantía corresponde al juez de instrucción y no al de Vigilancia, puesto que la tutela de los derechos fundamentales de los presos preventivos en tanto en cuanto afecten al proceso debido, es competencia del Juez de Instrucción, puesto que excede de las especiales competencias del Juez de Vigilancia; cuestión diferente serían los aspectos que puedan afectar al derecho a la vida, integridad física o salud por ejemplo, los cuales no tienen este carácter procesal.

En segundo lugar, y habida cuenta las razones alegadas el recurrente, su falta de peligrosidad, necesidad de comunicar, consultar e intercambiar documentación por la especial naturaleza de los delitos investigado (de carácter económico), aconsejan que el lugar físico donde se ejerza este derecho en prisión, no ha de estar limitado por un cristal, sino que se debe

permitir que se haga en un lugar sin barreras física, algo que está insito en la expresión “departamento apropiado” del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por ello, se debe estimar el recuso, y dar lugar y curso a la petición realiza por el representación del recurrente, ordenando al Centro Penitenciario que permita las entrevistas del letrado y el imputado en un departamento sin barreras físicas que permita el intercambio de documentación.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación,

Parte dispositiva

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de G.D.F. contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de 11-04-2013, que desestimó el recurso de reforma contra la providencia de 13-03-2013, y en consecuencia dar lugar y curso a la petición realizada por la representación del recurrente, ordenando al Centro Penitenciario que permita las entrevistas del letrado y el imputado en un departamento sin barreras físicas que permita el intercambio de documentación.

OTROS

37.- SENTENCIA 1234/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 30/07/13

Desestima recurso contencioso-administrativo contra Circular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 30 de octubre de 2009

Visto el recurso contencioso-administrativo número 1159/2013 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el Procurador de los Tribunales, Sra. V.B., en nombre y representación de M.P.G.H., contra la Circular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 30 de octubre de 2009 por la que se habilita a la Administración Penitenciaria de la cárcel de Teixeiro-Curtis para someter a cacheos y palpamientos al momento de acceder a comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia con el interno Sr. R.C. Habiendo sido parte demandada la Administración del Estado, Ministerio del Interior, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó al demandante para que formalizara su escrito de demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte Sentencia declarando la nulidad de dicha Circular por ser contraria a Derecho y al artículo 45.7 del Reglamento Penitenciario, y por ello, sea expulsada de nuestro ordenamiento jurídico. Con carácter subsidiario, de ampararse la circular en el artículo citado y resultar ser conforme a derecho, se declare ilegal dicho precepto por ser contrario a la ley y a la Constitución, con base en los fundamentos jurídicos que expone en su escrito. Solicitando recibimiento probatorio de las actuaciones.

El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte Sentencia por la que se declara inadmisibile el presente recurso, al recurrirse una actuación, no un acto susceptible de impugnación, in fine artículo 69 c) de la Ley Jurisdiccional, dado que se trata de una mera indicación de criterios para la aplicación de una norma. Desestimándose en su caso el recurso en cuanto al fondo.

Por auto de fecha 14 de octubre de 2011 se acuerda el solicitado recibimiento probatorio de las actuaciones, y se confiere traslado a la parte demandante para que alegara acerca de la causa de inadmisibilidad propuesta por la parte demandada, alegaciones que han sido presentadas, y practicándose la prueba documental propuesta por la actora, con denegación de la prueba testifical que había sido propuesta, tras lo que se ha conferido traslado a las partes para la presentación de sus escritos de conclusiones, declarándose una vez presentado sus escritos, conclusas las actuaciones y señalándose tras ello para la votación y fallo del presente proceso la audiencia del día veintinueve de Julio de dos mil trece, teniendo así lugar.

Fundamentos de derecho

Primero.- A través del presente proceso impugna la recurrente, la Circular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 30 de octubre de 2009 por la que se habilita a la administración penitenciaria de la cárcel de Teixeiro-Curtis para someter a cacheos y palpamientos al momento de acceder a comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia con el interno Sr. R.C., en aplicación del artículo 45.7 del Reglamento Penitenciario 190/96, de 9 de Febrero.

Segundo.- Más como sea que es de prioridad abordar la cuestión de inadmisibilidad del presente recurso, propuesta en su escrito de contestación por la parte demandada, previo al examen de la cuestión litigiosa propuesta por el demandante, habrá de resolverse aquella, de forma que estimada la correspondiente alegación, aquella impediría el conocimiento del fondo del asunto.

Pues bien, la parte demandada considera que el recurso es inadmisibile, conforme el artículo 69 c) de la Ley Jurisdiccional, afirmando que el acto impugnado no es de naturaleza administrativa ni constituye tal acto real-

mente, para lo que se debe analizar la naturaleza jurídica de la Resolución impugnada. En este sentido, la actora insiste en que la misma es una disposición de carácter general, de carácter normativo administrativo, que crea un estatus político diferenciado de los presos pertenecientes a bandas armadas y a sus familiares que no contempla la ley ni el ordenamiento jurídico y con injerencia en derechos fundamentales, artículo 14 y 18 de la Constitución Española, al margen del marco competencial y del procedimiento legalmente establecido. Y si se considera que la misma se ha dictado al amparo del artículo 45.7 del Reglamento Penitenciario, se ha de dirigir la demanda contra dicho artículo por idénticos motivos, y como así previamente viene a expresar en su escrito de demanda, argumentando que se vulnera con dicha norma el principio de legalidad, el principio de publicidad de las normas, pues no se notificó a la demandante la existencia de dicha circular al momento de los cacheos, que supuestamente amparara la actuación de la Administración por la que se le somete a cacheos; así como se vulnera el principio de vinculación constitucional y en definitiva no se le puede conceder valor normativo a dicha Circular por cuanto sería contraria a los principios de jerarquía normativa y de competencia. Habiendo aportado en apoyo de su tesis Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de A Coruña, de fecha 26 de noviembre de 2010 en la que, ostentando la ahora actora la condición de recurrente en el recurso contencioso-administrativo seguido y que finalizó con dicho fallo, se desestima la pretensión que fue deducida por el cauce procedimental de protección de los derechos fundamentales, contra la actuación, vía de hecho, de la Administración, en la citada prisión de Teixeiro-Curtis, por el sometimiento a cacheos y palpaciones en el momento de acceder a las comunicaciones íntimas, a los familiares del ya citado interno, sentencia en la que empero se desestima la solicitud que había sido formulada acerca de la ilegalidad de la circular, su falta de publicación, considerando que la circular y la instrucción que fue aplicada, constituye instrumento idóneo para la Administración Penitenciaria.

Por el contrario, la Administración demandada sostiene que nos encontramos ante una mera indicación de criterios para la aplicación de una norma, en la que sobradamente se justifican las razones para ello.

Tercero.- La pretendida resolución, de fecha 30 de octubre de 2009, es una comunicación o notificación que realiza la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaría General de

Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, dirigida al Sr. Director del Centro Penitenciario, en la que tras diversas consideraciones referidas a la seguridad interior de los Centros Penitenciarios en relación con las comunicaciones íntimas, que deben ser puestas en relación con el artículo 71 del Reglamento Penitenciario, así como con su artículo 45.4, en orden a su desarrollo con el debido respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales, se viene a determinar que,... “a partir de la recepción del mencionado escrito, cuando se vayan a celebrar comunicaciones íntimas, familiares o de convivencia con internos vinculados a bandas terroristas o a grupos de delincuencia organizada, así como cuando existan fundadas sospechas que los familiares portan objetos o materiales prohibidos. Además de los controles con medios electrónicos, se procederá a llevar a cabo cacheos mediante palpación o cada uno de los visitantes, en dependencias adecuadas y por funcionarios del mismo sexo, para garantizar en la medida de lo posible la intimidad. Y en caso de que el visitante se niegue, conforme al último párrafo del artículo 45 del Reglamento, la comunicación no se llevará a cabo. Del resultado de los mismos se informará con la inmediatez adecuada a las Unidades competentes de este Centro Directivo”.

Cuarto.- Efectivamente, esta Sala, tras el examen del contenido de la resolución aquí recurrida, concluye que no tiene la entidad de una disposición de carácter general pues no crea ni innova el ordenamiento jurídico. Es un acto que se ha dictado al amparo del artículo 21 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y que se dirige exclusivamente desde los órganos superiores a los inferiores como manifestación clásica del principio de jerarquía y que despliega sus efectos en el ámbito puramente interno de la Administración pues se limita a ser un instrumento clarificador, en tal condición de instrucción puramente que al carecer de eficacia normativa no puede calificarse como de norma reglamentaria, y, por tanto, se está ante un acto que no puede impugnarse ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional al no incluirse en ninguno de los supuestos a que se refieren los artículos 25 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, como actividad administrativa impugnabile, y ello sería motivo suficiente como para declarar inadmisibile el presente recurso, sin perjuicio de que puedan impugnarse los actos concretos decisorios que puedan apoyarse en los criterios contenidos en la citada Resolución.

En el artículo 21 de la Ley 30/92, bajo el epígrafe de Instrucciones y Ordenes de Servicio, se establece, en su apartado 1, que los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, mediante instrucciones y órdenes de servicio. También dispone que cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente, por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda. Finalmente, el apartado 2 del citado artículo, establece que el incumplimiento de las instrucciones de órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.

Dicho precepto tiene su precedente en el artículo 7 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo y constituye una clara manifestación del principio de jerarquía administrativa y si bien no existe definición legal sobre tales supuestos, no ofrece duda ninguna su naturaleza extranormativa jurídica. Aunque garantizan la actuación coherente de la Administración, no son, en sentido técnico, verdaderos actos administrativos, aunque ello no descarta necesariamente la posibilidad de ser recurridos por parte de los funcionarios afectados, en tanto su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, artículo 7.1 a) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que en el supuesto de no resultar la orden manifiestamente ilegal, deben acatarla y recurrirla, si dicha orden afecta a los derechos del funcionario. Frente a los administrados, en tanto que la instrucción u orden puede, si es publicada, constituir una apariencia de realidad jurídica o establecer un criterio interpretativo erróneo por parte de la Administración, que termine incidiendo en los derechos del administrado, dichas actuaciones son susceptibles de recurso.

Quinto.- Y en cuanto normas meramente interpretativas desgajadas de la potestad reglamentaria derivada, sobre cuestiones domésticas, sólo vinculan a los organismos de gestión de la Administración pública de ella dependiente, y no constituyen un acto de aplicación individual capaz de lesionar derechos reconocidos en las tarifas aprobadas.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1997 dice que la circular se trata de un acto interno de la Administración, esto es, de unas instrucciones que la Dirección General dirige a los Comandantes de

Marina y a los Capitanes Marítimos sobre la exigencia del requisito de colegiación a los Capitanes.

Conviene en este momento traer a colación lo expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2.007 que dice: “Ha de recordarse el contenido del artículo 21.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre en cuanto dispone que “los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”. Y en este sentido, la jurisprudencia de esta Sala (así las sentencias de 24 de mayo y 27 de noviembre de 1989, y 10 de febrero de 1997 entre otras), viene afirmando que las Circulares e Instrucciones constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de organización administrativa con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluibles en el ejercicio de la potestad reglamentaria. En esta línea, la sentencia de esta Sala y Sección Novena de 7 de junio de 2006 (recurso 3837/2000) precisa que “el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este segundo caso se tratará... de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y, paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten”.

No obstante, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 1999 dispuso en su fundamento de derecho quinto:

“En definitiva, si la jurisprudencia de esta Sala ha admitido con normalidad la posibilidad de impugnar actos aplicativos individualizados de Circulares o Instrucciones internas, dirigidos por órganos superiores de la Administración a otros inferiores, pese a no poseer aquellas naturaleza normativa -vgr. Sentencias de 18 de abril de 1983, 9 de junio de 1986 y 16 de octubre de 1991, entre otras-, con mayor razón podrá defenderse la impugnabilidad directa de estas cuando, como aquí sucede y ya se ha dicho, trascienden de la mera consideración de actos internos para insertarse en la categoría de actos administrativos de destinatario plural”.

Pero tampoco sea en esta calificación reconocida en la anterior sentencia donde puede incluirse la citada resolución.

Sexto.- Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso, sin que de conformidad con lo establecido el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1998, se aprecie mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procediendo hacer pronunciamiento alguno respecto de las costas procesales originadas en el presente recurso.

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

Fallamos

Que debemos inadmitir e inadmitimos el recurso contencioso-administrativo número 1159/2013 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el Procurador de los Tribunales. Sra. V.B., en nombre y representación de M.P.G.H., contra la Circular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 30 de octubre de 2009 por la que se habilita a la administración penitenciaria de la cárcel de Teixeira-Curtis para someter a cacheos y palpamientos al momento de acceder a comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia con el interno R. C., por lo que se confirma dicha resolución en todos sus extremos. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

CAPÍTULO 4

EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

38.- SENTENCIA 186/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 04/11/13

La expulsión de condenada argentina, madre de una niña de nacionalidad española, no vulnera el derecho a la intimidad familiar ni las libertades de circulación y residencia. Voto particular.

Sentencia

En el recurso de amparo núm. 2022-2012 promovido por doña G.V.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña E. S. A. y defendida por el Abogado don J. S. S., contra la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que confirma en apelación la Sentencia de 30 de marzo de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, que a su vez estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo administrativo de expulsión de la recurrente, resuelto por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz de 21 de septiembre de 2009. Ha comparecido la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don J. J. G. R., quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de abril de 2012, doña G.V.A. interpuso recurso de amparo contra los actos administrativos y las resoluciones judiciales indicadas en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. La demanda tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El 27 de agosto de 2009 se incoó procedimiento administrativo sancionador respecto de la ciudadana argentina doña G.V.A. al hallarla sin la documentación exigible para residir en España y comprobar que cumplía una pena privativa de libertad superior a un año como autora de una conducta dolosa. Al día siguiente la recurrente expuso mediante alegaciones escritas que era madre de una niña de tres años, nacida en España de una relación sentimental con un ciudadano español, y por tanto de nacionalidad española, que residía en casa de la madre del padre, quien también se encontraba en prisión y sobre esta base solicitó el archivo del expediente. El 21 de septiembre de 2009 la Subdelegación del Gobierno en Cádiz dictó resolución por la que se ordenaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por 10 años, que justificaba en la entrada y estancia irregular en España de la actora [artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España,] y en el cumplimiento de una pena privativa de libertad superior a un año como autora de un delito doloso (57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros).

La recurrente interpuso recurso de reposición, en el que argumentaba que su relación sentimental con un ciudadano español y la existencia de una hija común española, que en ese momento residía en casa de su abuela materna, implicaba la concurrencia de circunstancias excepcionales que hacía desproporcionada la sanción de expulsión. La Subdelegación del Gobierno en Cádiz, mediante resolución de 4 de marzo de 2010, rechazó la desproporción de la medida en atención a la estancia ilegal en España, la ausencia de documentación y la condena por delito doloso a pena privativa superior a un año, indicando que la infracción tipificada en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros estaba sancionada con expulsión «por lo que no cabe la sanción de multa».

b) Deducido recurso contencioso-administrativo, fundado en los mismos motivos que la reposición, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, en Sentencia de 30 de marzo de 2011, lo estimó parcialmente en el sentido de rebajar la prohibición de entrada en territorio español a cinco años, considerando ajustada a Derecho en los demás extremos la resolución administrativa de expulsión.

La Sentencia razona que el arraigo familiar invocado no puede considerarse ya que «solo enervaría, en su caso, la expulsión relativa a la estancia ilegal de la recurrente... pero en ningún caso la causa de expulsión consistente en la comisión previa de un delito grave», pues el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros «no contempla otra respuesta que la expulsión», aludiendo en apoyo de este criterio a una «sentada doctrina jurisprudencial», de la que sería ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de noviembre de 2010, cuyos argumentos transcribe. Y rechaza expresamente que sean aplicables al caso las excepciones previstas en los artículos 57.5 b), al no prever el artículo 57.2 «la expulsión como alternativa o en sustitución de la multa e imponerla de forma imperativa y como única consecuencia legal posible», y 57.6 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros, «pues no concurre ninguno de los supuestos que prevé».

c) Dicha Sentencia fue objeto de recurso de apelación, que desestimó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, mediante la Sentencia de 13 de marzo de 2012, que es la resolución judicial contra la que se dirige el recurso de amparo. Los motivos de apelación, que se centran en la falta de ponderación de las circunstancias de arraigo que concurren en el caso, son desestimados en esta Sentencia «al servir para rechazarlos los mismos razonamientos que fueron empleados por dicha sentencia de instancia, y que por acertados merecen ser asumidos también por esta Sala». A continuación, tras reproducir el contenido del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros, expresó que «en dicho supuesto la expulsión es la única sanción prevista, sin que resulte de aplicación el artículo 57.5 como se pretende. El arraigo familiar alegado no puede tampoco servir para evitar la expulsión en el supuesto de autos de condena privativa de libertad superior a un año, al estar la consecuencia expresamente establecida en la ley Orgánica, por lo que la anulación de la sanción supondría dejar de aplicar la ley».

3. Previamente a la demanda, se presenta escrito de 4 de abril de 2012 en el que, aparte de esgrimir los argumentos en que sustenta su pretensión de amparo, la recurrente solicita que se le designe Abogado y Procurador

de oficio. En la página 12 de ese escrito expone que «de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el plazo para interponer el recurso de amparo es de veinte días desde la notificación de la sentencia que agota la vía judicial». En la página 14, bajo el epígrafe «artículos en que basamos el amparo», se limita a citar los artículos 18 y 19 de la Constitución Española y a precisar que «la lesión invocada es directamente imputable a la resolución que decretó la expulsión de territorio nacional que ha sido confirmada reiteradamente en vía administrativa y jurisdiccional». Y en el suplico pide que se reconozca que se han vulnerado los derechos constitucionales consagrados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Española y que, en su virtud, «se declare la nulidad de los actos y sentencias confirmatorias de los mismos».

En el escrito de demanda, registrado en este Tribunal el 31 de julio de 2012, la actora afirma, en los fundamentos de Derecho procesales, que «de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el plazo para interponer el recurso de amparo es de veinte días desde la notificación de la sentencia que agota la vía judicial». En el suplico del mismo, como en el encabezamiento, se precisa que la demanda de amparo se dirige contra «la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de marzo de 2012». Además, también en el suplico se pide que se «otorgue el amparo solicitado y: 1.º Reconozca el derecho del demandante a la intimidad familiar, garantizado en el artículo 8.1 de la Constitución Española (sic); 3.º Declare la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de marzo de 2012, dictada en recurso de apelación n.º 570/11 frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cádiz en recurso número 445/10 (sic); 4. Retrotraiga las actuaciones al momento anterior a dictarse la Sentencia cuya nulidad se solicita a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con respeto a los derechos fundamentales reconocidos, dicte la resolución que proceda».

La argumentación que sostiene este *petitum* se centra en que la Sentencia impugnada, al rechazar que la «situación de arraigo» presente en la actora pueda tomarse en cuenta y con base en ella anular la resolu-

ción administrativa de expulsión, vulnera el artículo 18.1 de la Constitución Española (que es a lo que en realidad alude el suplico cuando por error se refiere al artículo 8.1 de la Constitución Española) y el artículo 19.1 de la Constitución Española, lo que razona en los siguientes términos: «Si la niña permaneciera en España, a pesar de ser española y ser éste su país, tras la expulsión de G.V.A. por aplicación de la normativa de extranjería, la menor quedaría sin ningún progenitor que ejerciera la patria potestad para atender a sus necesidades, que la cuide en territorio español, al encontrarse la pareja de G.V.A. y padre de la niña actualmente en prisión y en los próximos dos años privado de libertad. Si como consecuencia de la expulsión de la madre la niña viajara con su progenitora a Argentina, como es lo lógico, al no tener otra persona que ejerza la patria potestad y la guarda y custodia en territorio español, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, entendemos que la menor española vería vulnerado el derecho que le reconoce el artículo 19 de la Constitución Española puesto que al expulsar a su progenitora, estando el otro progenitor en prisión sin poder hacerse cargo de la menor, se la forzaría necesariamente a abandonar el territorio español. Ello es contrario al artículo 19 de la Constitución Española, puesto que de forma indirecta se fuerza a la niña a abandonar su propio país, sin dejarle elegir libremente su residencia».

La demanda examina el artículo 18.1 de la Constitución Española en el fundamento de Derecho material primero y reconoce, transcribiendo en lo relevante la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, que es cierto que, según la doctrina constitucional, el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales configura un haz de facultades más amplio que el derecho a la intimidad familiar *ex* artículo 18.1 de la Constitución Española, pero enfatiza acto seguido que «no lo es menos que, a tenor del artículo 10.2 de la Constitución Española, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados

por España”. En este sentido resulta de especial relevancia en la interpretación y aplicación de las garantías contenidas en el artículo 18.1 de la Constitución Española la doctrina generada al efecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que procede destacar en estos momentos la muy reciente sentencia de 10 de abril de 2012, *asunto K. A. B. contra el Reino de España*, en la que declara que las autoridades españolas han vulnerado el derecho a la intimidad familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales al analizar la expulsión de la madre extranjera de un menor quien, tras la expulsión de la madre, fue llevado a un centro asistencial y posteriormente asignado a una familia de acogida hasta su adopción». Y, continúa diciendo la demanda, «en el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Kiyutin contra Rusia* en la Sentencia de 10 marzo en la que se enjuicio un caso en el que por motivos de salud por parte de Rusia se procede a la denegación de permiso de residencia a ciudadano uzbeko, casado con ciudadana rusa y padre de un niño nacido ruso, al dar positivo en las pruebas del VIH en el chequeo médico exigido».

En la misma línea, si bien que al argumentar la especial trascendencia constitucional del asunto, la demanda resalta que, aparte de los criterios sistemáticamente enumerados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, el Tribunal Constitucional ha admitido de forma casuística diversos recursos de amparo por razones de necesidad imperiosa de protección de determinados derechos especialmente vinculados a la dignidad humana, y entre ellos ha estimado sendos recursos de amparo (Sentencias del Tribunal Constitucional 145/2011, de 26 de septiembre, y 140/2009, de 15 de junio) frente a órdenes de expulsión de un extranjero del territorio nacional, en los que los recurrentes invocaban «la infracción del derecho a la vida familiar (artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales) y del derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española), porque las circunstancias de arraigo alegadas por el sancionado no fueron examinadas por la Administración». De otro lado, continúa diciendo la demanda, «la trascendencia del pronunciamiento es enorme puesto que existen muchos casos similares en las cárceles españolas, donde hay programas especializados en expulsiones».

Por todo ello, concluye el recurrente, «en este caso, la protección del orden público a que obedece la medida sancionadora de expulsión se lleva a cabo por las autoridades españolas de forma que suponen una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad familiar de mi representada y su hija menor de edad —a pesar de su previsión legal, como ocurría en la legislación rusa—, por lo que se ha lesionado el derecho fundamental garantizado a mi mandante en el artículo 8.1 (sic) de la Constitución española».

En la demanda de amparo, mediante otrosí, se solicita «la suspensión de la resolución impugnada y, con ella, de la sanción administrativa que la misma confirma».

4. Por providencia de 11 de abril de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y, en aplicación de lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, a fin de que, respectivamente, en el plazo de diez días, remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 570-2011 y al recurso contencioso-administrativo 445-2010, y se emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si lo estimasen pertinente.

5. Mediante providencia de la misma fecha la Sala Segunda de este Tribunal acordó formar pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión en los términos del artículo 56 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, tras las alegaciones de las partes, se dictó el Auto del Tribunal Constitucional 116/2013, de 20 de mayo, por el que se resolvía conceder la suspensión solicitada.

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Segunda, por diligencia de ordena-

ción de su Secretaría de Justicia de 24 de mayo de 2013, acordó tener por personado al Abogado del Estado y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

7. La representación procesal de la demandante evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 21 de junio de 2013, en el que reproduce las alegaciones formuladas en su escrito de demanda.

8. El Abogado del Estado, en escrito registrado el 26 de junio de 2013, formula sus alegaciones y, en su virtud, interesa la inadmisión del recurso en cuanto a la invocación del artículo 19 de la Constitución Española y su desestimación por lo que hace a la pretendida vulneración del artículo 18.1 de la Constitución Española. Y subsidiariamente la desestimación de todo él.

Alega, en primer término, que la recurrente carece de legitimación activa, al menos por lo que hace a la invocación del artículo 19 de la Constitución Española. Resalta que, a pesar que este precepto reconoce un derecho propio de los españoles, el amparo no se pretende para la hija menor española, pues el recurso no se interpone en nombre de la hija y porque ésta no fue parte en los procesos mediante los que se agotó la vía judicial previa, sino en provecho de la recurrente que es argentina.

Respecto al fondo, y comenzando por la invocación del artículo 18.1 de la Constitución Española, esta parte destaca que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales es eminentemente casuística y se halla más concernida por el problema que plantean los vínculos conyugales en el país de acogida que por la existencia de hijos menores, siendo estos últimos una circunstancia más a valorar junto con otras, tales como la duración de la estancia en el país, la gravedad de la infracción o del delito cometidos si

fuesen la causa de expulsión, el tiempo transcurrido desde su comisión y la conducta del interesado en el mismo, la situación familiar y si la pareja lleva una vida familiar efectiva y real, el grado de asunción de las costumbres, idioma y en general de integración en el país del que se le expulsa, la gravedad de las dificultades que la persona que es expulsada o su cónyuge o hijos podrán hallar en el país de destino; notas que tomadas en conjunto podrán ofrecer un fundamento jurídico para reputar que una medida de expulsión es injustificada en una sociedad democrática (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza* [ap. 48]), lo que ocurrirá si, de alguna manera, con la expulsión la vida familiar entre madre e hija no fuera posible en ningún otro lugar por impedimento legal o fáctico.

Atendiendo a estos criterios, el Abogado del Estado enfatiza los siguientes datos:

a) la actora solo residía en España desde 2005 y en parte su estancia ha estado ligada a la condena penal cuyo cumplimiento terminó en 2011;

b) solo pudo empezar a rehacer su vida desde la puesta en libertad, lo que sucedió en un momento demasiado reciente a efectos de apreciar un posible arraigo;

c) es cierto que la actora mantuvo una relación sentimental con un ciudadano español, de la que nació su hija, pero, además que dicho progenitor estará en prisión hasta 2014, no se llegó tampoco a contraer matrimonio y en la actualidad ya no continúa tal relación sentimental;

d) siendo la interesada nacional argentina y habiendo residido en su país hasta 2005, nada impide que siga conviviendo con su hija menor, legalmente y de hecho, en el país de destino.

Y concluye que, conforme a estos hechos, no se da en este caso una situación especial que permita estimar que la vida familiar suponga, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un límite al margen de apreciación que tiene el Estado al definir su política de extranjería.

Tampoco se conculca, a su juicio, el derecho a la libre circulación de los españoles por el territorio nacional y la imposibilidad jurídica de su

expulsión *ex* artículo 19 de la Constitución Española, en la medida en que la eventual salida de la hija menor junto con su madre no sería un acto forzoso sino una alternativa de libre elección, puntualizando que, teniendo en cuenta la condición de menor de edad de la niña, materializar esa opción incumbe al progenitor que ostente la patria potestad, que en este caso, según el artículo 156 del Código Civil, es la madre, porque el padre está en prisión.

Por último, el Abogado del Estado arguye que, como destaca la Sentencia recurrida, el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros prevé en estos casos —comisión de delito doloso castigado con pena de prisión de más de un año de duración— la expulsión como medida incondicionada, no siendo de aplicación las excepciones que con apoyo en la situación de arraigo del extranjero contemplan los apartados 5 y 6 del artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, lo cual no resulta desproporcionado a la hora de hacer una regulación general de preservación del orden público y de puesta en práctica de una política de extranjería, y menos aún en el caso que motiva este recurso de amparo, en el que la efectiva ejecución de la medida de expulsión no implica necesariamente una separación física entre la nacional argentina objeto de expulsión y su hija española menor de edad.

9. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 16 de julio de 2013, formula sus alegaciones interesando la desestimación íntegra del recurso.

Se pretende en la demanda, según el Fiscal, que la madre no sea expulsada alegando para ello derechos que en realidad son del padre (artículo 18.1 de la Constitución Española) y de la hija (artículos 18.1 y 19 de la Constitución Española), no acreditándose que éstos estén representados por la madre, pudiendo incluso existir un conflicto de intereses entre ellos.

Acto seguido, respecto a la invocación del derecho a la vida familiar al amparo del artículo 18.1 de la Constitución Española, y adoptando una perspectiva puramente fáctica, el Fiscal entiende que la expulsión de la recurrente no empeora la situación familiar preexistente, pues la convivencia ya había sido interrumpida al ingresar en prisión el padre y la madre, quedando la niña sin la compañía de ambos. Además, no habiénd-

dose acreditado la existencia de una decisión judicial que regule la patria potestad, resulta aventurada la hipótesis de que la niña vaya a quedarse necesariamente bajo la custodia de la madre, premisa de la que se deriva su probable salida de España junto con la madre. Incluso en ese supuesto no es descartable que el padre al abandonar la cárcel en 2014 pudiera decidir ir a vivir en proximidad de la niña, de modo que el derecho a relacionarse entre sí no sufriría afectación. Para el Fiscal un panorama como el descrito no justificaría, por demasiado incierto, una decisión que se separase de la legalidad literal y contundente del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros.

Luego, ya en el plano jurídico, el Fiscal recuerda (con extensas referencias a las Sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 60/2010, de 7 de octubre) que el derecho a la vida familiar no está incluido en el ámbito de protección del artículo 18.1 de la Constitución Española, de modo que una separación familiar supuestamente forzada por una expulsión de un extranjero no tendría necesariamente en nuestro diseño constitucional encaje en ese precepto, sino más bien en la esfera de tutela del artículo 39 de la Constitución Española, donde se proclama la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los niños, bienes jurídicos que estarían fuera de lo que constituye objeto del recurso de amparo al no basarse en un derecho fundamental.

El Fiscal añade que no cabe afirmar que el principio de protección a la familia o el pretendido derecho subjetivo a la relación paterno-filial o a la convivencia tenga un alcance absoluto, pues, so pena de incurrir en absurdos, ha de ceder en los casos de imposición de condenas penales de privación de libertad, en los de adopción de medidas de alejamiento de agresores en el ámbito doméstico y en los de medidas reguladoras de las rupturas de matrimonios y uniones de hecho con hijos. En el mismo sentido, en este caso la efectividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional, del *ius puniendi* y de los fines de la pena, o el derecho a la seguridad y el orden público que debe garantizarse a las personas, tendrían primacía sobre el mantenimiento a ultranza sin modulaciones de la convivencia familiar. Recuerda en apoyo de esta tesis que en el Auto del Tribunal Constitucional 54/2010, de 19 de mayo, se rechazó por notoriamente infundada una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el entonces artículo 31.4 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades

de los Extranjeros, por posible vulneración del artículo 39 de la Constitución Española en cuanto que dicho precepto exigía la carencia de antecedentes penales en España como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero y razona también que en las Sentencias del Tribunal Constitucional 145/2011, de 26 de septiembre y 140/2009, de 15 de junio, alegadas por la actora en su favor, aunque se apoyaban en que la expulsión del territorio nacional era desproporcionada dado el arraigo familiar del afectado, la estimación del recurso obedeció a otros criterios. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2011 se apreció lesión del derecho de defensa (24.2 de la Constitución Española) sobre la base de que la decisión administrativa que impuso la sanción de expulsión del territorio nacional, en lugar de la sanción de multa prevista por la Ley con carácter general, se fundó en datos nuevos incorporados a la propuesta de resolución, no habiéndose dado traslado de la misma al interesado.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009 se declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque la Administración no motivó la preferencia por imponer a un extranjero que carecía de documentación de residencia la sanción de expulsión del territorio nacional en vez de la sanción de multa prevista por la Ley con carácter general. En este caso, por el contrario, las resoluciones administrativas y judiciales no incurren en ningún déficit de motivación, pues justifican su decisión de expulsión en que el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros impone imperativamente tal sanción, de modo que, aun existente la situación de arraigo alegada por la afectada, la misma no podía tenerse en cuenta porque los apartados 5 y 6 del referido artículo 57, que contemplan tales circunstancias excepcionales, no son aplicables al caso del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros.

El Fiscal termina exponiendo que tampoco el derecho a residir y circular libremente por territorio español de la menor española (artículo 19 de la Constitución Española) se ve restringido, pues, como ya destacó al referirse a la vertiente fáctica, la expulsión de la madre no determina indefectiblemente que la hija menor salga de España y, caso de salir, podrá entrar cuando lo desee.

10. Por providencia de 31 de octubre de 2013 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de noviembre de 2013.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que confirmó en apelación la resolución administrativa por la que se acordó la expulsión del territorio nacional de la recurrente, y tiene por objeto examinar si vulneró el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española) o el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (artículo 19 de la Constitución Española).

La recurrente sostiene, como ha quedado expuesto en los antecedentes, que se lesiona la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española) y se vulneran los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución Española.

El Abogado del Estado, en los términos reseñados en los antecedentes, solicita la inadmisión parcial del recurso, por lo que hace a la invocación del artículo 19 de la Constitución Española, por considerar que la recurrente al alegarlo está invocando derechos de un tercero, y la desestimación de todo lo demás. Subsidiariamente, suplica la desestimación íntegra del recurso.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, con el detalle descrito en los antecedentes, pide la desestimación íntegra del recurso, por entender que la intimidad familiar *ex* artículo 18.1 de la Constitución Española no comprende el «derecho a la vida familiar» en que se apoya la actora y, de otro lado, en lo atinente a la invocación de los derechos tutelados por el artículo 19 de la Constitución Española, porque expulsar a ésta del territorio nacional no supone para su hija menor española una obligación jurídica de abandonar España.

2. Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión, procede analizar el óbice procesal en virtud del cual el Abogado del Estado insta la inadmisión, al menos parcial, de este recurso de amparo, consistente en la falta de legitimación activa de la recurrente derivada de que no es titular de los derechos que invoca, ni tampoco representa a los titulares en lo concerniente a la invocación del artículo 19 de la Constitución Española.

No podemos acoger tal alegación, pues, como se estableció en la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril, FJ 2, «*ex* artículos 162.1 b) de la Constitución Española y 46.1 b) ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la legitimación activa para recurrir en amparo resoluciones judiciales corresponde a toda persona natural o jurídica que, habiendo sido parte en el proceso judicial precedente, invoque un interés legítimo. Aun sin consagrar la acción popular, la legitimación activa no se otorga exclusivamente a la víctima o al titular del derecho infringido, sino también a quien ostente un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo e incluso interés directo (Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1982, de 11 de octubre, 97/1991, de 9 de mayo y 214/1991, de 11 de noviembre). Es suficiente que el recurrente con respecto al derecho fundamental violado se encuentre en una determinada situación jurídico-material identificable, no con un interés genérico en la preservación del derecho, sino con un interés en sentido propio, cualificado y específico, que debe ser valorado en atención al derecho fundamental que en cada caso se trate (Sentencias del Tribunal Constitucional 201/1987, de 16 de diciembre, 257/1988, de 22 de diciembre, 25/1989, de 3 de febrero, 123/1989, de 6 de julio y 25/1990, de 19 de febrero)».

En este caso la recurrente, a pesar de no ser titular de los derechos invocados, cumple los dos requisitos exigidos por la doctrina constitucional referida para que se le reconozca legitimación activa. De un lado, consta que fue parte en el proceso judicial en el que se dictó la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que es la resolución judicial frente a la que se dirige el recurso de amparo. De otro, la actora sostiene que, de estimarse por este Tribunal que el juez *a quo* ha vulnerado los derechos fundamentales invocados de los que es titular la hija o el padre, la Sentencia que otorgase el amparo produciría en su ámbito jurídico propio una ven-

taja en sentido jurídico, lo que acredita que ostenta un interés legítimo en que se tutelen tales derechos fundamentales.

Los razonamientos expuestos conducen a rechazar la inadmisión de falta de legitimación de la parte actora en lo concerniente a la vulneración del artículo 19 de la Constitución Española, aducida por la Abogacía del Estado.

3. Al abordar las cuestiones de fondo resulta imprescindible, en primer término, delimitar el objeto de este proceso constitucional, partiendo para ello de la constante doctrina constitucional según la que, con las palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2008, de 7 de julio, FJ 4, «pesa sobre el recurrente la carga de facilitar a este Tribunal las alegaciones fácticas y jurídicas precisas a fin de dilucidar si ha mediado vulneración de los derechos fundamentales para cuya protección se interesa el otorgamiento del amparo constitucional (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 155/1999, de 14 de septiembre, FJ 1; 100/2003, de 2 de junio, FJ 2; 123/2006, de 24 de abril, FJ 3; y 155/2007, de 2 de julio, FJ 1)».

La demanda adolece de falta de claridad en su planteamiento, pues aunque se articula por el cauce del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y se funda en los artículos 18.1 y 19 de la Constitución Española, en su encabezamiento afirma expresamente que se promueve contra la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y en el suplico lo único que se pide es que, reconociéndole la lesión del derecho fundamental garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española, se anule la referida Sentencia dictada en apelación y se retrotraigan las actuaciones.

Ahora bien, lo que resulta indiscutible, y a la par determinante del debate procesal que debe resolver este Tribunal, es que la recurrente, a pesar de impetrar el amparo frente a una resolución judicial, no funda su queja en una eventual lesión del artículo 24.1 de la Constitución Española, sino en la vulneración de los artículos 18.1 y 19 de la Constitución Española en que esa Sentencia incurre a su juicio, de donde se sigue que este Tribunal, de acuerdo con la doctrina constitucional indicada, ha de

contraer su examen a verificar el análisis efectivo de la supuesta vulneración de esos dos derechos fundamentales.

A la misma conclusión conduce el análisis del escrito que previamente presentó la recurrente el 4 de abril de 2012, pues en él, como se expuso con detalle en los antecedentes, los únicos derechos cuya vulneración se argumenta son los consagrados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Española, imputándose directamente la lesión a la decisión administrativa de expulsión y extendiéndola a las resoluciones jurisdiccionales en la medida que son confirmatorias de la misma y no porque supongan una vulneración autónoma de derechos fundamentales.

4. Respecto de la invocación que se efectúa del artículo 19 de la Constitución Española, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que en varias situaciones resultaba afectado el espacio vital protegido por los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución Española, aunque acabase resolviendo que no había vulneración de los mismos porque tal restricción estaba justificada por un fin constitucionalmente legítimo y era proporcionada. Entre ellas se cuentan, por mencionar los supuestos más relevantes, la libertad provisional con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado (Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), la medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en determinado lugar adoptada en el seno de procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión del extranjero (Sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5), la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellas otras personas que determine el juez o tribunal, que es de imposición obligatoria en los delitos a que alude el artículo 57.2 del Código penal [por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 a)] y la extradición pasiva de un nacional español (Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2012, de 12 de noviembre, FJ 4), apreciándose como denominador común en todos estos supuestos que la restricción a las libertades garantizadas en el artículo 19 de la Constitución Española viene determinada por un vínculo forzoso, ya se trate de una obligación en positivo o de una prohibición de hacer algo.

Distinto es el caso en que, debido a las circunstancias coyunturales de una persona, un acuerdo del poder público pueda condicionarle, incluso

de un modo especialmente intenso, a la hora de optar entre las alternativas de decisión que se le presentan. Podría decirse, además, que este criterio es el que late en la Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1989, de 11 de mayo, FJ 5, donde afirmamos que «no puede considerarse vulneración de la libertad de residencia, en tanto no impidan que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto, lo que constituye el presupuesto jurídico necesario del trato diferente entre diversas regiones. Ciertamente, quien así lo haga habrá de asumir las consecuencias de su opción, habida cuenta de los “beneficios y perjuicios, derechos, obligaciones y cargas que, materialmente o por decisión de los poderes públicos competentes, corresponden a los residentes en un determinado lugar... por el mero hecho de la residencia” (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1996, FJ 3); por lo que no cabe apreciar la vulneración del derecho reconocido en el artículo 19 de la Constitución Española».

En este caso, la resolución administrativa por la que se acuerda expulsar del territorio nacional a la madre, por mucha incidencia que pueda tener en la decisión de la hija menor española sobre su lugar de residencia, no entraña ninguna obligación jurídica de salir de España, en el sentido que no se impide a la ciudadana española optar entre mantener su residencia en España, separándose de la madre, o trasladarla a Argentina junto con su madre. Se trata, como resaltan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, de alternativas de elección que, al menos formalmente, no resultan mermadas por el acuerdo administrativo que subyace en esta impugnación. Por todo ello, de aplicar sin más la *ratio* que deriva de la doctrina constitucional reseñada habríamos de concluir que la actuación pública recurrida en este recurso de amparo no vulnera las libertades que el artículo 19 de la Constitución Española garantiza.

5. Ahora bien, siendo en este caso una menor de edad la titular de las libertades del artículo 19 de la Constitución Española implicadas, la configuración de éstas debe ser modulada desde una doble perspectiva.

El primero de los matices es derivación de la doctrina constitucional según la que los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución Española, aunque no son por sí mismos susceptibles de amparo, constituyen elementos hermenéuticos de primer orden

para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 154/2006, de 22 de mayo, FJ 3). En este sentido debemos tener presente que el artículo 39.4 de la Constitución Española establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y publicada en el «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), prevé que en las decisiones de las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidos los niños debe considerarse el interés de éstos de un modo principal, relevancia interpretativa del interés superior del menor que se ha puesto de manifiesto en la reciente doctrina constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; y 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5).

En segundo lugar, es de la mayor relevancia recordar que, como se apuntaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1994, de 17 de enero, FJ 6, «ni la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 47/1987, 194/1987, 176/1988 y 8/1990) ni el Convenio (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 octubre 1979, caso *Airey* y 13 mayo 1980, caso *Artico*) consagran derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos», doctrina reiterada posteriormente por este Tribunal (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3; y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 5). En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011 (asunto C-34/09), *Gerardo Ruiz Zambrano* y *Office national de l'emploi (ONEm)*, refiriéndose a un ámbito material muy cercano al que nos ocupa, afirma «el artículo 20 [del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea] se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión. Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto».

Combinando estas dos notas procede afirmar que la menor de edad de nacionalidad española, aunque no se le imponga la obligación jurídica de salir del territorio nacional, verá lesionado su derecho fundamental a permanecer en España *ex* artículo 19 de la Constitución Española cuando en el caso concreto el superior interés de la menor pase necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado a su país de destino, ya sea por no tener en España ningún otro elemento de arraigo, ya sea porque solo dicho progenitor pueda asumir su manutención. Argumentar, en estas circunstancias que la menor de edad de nacionalidad española mantiene intacta la libertad de entrar y salir de España según su voluntad por el solo hecho de que no se le imponga la obligación jurídica de abandonar el territorio nacional sería tanto como convertir las libertades garantizadas en el artículo 19 de la Constitución Española en derechos meramente teóricos o ilusorios.

Para resolver este proceso constitucional conforme a esta *ratio* hay que partir de las circunstancias particulares del caso concreto. En primer lugar, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la menor de nacionalidad española es hija de la afectada por la decisión administrativa de expulsión y actualmente vive con ella, pero es igualmente indiscutido que la madre no es la única progenitora conocida y residente en España, así como que no hay resolución administrativa o judicial que le atribuya en exclusiva los derechos de guarda y custodia sobre la niña. En efecto, consta quién es el padre, el cual no solo reside en España sino que es español de origen y, aunque está en prisión por el mismo delito que estuvo la madre, está cercano (2014) el cumplimiento de su pena. Adicionalmente, como reconoce la propia demandante, la menor de edad ha convivido efectivamente con su abuela paterna y con su abuela materna mientras su madre ha estado en prisión, siendo éstas quienes durante esos períodos de tiempo han asumido su manutención.

Por todo ello, no se puede obviar que la menor de edad, aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre del territorio nacional, seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el artículo 19 de la Constitución Española.

6. A partir de esta situación procede analizar la eventual afectación al otro derecho fundamental invocado en la demanda de amparo, que es el «derecho a la vida familiar» que la recurrente considera comprendido en la intimidad familiar *ex* artículo 18.1 de la Constitución Española, no pudiendo descartarla sobre la base de que una de las posibilidades fuese que la hija menor siguiera en compañía de su madre en el país de destino, pues ello privaría de efectividad al derecho examinado en el fundamento jurídico anterior.

En este punto y sobre el contenido y alcance del derecho a la intimidad familiar que reconoce a todas las personas el artículo 18.1 de la Constitución Española existe una doctrina constitucional consolidada que procede recordar. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11, precisamente en relación a si era constitucional la remisión al reglamento que los artículos 16 a 18 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros) contenían en materia de reagrupación familiar o contradecía las reservas de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución Española, declaramos que «el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52) ... Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el artículo 8.1 de la Constitución Española puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el artículo 8.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Dalia*, de 19 de febrero de 1988, §§ 39-45, 52-54)».

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas en Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz c. Reino Unido* y 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut c. Países Bajos*), reconoce que el derecho de reagrupamiento familiar posteriormente regulado en la Directiva 2003/86/de la Constitución Española del Consejo sólo es viable en el supuesto de imposibilidad de vida familiar en ningún otro lugar, y en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*, se deja un margen de apreciación a los Estados en aplicación de las normas de extranjería.

En todo caso, en la misma Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, matizamos que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española» y dijimos en esa misma resolución que el artículo 18 de la Constitución Española «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del artículo 18 de la Constitución Española implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana” (Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad “se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución Española protegen. “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho

-propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido” (Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (FJ 11).

Posteriormente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2010, de 7 de octubre, resolviendo acerca de qué principios o derechos constitucionales se ven restringidos como consecuencia de la adopción de la pena de prohibición de aproximación a la víctima de los delitos aludidos en el artículo 57.2 Código penal, reiteramos literalmente el criterio expuesto de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y, a continuación, concluimos que «la imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española protege “es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres” (Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)», puntualizando inmediatamente después que «la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un “derecho a la vida familiar”, debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que “nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales “ (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido, ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese “derecho a la vida familiar” derivado de los artículos 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configura-

ción autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional».

7. En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el «derecho a la vida familiar» derivado de los artículos 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* artículo 18.1 de la Constitución Española y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1 de la Constitución Española) y de los niños (artículo 39.4 de la Constitución Española), cuya efectividad, como se desprende del artículo 53.2 de la Constitución Española, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (artículo 53.3 de la Constitución Española), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/de la Constitución Española, de 28 de mayo de 2001 del Consejo.

Por todo ello, verificado que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno-filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, corresponde desestimar también este segundo motivo de amparo.

Fallo

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

Ha decidido

Rechazar la falta de legitimación de la parte actora, en lo concerniente a la vulneración del artículo 19 de la Constitución Española, aducida por el Abogado del Estado y desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña G.V.A.

Voto particular que formulan los Magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2022-2012

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la Sentencia, formulamos el presente Voto, dejando constancia de los fundamentos de nuestra posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendimos en la deliberación de la Sala.

1. Nuestra discrepancia con la Sentencia aprobada por la mayoría comienza desde el mismo relato fáctico recogido en los antecedentes que preceden a la fundamentación jurídica, a la que nos referiremos posteriormente, y que, por su insuficiencia e incorrección, condiciona el posterior enjuiciamiento del recurso de amparo, determinando la exclusión y no contestación de alguna otra concreta queja articulada de manera efectiva por la demandante o su errónea apreciación.

Ante todo, es preciso aclarar qué impugnaba la actora en el presente recurso de amparo, porque ésta es una cuestión en la que la Sentencia de la que discrepamos se mueve en una cierta indefinición, cuya responsabilidad se trata de trasladar a las deficiencias técnicas de las que, según se afirma, adolece la demanda. Basta examinar el escrito presentado por el Abogado de la recurrente el 4 de abril de 2012, que aparece firmado en prueba de conformidad por la propia demandante, para constatar que la

inequívoca voluntad de ésta era la de dirigir su recurso de amparo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz, de 21 de septiembre de 2009, por la que se decretaba su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en todo el territorio Schengen durante un plazo de diez años (plazo reducido a cinco años por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz de 30 de marzo de 2011), y contra la resolución del mismo órgano administrativo de 4 de marzo de 2010, resolutoria del recurso de reposición interpuesto contra la anterior y que la confirma en todos sus términos. Este escrito, al que se refiere el antecedente 3 de la Sentencia aprobada por la mayoría, era, en nuestra opinión, una auténtica y completa demanda de amparo, que cumplía los requisitos previstos en el artículo 49 ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con identificación precisa de los actos administrativos contra los que se dirige, incluyendo el relato de hechos y la argumentación acerca de los derechos fundamentales vulnerados, y, finalmente, recogiendo claramente en el *petitum* la pretensión que se articulaba, solicitando que se tuviera por interpuesto en tiempo y forma recurso de amparo. La demanda se encontraba firmada por el Letrado defensor y —como se ha dicho— por la propia recurrente, que se ratificó posteriormente en su contenido a instancia de este Tribunal. Pues bien, aunque el Letrado y el Procurador posteriormente designados de oficio para defender y representar a la actora en el presente recurso redactaran una nueva demanda dirigiendo la impugnación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, de 30 de marzo de 2011 (PA núm. 445-2010) y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 13 de marzo de 2012 (apelación núm. 570-2011), lo cierto es que la voluntad impugnatoria de la recurrente ha sido muy clara desde el principio, siendo significativo que, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite del artículo 52.1 ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se precise este extremo, solicitando la anulación de las resoluciones administrativas, cuestión que se silencia en el antecedente 7 de la Sentencia, al referirse a dicho escrito. Por lo demás, y a pesar de las deficiencias técnicas que se achacan a esa segunda demanda, elaborada y presentada por el Letrado y el Procurador designados de oficio, basta una lectura detenida de la misma para constatar que las vulneraciones de derechos fundamentales se imputan esencialmente a las resolucio-

nes administrativas, razón por la cual el recurso se articula con fundamento en el artículo 43 ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. Aclarado lo anterior, hemos de manifestar nuestra más absoluta discrepancia con el contenido que en el antecedente 3 de la Sentencia aprobada por la mayoría se asigna al inicial escrito de demanda presentado el 4 de abril de 2012, y al posterior, registrado el 31 de julio de 2012. En ambos casos se omite la referencia a una queja debidamente articulada por la recurrente, dirigida a denunciar la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española por parte de las resoluciones administrativas impugnadas, remachándose esta omisión con la afirmación, contenida en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia, de que resulta indiscutible que la recurrente «no funda su queja en una eventual lesión del artículo 24.1 de la Constitución Española». Y, sin embargo, tal afirmación dista de ser cierta, porque la actora sí denuncia la expresada vulneración. En efecto, aunque en el antecedente 3 sólo se mencionen las páginas 12 y 14 de ese inicial escrito, señalando que el recurso se interpone de acuerdo con el artículo 43 ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que se limita a citar los artículos 18 y 19 de la Constitución Española, lo cierto es que, a lo largo de la página 4 y comienzo de la 5, se denuncia la vulneración del artículo 24.1 por la resolución administrativa impugnada, aduciendo que no responde a las alegaciones de la actora, que utiliza un formulario, que realiza afirmaciones falsas contradichas por los documentos aportados al expediente, que no es congruente con lo alegado y con las circunstancias del caso, que ni se ha comprobado ni se ha rebatido la documentación aportada, todo lo cual, dice textualmente: «produce una total incongruencia, y anula la resolución por falta de motivación, generando indefensión de la interesada contraria al artículo 24.1 de la Constitución» (denuncia que se reitera en la página 10). Asimismo, se alega en la página 5 que la sanción es desproporcionada, habida cuenta de los argumentos que se expusieron ante la Administración y que ésta ignoró, argumentos que se vuelven a reproducir a continuación en las páginas 5 a 7, incidiendo de nuevo, en esta última, en el principio de proporcionalidad, acompañada de cita de doctrina jurisprudencial tanto de este Tribunal como de otras instancias jurisdiccionales, nacionales e internacionales. Es significativo, en particular, que se cite la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009, de 15 de junio, en la que se estimó un recurso de amparo interpuesto con-

tra una resolución administrativa sancionadora en materia de extranjería, fundamentándose la estimación, exclusivamente, en la apreciación de que la resolución administrativa había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber motivado la imposición de la sanción de expulsión. Y, por si cupiera alguna duda, toda la argumentación de aquel inicial escrito de la recurrente se reproduce en la demanda presentada el 31 de julio de 2012, concretamente entre sus páginas 12 y 21, con cita expresa, igualmente, del artículo 24.1 de la Constitución Española como precepto vulnerado por las resoluciones administrativas sancionadoras.

Más allá de presuntas deficiencias técnicas, es indiscutible para los Magistrados firmantes de este Voto que no son los artículos 18 y 19 de la Constitución Española el único fundamento de la demanda de amparo, en la que claramente se aprecia la denuncia de una grave deficiencia de motivación por parte de la Administración a la hora de imponer la sanción de expulsión, por haberlo hecho sin tomar en consideración lo alegado y probado por la actora y, en definitiva, sin valorar, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, las circunstancias del caso, actuación que la recurrente considera contraria al artículo 24.1 de la Constitución Española. Se hace necesario recordar aquí, frente a la opinión sustentada por la mayoría, que este Tribunal ha mantenido un criterio de flexibilidad, en cuanto reclamaciones sobre derechos fundamentales (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 59/1987, de 19 de mayo, FJ 1; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 262/1988, de 22 de diciembre, FJ 6), admitiendo la invocación de los derechos cuya reparación o preservación se pide aunque no se hubiera mencionado de manera expresa el precepto constitucional supuestamente violado, ni tampoco su *nomen iuris*, ni su contenido literal (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 4), considerado suficiente que se haga en forma tal que se permita al órgano judicial, o a este mismo Tribunal, entrar a conocer de las específicas vulneraciones aducidas. Y, en este caso, resulta evidente que la actora ha planteado una queja dirigida contra las resoluciones administrativas impugnadas, fundada en la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues, aparte de que cita expresamente como infringido el artículo 24.1 de la Constitución Española, el contenido de su argumentación permitía a este Tribunal identificar sin ningún género de duda la vulneración objeto de la queja y entrar a conocer de la misma.

Por consiguiente, atrapada en su particular y parcial «deconstrucción» de la demanda de amparo, y más preocupada por el rigor técnico de la defensa designada de oficio que por el propio y evidente contenido del recurso de amparo, la Sentencia de la que discrepamos ha incurrido en una denegación de justicia, dejando sin la correspondiente contestación una queja debidamente formulada por la actora, teniéndola por no planteada, siendo así que, como razonaremos a continuación, dicha queja merecía ser estimada.

3. En efecto, a nuestro juicio, la queja referida a la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española debía prosperar y determinar la estimación del amparo, porque las resoluciones administrativas impugnadas han quebrantado las garantías que dicho precepto impone al ejercicio de la potestad sancionadora.

Debemos comenzar por recordar que este Tribunal ha señalado de manera reiterada que las garantías procesales establecidas en el artículo 24 de la Constitución Española son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son también manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 291/2000, de 30 de abril, FJ 4; 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 308/2006, de 23 de octubre, FJ 3; y 17/2009, de 26 de enero, FJ 2), incluyendo entre esas garantías el deber de motivación, pues, como se encarga de reseñar la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2009, de 23 de marzo, FJ 2, «“frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones” (Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1998, de 13 de febrero, FJ 6; y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12)».

En el presente caso nos encontramos, precisamente, ante un supuesto de ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, por lo que la necesidad de motivación en las resoluciones recaídas en el procedimiento sancionador resultaba constitucionalmente exigible.

Según resulta de las actuaciones, especialmente de los documentos aportados por la actora tanto en sede judicial como ante este Tribunal (ya que el expediente administrativo sancionador no figura en las actuaciones remitidas a este Tribunal, a pesar de ser un elemento esencial para la resolución del recurso), a la actora le fue incoado un expediente sancionador por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz mientras se encontraba cumpliendo condena en un centro penitenciario, y le fue concedido un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones, en el que el Abogado designado para defenderla presentó escrito poniendo de relieve la dificultad para aportar documentos (al encontrarse interna en un centro penitenciario), señalando a tales efectos los registros públicos correspondientes, pero en el que alegaba que tenía una relación con un ciudadano español, fruto de la cual había nacido una hija que tenía nacionalidad española, manifestando su deseo de formalizar su situación al salir de prisión y aduciendo que existía una efectiva situación de arraigo. La resolución sancionadora, de 21 de septiembre de 2009, impuso a la recurrente la sanción de expulsión, con prohibición de entrada en territorio español por diez años, en aplicación de los artículos 53 a) y 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, razonando que «No parece desproporcionada la sanción de expulsión cuando son hechos que constan en el expediente que Vd. ha vulnerado toda la normativa española relacionada con la entrada y estancia de extranjeros en España; carece de cualquier tipo de documentación personal que asegure su identidad y nacionalidad; y reside en España sin tener autorización para ello y sin, ni siquiera intentar obtenerla. Y, además, se encuentra en prisión cumpliendo condena impuesta por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año». Además, se añadía la consideración de que la infracción tipificada en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros está sancionada por la propia ley con la expulsión, por lo que no cabe la sanción de multa.

Nos consta también que la actora interpuso recurso de reposición frente a dicha resolución sancionadora, poniendo de relieve la inexactitud de

la mayor parte de cuanto en ella se afirmaba, lo que respaldó con la aportación de la pertinente documentación, y alegando en síntesis, que la expulsión vulneraría bienes jurídicos de mayor protección que la regulación de flujos migratorios, señalando, especialmente, la afección de los derechos de su hija en cuanto a vivir en familia con su padre y con su madre y a la permanencia en España, en su condición de española, al verse obligada a trasladarse con su madre a Argentina, por encontrarse su padre en prisión, así como a los derechos de éste, al privarlo, como consecuencia, del derecho a relacionarse con su hija. Al escrito acompañó, entre otros documentos, copia del DNI y de la partida de nacimiento de su hija, del libro de familia, del permiso de residencia concedido en el año 2005 a la demandante, de su tarjeta sanitaria individual expedida por la Junta de Andalucía, del pasaporte de la actora con sello de entrada en España a través del aeropuerto de Barajas, certificados de empadronamiento, y oferta de trabajo como empleada de hogar.

El recurso de reposición fue desestimado por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, de 4 de marzo de 2010, en la que se razona:

«El artículo 25 de la L.O. 4/2000 señala los requisitos de entrada en el territorio español, entre ellos el efectuar la entrada por puesto fronterizo habilitado el efecto, provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, no consta que se hayan cumplido ninguno de tales requisitos. En el momento de la detención se encontraba ilegalmente en España, dado que al proceder a su identificación debía simplemente haber mostrado su pasaporte con el correspondiente sello de entrada o bien la autorización de residencia o documento análogo que le permitieran la entrada o la estancia en nuestro país. Y no se han presentado pruebas de poseerlos a pesar del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento.

No parece desproporcionada la sanción de expulsión cuando son hechos que constan en el expediente que Vd. ha vulnerado toda la normativa española relacionada con la entrada y estancia de extranjeros en España; carece de cualquier tipo de documentación personal que asegure su identidad y nacionalidad; y reside en España sin tener autorización para ello y sin, ni siquiera, intentar obtenerla. Y, además, ha sido condenado a una pena privativa de libertad impuesta por una conducta dolosa que cons-

tituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.»

A este relato sólo cabe añadir que, recurrida la sanción en vía contencioso-administrativa, el Juzgado núm. 2 de Cádiz, en Sentencia de 30 de marzo de 2011, redujo la prohibición de entrada a cinco años, que es el máximo previsto en el artículo 58.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, sin que la Administración hubiese justificado la concurrencia de algún supuesto de amenaza grave, de acuerdo con el apartado 2 de dicho precepto, que permitiera la imposición del plazo de prohibición que la sanción impugnada establecía. En lo demás, el recurso fue desestimado, siendo confirmada esta decisión en apelación.

4. A la vista de cuanto ha quedado expuesto, resulta evidente para los Magistrados firmantes de este Voto la manifiesta ausencia de motivación por parte de las resoluciones administrativas sancionadora y resolutoria del recurso de reposición, que han prescindido por completo de lo alegado por la demandante y se han limitado a emplear un formulario, en el que se utiliza reiteradamente el masculino para referirse a ella, y en el que se recogen como fundamento de la sanción de expulsión una serie de circunstancias que han sido rotundamente desmentidas por los documentos aportados por la actora. Esto es, la Administración, además de tratar de justificar la proporcionalidad de la sanción en una serie de circunstancias que, en su práctica totalidad, queda demostrado de forma palmaria que no concurren en la actora, se ha negado, lisa y llanamente, a tomar en consideración las circunstancias del caso, omitiendo toda valoración acerca del dato alegado por la sancionada de que contaba con una pareja estable, de nacionalidad española, y que fruto de su relación había nacido una niña, también española, y sobre la afección que en cuanto a los derechos e intereses de ambos produciría la sanción de expulsión. Y esta ausencia de motivación resulta tanto más grave en la medida en que, por una parte, resultaban afectados derechos fundamentales, como los reconocidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Española, de suerte que se exigía una motivación reforzada (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2013, de 11 de febrero, FJ 3), y, por otra, lo alegado por la demandante de amparo en cuanto a sus circunstancias personales estaba en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional,

como son los contenidos en el artículo 39 de la Constitución Española, de manera que, ante su puesta de manifiesto por la persona contra la que se dirigía el procedimiento sancionador, su ponderación resultaba obligada.

En efecto, resultan innegables para cualquier observador, por más que la Sentencia de la que discrepamos —yendo más allá del papel de Juez constitucional— haya querido minimizar su incidencia práctica, los negativos efectos que la sanción de expulsión produce sobre los derechos e intereses de la hija menor de edad de la demandante de amparo. En primer lugar, se va a ver privada de su derecho a la vida familiar bien con su padre, bien con su madre, dependiendo de si la madre la lleva consigo o no a Argentina, y, aun en el caso de que su madre la dejara en España (situación poco probable), se podría llegar a encontrar en situación de desamparo (artículo 172.1 del Código Civil), dado que su padre se encuentra en prisión hasta el año 2014 y no puede atenderla. Por otra parte, no es menos importante la incidencia sobre el derecho de la menor a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional (artículo 19 de la Constitución Española), en su condición de ciudadana española, ya que, en las circunstancias actuales, y puesto que no tiene capacidad para decidir por sí misma, la expulsión de su madre, encontrándose el padre en prisión, implica, so pena de dejar de cumplir las obligaciones parentales que incumben a aquélla constitucionalmente, la obligación de la menor de abandonar el territorio nacional junto a su madre. Y, finalmente, y como consecuencia de todo ello, la salida de España de la menor conllevará que su padre no podrá tenerla en su compañía ni ejercer los derechos y deberes que en tal condición le corresponden.

Atendida la relevancia constitucional de esas circunstancias, la negativa a valorarlas debe ser considerada una decisión arbitraria, como ya señalara este Tribunal en un supuesto similar en la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009, de 15 de junio, FJ 6, en la que se afirmó: «En efecto, baste recordar a esos efectos, teniendo presente que por mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconocen deben ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que el artículo 39.1 de la Constitución Española establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación

con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 del Convenio europeo de Derechos Humanos; por todas, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*, o de 17 de abril de 2003, caso *Yilmaz c. Alemania*). Igualmente, tampoco cabe obviar que el artículo 39.4 de la Constitución Española establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), establece que en todas las medidas que tomen, entre otros, las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidas los niños de ser de consideración primordial atender a los intereses superiores del niño».

La Sentencia aprobada por la mayoría se refiere acertadamente, en el fundamento jurídico 7, al necesario reconocimiento, respeto y protección de mandatos constitucionales, como los establecidos en los apartados 1 y 4 del artículo 39 de la Constitución Española, señalando que deben informar la práctica judicial, «lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/de la Constitución Española, de 28 de mayo de 2001 del Consejo». De dicho razonamiento debería seguirse, en pura lógica, un análisis sobre si, en el presente caso, se habían tenido en cuenta los expresados mandatos tanto por la Administración, a la hora de imponer la san-

ción de expulsión, como por los órganos judiciales, en su labor de revisión de la actuación administrativa, lo que se traduciría en verificar si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar —y, añadimos, para la hija— es proporcional al fin que dicha medida persigue. Pero paradójicamente, la Sentencia se queda ahí y no extrae las ineludibles conclusiones de esa afirmación, sino que se limita, de modo incomprensible, a constatar que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno-filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, en lugar de constatar que esos mandatos constitucionales de protección de la familia y de los hijos no se han tenido en cuenta ni por la Administración ni por los órganos jurisdiccionales al imponer y confirmar la sanción de expulsión.

De cuanto hasta aquí se ha expuesto, no podemos sino llegar a la conclusión de que las resoluciones administrativas impugnadas por la actora han vulnerado el derecho de ésta a la tutela judicial efectiva, pues su grado de arbitrariedad es tal, que la aplicación de la legalidad que han realizado es tan sólo una mera apariencia, por lo que no pueden entenderse fundadas en Derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzo, FJ 2; y 128/2013, de 3 de junio, FJ 4), e incluso, se podría llegar a afirmar que carecen absolutamente de motivación, porque la que contienen es meramente formularia y no responde a las reales circunstancias del caso.

No se ve afectada esta conclusión por la interpretación rigorista que del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros realizan tanto las resoluciones administrativas como las judiciales, en el sentido de que no cabría ponderación de las circunstancias del caso concreto. Una interpretación semejante no puede ser aceptada. Como este Tribunal apuntó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009, FJ 6, el artículo 55.3 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros prevé expresamente que la graduación de las sanciones en materia de extranjería se ajustará a criterios de proporcionalidad, lo que ha de cohonestarse con el deber de motivar no sólo la calificación jurídica de los hechos, sino también la sanción a imponer (Sentencia del Tribunal Constitucional 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 4). Por otra parte, también se ha señalado en la Sentencia del Tribunal

Constitucional 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6, que «la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta», criterio reiterado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 7, y que resulta perfectamente trasladable a la previsión del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros. En efecto, una primera aproximación al mismo nos permite constatar que, simplemente, viene a añadir un supuesto más al elenco de conductas que, según la previsión del artículo 57.1, pueden dar lugar a la expulsión de un extranjero, pero sin que se aprecie en sus términos una rigidez tal que impida toda capacidad de apreciación por parte de la Administración sancionadora privándole de la imprescindible labor de ponderación que debe realizarse en todo procedimiento sancionador. El propio artículo 57 contempla en los apartados 5 y 6 supuestos de excepción en los que no podrá imponerse la sanción de expulsión, y en su apartado 3, como regla que debe entenderse referida a los dos que lo preceden, prevé que no podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, de donde puede derivarse sin problema que tanto en el supuesto del apartado 1 como en el del 2 cabe la imposición de cualquiera de las dos sanciones, dejando la propia ley, por tanto, margen a la ponderación administrativa, sin que la expulsión opere *ope legis*.

En todo caso, no cabe admitir, por inconstitucional, una interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros que obligue a expulsar al extranjero en quien concurra el presupuesto de hecho de la norma con absoluta abstracción de las circunstancias del caso, sin permitir ponderación alguna de las mismas, incluso en aquellos supuestos en los que, como sucede en el que nos ocupa, resulten afectados por la expulsión derechos fundamentales o intereses de relevancia constitucional, tales como los protegidos por el artículo 39 de la Constitución Española. En casos así será obligado siempre efectuar la debida ponderación entre los intereses en presencia, para determinar si el sacrificio que experimenten esos derechos o intereses con relevancia constitucional puede suponer que la ejecución de la expulsión no resulte proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida. En otro caso, si la postulada por órganos administrativos y judiciales fuera la única inter-

pretación posible del precepto aplicado, habría que concluir necesariamente que éste resulta inconstitucional.

5. Discrepamos también de la Sentencia aprobada por la mayoría en relación con la conclusión a la que llega en cuanto a la denuncia de vulneración del artículo 19 de la Constitución Española que realiza la actora, que se concreta en la lesión de los derechos de su hija menor de edad, que se verá obligada a abandonar el país como consecuencia de la expulsión de su madre, pese a ser la menor ciudadana española.

Ante todo, hemos de señalar que, aunque compartimos la conexión que se hace en el fundamento jurídico 5 del artículo 19 de la Constitución Española con los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución Española, sin embargo, consideramos que esa conexión se realiza de manera selectiva, sin una razón que justifique el modo de actuar, que la Sentencia, en cualquier caso, no explicita. En efecto, en ésta se conecta el artículo 19 de la Constitución Española únicamente con el artículo 39.4 de la Constitución Española, que otorga a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, pero se omite toda consideración respecto de otros principios rectores que pueden ser conectados con los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la Constitución Española, y que resultan trascendentes para el supuesto de hecho que nos ocupa, en la medida en que, siguiendo igual secuencia lógica de conexión con el derecho fundamental de los españoles a elegir libremente la residencia, pueden condicionar la expulsión de la actora. Así, en primer lugar, ha de conectarse también aquí el artículo 19 de la Constitución Española con el apartado 1 del artículo 39 de la Constitución Española, referido a la protección de la familia por los poderes públicos, que se proyecta, en este caso, a la convivencia familiar de la menor con su madre, pues, para mantenerla, se verá obligada a abandonar el territorio nacional, y no resulta admisible, desde la perspectiva constitucional, que se dé lugar a una contraposición de tal envergadura entre el derecho fundamental y el principio rector hasta el punto de hacer imposible la satisfacción conjunta de ambos. En segundo lugar, el artículo 19 de la Constitución Española ha de cohonestarse igualmente con el apartado 3 del artículo 39 de la Constitución Española, que recoge el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus

hijos, que en este caso también se convertiría en un deber de imposible cumplimiento por la madre si, para respetar el derecho a elegir libremente residencia de la hija, se produce la permanencia de ésta en el territorio nacional mientras la madre es expulsada, ya que para que dicho deber pueda ser efectivamente cumplido, la hija también deberá abandonar el territorio nacional junto a su madre. Por tanto, es preciso conectar en la misma medida este principio rector con el derecho fundamental concernido, de forma que el cumplimiento del deber de asistencia a los hijos que recae sobre los padres pueda llegar eventualmente a condicionar una expulsión.

El segundo aspecto en el que se centran nuestras discrepancias es el referido a la adjetivación selectiva de los perjuicios que pueden dar lugar a la lesión del derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución Española, que la Sentencia concreta en que el superior interés de la menor pase necesariamente por acompañar al progenitor expulsado, bien por no tener en España otro elemento de arraigo bien porque sólo dicho progenitor pueda asumir su manutención. A nuestro juicio, tal adjetivación resulta caprichosa y reduccionista o estrecha de miras, concretando los únicos supuestos en los elementos fácticos que concurrían en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se cita en el propio fundamento jurídico 5, elevándolos a la categoría de únicos elementos obstativos de la expulsión, sin haberse preocupado de explorar o valorar la posibilidad de que puedan darse otras situaciones que tengan igual valor obstativo o que, incluso, deban tener una consideración preferente sobre las que menciona la Sentencia. A nuestro juicio, centrar la cuestión en la manutención de la menor es centrarla en un aspecto muy parcial, olvidando otros igualmente relevantes, porque los padres deben prestar a sus hijos asistencia de todo orden (artículo 39.3 de la Constitución Española), y no solamente la manutención. Se prescinde así del factor afectivo, o de la labor educativa que corresponde cumplir a los padres, que, según el artículo 154.1 Código Civil, deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, componiendo así una serie de deberes que no quedan debidamente plasmados con la simple referencia a la manutención que se efectúa en la Sentencia aprobada por la mayoría. De la misma forma, e interpretada la Sentencia *sensu contrario*, no alcanzamos a comprender cómo el hecho de tener algún otro elemento de arraigo (existencia de alguna otra conexión fami-

liar) puede hacerse prevalecer sobre el deber de asistencia que impone a los padres el artículo 39.3 de la Constitución Española en la ponderación del artículo 19 de la Constitución Española a efectos del juicio de expulsión, pues son éstos los primeros y principales sujetos llamados a encargarse de los hijos, razón por la cual su deber aparece constitucionalizado. E igualmente incomprensible resulta que no se tenga en cuenta la protección de la familia del artículo 39.1 de la Constitución Española como principio con entidad limitadora de la expulsión cuando está en juego la defensa del derecho del artículo 19 de la Constitución Española, ni en la Sentencia se explicita razón alguna por la que estos otros referentes no entran en juego.

En suma, en la Sentencia a la que formulamos el presente Voto se plasma una visión muy limitada de los aspectos que pueden incidir en el supuesto de la expulsión cuando se encuentra en juego el derecho fundamental de una menor a fijar libremente su residencia, y, con estos mimbres, por lógica, la respuesta que se ha dado al problema de fondo que aquí se plantea debía ser necesariamente parcial y errónea. Pero, además, esa respuesta no puede tacharse sino de puramente voluntarista, y, además, desconocedora de las consecuencias evidentes que para cualquier observador jurídico va a producir sobre la menor la expulsión de su madre.

La primera objeción que se ha de formular es la de que este Tribunal no resuelve las solicitudes de amparo atendiendo a situaciones futuras y sobre la base de elementos que no sean actuales o que constituyan meras presunciones. Hay que estar al momento en el que, según la demanda, se pudo producir la lesión del derecho fundamental objeto de la queja y efectuar la valoración en virtud de las circunstancias concurrentes en ese preciso instante. La lesión no existe o deja de existir por lo que pueda ocurrir en el futuro, sino por el substrato fáctico que sirvió o debió servir en la adopción de las resoluciones administrativas impugnadas y las consecuencias normales que del mismo deban extraerse. Y en ese preciso momento (resolución de 21 de septiembre de 2009, confirmada por otra de 4 de marzo de 2010) lo verdaderamente indiscutible es que, por mucho que, como se afirma en la Sentencia, no hay resolución administrativa o judicial que otorgue en exclusiva la guarda y custodia sobre la niña a la madre, el único progenitor que podía dar cumplimiento al deber constitucional de prestar asistencia de todo orden a la hija menor de edad (artículo

lo 39.3 de la Constitución Española) era la actora, puesto que el padre se encontraba en prisión (cumple su pena en el año 2014) y, por consiguiente, no podía —ni puede aún— atender en debida forma a su hija. La inmediata consecuencia de esta situación es que, en el momento de su expulsión, la madre tendría que llevar a su hija consigo con la consiguiente necesidad de que la menor española abandone el territorio nacional a causa de la expulsión de su madre, con la consiguiente vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Constitución Española. Frente a este inobjetable planteamiento, no tienen cabida posturas meramente voluntaristas como la desarrollada en la Sentencia de la mayoría acerca de la existencia de elementos de arraigo en España por el hecho de que el cumplimiento de la pena por parte del padre está cercano (aunque en el momento en que se ha de llevar a cabo la expulsión sigue preso), o por la previa convivencia de la menor con su abuela paterna y su abuela materna en el pasado. Se trata de meras presunciones, no basadas en elementos acreditados, y cuya quiebra puede dar lugar a otra situación mucho más grave si, finalmente, la menor queda en España: que pueda quedar en situación de desamparo (artículo 172.1 Código Civil), dado que su padre aún no puede atenderla, lo que sería susceptible de originar, incluso, la pérdida de los lazos familiares en el caso de que la Administración competente considere, al salir su padre de prisión, que éste no reúne las condiciones suficientes para hacerse cargo de la menor, y que ello derive en un acogimiento y hasta en una posterior adopción. Es una presunción, sí, pero enunciada con mayor fundamento y contando con igual o mayor posibilidad de materialización que las recogidas en la Sentencia de la mayoría para justificar que no existe vulneración del artículo 19 de la Constitución Española.

Finalmente, hemos de calificar de auténtico despropósito la afirmación contenida al final del fundamento jurídico 5 de la Sentencia en el sentido de que los elementos de arraigo existentes «hacen viable en la práctica que [la menor] opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España», de donde extrae la conclusión de que la expulsión no le impedirá el disfrute efectivo de las libertades que le reconoce el artículo 19 de la Constitución Española como ciudadana española. No está de más recordar que, en el momento de imposición de la sanción de expulsión, la menor contaba con tres años, y en el momento actual con siete, y que, por tanto, al ser menor de edad, no puede optar, como se dice en la

ponencia, por permanecer en España por su propia decisión, sino que tendrá que seguir aquello que el único progenitor en situación de cumplir el deber de prestarle una asistencia integral decida, que será, atendidos los deberes constitucionales y legales que pesan sobre ella, llevarla consigo a Argentina. En definitiva, por muchos hipotéticos elementos de arraigo que la ponencia aprecie, la expulsión de la madre conllevará la necesaria salida de la menor del territorio español con la consiguiente vulneración de su derecho a residir y a circular libremente por el mismo, que es la conclusión a la que debería haber llegado la Sentencia de la que discrepamos.

6. También disintimos del tratamiento que en la Sentencia aprobada por la mayoría se realiza de la queja de la demandante referida al artículo 18.1 de la Constitución Española. Como primer aspecto, consideramos que el análisis que la Sentencia realiza de esa queja no se ajusta a los términos en que se ha formulado en la demanda. Aunque en la fundamentación jurídica no se explicita cuál es el fundamento de dicha queja, del inicio del fundamento jurídico 6 puede deducirse que el «derecho a la vida familiar» que alega la actora se refiere a su propia convivencia con su hija menor de edad, que podría verse afectada por la expulsión. Sin embargo, no es ese el planteamiento que se realiza en la demanda, según se deduce del propio antecedente 3 de la Sentencia, que concreta esa queja en que si, como consecuencia de la expulsión de la madre, la niña marchara con ella Argentina, «se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Así pues, en la Sentencia se ha dado respuesta a una queja distinta a la realmente planteada por la demandante de amparo, que se articulaba desde el prisma de la afeción del derecho de su hija menor de edad a mantener una convivencia familiar con su padre, que seguirá residiendo en España.

Llama la atención, igualmente, que la Sentencia de la que discrepamos haya realizado un examen de la cuestión siguiendo una pauta distinta a la empleada en relación con el artículo 19 de la Constitución Española. Así, mientras en el caso de éste se integró el precepto con alguno de los principios rectores consagrados en el artículo 39 de la Constitución Española,

realizando una consideración conjunta de los mismos, en el supuesto del artículo 18.1 de la Constitución Española se separan por completo el precepto que recoge el derecho fundamental y los principios rectores del artículo 39 de la Constitución Española, concluyendo que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, y que la efectividad de los principios rectores no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que los jueces ordinarios hayan de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros. Paradójicamente, la Sentencia no realiza la labor de comprobar si los órganos administrativos y judiciales han tenido en cuenta o no dichos principios en la aplicación del citado precepto, aspecto que tendría cabida en la imprescindible necesidad de motivación de las resoluciones sancionadoras, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente al analizar la queja relativa al artículo 24.1 de la Constitución Española que, a juicio de los Magistrados que suscriben el presente Voto, sí se ha planteado de manera efectiva por la actora, a pesar de que este extremo se haya negado en la Sentencia aprobada por la mayoría.

La conexión entre derechos fundamentales y principios rectores es algo común en nuestra jurisprudencia, al punto de que, en ocasiones, este Tribunal ha reforzado el canon del artículo 24.1 de la Constitución Española en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 abril, que en relación con el artículo 43 de la Constitución Española afirmó: «La trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso de la Sra. L. a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el artículo 43 de la Constitución Española. La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de

la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 de la Constitución Española. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1994, de 25 de abril» (FJ 5).

Esto es, una resolución que, en otro caso, sería respetuosa con el artículo 24.1 de la Constitución Española puede no serlo por no atender a la orientación que impone el principio rector en juego.

Y si esa proyección debía realizarse en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, con más razón había de tener lugar en cuanto a los derechos fundamentales sustantivos, y así se afirmó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, al señalar: «Ya hemos dicho que directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional recogido en el artículo 39, apartados 2 y 3 de la Constitución Española, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4), y a los padres a “prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de forma que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad —lo mismo que aquellas interpretaciones de la regulación legal que la determinen— ocasionan una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución Española. En contra de esa exigencia constitucional, la interpretación que realiza la resolución impugnada, formalmente neutra, discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (artículo 14 en relación con los artículos 39 y 41 de la Constitución Española): el artículo 39.3 de la Constitución Española, cuyo texto refleja una directa conexión con el artículo 14 de la Constitución Española, impone a los padres el deber de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del

matrimonio” y, sin embargo, con aquella interpretación, las realidades familiares extramatrimoniales estarían en peores condiciones para prestar tal asistencia a unos “hijos habidos... fuera del matrimonio”, es decir, éstos, en el terreno de dicha asistencia, serían de peor condición que los hijos matrimoniales».

En el presente caso, encontrándose comprometida la convivencia familiar de una menor con uno de sus progenitores como consecuencia de la expulsión de la madre, resultaba imprescindible poner el artículo 18.1 de la Constitución Española en relación con los mandatos de los apartados 1, 3 y 4 del artículo 39 de la Constitución Española, referidos a la protección de la familia, al deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos, y a la protección de los niños según los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Y, realizada dicha conexión, la respuesta no podría haber sido otra que la de considerar vulnerado el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española como consecuencia de la resolución administrativa que impuso a la demandante de amparo la sanción de expulsión del territorio nacional sin tomar en consideración la afección que sobre el derecho a la convivencia familiar de la menor de edad implicaba dicha decisión. Nada de ello se hace en la Sentencia de la que discrepamos que, apartándose de manera incongruente del criterio seguido en cuanto al artículo 19 de la Constitución Española, desconecta por completo derecho fundamental y principios rectores, y dedica todo su esfuerzo a descartar que en el artículo 18 de la Constitución Española se reconozca un derecho a la vida familiar, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No podemos compartir la valoración que se hace en el fundamento jurídico 6 sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, apartándose de la misma para mantenerse en la visión más estrecha de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 noviembre, con desprecio de la noción elaborada por aquella del «derecho a la vida familiar», que comprendería como uno de sus elementos fundamentales del disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52), y quitando todo valor a que esa circunstancia, al menos desde la perspecti-

va del artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, se haya considerado en ocasiones como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros. En nuestra opinión, no es posible seguir manteniendo ese camino divergente al que sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, sino que es preciso incorporarla en el derecho interno. En este sentido, hay que recordar que el artículo 10.2 de la Constitución Española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas reconocidos en la Constitución habrán de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el contenido que para sus distintos preceptos ha ido delimitando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009, de 15 junio, FJ 6, se avanza en esta línea, recordando, tras la cita de los artículos 10.2 y 39.1 de la Constitución Española que dicha jurisprudencia «ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos; por todas, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 agosto 2001, caso *Boultif c. Suiza*, o de 17 abril 2003, caso *Yilmaz c. Alemania*)».

No está de más recordar que, como se señala en la Sentencia aprobada por la mayoría, el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y que al socaire de la incidencia que la aplicación de dicha Carta puede tener en el orden interno, este Tribunal afirmó en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, que «Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la Constitución “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corro-

borar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución” [Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución Española) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el artículo I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Y, a continuación, añade: «Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la 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”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».

Es decir, que tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como denominador común, como la referida Carta, vienen a garantizarnos unos contenidos mínimos en relación con los derechos fundamentales, a partir de los cuales se determine en el orden interno el con-

tenido asegurado por el Derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo garantizado por las normas del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, según la interpretación que de las mismas realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por las de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, ese mínimo ha sido objeto de rebaja en la Sentencia aprobada por la mayoría, con una argumentación que en modo alguno podemos compartir, a pesar de reconocer implícitamente que se aparta de lo resuelto de manera reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y del artículo 7 de la Carta.

Precisamente, en esa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos encontrar la condena a España, operada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2012, caso *K.A.B. c. España*, en un supuesto en el que la expulsión de la madre supuso la pérdida de contacto del padre con su hijo, al ser éste declarado en situación de desamparo, siendo primero objeto de acogimiento y posteriormente de adopción. El Tribunal recuerda que el concepto de «familia» contemplado por el artículo 8 del Convenio no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos «familiares» de facto cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio, de manera que un niño resultante de tal relación se incluye automáticamente en esta célula «familiar» a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de éste. En cualquier caso, el artículo 8 protege la vida privada al igual que la vida familiar, y el derecho a la reagrupación de un padre con su hijo biológico se incluyen el ámbito de aplicación del concepto de «vida privada» que engloba aspectos importantes de la identidad personal (§ 88 y 90). Asimismo, recuerda el Tribunal su reiterada jurisprudencia por la que, si bien el artículo 8 tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a imponer al Estado el deber de abstenerse de tales injerencias, sino que esta obligación de carácter negativo suelen añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. Tanto en un caso como en otro, debe respetarse el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad su conjunto, gozando en ambas hipótesis el Estado de un cierto margen de apre-

ciación (§ 95). Ahora bien, para ser adecuadas, las medidas destinadas a reunir al padre y su hijo deben establecerse rápidamente, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los padres que no viven con él, recordándose en este punto que, «en los asuntos en relación con la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño de muy corta edad puede conducir a una alteración creciente de la relación con su padre» (§ 97 y 103). Se destaca, asimismo, la responsabilidad de la propia Administración, debido a la expulsión de la madre del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada sobre la existencia del hijo, sin adoptar ninguna medida al respecto y sin que se hubiese dado ninguna explicación satisfactoria que justificara la urgencia de la expulsión (§ 108). Finalmente, en la indagación de si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no desplegaron esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando si el derecho al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8 (§ 116).

Fácilmente se constata la similitud entre dicho asunto y el que nos ocupa, en el que tanto la Administración como los órganos jurisdiccionales han omitido realizar toda consideración acerca de la incidencia que la medida de expulsión de la actora va a producir a su hija menor de edad en la relación con su padre, que se muestra como una consecuencia negativa evidente de la expulsión, y que va a privar a ambos sujetos del derecho a esa «vida privada» a la que de modo reiterado se refiere la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se acaba de hacer mención, y en cuya línea discursiva sería deseable que se hubiese enmarcado la decisión adoptada en la Sentencia de la que disentimos. No habiéndolo hecho así, se ha puesto una piedra más para una nueva condena contra el Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancia ante la que la actora, indudablemente, recibirá la adecuada satisfacción a sus pretensiones que, de manera inexplicable, este Tribunal Constitucional no le ha otorgado.

39.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA (SEVILLA) DE FECHA 09/05/13

Anula resolución de expulsión. La pena impuesta no supera el año de prisión.

Antecedentes de hecho

En el indicado día el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, dictó Sentencia estimatoria parcial del recurso también señalado, interpuesto en relación con resolución de adopción de medida de expulsión del territorio nacional.

Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución formulándose los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida, se terminó solicitando que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que con estimación de este recurso de apelación, se dejara sin efecto la apelada.

Teniendo por presentado el recurso y acordado su traslado a la recurrida, tras la presentación por ésta de su escrito de oposición, se elevaron las actuaciones a esta Sala, en la que no habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, el recurso fue declarado concluso, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento fijado al efecto para votación y fallo, que ha tenido lugar el día de ayer.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Fundamentos de derecho

La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente frente a la resolución del Subdelegado del Gobierno en Sevilla que acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante diez años.

El recurso de apelación lo fundamenta la apelante en estimar la sentencia contraria a Derecho en primer lugar, por cuanto muestra su discrepancia con la aplicación que hace la sentencia del artículo 57.2 de Ley Orgánica 4/2000 así como de las circunstancias personales y familiares que concurren en el interesado, por lo que la sanción de expulsión debe revocarse.

La Administración del Estado sostiene la correcta interpretación del citado precepto de la Ley Orgánica 4/2000 que efectúa la sentencia apelada.

En cuanto a la singular cuestión suscitada en el recurso de apelación, sostiene la actora que no se ha aplicado correctamente por la Administración el señalado artículo 57.2 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues la pena con la que ha sido sancionado -en concreto y en abstracto- no supera el año de privación de libertad, pues fue condenado de conformidad con los artículos 171, 4 y 5 y 74 (tipo aplicado cuya pena en abstracto va de seis meses a un año de privación de libertad), concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8, todos ellos del Código Penal a la pena de un año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y costas.

Esta Sala (Sección Segunda) en la sentencia de 12-7-2012, rec. 293/2012, (vid. sentencia de 19-10-2009, rec. 18/2009) en supuesto semejante a este, en concordancia con la doctrina jurisprudencial reflejada en la propia sentencia apelada, ha declarado que: "...el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería dispone que "Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados". Con los datos antes expuestos, es indiscutible que concurre en este caso la causa de expulsión aplicada prevista en el citado precepto pues la expulsión se impone de forma imperativa y como única consecuencia legal posible prevista. En este supuesto, la expulsión no puede ser confundida con una sanción, de la que la separan el fundamento y los fines que persigue (Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, fundamento jurídico 4 y Sentencia del Tribunal Supremo de 29

de noviembre de 2004); es decir, no se contempla una sanción sino que establece que la condena por conducta dolosa constitutiva de delito sancionable con pena privativa de libertad superior a un año “constituirá causa de expulsión”!

Conforme al artículo 57.5.b) “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”. Consideramos que no resulta aplicable dicha excepción al supuesto enjuiciado, es decir, al residente de larga duración pues como se dijo, no nos hallamos ante una sanción, presupuesto éste de la excepción, sino ante la consecuencia legalmente prevista de haber sido condenado por conducta dolosa constitutiva de delito a pena privativa de libertad superior a 1 año, y ello resulta determinante por encima del arraigo que pudiere tener el extranjero.

En definitiva, resulta de aplicación el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería, no así, la excepción prevista en el apartado quinto del citado precepto, ya que, a pesar de que el recurrente cuente con una autorización de residencia de larga duración, esta causa de exclusión de la expulsión sólo resulta aplicable a los supuestos en que la sanción se aplica en virtud del artículo 57.1, pero no cuando la mencionada sanción es consecuencia de una condena penal por delito doloso a más de un año de prisión, es decir, artículo 57.2. Y en estos concretos casos, la situación de residencia legal de larga duración no constituye una excepción a la expulsión, es decir, cuando existe sentencia penal firme no entran en juego las excepciones previstas en el apartado 5 de ese mismo artículo, excepciones que se circunscriben y aplican únicamente a los supuestos que no constituyan el comportamiento previsto en el apartado a) del punto 1º del artículo 54.”

Se hace necesario, con carácter previo a dilucidar si la anterior doctrina es aquí aplicable, determinar si estamos en el supuesto reglado de puni-

ción de la conducta dolosa del mencionado precepto que determina la consecuencia inmediata de la expulsión y extinción del permiso de residencia.

Así, en cuanto a los datos y circunstancias personales que concurren, la sentencia dice que: “En el caso de autos del expediente administrativo resulta que la recurrente fue condenada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Málaga como autor responsable de un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 1 año de prisión, con prohibición de aproximarse a la víctima a su domicilio o lugar de trabajo en una distancia inferior a 500 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de tres años, entre otras, y sin que consten que dichos antecedentes penales hayan sido cancelados”.

El demandante, de nacionalidad de Argentina y casado con ciudadana española, tiene dos hijas de nacionalidad española. Se halla separado de su cónyuge. Tenía una orden de alejamiento de su ex pareja que tiene la guarda y custodia de los hijos. Que dicha pareja manifiesta que no tiene ninguna relación con el recurrente ni recibe ayuda económica, y consta un auto judicial en el que se le reconoce un régimen de visitas. Por último, el 30 septiembre 2009 le fue denegada la renovación de la residencia permanente.

Por otra parte, la recurrente -como antes se dijo- alega que la pena con la que ha sido sancionado en concreto y en abstracto no supera el año de prisión de conformidad con el artículo 171, 4 y 5 y 74.

La Administración del Estado sostiene que la condena es por un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar, en presencia de menores de los artículos artículo 171, 4 y 5 y 74, del código penal y, si bien la pena se queda en el límite justo del año, en abstracto excede por ser un delito de naturaleza continuada definido en el artículo 74 antes expuesto y en consecuencia superando los límites de penalidad en abstracto.

No se comparte este criterio desde el momento en que se hace una interpretación in malam partem, esto es, entendiendo que los elementos accidentales del delito o la forma continuada de aparición del mismo -por escaso margen- permiten elevar la posibilidad de una pena del año de privación de libertad. Ciertamente es debatido por la doctrina jurisprudencial

ese carácter concreto o abstracto pero lo que es incuestionable desde los principios del derecho sancionador es que en caso de duda hemos de entender como incumplido el elemento reglado de la duración de la pena.

Debemos agregar también a esta consideración los elementos concurrentes en el presente caso y que antes se mencionaban tales como que el demandante se halla casado con ciudadana española con la que tiene dos hijas de la misma nacionalidad si bien se halla separado de su cónyuge que tiene la guarda y custodia de los hijos así como que consta un auto judicial en el que se le reconoce un régimen de visitas como progenitor de las hijas menores.

Por todo ello procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución sancionadora que constituye su objeto,

Al no haber, a nuestro juicio, circunstancias que justifiquen otro distinto pronunciamiento, de acuerdo con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y dado el sentido de esta resolución, no procede hacer expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Seis de Sevilla en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento abreviado número 14/2010, que revocamos, procediendo en su lugar a anular la resolución que constituye su objeto.

40.- AUTO DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUMERO 1 DE SEGOVIA DE FECHA 04/10/13

Estima recurso frente a resolución de expulsión (artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería), ponderando las circunstancias del artículo 57. 5 de la Ley Orgánica de Extranjería

Antecedentes De Hecho

Primero. Por el letrado, en representación del recurrente, se ha presentado demanda interponiendo recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Segovia, de fecha 29-04-2013, por la que se acordaba la expulsión de M.B. del territorio nacional por un periodo de cinco años.

La parte actora solicitó se resolviera el recurso sin necesidad de vista.

Admitida a trámite la demanda, se acordó reclamar el expediente de la Administración demandada, con las prevenciones legales, y dar traslado a la administración demandada para contestar a la demanda.

Realizada la contestación por la administración demandada, se acordó declarar concluso los autos para el dictado de sentencia.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

Primero.- Se impugna en este recurso contencioso-administrativo, por la demandante, la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Segovia de fecha 29 de abril de dos mil trece, por el que se acordaba la expulsión del territorio nacional del recurrente por un periodo de cinco años, al estar incurso en la causa prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Pretende la demandante: 1. Que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, dejando sin efecto la resolución recurrida, al tener residencia legal y una situación de arraigo en territorio nacional.

Esgrime la parte actora, en fundamentación de la pretensión que deduce, los siguientes motivos: 1. Que en el recurrente concurre una situación de arraigo en España, siendo causa suficiente para no proceder a la expulsión.

La Administración demandada se ha opuesto a la demanda y ha solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo.

Segundo.- En primer lugar, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido la compatibilidad de la sanción penal con la expulsión de extranjeros acordada en el seno de un procedimiento administrativo. Tal y como señala la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 19-11-2002 “tercer motivo se denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 25 de la Constitución, en cuanto reconoce y consagra los principios de legalidad y tipicidad que se manifiestan entre otros en el principio general del Derecho “non bis in idem”. El motivo en tal forma articulado debe decaer porque, con una técnica impropia de ser utilizada en sede casacional, constituye una mera reiteración de las alegaciones deducidas en la instancia a que la sentencia recurrida ha dado respuesta cumplidamente en su fundamento de derecho quinto, de forma absolutamente respetuosa con la doctrina de esta Sala manifestada entre otras, a contrario sensu, en la Sentencia de 22 de mayo de 2000 (recurso de casación 1911/1996), en la que si bien en relación con un supuesto que encontraba encaje en un apartado distinto del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 se recuerda que el Tribunal Constitucional ha proclamado en un auto de 3 de octubre de 1997 sobre un caso que guarda cierta similitud con el que ahora resolvemos que “aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptuada como sanción y que por eso queda sometida a la garantía del artículo 25-1 de la Constitución, sin embargo dicha expulsión “por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, fundamento jurídico 4). Una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad; y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya

quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991).

Que el actor haya cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa Sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley”.

Respecto de la necesidad de autorización de los tribunales penales para la expulsión de personas condenadas por delitos cometidos en territorio nacional, es una fase posterior, que corresponde con la ejecución de la resolución administrativa, de tal manera que confirmada la resolución administrativa por los juzgados del orden contencioso-administrativo, la autoridad administrativa solicitará autorización para llevar a cabo la expulsión a las autoridades judiciales sobre las que penda procesos penales, tal y como se prevé en la ley de extranjería, siendo diferentes las normativas a aplicar, Código Penal y ley de extranjería, y distintos los presupuestos para la sustitución de la pena privativa de libertad y de la normativa de extranjería. Así lo señala la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de Burgos de fecha 18-06-2010 al decir” Considera la sala que en el presente caso no se vulnera lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal porque la expulsión se ha impuesto en aplicación de la normativa de extranjería contenida en la Ley Orgánica 4/2000 y dejando a salvo la facultad que corresponde al juez o tribunal sancionador del orden penal para acordar en su caso la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional si se dieran los requisitos y condicionantes previstos en el Código Penal de 1995”.

Tercero.- Residencia permanente y expulsión

Otro motivo alegado por la parte actora es la situación de arraigo que existe en el actor, que impide la expulsión del territorio nacional del recurrente.

La Sala CA de Burgos en sentencia de fecha 14-09-2012, estudia los requisitos exigidos para la expulsión de extranjeros con residencia de larga duración, recogiendo el criterio de la misma Sala de fecha 11-05-2012 dice “La interpretación sistemática y teológica de la normativa aplicable a los extranjeros que tienen reconocida la residencia permanente, hoy residencia de larga duración, nos conduce a lo siguiente:

A. El supuesto contemplado en el artículo 57. 2 de la Ley Orgánica de Extranjería (Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”) puede exigirse en causa de expulsión de extranjeros que tengan reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, siempre que su conducta constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública y así se fundamente en la resolución, sin que pueda justificarse por razones de orden económico.

B. Antes de adoptar la decisión de expulsión deberán tomarse en consideración los siguientes elementos: duración de la residencia en el lugar, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con su país de origen.

El incumplimiento de estas exigencias en el caso que nos ocupa nos lleva a anular la resolución impugnada por falta de motivación y justificación de la expulsión acordada en función de la normativa aplicable, y ello por cuanto en un procedimiento de esta naturaleza la administración no puede suplir la falta de motivación y de prueba durante el juicio, según constante jurisprudencia. Así el proceso judicial no puede ser utilizado por la administración para ejercer sus potestades sancionadoras ni para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (Sentencias del Tribunal Constitucional 59/2004) ni por el órgano judicial para ejercitarla por aquella (Sentencias del Tribunal Constitucional 161/2003).

Aplicando la doctrina al presente caso, debemos analizar las consideraciones particulares del presente caso:

1. El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión (folios 14 a 19 expediente administrativo) y ha sido condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Elche, como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de 9 meses de prisión (folio 10 expediente administrativo).
2. El recurrente tiene concedida residencia permanente desde el 19-09-2007, habiendo sido concedida la tarjeta de residente comunitario en el año 1993 (documento n 3 de la demanda).
3. El recurrente es hijo de una nacional española (documento nº 5 de la demanda).
4. El recurrente ha estado dado de alta en la seguridad social desde el año 2000 al año 2011, un total de 4 años, 9 meses y 20 días (documento nº 6 de la demanda).
5. El recurrente tiene 32 años (documento nº 3 de la demanda) y está casado, viviendo en España (folio 56 y 57 expediente administrativo).
6. No constan datos de la existencia de lazos afectivos y familiares con Marruecos.

Con estos datos, podemos destacar que el recurrente ha realizado la mayor parte de su vida en territorio nacional, teniendo en la actualidad 32 años, habiendo realizado actividad laboral por un periodo prolongado desde el año 2000 al año 2011, está casado, vive en España y su madre es nacional española.

Es decir para que pueda ser expulsado, debe concurrir una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Hemos de tener en cuenta, que los hechos por los que consta condenado (apropiación indebida y contra la salud pública) son hechos acaecidos en el año 2005 y 2007, y el recurrente con posterioridad a estos hechos no le consta condena alguna, procedimiento penal pendiente o detención alguna.

El artículo 57. 5 de la Ley Orgánica de Extranjería permite la expulsión de los extranjeros con permiso de residencia de larga duración,

teniendo en cuenta la potencialidad criminal del recurrente, y para ello debemos valorar los antecedentes penales y sus circunstancias, para poder determinar si concurre en el presente caso, la amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

Los hechos penales por los que han sido condenado evidencian una situación contraria al orden público, pero deben ser atemperados en el presente caso, teniendo en cuenta que ha pasado un largo periodo de tiempo desde la comisión de infracciones penales, mediando un periodo de 6 años desde la última infracción cometida. Por ello, y teniendo en cuenta, que tras estos hechos, hay un prolongado espacio de tiempo en el que el recurrente ha realizado una actividad laboral con alta en seguridad social, y que ha desarrollado una vida alejada de la comisión de hechos criminales, como lo acredita la inexistencia de dato policial o penal desfavorable, y la existencia de una situación de arraigo efectivo, tanto en lo personal, familiar como laboral, procede estimar el recurso contencioso-administrativo, declarando no ajustada a derecho la resolución impugnada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no se aprecian motivos para establecer una condena en costas, derivado de la existencias de dudas en la resolución de este recurso.

En base a lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en atención a la cuantía del recurso, de cuantía indeterminada, frente a esta resolución cabe recurso de apelación.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de general y pertinente aplicación

Fallo

Debo estimar y estimo totalmente la pretensión deducida en el presente recurso contencioso-administrativo núm.: PA 150/2013 interpuesto, por el letrado, en representación del recurrente, M.B., contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Segovia de fecha 29-04-2013, declarando que la misma no está ajustada a derecho. No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta instancia.

41.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUMERO 1 DE ALBACETE DE FECHA 22/03/13

Revocación de la resolución de expulsión. Extranjero con permiso de larga duración.

Antecedentes de hecho

Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento del recurso contencioso administrativo entre las partes antes referenciadas, siendo objeto del mismo la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Albacete de fecha 26 de septiembre de 2012, por la que se acuerda la expulsión del territorio español del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que la de no haber lugar a la expulsión, y se anule la resolución recurrida, referente a la expulsión del territorio nacional de la recurrente.

Admitido a trámite el recurso, se acordó sustanciarlo por las normas del Procedimiento Abreviado, reclamándole a la Administración demandada el expediente administrativo, el cual se puso de manifiesto en este Juzgado hasta el día señalado para la vista con el resultado que obra en el acta correspondiente.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

Primero.- Por la recurrente se impugna la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Albacete y que acuerda la expulsión del recurrente con prohibición de entrada en España por un período de cinco años, alegando, en síntesis, que por la Administración demandada no se que el recurrente es

titular de una tarjeta de residente de larga duración concedida el 15-02-2002 y renovada sucesivamente, estando en vigor hasta el 27 de agosto de 2017. Circunstancia ésta que habrá de tenerse en cuenta conforme a lo previsto en el artículo 57.5 de la L.O 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida por ser conforme a Derecho, alegando que no cabe la sustitución de la expulsión por multa al encontrarnos en el supuesto previsto en el Artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración y que la sanción de expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización para residir legalmente en España.

Segundo.- En la resolución del litigio han de partirse de una serie de hechos que están probados. Consta acreditado que el recurrente cuenta con permiso de residencia de larga duración desde el año 2002, que reside en España desde hace 14 años, tiempo durante el cual ha trabajado legalmente en España y cotizado a la Seguridad Social. Asimismo, de la diligencia de informe de antecedentes penales que obra al Folio 11 del Expediente Administrativo se constata:

1. Que el recurrente ha sido condenado por sentencia firme de fecha 16/03/2010, impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Albacete, en la causa Ejecutoria nº 188/2.9010:

- Por dos delitos de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar, artículo 153 del Código Penal en calidad de autor, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad por cada uno de los delitos.
- Por un delito de violencia doméstica y de género. Coacciones artículo 172.2 del Código Penal, en calidad de autor, a la pena de 40 días de trabajo en beneficio de la comunidad.
- Por un delito de violencia doméstica y de género. Maltrato habitual, artículo 173.2 del Código Penal, en calidad de autor, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión.

2. El recurrente ha sido condenado sentencia firme de fecha 02/09/2010, impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Albacete, en la causa Ejecutoria nº 506/2010:

- Por un delito de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar, artículo 153 del Código Penal, en calidad de autor, a la pena de 70 días en beneficio de la comunidad.

3. El recurrente ha sido condenado en sentencia firme de fecha 24-09-2010, impuesta por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Albacete, en la causa Ejecutoria nº 492/2010, por conducción bajo influencias de bebidas alcohólicas o drogas, artículo 379.2 del Código Penal, en calidad de autor, a la pena de 4 meses de prisión, 8 euros día durante 160 días, 30 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y 12 meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Partiendo de tales hechos, ha de contemplarse la siguiente normativa invocada.

El artículo 57.2 establece que “Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”

En relación a este precepto, ha de señalarse el artículo 57.5 que dispone que “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en

España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo”.

Igualmente y dado que se alega que el recurrente es residente de larga duración, ha de contemplarse que la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, ya ha sido traspuesta por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que reforma precisamente el artículo 57 LODLE.

Según su artículo 1 “La presente Directiva tiene por objeto establecer:

- a) las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración, y derechos correspondientes, otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio, y
- b) las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto”.

Su artículo 12 establece que:

“1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.

3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

- a) la duración de la residencia en el territorio;
- b) la edad de la persona implicada;
- c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia
- d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan”.

Hay que comenzar aclarando que el expediente tramitado es para la aplicación de la causa de expulsión del artículo 57.2 Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que no constituye una sanción por comisión de una infracción sino una causa legal que determina la consecuencia de la expulsión cuando concurren las circunstancias que prevé. Es por ello que no es una sanción que se imponga en sustitución de la de multa. Esta naturaleza es admitida por la jurisprudencia, caso de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10-5-2010, 23-4-2010, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 12-11-2010, 19-10-2007, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 1-6-2010.

Pues bien, resulta clara la aplicación del precepto al caso a la vista de la pena impuesta y la falta de cancelación de los antecedentes. De igual forma, ha de señalarse que es irrelevante la situación de arraigo familiar o laboral, pues como se ha dicho que estamos ante una causa de expulsión y no ante una sanción por la comisión de una infracción administrativa que sea alternativa a otras como la multa. Es una causa legal que opera automáticamente siempre que se den los supuestos previstos en la ley y que no se enerva por circunstancias como la situación de arraigo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-4-2011 señala que “Sin embargo la apelante insiste en primer lugar en que la situación de arraigo en que se encuentra el mismo en territorio Español debe evitar dicha expulsión, sin embargo esta pretensión no puede ser aceptada primero porque esa situación de arraigo no existe en el momento en que se decide sobre la expulsión y segundo porque, en el artículo 57 no se contempla la situación de arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión impuesta por vía del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Pero es que además considera la Sala que no se dan en el presente caso las circunstancias previstas en el artículo 57.5 y 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000 que pudiera evitar la medida de expulsión impuesta; y así no se dan las circunstancias del artículo 57.5 citado porque el apelante ni ha nacido en España, ni tiene reconocida la residencia permanente, tampoco ha sido español de origen ni es beneficiario de una prestación por incapacidad ni tampoco de otra prestación contributiva; e igualmente tampoco concurre ninguna de las circunstancias del artículo 57.6 pese a que el apelante es padre de tres hijos que se encuentran residiendo legalmente en España con una antelación de dos años, primero porque dicho apelante no se encuentra a cargo de sus hijos extranjeros y segundo y sobre todo porque sus hijos, como extranjeros que son y nacionales de Colombia, no se encuentra en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo 57.5 y que tampoco concurrían el padre hoy apelante”.

Cuarto.- Partiendo de esto, ha de analizarse si debe o no aplicarse el artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, lo cual constituye el verdadero objeto jurídico de debate.

Existe jurisprudencia en contra de tal aplicación como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19-10-2007, coincidente con la posterior de 1241-2010 donde se exponen importantes argu-

mentos al respecto que se resumen en que no estamos ante una sanción, que no es alternativa a la multa, que el propio artículo 57.5 se refiere expresamente a que la expulsión lo sea por sanción, por ser contraria la solución al espíritu de la norma y porque se haría de mejor derecho al extranjero no comunitario frente al comunitario. Esta doctrina ha venido siendo la aplicada por esta juzgadora en supuestos de hecho similares a los de objeto de enjuiciamiento en el presente recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, y tras un estudio y análisis de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, esta juzgadora se va a apartar de dicha doctrina por los motivos que se expondrán a continuación. Y así, en primer término, señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo 28-4-2011 citada sí analiza la posible aplicación del precepto para la causa de expulsión y en segundo lugar, en atención al origen de la redacción del precepto, en la Ley Orgánica 2/2009 que dice trasponer la Directiva 2003/109/CE, a pesar de las diferencias de contenido con el artículo 12 antes citado. Según esta directiva, solo es posible la expulsión de residentes de larga duración en las condiciones ya citadas y, se trata de una Directiva lo suficientemente precisa como para ser aplicada y que, en cualquier caso, ha de servir para interpretar la norma que se trata de aplicar aquí.

Es por ello que se entiende que solo cabe acordar la expulsión (ya sea por comisión de infracción o por la causa legal) de un extranjero con autorización de residencia permanente cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, lo cual, viene a coincidir con la remisión al supuesto del artículo 54.1 a) (a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y atendiendo a las circunstancias de duración de la residencia, edad, consecuencias para él y su familia y vínculos con el país de origen, las cuales contempla el artículo 57.5.

Quinto.- En relación al concepto de orden público, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15-2-2011 establece, en relación a ciudadanos de la Unión Europea, que. “Recientemente, la Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10-7-2008, C- 33/2007, se pronuncia sobre las facultades de los Estados de limi-

tar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara: “(23) la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutilli, apartado 28, y Bouchereau, apartado 35 así como la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493-01, Rec. p. I-5257, apartado 66)”. Y prosigue: “24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general». No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Habrá que acudir a la Jurisprudencia para determinar el alcance del concepto de orden público a los efectos buscados.

Ya el Tribunal de Justicia Europeo en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 (Asunto “Mónica contra Marcos “), en el sentido de que esa sentencia podría ser indicativa a su vez de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (Fundamento de Derecho 29), de tal modo que pueda pensarse que el mismo se mantendrá en el futuro (Fundamento de Derecho 29), con lo que si sería admisible. En el mismo sentido la sentencia de 3 de septiembre de 2000 (C-355/98, Comisión-Bélgica, Rec. P. 1-10405, punto 28) que señala que tratándose de razones de orden público y de seguridad pública se debe recordar de una parte que la noción de orden público supone una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Como todas las derogaciones de un principio fundamental de trato la excepción del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva. En igual sentido sentencia de 19 de enero de 1999, Ciada, C-348/96, Rec. p. 1-11, puntos 21 y 23).”.

Para apoyar en razones de orden público o seguridad pública el rechazo de la solicitud del interesado hubiera sido preciso que la Delegación del

Gobierno motivara mínimamente la concurrencia del resto de los requisitos ya mencionados, esto es, que aparte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta del solicitante representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. De la condena y el cumplimiento por tráfico de drogas, no evidencia por sí sola una conducta personal de aquél que constituya una amenaza real y actual para el orden público, no habiendo puesto de manifiesto la Administración ninguna otra circunstancia en la actuación del interesado de la que pueda deducirse una amenaza de esa naturaleza, máxime cuando de las actuaciones se deduce lo contrario debido a la buena conducta del penado.”

También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24-3-2008 “En este sentido debe tenerse igualmente presente que el concepto de orden público aplicable al presente recurso es un concepto “europeo”, restrictivo, como ha indicado el Tribunal del Luxemburgo; es un concepto jurídico indeterminado del que puede decirse que contraría el orden público quien realiza actividades que impiden el libre desenvolvimiento de los derechos y libertades individuales, sociales y colectivos o impide o menoscaba el normal desenvolvimiento de las instituciones. De acuerdo con lo hasta ahora expuesto debemos tener presente que el “orden público” no es una cláusula habilitante para el ejercicio de una potestad sancionadora omnímoda, carente de límites; es, por contra, un tipo sancionador concreto que como tal tiene un contenido claro y preciso (tipicidad), para cuya apreciación e integración debe acudir a una calificación no vulgar sino jurídica del hecho y aplicarlo tan sólo después de haber realizado una actividad probatoria mínima capaz de destruir el principio de presunción de inocencia del que siempre se parte.”

Son reiteradas las sentencias que concluyen que no basta la comisión de un delito para acordar la expulsión de un ciudadano de la UE o asimilado, siendo necesario que su conducta sea indicativa de un comportamiento personal que constituya amenaza actual contra el orden público (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 27-10-1997, 19-1-1999, Sentencia del Tribunal Supremo 29-1-1993, 6-10-2000, 20-6-2001).

Pues bien, en el presente caso, la condena por delito por maltrato habitual e incluso la condena por conducción bajo el efecto de bebidas alcohó-

licas, entendemos que no es suficiente por sí sola, como ha reiterado la jurisprudencia para apreciar esa amenaza real y grave para el orden público. A ello debe unirse el hecho de que el recurrente lleva en España 14 años, que durante este tiempo ha tenido una dilatada vida laboral, como se acredita con la documental acompañada con el escrito de demanda. Es por ello que no dándose los requisitos para la expulsión, la demanda debe ser estimada. En este mismo sentido se ha pronunciado la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1a, de fecha 15.10.2012 (rec. 136/2012), a la que nos remitimos expresamente ya que hace un estudio detallado de la aplicación del Artículo 57.2 de la L.O 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a los extranjeros que tengan concedida la residencia permanente o de larga duración, como es el caso que nos ocupa.

Séptimo: El artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece en materia de costas, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal que: “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá la costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. En consecuencia, y de acuerdo con lo expuesto habiéndose produciendo una estimación total de la demanda, la parte demandada deberá abonar las costas causadas en el presente procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallo

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a J. M. E. M., en nombre y representación de M.Y. contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Albacete de fecha 26 de septiembre de 2012, por la que se acuerda la expulsión del territorio español del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años, debo declarar y declaro su nulidad por no ser conformes a Derecho. Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

EXPULSIÓN JUDICIAL

42.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 30 DE FECHA 18/10/13

Sustitución por expulsión al haber accedido al tercer grado penitenciario.

Hechos

Por sentencia de fecha 18/10/2011, firme en fecha 10/11/2011, se condenó, por un delito contra la salud pública, a E.R.B.E. a la pena de seis años y un día de prisión y multa de 190.000 euros, y se acordó la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, una vez que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena o accedido a la libertad condicional, con la prohibición de regresar a España por un período de seis años. El penado se encuentra en prisión desde el día 03/08/2010.

En fecha 25/09/2013 fue presentado por el penado escrito interesando sustitución de la pena de prisión por su expulsión del territorio nacional, al haber accedido al tercer grado penitenciario, extremo que ha quedado acreditado mediante certificado del Centro Penitenciario Madrid IV. Y dado traslado al Ministerio Fiscal ha informado favorablemente a la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del país a dicho penado.

Razonamientos jurídicos

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 89 del Código Penal “los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordaran en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas

partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”. Procede, por tanto, al concurrir los requisitos expuestos, la sustitución de la pena de prisión impuesta al penado E.R.B.E., por la expulsión del territorio nacional, con prohibición de regresar a España en el plazo de seis años. Y ello porque se ha acreditado que el penado ha accedido al tercer grado penitenciario.

Parte dispositiva

La Sala acuerda: sustituir la pena privativa de libertad que le resta por cumplir al penado E.R.B.E. en esta causa, por la expulsión del territorio Nacional, con prohibición de regresar a España en el plazo de seis años, contados desde la fecha de su efectiva, expulsión, y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

43.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 3 DE GRANADA DE FECHA 23/07/13

Expulsión judicial a las 3/4 partes a petición de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.

Hechos

Que con fecha 5 de noviembre de 2010 se dictó sentencia en las presentes actuaciones en cuya virtud se decretó la condena de A.S. ciudadano extranjero no residente legalmente en España, cómo autor responsable de un delito de robo con violencia e intimidación y con uso de armas o medios peligrosos a la pena de 3 años y 6 meses de prisión y como autor responsable de una falta de lesiones a la pena de 30 días de multa con cuota diaria de 6 euros. Por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Murcia se ha interesado de este Juzgado autorización

de expulsión de A.D. quien se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario Murcia II y en fecha 12 de junio de 2013 cumple las 3/4 partes de su condena y a quien la Delegación del Gobierno de Murcia decretó su expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años en resolución de fecha 28 de noviembre de 2011, solicitud de la que se dio traslado al Ministerio Fiscal que ha informado a favor de tal autorización y se ha oído al penado que se opuso.

Razonamientos jurídicos

Que de conformidad con lo establecido por el artículo 89.5 del Código Penal “Los jueces o tribunales, a instancias del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el Juez podrá autorizar la ejecución de la resolución administrativa de expulsión en el caso de extranjeros inculcados en procedimientos judiciales, siempre que concurren limitaciones en el orden penológico, que aquí se dan.

En la presente ejecutoria se impuso a A.D. la pena de tres años y seis meses de prisión, teniendo cumplida tres cuartas partes, el mismo es residente ilegal en España y por resolución de 28 de noviembre de 2011 tiene decretada la expulsión del territorio nacional. Por tanto a la vista de lo expuesto y de lo preceptuado en los artículos citados que en caso como el presente establece como regla general la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional, sin que se aprecie que concurren razones que justifiquen el íntegro cumplimiento de la pena en España, procede acceder a la autorización solicitada de conformidad asimismo con lo informado por el Ministerio Fiscal.

En atención a lo expuesto,

S.S^a decide: la expulsión del territorio nacional del penado A.D. conforme a lo dispuesto en el artículo 89.5 del Código Penal, expulsión que asimismo ha sido acordada en resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 28 de noviembre de 2011 por un periodo de diez años.

44.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 1 DE SAN SEBASTIAN DE FECHA 03/12/13

Sustitución de la pena por expulsión para el caso de que le fuera concedido el tercer grado, previa solicitud de la Dirección General de la Policía.

Antecedentes de hecho

Por sentencia de conformidad de fecha 14/02/2013 se condena a K.S., como autor de un delito de robo con fuerza, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo.

Se determinará en ejecución de sentencia si procede sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

Todo ello, con expresa imposición de costas al condenado.

El condenado se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Burgos. En el presente procedimiento se ha practicado liquidación de condena en fecha 19/08/2013. En base a esta liquidación el penado empezaría a cumplir la pena impuesta en las presentes actuaciones el día 30/07/2015 y la finalizaría el día 27/08/2017.

Se ha recibido escrito de la Dirección General de la Policía de la Comisaría de Burgos, Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, solicitando autorización, para proceder a la expulsión de territorio nacional del penado K.S.

Fundamentos de derecho

El artículo 89.5 del Código Penal establece:

“Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”.

La Dirección General de la Policía -comisaría de Burgos- solicita a este juzgado, si lo considera oportuno, autorización para proceder a la expulsión de territorio nacional del condenado. Se adjuntó informe del establecimiento penitenciario de Burgos haciendo constar su situación penal, la fecha de inicio de cumplimiento de la condena y fechas de cumplimiento. Asimismo, se hace constar que la Junta de Tratamiento informó el 11 de julio de 2013 teniendo en consideración las notas meritorias y el informe social emitido por el Departamento de Trabajo Social el 27 de septiembre de 2013 del que se colige que el penado tiene caducado su permiso de trabajo y residencia en España y no tiene posibilidad de trabajar legalmente y que su situación en el territorio nacional es irregular según se acredita mediante informe de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras procede acceder a la sustitución solicitada por el caso de que le fuera concedido el tercer grado penitenciario o cumplidas las 3/4 partes de la condena.

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

Parte dispositiva

Se acuerda sustituir la pena privativa de libertad de 2 años de prisión impuesta a K.S., en sentencia nº 62/2013 del Juzgado Penal nº 1 de Donostia-San Sebastián, por expulsión, para el caso de que le fuera concedido el tercer grado penitenciario o tuviera cumplidas las 3/4 partes de la condena.

45.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 12 DE MADRID DE FECHA 03/12/13

Sustitución de la pena por expulsión al haber cumplido las 3/4 partes de una condena de 5 meses.

Hechos

En las presentes actuaciones, el ciudadano de Marruecos, H.B. ha sido condenado como autor de un delito de robo con fuerza a la pena de cinco meses de prisión; encontrándose en la actualidad en Centro Penitenciario cumpliendo condena.

Por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de León se ha solicitado autorización para proceder a la expulsión del territorio nacional del penado decretada por resolución de la Subdelegación de Gobierno en Palencia de fecha 13/11/2006.

Habiéndose dado traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, ha emitido informe no oponiéndose a la expulsión del territorio nacional del penado.

En fecha 25/11/2013 se ha dado audiencia al penado sobre la expulsión.

Razonamientos jurídicos

El artículo 89.5 del Código Penal dispone que los jueces y tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y partes personadas, acordarán en sentencia o durante su ejecución la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviese cumpliendo cualquier pena de privación de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario a cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y da forma motivada aprecian razones que justifiquen el cumplimiento en España.

En el presente caso, consta acreditado que el penado ha cumplido (9/04/2012) las 3/4 partes de la condena por lo que, no existiendo razones que justifiquen la continuación del cumplimiento en España y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede acordar la sustitución de la pena de prisión pendiente de cumplimiento por la expulsión del territorio nacional del penado por un período de diez años.

Parte Dispositiva

Se sustituye la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por el penado de nacionalidad marroquí H.B. por su expulsión del territorio español, con prohibición de regresar por el plazo de diez años, contados desde la fecha de expulsión.

46.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TENERIFE DE FECHA 14/05/13

No ha lugar a la sustitución por expulsión

Antecedentes de hecho

Por sentencia de este Tribunal de fecha uno de marzo de dos mil once, declarada firme por auto de fecha catorce de marzo de dos mil once se condenó al procesado A.J.H., como autor de un delito de tráfico de drogas grave daño a la salud, a la pena de seis años, y tres meses de prisión y multa de 250.000 euros a día de hoy no abonados.

Por carta manuscrita de veinticinco de febrero de dos mil trece, se solicitó por el penado, autorización para la sustitución del resto de la pena privativa de libertad que le queda por cumplir por su expulsión del territorio nacional dándose traslado al Ministerio Fiscal el cual emitió informe mediante escrito de once de mayo de dos mil trece, en el sentido de opo-

nerse a lo solicitado y todo ello por las razones que constan en su escrito que queda unido a las actuaciones, por lo que con dilación se ordenó traer los autos a la vista para que sin mas trámites se dicte la oportuna resolución.

En la tramitación de este incidente se han cumplido todas las formalidades legales.

Fundamentos de derecho

Prevé el artículo 89 del Código Penal que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la pena en un Centro Penitenciario en España

En este caso, y a la vista de lo actuado, procede acordar la no expulsión del Territorio Nacional del condenado A.J.H., y ello por cuanto que, dados los hechos objeto de enjuiciamiento y el delito por el que se le ha penado excede de los seis años que permite la ley computándose el plazo en su totalidad y por la pena privativa de libertad que le queda por cumplir, pero a mayor abundamiento cabe decir que aunque la pena privativa de libertad impuesta fuese inferior a seis años, también se debe denegar por la extraordinaria gravedad del hecho delictivo encontrando apoyo en esta denegación como ya han hecho otras Audiencias Provinciales -en dejar que se que incumpla una condena como la impuesta en la presente sentencia, supone trasladar a los extranjeros, la convicción de que tienen una especie de licencia-para la comisión de una primera acción delictiva, cuya única consecuencia negativa para el reo sería ofrecerle “un viaje de vuelta gratis a su país. Además, no ejecutar estas penas con el ingreso del reo en prisión, generaría en el ciudadano cumplidor de la Ley, una sensación que derivaría en la perdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como muy graves. Sustituir por la expulsión una pena de seis años y tres meses de prisión o mas a un narcotraficante (como se pretende en el caso enjuiciado) sería promover e incentivar de forma incomprensible, el tráfico de drogas –en este caso cocaína- a España por, ciudadanos

extranjeros y todo ello sin perjuicio de su concesión por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente para la presente causa ya que al mismo le corresponde conceder o denegar el efectivo cumplimiento del resto de la pena privativa de libertad en situación de libertad condicional en su país de origen cuando el penado tenga derecho a ello.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

Parte dispositiva

La Sala acuerda: no ha lugar a la expulsión del Territorio Nacional del condenado A.J.H. y todo ello por las razones que constan en la fundamentación jurídica de la presente resolución

A LA SECCIÓN II DE LA ILMA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

El Fiscal, evacuando el traslado conferido, en el procedimiento de referencia

Dice:

Que en ningún caso ninguna resolución administrativa puede contradecir lo dispuesto en sentencia ejecutiva.

Que no concurren los requisitos previstos para la expulsión facultativa recogida en el artículo 89 de nuestro Código Penal.

Que la facultad de interesar la referida expulsión en el presente caso solo corresponde al Ministerio Fiscal, quien en ningún caso ha ejercido la referida facultad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 apartado 5 del Código Penal.

Que, finalmente, cabe recordar que “en materia de delitos de tráfico de drogas, la ponderación de la conveniencia social o utilidad pública no puede hacerse al margen de las previsiones de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 (texto publicado en el BOE el 10 de noviembre de 1990, integrando por tanto en nuestro ordenamiento jurídi-

co a virtud de los dispuesto en el artículo 96 de nuestra Carta Magna, expresamente referido en nuestro Código Penal e inspirador del mismo en los tipos referidos a drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas)”, señalando el artículo 3 apartado 6 de la convención que “Las partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno (referencia extensible a la facultativa sustitución del resto de la pena impuesta por expulsión del territorio nacional), se ejercerán para dar la máxima eficacia a las medidas de detención y represión de estos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de los mismos».

47.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 6 DE FECHA 04/12/13

No ha lugar a la sustitución de la pena por la expulsión (artículo 89.5 del Código Penal) de penada clasificada en tercer grado.

Antecedentes de hecho

El Centro Penitenciario de Villabona, en el que se encuentra cumpliendo condena la penada M.C.E.B., remitió documentación a este Tribunal a los efectos de aplicación del artículo 89 del Código Penal. De tal solicitud se dio traslado al Ministerio Fiscal, que se ha opuesto a la misma.

Fundamentos de derecho

A los efectos de aprobación del Expediente de expulsión, que prevé el artículo 89 del Código Penal, el Centro Penitenciario en que se encuentra la penada M.C.E.B. remitió documentación a este Tribunal en la que consta, entre otros extremos, su progresión a tercer grado. En el artículo 89.5º

del Código Penal, que regula tal cuestión, se hace mención a que “los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.” En el caso, aunque la penada ha sido clasificada en el tercer grado penitenciario, lo cierto es que ha cumplido poco más de una cuarta parte de la condena impuesta, de 6 años y 1 día de prisión, según consta en la comunicación del Centro Penitenciario, considerando este Tribunal que la gravedad de los hechos por los que resultó condenada la penada y que su expulsión llevaría a la consideración de una cierta impunidad en la conducta enjuiciada, no considera justificada la aplicación del artículo 89 del Código Penal, en razón al escaso cumplimiento de la pena que, en el momento actual, cumple la condenada.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación,

La Sala Acuerda: No haber lugar a la sustitución de la pena impuesta a M.C.E.B. por su expulsión del territorio nacional.

48.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 1 DE SEGOVIA DE FECHA 18/09/13

No ha lugar a la sustitución por expulsión al no tener cumplidas las 3/4 partes ni encontrarse en tercer grado.

Antecedentes de hecho

En este Juzgado se sigue Ejecutoria nº 284/2012 contra B.M. en el que se dictó sentencia firme de fecha 15 de diciembre de 2011 en la que se

condenaba al mismo, como autor responsable de un delito contra la salud pública con la agravante prevista en el artículo 369.6 del Código Penal a la pena de 4 años de prisión, accesorias, multas y costas. En fecha 1 de agosto de 2012, Instituciones Penitenciarias remitió informe en el que constata la clasificación del penado en segundo grado penitenciario. Asimismo, existe acreditada la situación irregular del indicado penado; solicitando este último su expulsión. Conferido traslado al Ministerio Fiscal, en informe de fecha 5 de septiembre de 2013 se opone la indicada petición de expulsión.

Fundamentos de derecho

No procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 89 del Código Penal, acordar la sustitución de la pena privativa de libertad de cuatro años de prisión impuesta en sentencia por expulsión del territorio nacional, pues el penado no se encuentra en tercer grado penitenciario y no consta que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta en su día.

En atención a lo expuesto,

Parte dispositiva

No ha lugar a la expulsión del penado B.M.

49.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL PENAL NUMERO 13 DE VALENCIA DE FECHA 04/12/13

No cabe la sustitución por la expulsión cuando el penado ha empezado a cumplir la pena de prisión de manera consolidada.

Antecedentes de hecho

Primero. Por la Dirección General de la Policía (Brigada Provincial de Extranjería de Huelva) se solicita la autorización para la expulsión de S.L.

El Ministerio Fiscal se muestra conforme con la expulsión.

Fundamentos de derecho

Indica la Audiencia Provincial en su Auto de 22 de julio de 2010 que a casos como el presente le es de aplicación el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España modificado por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre y por Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de 2009), pues dicho precepto se refiere exclusivamente a procesados o imputados y por ello no es aplicable a condenados.

A los condenados es de aplicación el artículo 57.8 de la misma ley, si bien cuando el penado no se le haya condenado por delitos relacionados con la inmigración clandestina, la única solución para su expulsión resulta acudir al artículo 89 del Código Penal, que tras su última reforma es susceptible de aplicarse después de sentencia, si bien sigue diciendo la Audiencia, no procede aplicar dicho precepto cuando el penado haya empezado a cumplir la pena privativa de libertad de manera consolidada ya que de lo contrario se le estaría imponiendo y ejecutando dos penas distintas la de prisión y la de expulsión, cuando ambas son sustitutivas la una de la otra.

Sigue diciendo la Audiencia Provincial de Valencia en su auto de 20 de enero de 2012 que el criterio de expulsión de la Audiencia provincial no ha variado, manteniendo que el artículo 57.8 de la Ley Orgánica 4/2000

de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España no permite ni directa ni indirectamente que se déje de cumplir la pena privativa de libertad con ocasión del acuerdo de expulsión administrativa o judicial pero de otra causa.

Si bien matiza este criterio en los supuestos de suspensión de la pena.

En el presente caso, el penado fue condenado a una pena de prisión de 3 años y un mes como autor de un delito contra la salud pública, la indicada pena inició su cumplimiento en fecha 28/10/2011 que se remitió al Centro Penitenciario mandamiento de penado, teniendo fijado la fecha del licenciamiento el 14/4/2014, así pues la pena se encuentra en fase de ejecución estando pendiente de finalización.

En definitiva pues, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial y teniendo la pena de prisión consolidada, no cabe su sustitución por la expulsión.

Es por ello, que interpretando de forma razonada el criterio de la Audiencia Provincial no parece posible en esta fase procesal sustituir la prisión por la medida de sustitución de la pena de prisión por expulsión vía artículo 89 del Código Penal, (tras su última reforma que entró en vigor el pasado 23/12/2010).

Ello determina que no pueda autorizarse la expulsión en el presente procedimiento sin perjuicio que se pueda llevar a cabo la expulsión una vez el penado haya cumplido la pena de prisión impuesta en esta causa.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación al caso.

Dispongo:

Se desestima la solicitud de expulsión de S.L. en el presente procedimiento.

CAPÍTULO 5

LIBERTAD CONDICIONAL

50.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 18/02/13

Libertad Condicional adelantada. La Administración está obligada a contestar de forma expresa la instancia del interno relativa a la libertad condicional adelantada, a su estudio y motivación.

Antecedentes de hecho

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se dictó auto con fecha 14-12-12, desestimando recurso de reforma contra otro anterior de 19-11-12, que declaraba no haber lugar a acoger la queja interpuesta por M.R.R.

Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación, por la representación procesal del interno, a que se refiere el presente rollo, habiendo tenido lugar la deliberación del asunto en el día de hoy.

Fundamentos jurídicos

Primero.- Ya en nuestro auto dictado el 20-07-12 en el rollo de apelación 175/12 en relación con este mismo asunto, realizábamos una serie de consideraciones que resulta de utilidad recordar ahora para mejor contextualizar y comprender la cuestión que se plantea en la alzada. Decíamos entonces:

“...Propiamente el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria contiene una serie de razonamientos acerca de la procedencia de conceder la libertad condicional al apelante en relación con las fechas de cumplimiento de las dos terceras y tres cuartas partes de la pena impuesta.

Considera el Tribunal que tal materia no es susceptible de queja. Existe un procedimiento reglado en los artículos 91 del Código Penal; 67 y 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 192 a 202 y 205 de su Reglamento para el acceso a la libertad condicional con el cumplimiento de determinados periodos de condena y el posible adelantamiento de estos en determinadas circunstancias

Por lo tanto, procede estimar la queja únicamente en el sentido de que la Administración Penitenciaria está obligada a contestar de forma expresa y por escrito a la instancia que el recluso presentara en relación con la propuesta de adelantamiento de libertad condicional, previo estudio de la misma y con expresión razonada de los motivos que aconsejen o constituyan un obstáculo para proponer dicho adelantamiento.

Consta al folio 18 del expediente que la instancia no fue estudiada por la Junta de tratamiento y que habría sido contestada por la Subdirección del Centro Penitenciario en la misma instancia (parece entenderse del informe del Jurista) haciendo mención únicamente a las fechas de cumplimiento de los dos tercios y tres cuartos de la pena, cuando el artículo 91.2 del Código Penal prevé el adelantamiento de la libertad condicional sin haber alcanzado dichas etapas de cumplimiento una vez se haya extinguido la mitad de la condena”

Segundo.- Ahora se vuelve a suscitar el mismo problema, pero una vez que la Junta de Tratamiento ha estudiado y motivado con profusión su decisión de no proponer el adelantamiento de la libertad condicional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.2 del Código Penal.

Los Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Constitución Española y en artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y siguiendo en esto la doctrina del Tribunal Constitucional (Cfr. por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002 de 21-11-02), han de poder controlar la actividad de la Administración incluso cuando ésta ejerce una potestad discrecional, que en ningún caso puede ser arbitraria

La Sentencia del Tribunal Constitucional citada establece que:

“... ni la competencia de la Administración para la adopción de una decisión excluye por sí misma la posibilidad de control posterior por un órgano judicial, ya que el artículo 106.1 de la Constitución Española establece que los “Tribunales controlan... la legalidad de la actuación administrativa”, ni ciertamente, puede calificarse de razonable la declaración de incompetencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para la revisión del ejercicio realizado por la Administración Penitenciaria de sus competencias en materia de tramitación del indulto particular; a la luz de la legislación penitenciaria. Esta declaración de incompetencia se separa de lo dispuesto en el artículo 76.2.c de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia Penitenciaria “aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena”, y desconoce, también que el artículo 206 1 del Reglamento Penitenciario no atribuye competencia exclusiva al centro penitenciario para la tramitación de la solicitud de indulto particular; pues éste no puede elevar directamente su solicitud para que se tramite de conformidad con la legislación vigente sobre el derecho de gracia, sino que el destinatario directo de su propuesta es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

De otra parte, el recurso al carácter potestativo o discrecional del acto administrativo impugnado para negar la posibilidad de su control jurisdiccional tampoco puede considerarse como fundamento razonable de la decisión judicial, pues, de un lado, el artículo 54.i.f LPC prescribe que los actos administrativos “que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales” deberán motivarse, y el recurrente alegó ante al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria un déficit de motivación; y, de otro, porque con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 de la Constitución Española. Requerir la motivación del acto administrativo discrecional es, también, garantía de la interdicción de la arbitrariedad del poder público y su control no es tarea ajena a la función jurisdiccional (artículo 106.1 de la Constitución Española). En definitiva, la Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales, de modo más riguroso si su actuación afecta a los derechos fundamentales, libertades públicas y valores constitucionales, y los órganos

judiciales de revisar cuando se le solicite, la legalidad y constitucionalidad de la actuación administrativa realizada...”

Dicho lo anterior, estamos en disposición de concluir que la Jurisdicción puede controlar incluso la decisión de no poner en marcha el proceso de adelantamiento de libertad condicional por parte de la Junta de Tratamiento, sin perjuicio de que a ésta se encuentre atribuida la posibilidad de iniciar el expediente conforme al artículo 91.2 del Código Penal.

En tal sentido en nuestro anterior recurso de queja lo que precisó la Sala es que la decisión había de estar motivada, requisito que ahora sí reúne y que sitúa el ámbito de este recurso más que en la queja en el de pura apelación frente a la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria homologando la decisión de la Administración. Penitenciaria.

Yendo al fondo del asunto, procede confirmar el auto objeto de recurso ya que el artículo 91.2 del Código Penal contempla como requisito sine qua non de que “... *el penado, acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.*”

Según consta en los informes obrantes en el expediente (v. informe de la Coordinadora de Servicios del Centro de inserción Social). M.R.R. no participa en dichos programas, expresando cuando se le hizo notar la falta de esta condición para el adelantamiento de la libertad condicional que “*Yo ya pago la responsabilidad civil, además no ha habido ningún delito, esto es algo que a esa persona le salió bien y nada más*”

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

Parte dispositiva

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por M.R.R. contra el auto dictado por la Il. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva con fecha 14-12-12.

51.- AUTO 620/2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 5 DE FECHA 15/02/13

Recurso contra denegación de libertad condicional. Corresponde al Juez o Tribunal Sentenciador, según la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

HECHOS

Por auto de fecha 29-11-12, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid denegó la libertad condicional interesada en nombre del interno.

Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra dicho auto y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló día para la deliberación y fallo, en el que se examinaron las alegaciones formuladas, quedando el recurso visto para resolución.

Razonamientos jurídicos

La Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, establece que las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador y que cuando el penado se halle cumpliendo varias penas la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y, en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar. Además, la citada Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su apartado 5, equipara la libertad condicional a la clasificación de los penados a los efectos del recurso y, en su apartado 2, claramente incluye la clasificación de los penados dentro de la materia de ejecución de penas.

En este caso, consta que la pena privativa de libertad que cumple el interno fue impuesta por un Juzgado de lo Penal de Madrid, habiendo correspondido la ejecutoria al Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid, Ejecutoria nº2687/07, por lo que la competencia para conocer del recurso formulado corresponde Al Juzgado de lo Penal 18 de Madrid, al que deberán remitirse las actuaciones.

Vistos los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D^a. P. R. G.

En atención a todo lo expuesto

La sala dispone:

Nos inhibimos a favor del Juzgado de lo Penal nº 18 de Madrid del conocimiento del recurso interpuesto en nombre del interno, contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 6 de Madrid, por el que se le denegó la libertad condicional.

**52.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA
DE JAEN DE FECHA 18/02/13**

Revocación por presunta comisión de delito.

Hechos

Con fecha 24 de agosto de 2012 se dictó por este Juzgado Auto concediendo los beneficios de la Libertad Condicional al penado L.M.C.R., habiéndose recibido informes acreditativos de la comisión de delito por dicho liberado condicional durante el periodo de libertad condicional.

Remitido el expediente al Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de revocar la libertad condicional del interno.

Razonamientos jurídicos

De conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Código Penal aprobado por L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre, el beneficio de libertad condicional se revocará si en dicho período el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, reingresando en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

Según se acredita en autos el interno sometido al presente expediente y estando en periodo de libertad condicional aprobada judicialmente presuntamente ha vuelto a delinquir, según consta en informe judicial, por lo que procede la revocación de la libertad condicional y que continúe en prisión a disposición de las causas por las que se le concedió la libertad condicional.

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

Parte dispositiva

Se revoca la libertad condicional del penado L.M.C.R., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 24 de agosto de 2012, sin pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, debiendo continuar en prisión a disposición de las causas por las que se le concedió la libertad condicional, para continuar cumpliendo su condena.

53.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 1 DE FECHA 03/06/13

Revocación por comisión de delito con recomendación de continuidad en tercer grado.

Hechos

Con fecha 12-12-2012 se dictó por este Juzgado Auto concediendo los beneficios de la Libertad Condicional al penado M.E., habiéndose recibido informes acreditativos de la comisión de delito por dicho liberado condicional durante el periodo de libertad condicional.

Remitido el expediente al Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de revocar la libertad condicional del interno.

Razonamientos jurídicos

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.1 del vigente Código Penal, el beneficio de libertad condicional se revocará si en dicho periodo el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, reingresando en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

Según se acredita en autos el interno sometido al presente expediente y estando en periodo de libertad condicional aprobada judicialmente ha vuelto a delinquir, según consta en sentencia firme, por lo que procede la revocación de la libertad condicional y decretar su ingreso en prisión a disposición de las causas por las que se le concedió la libertad condicional.

Esta decisión es la única posible que se puede adoptar, ya que el citado artículo del Código Penal (artículo 93.1) impone con carácter imperativo la revocación de la libertad condicional cuando el liberado condicional cometa un delito durante el tiempo que está en esa situación. Con independencia de lo anterior es evidente que en el presente caso el liberado condicional M.E., salvo la condena que ha recibido, está teniendo un buen comportamiento durante el tiempo que lleva en libertad condicional.

Prueba de ello es que está acudiendo de forma regular al programa de tratamiento que para él ha diseñado el SAJIAD. Por todo lo anterior aunque en esta resolución por imperativo legal, hay que revocar la libertad condicional del citado penado, sin embargo la Administración Penitenciaria procurará que el M.E., continúe en tercer grado, para que de esa forma pueda seguir acudiendo al SAJIAD. incluso en los próximos meses si su evolución sigue siendo buena, de nuevo propondrá para el penado su libertad condicional.

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

Parte dispositiva

Se revoca la libertad condicional del penado M.E., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 12-12-2012, sin pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, debiendo continuar en prisión a disposición de las causas por las que se le concedió la libertad condicional, para continuar cumpliendo su condena.

La Administración Penitenciaria procurará que dicho penado continúe clasificado en tercer grado, para que pueda M.E. seguir acudiendo al SAJIAD y si su evolución “penitenciaria sigue siendo buena en los próximos meses volverá a proponer la libertad condicional del mismo.

54.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE JAEN DE FECHA 18/02/13

Revocación por prisión preventiva que “torna el pronóstico en desfavorable”.

Hechos

En fecha 30-05-12 se dictó auto bajo el n° 2335/12 en cuya virtud se aprobaba la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes de la condena propuesta por la Administración Penitenciaria a favor del penado A.A.A.

En fecha 24-01-13 se comunica desde el Centro Penitenciario de Málaga que el liberado condicional A.A.A. habla reingresado el 20-01-13 en prisión preventiva por orden del Juzgado de Instrucción n° 5 de Málaga en las Diligencias Previas n° 337/13 por presunto delito contra la salud pública, a disposición de las Diligencias Previas n° 383/13 del Juzgado de Instrucción n° 6 de Málaga. Por auto n° 432/13, dictado en fecha 28-01-13, se ha decretado la suspensión de la Libertad condicional concedida y librado exhorto al Juzgado de Instrucción n° 6 de Málaga a fin de que remitiera testimonio de las actuaciones citadas, siempre que no hubiesen sido declarado secretas.

Recibido el testimonio solicitado, se ha conferido traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal que ha interesado la revocación de la libertad condicional en base a las razones que detalladamente expone.

Fundamentos de derecho

Establece el artículo 93.1 del Código Penal que «El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida y el penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional».

El beneficio de la libertad condicional supone en la práctica un acortamiento de la condena que se encuentra condicionado a la confirmación del juicio de pronóstico favorable de reinserción social a que se refiere el artículo 90.3 del Código Penal. Cuando este juicio de probabilidad es defraudado por el beneficiario y se corte en evidencia su aparente reinserción, mediante la supuesta comisión de un nuevo delito, la libertad ha de ser revocada.

Esto es lo sucedido en el supuesto de autos en que el penado A.A.A. en libertad condicional por la ejecutoria nº 1/11 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en la que fue condenado como autor de un delito contra la salud pública a la pena de prisión de 04-00-12, ha sido nuevamente detenido y encarcelado como presunto autor de un nuevo delito contra la salud pública, tornando su reingreso en prisión en desfavorable su pronóstico de reinserción social,

En tal supuesto, ciertamente, no puede hacerse referencia a la comisión de un delito sin que dicho extremo se acredite en forma distinta que por condena en sentencia firme. Mas como dice la Audiencia Provincial de Castellón en su auto de fecha 5 de julio de 2001, ello no equivale a que delito, condena y firmeza, deban producirse durante el periodo de libertad condicional pues, por una parte, ello resulta contrario a la finalidad misma del referido instituto (la libertad condicional), que no es otra que la preparación de la vida honrada en libertad. Y, por otro, porque dicha interpretación equivaldría a hacer prácticamente irrevocable (en su caso) el beneficio en la mayoría de los supuestos, dado el tiempo medio de tramitación de los procedimientos penales y el escaso periodo por el que se concede la libertad condicional el último tercio de la condena- cuando el delito se cometiera en los últimos días de su disfrute. Y, en cualquier caso, supondría un agravio comparativo según la mayor o menor duración de los procesos penales, lo que sin duda no es acorde ni con el espíritu de la ley ni con el fundamento y finalidad de aquélla,

En el supuesto de autos, la presunta implicación del penado en la comisión de un nuevo delito contra la salud pública, que ha motivado al Juez Instructor a la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva para evitar el riesgo de fuga y la reiteración delictiva, obligan a revocar el beneficio concedido pues esta nueva situación quebranta absolutamente la confianza que en él se había depositado y supone, en la practica, que el

pronóstico de reinserción social favorable que llevó a aprobar la libertad condicional, ha tornado desfavorable pues actualmente se encuentra en prisión, y ese cambio de pronóstico de reinserción impide que el mismo siga disfrutando del beneficio de la libertad condicional,

En conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal y 201.2 y 3 del Reglamento Penitenciario, se revoca el beneficio de la libertad condicional concedida al penado A.A.A. por haberse tornado desfavorable su pronóstico de reinserción social al ingresar en prisión preventiva en fecha 20-01-13 por orden judicial, como presunto autor de un presunto delito contra la salud pública cometido, también presuntamente, durante el disfrute de la libertad condicional concedida en fecha 30-05-12.

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

Parte dispositiva

Se revoca la libertad condicional concedida al penado A.A.A. en fecha 30-05-12 por auto dictado bajo el n° 2.335/12.

55.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 4 DE CADIZ DE FECHA 04/07/13

Revocación por prisión sobrevinida basada en indicios sólidos que implican incumplimiento de las normas elementales de buena conducta.

Hechos

Con fecha de 25 de febrero de 2013 por el Ministerio Fiscal en tiempo y forma formuló recurso de apelación contra el Auto de fecha 18 de febre-

ro de 2013 por el cual el Ilmo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria acordaba no revocar la concesión de la libertad condicional otorgada a E.M.S.. Recurso que formulaba en bases a unas alegaciones que damos expresamente por reproducidas en aras a la brevedad.

Al interponerse en tiempo y forma se dio traslado del mismo a la defensa quien se opuso a la estimación del mismo,

Conforme establece la Disposición Adicional Quinta, núm.2, de, la Ley Orgánica del Poder Judicial, redacción dada por la LO 5/2003 de 27 de mayo, es competencia del órgano sentenciador la resolución del presente recurso, remitiéndose las actuaciones a este órgano judicial formándose a tal efectos la presente pieza separada en la ejecutoria al margen referenciada, quedando las actuaciones para dictar la resolución pertinente.

Razonamientos jurídicos

Conforme al artículo 93 del Código Penal:

1. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocara la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

2. En el caso de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, el Juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional.

Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

En el caso enjuiciado por la Ilma. Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 10 de Andalucía se dictó auto por el que se acordaba la no revocación de la libertad condicional concedida en su día a E.M.S. pese a haber ingresado de nuevo en prisión como preso preventivo, Ministerio Fiscal se opone a dicho auto. Es evidente que, aun cuando no haya recaído sentencia firme por la que se condene al penado por los delitos por los que se encuentra preventivo, el mismo ha incumplido las normas elementales de buena conducta hasta el punto que, en base a unos sólidos indicios, se ha decretado su prisión provisional. Es lo justo y coherente, revocar el beneficio que se le otorgó ya que el reo ha frustrado las expectativas que se depositaron en él cuando se le concedió la libertad condicional. Lo contrario llevaría a soluciones ilógicas o absurdas pues aún cuando existieran indicios sólidos de la comisión de un delito por el liberado condicional y aunque se tratase de un delito de extrema gravedad, no se podría revocar la libertad concedida en base a la doctrina recogida en el auto censurado.

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

Dispongo: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha de fecha 18 de febrero de 2013 por el cual la Ilma. Sra., Juez de Vigilancia Penitenciaria no le revocaba la concesión de la libertad condicional y que se reforma en el sentido de revocar dicho beneficio.

56.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 13/02/13

Suspensión por prisión preventiva.

Hechos

Por auto dictado en el presente expediente de fecha 13 de diciembre de 2010 se concedió la libertad condicional al penado del Centro Penitenciario de Albolote, J.J.L.E., Posteriormente, se participa a este Juzgado, por el Centro de Inserción Social de Málaga “Evaristo Martín Nieto”, que con fecha 16-01-13 dicho liberado ingresó en el Centro Penitenciario de Puerto II. Solicitados los pertinentes informes al referido Centro Penitenciario informó en fecha 12-02-13 que el penado J.J.L.E. ingresó en dicho establecimiento el 16-01-13 en calidad de preso preventivo a disposición del Juzgado de Instrucción nº 1 del Puerto de Santa María como presunto autor de “un delito de robo con violencia en D.P. 1756/12 del Juzgado de Instrucción nº 5 de dicha localidad.

Pasado el expediente al Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la suspensión de la libertad condicional concedida.

Razonamientos jurídicos

Si bien la suspensión de la libertad condicional no está expresamente prevista, no cabe duda que la misma tiene que operar en aquellos casos en los cuales la misma resulta incompatible con otras situaciones procesales que suponen la privación de libertad. Tal es el caso que concurre cuando sobreviene al interno una nueva condena por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional o cuando este ingresa en un Centro Penitenciario en calidad de preso preventivo, situación de preso preventivo y liberado condicional que es incompatible, declarándolo así el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia de fecha 28-04-08; FJ 7º de otro lado, y desde una perspectiva puramente penitenciaria, todo ingreso en calidad de preventivo conlleva la desclasificación, artículo 104.2 del Reglamento Penitenciario, y siendo la libertad condicional, en definitiva,

un grado de clasificación, el cuarto y último, debe quedar dicha libertad condicional en suspenso hasta tanto se aclaren las circunstancias que motivaron la adopción de la medida cautelar para, en su caso proceder a la revocación definitiva de dicha situación o, mantener su estado de suspensión hasta la desaparición de la medida. Alzamiento que, en todo caso, deberá ser acordado por este Juzgado.

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

Parte dispositiva

Se suspende la libertad condicional concedida por auto de fecha 13 de diciembre de 2.010 al penado, J.J.L.E., en tanto no se revoque el beneficio y se mantenga la situación de preso preventivo, y hasta tanto sea alzada dicha suspensión por este mismo juzgado.

Líbrese exhorto al Juzgado de Instrucción n° 5 de Puerto de Santa María con objeto que a la mayor brevedad posible, remita a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria testimonio de D. Previas 1756/12.

57.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 22/05/13

Suspensión por prisión preventiva.

Hechos

Por auto dictado en el presente expediente se concedió la libertad condicional al penado, F.J.L.J., del Centro de Inserción Social “Evaristo Martín Nieto” de Málaga. Posteriormente, se participa a este Juzgado que con fecha 03-05-2013 dicho liberado reingresó “en el Centro

Penitenciario de Alhaurín de la Torre (Málaga) en razón de D. Previas nº. 1.637/2.013 del Juzgado de Instrucción nº. 5 de Marbella.

Razonamientos jurídicos

Si bien la suspensión de la libertad condicional no está expresamente prevista, no cabe duda que la misma tiene que operar en aquellos casos en los cuales la misma resulta incompatible con otras situaciones procesales que suponen la privación de libertad. Tal es el caso que concurre cuando sobreviene al interno una nueva condena por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional o cuando este ingresa en un Centro Penitenciario en calidad de preso preventivo. Por lo que a esta última situación se refiere, la incompatibilidad deviene del hecho de ser abonable el tiempo que el sujeto pase en esa situación, en primer lugar a la causa en la cual se ha aplicado, de manera que de no hacerse así nos encontraríamos que un mismo periodo de tiempo se imputaría a dos condenas, a aquélla y la que estaba en periodo de libertad condicional. Por otro lado, desde una perspectiva puramente penitenciaria, todo ingreso en calidad de preventivo conlleva la desclasificación, artículo 104.2 del Reglamento Penitenciario, siendo la libertad condicional, en definitiva, un grado de clasificación, de ahí que deba dejarse en suspenso en cuanto en tanto se mantenga la medida cautelar,

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

Parte dispositiva

Se suspende la libertad condicional concedida por auto de fecha 29-08-12, a F.J.L.J., en tanto se mantenga la situación de preventivo o si pasare a cumplir condena por hechos anteriores quedaría también en suspenso la libertad condicional durante el cumplimiento de aquélla.

58.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BILBAO DE FECHA 11/06/13

Suspensión por imputación por quebrantamiento de condena de medida cautelar de alejamiento. Advertencia y reingreso en tercer grado.

Hechos

Por auto con fecha 03-06-2013 dictado en el expediente de este juzgado nº 3683-13 se aprobó la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca al interno I.G.T. el cual cumplía condena por las causas:

- Rollo nº 264/1999 de la Audiencia Provincial de Bizkaia Sección 1ª
- Ejecutoria nº 2732/2008 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao siendo puesto en libertad el 03-OS-2013.

En fecha 11-06-2013 se recibe en este Juzgado comunicación de la Junta de Tratamiento del centro Penitenciario de Basauri junto con informe del Servicio Social penitenciario informando que han tenido conocimiento que el liberado condicional se encuentra imputado por un presunto delito de quebrantamiento de condena por el Juzgado nº 5 de Bilbao por hechos cometidos el día 27-03-2013 por el que se siguen D.P. 1193-13, y de la misma forma por hechos cometidos el día 07-06-2013, se incoan por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Bilbao D.P. 1629-13 nuevamente por presunto delito de quebrantamiento de condena. Interesado al Juzgado de Instrucción nº5 de Bilbao la remisión de copia de las diligencias aparecen motivadas por un presunto delito de quebrantamiento de medida de alejamiento impuesta por la Audiencia Provincial de Bizkaia Sección 1ª en Ejecutoria 266/99 y prohibición a regresar a Bilbao durante cuatro años, que según liquidación de condena comenzaría a cumplirse desde el día 31-01-2013 finalizando el 29-01-2017

Dado traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal se informa en el sentido siguiente: El Fiscal visto el hecho ocurrido el día 07-06-2013, interesa sea revocada la presente libertad condicional.

Fundamentos jurídicos

Consta en autos que el penado I.G.T., los días 22 de marzo, mientras se encontraba en tercer grado, y 7 de junio, 4 días después de concederle éste Juzgado la libertad condicional, fue interceptado por la Policía Municipal de Bilbao toda vez que está penado a 4 años de prohibición de residir en el término municipal de Bilbao. Dicha pena la inició el pasado mes de enero. Los juzgados de Instrucción nº 5 y nº 8 de Bilbao han incoado a aquel Diligencia Previa por sendos delitos de quebrantamiento de condena.

Hasta tanto éste Juzgado no tenga conocimiento de que efectivamente le fue notificado el inicio de cumplimiento dicha pena, al amparo del artículo 93 del Código penal se suspende la libertad condicional, debiendo de reingresar Centro Penitenciario de Basauri, en tercer grado artículo 82 del Reglamento Penitenciario

Se le hace saber que no puede aparecer por el termino Municipal de Bilbao hasta el 29-01-2017. Caso de incumplir dicha prohibición, le será inmediatamente revocada la libertad condicional. Lo mismo sucederá si es condenado por los hechos acaecidos el pasado día 7 de junio o si comete nuevo delito o incumple las condiciones fijadas por éste Juzgado para la concesión de su libertad condicional.

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

Acuerda:

Suspender la libertad condicional concedida al interno I.G.T. en las causas:

- Rollo nº 264/1959 de la Audiencia Provincial de Bizkaia Sección 1^a
- Ejecutoria nº 2732/2008 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao con efectos del día de la fecha, debiendo de reingresar al Centro Penitenciario de Basauri en tercer grado artículo 82 del Reglamento Penitenciario.

59.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LEÓN DE FECHA 13/05/13

Revocación por nueva condena (delito anterior a la libertad condicional).

Hechos

Con fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto por el que se acordó conceder los beneficios de la libertad condicional al penado J.M.F.M., interno en el Centro Penitenciario de León,

Por el Director del Centro Penitenciario de León se ha comunicado a este Juzgado que el referido penado ha ingresado en dicho Establecimiento a fin de cumplir la pena privativa de libertad que le había sido impuesta por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza en la Ejecutoria 10/13 (rollo 17/11).

De dicha documentación se dio traslado al Ministerio Fiscal, que informó en el sentido de solicitar que le sea suspendida al referido penado la situación de libertad condicional que en su día le había sido concedida.

Razonamientos jurídicos

De conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Código Penal aprobado por L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, el período de libertad condicional se revocará si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, reingresando en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

En el presente caso consta en el expediente del interno que éste ha ingresado en prisión el día 15 de abril de 2013 a fin de llevarla cabo el cumplimiento de la pena de cuatro años de prisión que le ha sido impuesta mediante sentencia de fecha 8 de octubre de 2012 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como autor de un delito

continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida.

Por tanto, aunque es cierto que los hechos delictivos origen de dicha condena fueron cometidos entre los años 1998 y 2001, es decir, mucho antes de la concesión al penado de los beneficios de la libertad condicional (que se produjo en junio de 2012), sin embargo resulta procedente la revocación de la libertad condicional pues, como se ha acordado en los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (criterio número 135, adoptado en la reunión del año 2000, y que conserva su viabilidad después de las reformas legales de 2003), “la libertad se revocará en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal, y además cuando dejen de concurrir los presupuestos que permitieron su concesión”.

Esto último es lo que ocurre en este caso, pues actualmente el interno está cumpliendo una pena privativa de libertad, situación que resulta claramente incompatible con el disfrute de los beneficios de la libertad condicional, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, “cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”. Por tanto, resulta imposible no sólo que el interno cumpla dos penas privativas de libertad al mismo tiempo, sino también que la libertad condicional se cumpla en prisión.

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

Parte dispositiva

El Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León, acuerda la revocación de la libertad condicional del penado J.M.F.M., que le fue concedida en virtud de auto dictado por este Juzgado en fecha 7 de junio de 2012, el cual se deja sin efecto.

60.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 18/05/13

Suspensión por nueva causa pendiente y ampliación, que se hará efectiva en la nueva fecha de cumplimiento de las 3/4 partes.

Hechos

Con fecha 17-05-2013 se dictó por este Juzgado Auto concediendo el beneficio de la Libertad Condicional al interno J.J.G.J. del Centro Penitenciario Madrid VI (Aranjuez), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Penal, condicionada al seguimiento por los servicios sociales penitenciarios, habiéndose recibido informes del Centro de Inserción Social Victoria Kent en los que se comunica la nueva causa ejecutoria recaída contra el citado liberado condicional, por hechos cometidos el día 20-02-2008 (Ejecutoria 354/2011 del Juzgado de lo Penal 3 de Getafe).

Se remitió a informe del Fiscal que interesó la ampliación de la libertad condicional,

Razonamientos Jurídicos

La revocación de la libertad condicional es una de las materias que ha sido objeto de modificación en el nuevo Código Penal limitando las facultades del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues mientras en el artículo 99 del código Penal de 1973 se contemplaban como causas de revocación la “mala conducta” y la “comisión de delito”, el Código de 1995 contempla en su artículo 93 como causas de revocación la “inobservancia de reglas de conductas impuestas” y el “delinquir”, limitándose en el artículo 90.2 las reglas de conducta que pueden ser impuestas. Se restringen las facultades del Juez de Vigilancia porque si bien continua siendo causa de revocación la comisión de delito, debiendo en este supuesto entenderse que sólo concurre cuando resulta condenado el liberado en virtud de sentencia firme, exigiéndolo así la interpretación conforme a la Constitución que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los Jueces, ya

que en otro caso se estaría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24 de la Constitución, se sustituya la revocación por “mala conducta” por la “inobservancia de reglas de conducta impuestas”, siendo la expresión mala conducta un concepto jurídico indeterminado que admite una interpretación muy amplia, mientras que la causa contemplada por el nuevo Código obliga a que el Juez haya impuesto una regla de conducta, de las previstas legalmente, y el liberado la haya incumplido.

En el presente supuesto no concurre ninguna de las causas de revocación previstas legalmente por lo que no procede la revocación. No consta incumplimiento de ninguna regla de conducta impuesta y, por otro lado, no consta que el interno haya delinquido durante el periodo de libertad condicional, puesto que los hechos por los que resultó condenado en virtud de la Ejecutoria 354/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Getafe son anteriores de la concesión de la libertad condicional.

Por otro lado, constando que ha recaído una nueva causa por hechos cometidos con anterioridad a la libertad condicional y que siguen concurriendo los demás requisitos que determinaron la concesión de la libertad condicional excepto el de haber cumplido el interno las 3/4 partes de la condena, pues con la nueva liquidación el interno no cumplirá las 3/4 partes hasta el día 15-09-2013, procede suspender la libertad condicional a la fecha del cumplimiento de las 3/4 partes, debiendo el interno reingresar en prisión, si bien y, por razones de economía procesal, no constando incidencias desfavorables durante el disfrute de la libertad condicional, deberá permanecer en tercer grado, de tratamiento, y ampliar la libertad condicional a la nueva causa Ejecutoria 354/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Getafe, ampliación que deberá hacerse efectiva en la nueva fecha de cumplimiento de las 3/4 partes (15-09-2013).

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

Parte dispositiva

No ha lugar a la revocación de la libertad condicional del penado J.J.G.J., que la fue concedida en virtud de auto de fecha 17-05-2013, al no concurrir causa legal.

Se suspende la libertad condicional concedida al referido penado, que deberá reingresar en prisión permaneciendo en tercer grado, hasta el cumplimiento de las 3/4 partes (15-09-2013).

Se amplía la libertad condicional concedida a la nueva causa Ejecutoria 354/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Getafe, ampliación que se hará efectiva en la nueva fecha de cumplimiento de las 3/4 partes (15-09-2013).

61.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 6 DE FECHA 04/06/13

Suspensión por nueva condena que se alzaré automáticamente al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena.

Hechos

Con fecha 13/03/13 se dictó por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid, auto aprobando la Libertad Condicional de H.M.T., por las causas:

Ejecutoria 338/08 del Juzgado Penal nº 3 de Móstoles. Ejecutoria 366/09 del Juzgado Penal nº 3 de Móstoles. Ejecutoria 79/12 del Juzgado Penal nº 4 de Getafe.

Mediante oficio de fecha 30-05-13 el Centro de Inserción Social Josefina Aldecoa ha puesto en conocimiento del Juzgado que con fecha 22-05-13 el Juzgado Penal nº 4 de Móstoles (EJ. 162/10) ha participado que el referido penado ha de cumplir cuatro meses y quince días más de privación de libertad respecto de la indicada Ejecutoria, habiendo remitido igualmente hoja de cálculo provisional con arreglo a la cuál la nueva fecha de extinción de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena es la de 06-07-13.

Se han pasado las actuaciones al Ministerio Fiscal que ha emitido informe en el sentido que consta en autos.

Razonamientos Jurídicos

Vistas las circunstancias descritas en los antecedentes fácticos de la presente resolución, y no concurriendo en el momento actual los presupuestos establecidos en el artículo 90 del Código Penal para la obtención de la Libertad Condicional (singularmente la extinción de las 3/4 partes de la condena) resulta procedente la suspensión temporal de la misma y el ingreso en prisión del penado para continuar el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, suspensión que se alzarán, recobrando plena eficacia lo dispuesto en auto de 13-03-13, y sin necesidad de nuevo pronunciamiento por parte de este juzgado una vez que se alcance nuevamente el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena y ello en tanto subsistan los restantes presupuestos que determinaron su concesión, esto es la clasificación en tercer grado de tratamiento y el pronóstico favorable de reinserción social, debiendo en cualquier caso participarse a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por el Centro Penitenciario cualquier variación de la situación penal o penitenciaria de H.M.T. que determine la improcedencia de obtener nuevamente la libertad condicional alcanzadas las 3/4 partes de cumplimiento.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

Dispongo

Se suspende la Libertad Condicional de H.M.T. acordada en auto de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid de fecha 13/03/13 en relación con Ejecutorias 338/08 del Juzgado Penal nº 3 de Móstoles, Ejecutoria 366/09 del Juzgado Penal nº 3 de Móstoles y Ejecutoria 79/12 del Juzgado Penal nº 4 de Getafe, en los estrictos términos recogidos en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

62.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 02/07/13

Suspensión por nueva causa penada, instando nueva refundición y propuesta de libertad condicional.

Antecedentes de hecho

En el presente expediente tramitado bajo N° 3526/13-MR se plantea la suspensión del beneficio de la libertad condicional concedida a P.G.R. como consecuencia de propuesta en tal sentido formulada a su favor por parte del Centro Penitenciario de cumplimiento. Con fecha 27/06/13 se dictó auto decretando la suspensión de la libertad condicional. El penado ingresó en prisión para cumplir la nueva condena con fecha 01/07/13.

Fundamentos de derecho

Visto el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial procede decretar la nulidad del auto de fecha 27/06/13 por el que se decretaba la suspensión de la libertad condicional al no haber ingresado el liberado en prisión para cumplir la nueva condena hasta la fecha 01/07/13.

Al haber ingresado el liberado condicional en prisión para cumplir nueva condena con fecha 01/07/13 por delito cometido con anterioridad a la concesión de la libertad condicional, lo que procede es acumular la nueva condena a las que ya extinguía, tal y como señala el artículo 193 del Reglamento Penitenciario y, en base a ello calcular nueva fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena a efectos de conocer si el interno reúne el requisito que señala el Código Penal de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta; de tal forma que si el interno vuelve a reunir los requisitos legales, por el Centro Penitenciario de Cumplimiento se inicie nuevo expediente de libertad condicional y sea elevado a este Juzgado.

En su virtud, visto lo dispuesto en el artículo 90 y siguientes del Código Penal, 201 del Reglamento Penitenciario y demás de general y pertinente aplicación al caso S.S^a. Ilma. por ante mi el secretario judicial:

Dispuso:

Se decreta la nulidad del auto de fecha 27/06/13 dictado en las presentes actuaciones.

Se acuerda suspender ja libertad condicional otorgada al penado P.G.R. como consecuencia de su reingreso en prisión para cumplimiento de condena por responsabilidades anteriores a la concesión de tal beneficio e instar a la Dirección del Centro Penitenciario de cumplimiento a que practique nueva refundición de condenas al indicado penado.

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

Revocación por imposición de medidas cautelares de alejamiento de la persona que tenía la acogida.

Hechos

En fecha 07-02-2013 se dictó Auto en este expediente otorgando el beneficio de la libertad condicional al penado J.V.P. previa propuesta del Centro de Inserción Social de Huelva. El penado está extinguiendo condena de prisión de noventa y seis meses por la comisión de delito contra la salud pública, ejecutoria seguida ante la Sección cuarta de la Sala de lo Penal en el asunto 32/2009 (E.S.T.E).

En comunicación recibida en fecha 09-05-2013, por el CIS Huelva se informa sobre el citado penado pesa, desde fecha 07-05-2013, acompañando copia del Auto del Juzgado de violencia sobre la Mujer nº 1 de Huelva, asunto Diligencias Urgentes 143/2013, imposición de medidas cautelares de que aquí se dan por reproducidas.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, ha solicitado la revocación del beneficio de la libertad condicional en su día otorgada a dicho penado.

Razonamientos jurídicos

El artículo 93 del Código Penal establece literalmente que,

“1. El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este periodo de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que permitieron acceder a la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”.

En el mismo sentido se refiere el artículo 201 del Reglamento Penitenciario las causas que motivan la revocación del beneficio de la libertad condicional estableciendo que,

“1. El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al liberado para cumplir su condena. Siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no de lugar a la revocación del beneficio y reingreso en establecimiento penitenciario.

2. Si en dicho periodo el liberado volviera a delinquir o inobservarse la reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos útiles, a éste para la adopción de la

resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

3. En el caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación”.

En el presente caso, se ha comunicado por el Centro de Inserción Social de Huelva, establecimiento encargado del seguimiento del liberado durante su periodo de libertad condicional, la imposición al penado en fecha 07-05-2013 por el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Huelva, de la obligación de cumplir medidas cautelares para la protección de una tercera persona (familiar que además asume la acogida del penado durante el periodo de libertad condicional).

La imposición de dicha medida inicia una involución en el comportamiento del penado mientras disfrutaba del beneficio, circunstancia que le aleja de la evolución positiva necesaria para disfrutar del beneficio de la libertad condicional. A ello se une la falta, al habersele impuesto el cumplimiento de las citadas medidas cautelares, de un requisito que es necesario para el disfrute del beneficio como es el de contar con acogida familiar durante el periodo de la libertad condicional, toda vez que la persona a la que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ha ordenado proteger, imponiendo medidas de alejamiento y comunicación al penado, resulta ser la persona que hasta ahora asumía la acogida del penado.

Por ambas circunstancias, y como ha solicitado el Ministerio Fiscal, procede revocar el beneficio de la libertad condicional del que disfrutaba el penado J.V.P. por Auto dictado en este expediente en fecha 07-02-2013 y en consecuencia ordenar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado su inminente búsqueda, captura e ingreso en prisión para continuar extinguiendo la pena de prisión que actualmente cumple en Centro Penitenciario.

En consecuencia, vistos los artículos 93 del Código Penal y 201 del Reglamento Penitenciario y sus preceptos concordantes, y demás de general aplicación.

Parte dispositiva

Se revoca el beneficio de la libertad condicional concedido al penado J.V.P. por Auto de fecha 07-02-2013 dictado en este expediente y se ordena su inmediata búsqueda, captura e ingreso en prisión para continuar extinguiendo la pena de prisión impuesta en Centro Penitenciario.

64.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BILBAO DE FECHA 16/09/14

Suspensión por perdida de acogida y reinicio en el consumo. Continuidad en tercer grado.

Hechos

Con fecha 8 de marzo de 2013 se dictó auto por este Juzgado mediante el que se acordaba aprobar la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca concediendo el beneficio de la libertad condicional por cumplimiento de 3/4 partes de la condena al penado L.A.T.S. en causa número

- Ejecutoria nº 372/2005 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao
- Ejecutoria nº 358/2004 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valladolid
- Ejecutoria nº 2107/2004 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao
- Ejecutoria nº 130/2005 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao
- Ejecutoria nº 229/2003 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Barakaldo
- Ejecutoria nº 370/2005 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Bilbao
- Ejecutoria nº 1687/2004 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao
- Ejecutoria nº 17/2004 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao
- Ejecutoria nº 1983/2003 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao

- Ejecutoria nº 147/2011 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao.

El día 16 de agosto de 2013 se recibe documentación del Departamento de Trabajo Social del Centro Penitenciario de Basauri, adjuntando informe de Auzolan en la que se manifiesta que el liberado condicional no ha acudido a dicho centro para seguir tratamiento de deshabitación al consumo de tóxico, desconociendo su paradero, asimismo puestos en contacto telefónico con su tío manifiesta que no reside en su domicilio por problemas de consumo, manifestado, que reside en una habitación de alquiler, habiendo existido algún problema con otra alquilada.

Dado traslado del testimonio de la sentencia al Ministerio Fiscal, informó en el sentido que consta en las presentes actuaciones

Fundamentos jurídicos

Consta en autos que el liberado condicional L.A.T.S. carece en la actualidad de acogida que ofrezca la necesaria contención, habiendo reincidido el consumo puntual de cocaína. Tal circunstancia justifica la suspensión de su libertad y su reingreso en prisión hasta que aporte nueva acogida o centro dónde realizar un proceso terapéutico. Se le autoriza a que ingrese de forma voluntaria en el Centro Penitenciario de Basauri a lo más tardar el próximo jueves 19 de septiembre. Una vez reingrese en prisión continuará en tercer grado artículo 82 del Reglamento Penitenciario. Visto el artículo 90 del Código Penal y demás de general y pertinente aplicación

S.S^a,

Acuerda

SUSPENDER al interno L.A.T.S. libertad condicional concedida.

Se le autoriza a que ingrese de forma voluntaria en el Centro Penitenciario de Basauri a lo más tardar el próximo jueves 19 de septiembre.

Una vez reingrese en prisión continuara en 3º grado artículo 82 del Reglamento Penitenciario.

65.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ASTURIAS DE FECHA 14/02/13

Revocación por indocumentación.

Antecedentes de hecho

Por auto de este Juzgado de siete de febrero de 2013 se concedió la libertad condicional a la penada C.G. por aplicación de los artículos 90 y 92 del Código Penal, y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del vigente Reglamento Penitenciario, atendiendo a que padece enfermedad muy grave e incurable y con imposición de reglas de conducta, entre ellas la obligación de seguir el tratamiento médico así como la de residir en el domicilio de acogida (SILOÉ).

En el día de hoy se recibe informe de la Fundación SILOÉ del siguiente tenor “Que dadas las actuales circunstancias sanitarias de la paciente (requiere medicación, asistencia sanitaria continuada y desplazamiento en ambulancia diario para recibir tratamiento de radioterapia), nos resulta imposible acogerla, ya que no dispone de cobertura sanitaria ni de NIE, que nos permita su obtención. Que una vez obtenida, por parte de Instituciones Penitenciarias, la documentación necesaria que nos permita la tramitación de la asistencia sanitaria para personas sin recursos, podrá gestionarse su ingreso en el dispositivo”. Dándose traslado al Ministerio Fiscal que interesó la revocación de la libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

Según consta en la documental remitida por la Fundación SILOÉ a día de hoy se manifiesta la imposibilidad de acoger a la interna por cuanto carece de cédula de identificación (NIE) y no es posible continuar con la cobertura sanitaria que presta la Seguridad Social. El Centro informa así mismo que la interna se encuentra ingresada en el Hospital Central pero será dada de alta en el día de hoy.

Del contenido de los informes resulta que, pese a la situación de enfermedad que la penada padece, han fallado los condicionantes de la libertad condicional al carecer de acogida, así como la posibilidad de que la interna pueda recibir tratamiento médico a la enfermedad que padece.

En consecuencia, visto, el artículo 93 del Código Penal y demás de general y pertinente aplicación,

Acuerdo

Revocar con efectos del día de la fecha la libertad condicional concedida a C.G. por auto de siete de febrero de 2013, librando mandamiento para que por la Policía Nacional de Oviedo se proceda a la detención y custodia de la interna que se encuentra en la Residencia Sanitaria Covadonga de Oviedo, habitación 307 para su posterior traslado por la Guardia Civil e ingreso en el Centro Penitenciario de Villabona.

66.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA DE FECHA 05/11/13

Revocación por no presentación en el consulado de España en Cartagena de Indias (Colombia)

Hechos

Por auto de este Juzgado de fecha 11-02-13 le fue concedido al interno O.A.A.C., del Centro Penitenciario de Valencia el beneficio de la libertad condicional por cumplimiento de las tres cuartas partes de la penas impuestas, todo ello con efectos de fecha 20-04-13 y respecto de las siguientes condenas Impuestas:

- J. Penal N° 13 de Valencia Ejec, 2431/05 00-09-00 y
- J. Penal N° 5 de Valencia Ejec. 472/09 04-15-00

En fecha 23-10-13 se recibe en este Juzgado comunicación del Centro Penitenciario Centro de Inserción Social de Valencia al que se adjunta Informe de la Trabajadora Social informando que el arriba indicado no ha llegado a presentarse en el Consulado de España en Cartagena de Indias (Colombia), como estaba autorizado, así como la posibilidad de estar implicado en varios atracos en España según investigación de la Policía Nacional,

Conferido traslado del expediente al Ministerio Fiscal para informe, lo emitió en el sentido de interesar la Revocación de la Libertad Condicional por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el Auto de fecha 11-02-13 de conformidad con el artículo 93.1 del Código Penal.

Razonamientos jurídicos

Según el artículo 93 del vigente Código Penal, el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

En el caso que nos ocupa se revoca la Libertad Condicional concedida por Auto de 11-02-13 por incumplimiento de las condiciones establecidas para su disfrute y de los presupuestos que posibilitaran su concesión. El penado ha incumplido desde el primer momento su obligación de presentación en el Consulado de España en Cartagena de Indias (Colombia), país donde procede y donde debía disfrutar la libertad condicional. Por consiguiente procede la revocación conforme a lo dispuesto en el artículo 93.1 del Código Penal, acordando la búsqueda, detención e ingreso en prisión para el cumplimiento del resto de condena en nuestro país, sin perjuicio del tiempo pasado en libertad condicional.

Vistos, los artículos citados y demás de aplicación,

Dispongo

Se revoca la libertad condicional que viene disfrutando el penado O.A.A.C., concedida por auto de fecha 11-02-13, sin perjuicio del tiempo transcurrido en tal situación,

67.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 21/08/13

Revocación por situación de irregularidad, sin permiso de residencia y trabajo.

Antecedentes de hecho

Por Auto de este Juzgado de fecha 8 de marzo último se aprobó la libertad condicional del interno del Centro Penitenciario de Albacete D.F.D.ZA, que cumplía condena por la ejecutoria J. Penal Albacete 1 4 359/2006; J. Penal Albacete 3 4 291/2009/ J. Penal Albacete 3 4 291/2009; J. Penal Albacete 3 4 291/009 y J. Penal Albacete 3 4 502/2009.

Con fecha 16 de agosto último se recibieron en este Juzgado informes relativos al liberado, poniendo de manifiesto las incidencias relativas al seguimiento del mismo por los Servicios Sociales Penitenciarios, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, el cual interesó la revocación del beneficio de libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

El artículo 93 del Código Penal establece las causas de la revocación de la libertad condicional, como son el hecho de que el reo, en dicho periodo, delinquire o no observara las normas de conductas impuestas, siendo sus consecuencias el ingreso del mismo en prisión en el grado que

le corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

Resultado de los informes recibidos por los Servicios Penitenciarios de esta Capital, encargados del seguimiento del reo, que el mismo para la concesión de la libertad condicional presento una oferta laboral para trabajar en un restaurante, en el cual, una vez conseguida, trabajó únicamente una semana sin darse de alta en la Seguridad Social, estando inscrito como demandante de empleo, pasando a situación irregular por extinción de la autorización administrativa, al ser extranjero, en el día de hoy, y todo ello por no continuar una actividad laboral, careciendo, en consecuencia, de permiso de residencia y de permiso de trabajo, todo lo cual determina claramente que, no concurren los requisitos previstos en los artículos 90 Código Penal, 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 192 a 201 del Reglamento Penitenciario por no existir a esta fecha respecto del mismo un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social dados los informes obrantes en autos, que ponen de manifiesto que el interno no solo se encuentra en situación irregular en España sino que sea muy dudoso, por ahora, el éxito de su integración social que se pretende con la concesión de la libertad condicional, al decaer el presupuesto de pronóstico favorable de integración social, por lo que procede la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le reste, con los demás efectos legales.

En atención a lo expuesto, vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

Dispongo

La revocación de la libertad condicional concedida al penado D.F.D., concedida por auto de fecha 8 de marzo último, por las causas reseñadas y, en su virtud, ordenar el ingreso en un Centro Penitenciario para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le reste, sin perjuicio del cómputo de tiempo disfrutado en libertad condicional, con efectos desde la fecha de esta resolución, sirviendo certificación de la presente como mandamiento en forma para su ingreso en prisión.

68.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 7 DE BILBAO DE FECHA 19/07/13

Auto estimatorio de la apelación del Ministerio Fiscal, revocando la libertad condicional por insuficiente pago de responsabilidad civil.

Antecedentes de hecho

El 30 de mayo de 2013 en el expediente 2234/13, relativo al penado R.F.S. se dictó, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao Auto en el que se aprobaba la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Basauri. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación frente la indicada resolución, al que se opuso la defensa del penado a través de los argumentos que obran.

Fundamentos de derecho

El artículo 90 del Código Penal contempla la posibilidad de que alcancen la libertad condicional los sentenciados que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, que hayan observado buena conducta penitenciaria y que exista respecto de ellos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes, aunque no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 da la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El artículo 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria declara que “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimo-

niales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicado y su condición”, así mismo añade que “singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos; (...) c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.”

Así, la Ley Orgánica General Penitenciaria, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, establece como uno de los requisitos para el acceso al tercer grado la satisfacción de la responsabilidad civil. Tal apreciación del requisito de no pago de la responsabilidad civil no opera automáticamente, de modo que la Ley establece una serie de criterios para valorar la necesidad o no de conceder el beneficio por la insatisfacción de la responsabilidad civil. Tales criterios, de acuerdo con el citado artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria son: La conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y en su caso el daño o entorpecimiento producido al servicio público; y la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

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

En el supuesto examinado, el Juzgado de Vigilancia refiere -en apretada síntesis- que el penado abonó el pasado día 28 de noviembre de 2012 una suma algo superior a 13.000 €, que desde que accedió al tercer grado

la cuota mensual ha subido de 300 a 1.000 €; y que asimismo le consta que el precio recibido por los inmuebles de los que esta disponiendo el anterior viene siendo ingresado en la cuenta de un Juzgado de Instrucción al existir vigentes medidas cautelares distadas por éste que le impiden la libre disposición. Tales elementos conducen a considerar que el penado tiene una inequívoca voluntad de pago y ha demostrado un esfuerzo para el pago de la responsabilidad civil que le atañe.

No se comparten tales valoraciones, debe comenzarse señalando que fue condenado en firme en fecha 27 de marzo de 2007, la responsabilidad civil asciende a 1.584.812,20€ y no se ha dictado en Ejecutoria Auto de insolvencia. Tampoco se ha instado por el reo plan de abono alguno.

No se observa en la propuesta de la Junta información precisa sobre los puntos a los que se refiere el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es decir, indicar cual ha sido “la conducta observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales” las “condiciones personales y patrimoniales del culpable” para poder valorar “su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil”, y “las garantías que permitan su satisfacción futura”, y resto de extremos a los fines de que sea una verdadera “propuesta razonada de grado” previa.

De las alegaciones de defensa y Ministerio Fiscal cabe extraer que los pretendidos abonos procedentes de la venta de inmuebles se han llevado a cabo en el seno de un procedimiento penal por un presunto delito de alzamiento de bienes. Y por motivos que se desconocen –nada se dice al respecto- el reo no decidió enajenarlos hasta que las medidas cautelares se hicieron efectivas. Tampoco se justifica por qué en ocasiones el penado ha procedido a la venta de inmuebles de su propiedad a su sola iniciativa y en otras se ha limitado a ofrecerlos en dación de pago; y admite de forma llana que es titular del 80% de las participaciones sociales de la mercantil INMOBILIARIA ABANTO 2000, a la sazón propietaria de los bienes enajenados. Tal proceder pone seriamente en cuestión lo referido en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de fecha 4 de febrero de 2013 que señala que el penado “tan sólo puede aportar el dinero que provenga de su actividad laboral y no de los inmuebles que pudiera tener en propiedad” y su pretendido esfuerzo en aras de la reparación del daño causado a la Hacienda Pública, a quien el recurrente achaca sin complejos la

responsabilidad del que aun no se haya producido la íntegra reparación del mismo. Lo cierto es que la consignación en la cuenta del Juzgado de Instrucción del importe obtenido en abril de 2013 por la venta de los inmuebles sujetos a medidas cautelares para a continuación interesar que se expida mandamiento de devolución a la Hacienda Foral –signo inequívoco de su personación en autos- constituye un cause ciertamente tortuoso para hacer frente a unas obligaciones impuestas en firme desde marzo de 2007. En tal sentido, no concluye el recurrente su razonamiento acerca de qué responder a que los importes se deben y no han sido abonados, sin que sea asumible que tales actuaciones respondan a una “venta ordenada”. Antes al contrario, parecen ser consecuencia del inicio de actuaciones penales precisamente por –presuntamente- eludir el cumplimiento de su responsabilidad patrimonial ante la Hacienda Pública.

No se penaliza en consecuencia la insolvencia total o parcial tal y como se sostiene en el recurso. Lo que sucede es que los antecedentes expuestos evidencian que el esfuerzo reparatorio ha sido mínimo o quizás inexistente y solo se incremento, puntualmente, por los motivos utilitaristas ya señalados; sin que haya puesto su capacidad económica al servicio del resarcimiento al que viene obligado, lo que pone en serias dudas su reinserción social. La situación descrita es suficientemente elocuente por sí misma; se entiende inaceptable que se pretenda presentar como paradigma del esfuerzo reparador el destino del producto de bienes sujetos a medidas cautelares en la investigación judicial por un presunto delito de alzamiento de bienes en relación con el mismo acreedor o perjudicado.

Una última precisión se impone, y es la nula, vinculación a los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus distintas reuniones, pues sin negar el interés doctrinal practico de sus conclusiones lo cierto es que cada Juez o Tribunal, sometido únicamente al imperio de la ley, es soberano para aceptarlos o disentir en la aplicación de las normas jurídicas. En el supuesto examinado lo relevante es ponderar si concurre en el penado el requisito del apartado 5 del artículo 72 de la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y para ello valorar aquellos datos o circunstancias que pongan de manifiesto una inequívoca voluntad reparatoria, concretada en hechos objetivos que evidencien el esfuerzo del penado por satisfacer, dentro de sus posibilidades la responsabilidad civil.

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

Parte dispositiva

Decido: Estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao en fecha 30 de mayo de 2013; que se revoca.

69.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 26/11/13

Aceptación de renuncia por parte del penado a la Libertad Condicional

Hechos

Con fecha 03-12-2012 se dictó por este Juzgado Auto concediendo los beneficios de la Libertad Condicional al penado A.M.A., habiéndose recibido instancia del interno renunciando a la libertad condicional al haberle retirado el aval sus padres.

Remitido el expediente al Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de no oponerse a la revocación de la libertad condicional.

Razonamientos jurídicos

De conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 del Código Civil que admite la renuncia de derechos, siempre que no contrarie el interés ni el orden público ni en perjuicio de tercero, procede aceptar la renuncia a la libertad condicional que solicita el Interno por no Infringir tal precepto legal, debiendo reingresaren prisión en el grado que corresponda.

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

Parte dispositiva

Se acepta la renuncia a la libertad condicional del penado A.M.A., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 03/12/2012, debiendo ingresar en prisión a disposición de las causas por las que se le concedió la libertad condicional, para continuar cumpliendo su condena.

CAPÍTULO 6

LIQUIDACIÓN

**70.- SENTENCIA 1045/2013 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE
LO PENAL DE FECHA 07/01/14**

Compensación de los días que hubo de comparecer (obligación apud acta de comparecencia) con la pena privativa de libertad impuesta. Voto particular.

I. Antecedentes

Primero

La Audiencia Provincial de Tenerife (Sección Quinta) en el expediente de ejecutoria penal núm. 122/2008, dictó auto de fecha 30 de enero de 2013, que contiene los siguientes Antecedentes de hecho:

“Primero: Por Auto de esta Sala de 21 de enero de 2013 estimando la solicitud del penado Edmundo se accedía a compensar la medida cautelar impuesta durante la instrucción de la causa de obligación de comparecer apud acta los días 1 y 15 en los términos y extensión señaladas en los fundamentos, esto es, los dieciocho (sic) meses de personación en las actuaciones, a razón de dos personaciones mensuales, a razón de un día de abono por cada 10 comparecencias, totalizando cuatro días de abono de la pena de prisión impuesta.

Segundo: El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 22 de enero, interpuso recurso de súplica contra el mismo alegando los siguientes fundamentos:

“1ª. El Auto recurrido trae causa de la solicitud formulada por la representación procesal del penado en esta causa Edmundo el cual ha alegado haber sufrido una limitación de su libertad deambulatoria como consecuencia de la obligación judicialmente impuesta de comparecer (sic) los días 1 y 15 de cada mes ante el Juzgado que lo acordó, lo que en atención a lo actuado tuvo lugar en virtud de Auto de fecha 25 de febrero de 2005.

2ª. Este Tribunal a la hora de resolver sobre la procedencia de la solicitud de compensación formulada, ha valorado si la medida cautelar acordada “supuso una molestia o un padecimiento que el Juez o Tribunal sentenciador deba valorar”.

En este sentido, existen dos razonamientos que vienen a fundamentar el recurso interpuesto:

- a) No consta a esta Representación Pública que obre en poder de este Tribunal la totalidad de comparecencias firmadas por el penado ante el Juzgado de Instrucción, aspecto que ha sido alegado por dicho penado pero que cuanto menos, tratándose de una circunstancia cuya valoración ha tenido como resultado la minoración de la pena privativa de libertad definitivamente impuesta en sentencia firme por este Tribunal, deberá estar documentalmente acreditado ya que una cosa es que la medida cautelar se haya impuesto y otra que el penado haya comparecido todas y cada una de las ocasiones en que debía ya que se han tenido en cuenta en su totalidad.
- b) Al margen de lo anterior, el Ministerio Público ha de poner de relieve que habiéndose alegado por el penado un perjuicio genérico resultante del sólo hecho de cumplir con la obligación judicialmente impuesta de comparecer ante un Juzgado y firmar los días 1 y 15 de cada mes sin especificar si existieron padecimientos o inconvenientes de cierta entidad que justificaran (sic) una consecuencia de tal magnitud como una rebaja de la pena de prisión impuesta y habiéndose dado por buenos tales argumentos por este Tribunal, parece evidente que los argumentos por este Tribunal, parece evidente que los argumentos esgrimidos por el penado y aceptados por la Sala

son predicables respecto de todos y cada uno de los penados que hayan sido condenados a penas privativas de libertad y hayan estado sujetos a la misma medida cautelar o incluso a medidas de mayor periodicidad aún cuando dicho perjuicio no haya sido alegado por los mismos, toda vez que no se ha exigido la concurrencia de elementos extraordinarios para valorar la existencia de tal perjuicio lo que podría suponer una revisión “de oficio” de todas y cada una de las liquidaciones de condena correspondientes a presos a disposición de este Tribunal y ello por ser un criterio que de mantenerse debe hacerse extensible a aquellos sometidos a penas privativas de libertad que no cabe hacer de peor condición.

- c) A lo anterior debe añadirse que si acogiéramos la tesis de este Tribunal cabría extender la solicitud planteada a todas aquellas ocasiones en las que el penado ha sido llamada a comparecer ante órganos judiciales a los efectos que correspondiera (este es, para recibirle nuevamente declaración en calidad de imputado, para la práctica de diligencias de investigación o incluso para la celebración de juicio oral aún cuando éste no llegare a celebrarse por causa ajenas a la voluntad del penado), dando lugar al absurdo de tener que descontar de la pena impuesta el tiempo de que se ha privado al penado para posibilitar la propia tramitación de la causa.”

Del anterior recurso se le dio traslado a la representación del penado, quien lo impugnó quedando la presente ejecutoria en poder del ponente, y tras la oportuna deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala”(sic).

Segundo

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

“La Sala Dispone: Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la representación del Ministerio fiscal contra el AUTO de 21 de enero de 2013, que se confirma en su integridad”.

Tercero

Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto

El Ministerio Fiscal, basa su recurso en un único motivo de casación:

Al amparo de los artículos 848 y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, en relación con la aplicación indebida de los artículos 58.4 y 59 Código Penal, en concordancia con el artículo 4, párrafo segundo, de la ley de 17 de enero de 1901.

Quinto

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 14 de marzo de 2013, interesa de la Sala la estimación del recurso e insta a que deje sin efecto la compensación llevada a cabo por el Tribunal. La parte recurrida solicita la desestimación del mismo, debiéndose confirmar la resolución que ha sido objeto de impugnación.

Sexto

Por providencia de fecha 15 de julio de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación y votación de la misma el día 12 de septiembre de 2013, acordando la Sala prorrogar el término para dictar sentencia en el presente recurso de casa-

ción hasta la celebración de Pleno no jurisdiccional que se llevó a cabo el día 19 de diciembre de 2013.

II. Fundamentos de derecho

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación contra el auto de fecha 30 de enero de 2013, dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, por el que se estimó la petición del penado de proceder a compensar en parte la pena privativa de libertad impuesta al mismo con los días en que hubo de comparecer ante el Juzgado de instrucción para cumplir la obligación apud acta de comparecencia para garantizar la libertad provisional.

El Fiscal expone los fundamentos jurídicos que justificarían la procedencia del recurso e insta a que deje sin efecto la compensación llevada a cabo por el Tribunal a quo.

Sobre la recurribilidad de la resolución cuestionada, en la Sentencia del Tribunal Supremo (sic) 13 junio 2012 -dictada en el recurso de queja 20169/12- abordábamos el problema relacionado con la impugnación de este tipo de resoluciones y la cuestión referida a la vigencia de la centenaria ley de 1901, así como las implicaciones jurídicas derivadas de las sucesivas reformas del artículo 58 del Código Penal. Razonábamos entonces que la jurisprudencia de esta Sala "...ha reconocido la vigencia, al menos en sus aspectos procesales, de la ley de 17 de enero de 1901, sobre abono de la prisión preventiva, pronunciándose a favor de la admisión del recurso de casación cuando se trataba de resoluciones dictadas en ejecutorias de las que estuviera conociendo la Audiencia Provincial, ya que se trataba de autos de carácter definitivo. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 1449/1998, 27 de noviembre, apuntaba que conforme a lo dispuesto en el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias solamente cabe el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, cuando ésta lo autorice de modo expreso. 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 limi-

ta necesariamente a la ley de enjuiciamiento y en el caso actual el artículo 4.º de la Ley de 17 enero 1901 (“las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”), autoriza la formulación del recurso, debiendo considerarse vigente dicha norma en lo que se refiere al ámbito procesal, habida cuenta de que el párrafo 6º del artículo 849 mencionado en esa disposición equivale al actual párrafo 1º del mismo precepto, esto es, el error iuris como primero de los motivos de casación por infracción de ley.

Procedía, en consecuencia, la admisión del recurso de casación frente a esta clase de autos, siempre que hubieran sido dictados por las Audiencias, ya que tratándose de resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal lo procedente era la interposición de recurso de apelación ante la Audiencia, conforme al régimen general de recursos (artículos 787, 795 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como puede apreciarse, la sentencia apuntada establece como presupuesto para la viabilidad del recurso que el auto haya sido dictado por una Audiencia, pues de lo contrario lo procedente sería el recurso de apelación. Tal criterio fue confirmado por varias sentencias posteriores de la Sala Segunda, con la excepción de la Sentencia del Tribunal Supremo 1812/2000, 22 de noviembre, que no se cuestionó la procedencia del recurso de casación y resolvió el interpuesto contra un auto denegatorio dictado por la Audiencia Provincial, en apelación respecto de una resolución previa recaída en la ejecutoria de la que conocía un Juzgado de lo Penal. La Sentencia del Tribunal Supremo 808/2000, 11 de mayo, se pronunció expresamente a favor de la existencia de recurso de casación, al tratarse de la impugnación de una resolución dictada por la Audiencia Provincial, en ejecutoria conocida por este mismo órgano. La Sentencia del Tribunal Supremo 1194/99, 14 de julio, afirmó que la recurribilidad de esa resolución “...es clara”, si bien también en este caso se trataba de la impugnación de un auto emanado de una Audiencia Provincial y, como tal, definitivo. Idéntico criterio inspiró la Sentencia del Tribunal Supremo 926/1999, 4 de junio. Lo mismo puede decirse de las Sentencias del Tribunal Supremo 1021/2005, 20 de septiembre, referida a un auto dictado por la Audiencia Provincial de Vizcaya y de la Sentencia del Tribunal Supremo 2394/2001, 18 de diciembre.

La L.O. 15/2003, 25 de noviembre -que entró en vigor el 1 de octubre de 2004- ha dado nueva redacción al artículo 58 del Código Penal, bifurcando 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.

El alcance de esta modificación sólo puede fijarse atendiendo a los términos de la reforma operada en materia de vigilancia penitenciaria por la disposición adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 5/2003, 27 de mayo, que dispone, en su apartado segundo, que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la calificación del penado”. Añade el apartado 3º que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario”. El apartado 6º señala que “...contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Y, por último, el apartado 7 establece que “...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”.

En consecuencia, de conformidad con ese nuevo régimen jurídico de impugnación, contra la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria declarando o no abonable un determinado período de prisión preventiva sufrido en causa distinta a la que se decretó, procederá el recurso de apelación ante el Tribunal sentenciador y, contra la decisión de éste, recurso de casación para la unificación de doctrina.

Esta novedad legislativa, sin embargo, no ha sido interpretada en los primeros momentos con la uniformidad que hubiera sido deseable. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 70/2007, 31 de enero, admitió un recurso de casación común, promovido por el Ministerio Fiscal, contra la decisión de la Audiencia Provincial de La Coruña de dejar sin efecto la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria de no abonar en otra causa el período de prisión preventiva sufrido en un procedimiento en el que el penado había sido absuelto por prescripción del delito imputado. Se descartaba así la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria y se admitía la casación común con el argumento de que “...una interpretación sistemática de la norma, en cuanto el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, admite expresamente el recurso de casación contra las resoluciones judiciales sobre acumulación de condenas, y, en este sentido, es conforme también con el principio «pro actione» (artículo 24.1 de la Constitución Española) al tratarse de una materia extraordinariamente sensible como, sin duda, lo es cuanto afecta al cumplimiento de las penas privativas de libertad”.

Con distinto enfoque, el Auto del Tribunal Supremo 12 febrero 2007 proclamó que “...esta Sala ha confirmado la vigencia, al menos en sus aspectos procesales, de la Ley 17.01.1901, sobre abono de prisión preventiva en causas criminales (Sentencia del Tribunal Supremo 1449/1998, 27 de noviembre; 808/2000 de 11 de mayo; 1194/99 de 14 de julio; 926/1999 de 4 de junio; 1021/2005 de 20 de septiembre y 2394/2001 de 18 de diciembre entre otras), la jurisprudencia citada se pronunció a favor de la existencia del recurso de casación al tratarse de resoluciones dicta-

das en ejecutorias de las que conocía la Audiencia Provincial, es decir, se trata de impugnación de autos emanados de la Audiencia Provincial y como tales definitivos, que no es el supuesto planteado de autos dictados en Apelación; no obstante a partir de octubre de 2004, la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre atribuye la competencia para el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (artículo 58.2 del Código Penal), es a partir de aquí, cuando cabe preguntarse si contra los autos dictados por las Audiencia Provinciales en apelación contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cabe tal recurso de casación ordinaria; con la entrada en vigor de la Disposición 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial apartado 7, de la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, se establece que contra los autos de las Audiencia Provinciales y en su caso de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrá interponer el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo previsto en la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. [...] Así las cosas, en materia de Vigilancia Penitenciaria el nuevo recurso para unificación de doctrina, deja sin efecto la casación ordinaria que aquella ley autorizaba para hacer valer el desacuerdo con la resolución que deniega el abono de prisión preventiva contra los autos definitivos de las Audiencias, supuestos no posibles, al conferir a los Jueces de Vigilancia la competencia en esta materia y a las Audiencias la apelación contra sus resoluciones”.

(...) Entiende la Sala que esta segunda interpretación -que el propio Ministerio Fiscal considera ahora “...más correcta”- se ajusta mejor al significado de la reforma promovida en relación con esta materia. Conviene, sin embargo, hacer una precisión a la afirmación que, con vocación de generalidad, efectúa el auto de 12 de febrero de 2007, referida a la derogación sobrevenida, siempre y en todo caso, de la casación ordinaria que autorizaba la Ley de 1901. Y es que esa inédita vía de impugnación -recurso de unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria- no existirá en aquellos casos en los que sea el propio órgano sentenciador -no el Juez de Vigilancia Penitenciaria- el que resuelva sobre el abono de la prisión preventiva. Como quiera que el artículo 58 del Código Penal

sigue manteniendo la competencia del Tribunal sentenciador para el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido en la misma causa en que se decretó, la eventual denegación por la Audiencia Provincial o Nacional, seguiría siendo recurrible en casación ordinaria con arreglo a la histórica Ley de 1901.

(...) El actual sistema de impugnación de las decisiones referidas al abono de la prisión preventiva, se acomodaría al siguiente esquema:

- a) 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.
- b) 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, D.A 5ª Ley Orgánica del Poder Judicial, apartado 7º y acuerdo de pleno no jurisdiccional 22 julio 2004)”.

En el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso, se trata de la impugnación de un auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, órgano sentenciador, referido la condena por un mismo delito, que dio respuesta al escrito entablado por el acusado, mediante el que se pedía el abono del tiempo sufrido en libertad provisional con obligación quincenal de comparecencias apud acta. Se dan, por tanto, todos los requisitos apuntados supra para la admisión a trámite del recurso. No es obstáculo a ello el hecho de que el Fiscal promoviera con carácter previo recur-

so de súplica contra la decisión inicial de la Audiencia, denegatoria de su petición de dejar sin efecto la compensación acordada.

Como recuerda el Fiscal, la Sentencia del Tribunal Supremo, 677/2012, 18 de julio, proclamó que "...la primera cuestión que procede plantearse, de oficio, es si el auto en cuestión, dictado en súplica, es susceptible de impugnación casacional. Aunque de la redacción literal del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su inciso primero, pudiera "a priori" desprenderse que tal tipo de resoluciones no tienen prevista impugnación casacional (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1115/2007 o Autos del Tribunal Supremo núm. 2336/2009, 749/2009, 502/2009 y 339/2009, entre otros muchos), en los últimos tiempos esta Sala viene admitiendo la recurribilidad en casación de una decisión adoptada en súplica cuando el auto, recaído en fase de ejecución de sentencia, tenga naturaleza decisoria por incidir en su fallo o bien en la ejecución de la pena a cumplir, como sucede en los casos de abono de prisión preventiva y de aplicación de los límites penológicos del artículo 76 Código Penal. Debe entonces entenderse sujeto a los mismos recursos que la propia sentencia y, por ello, también al de casación (en esta misma línea, con cita de otras anteriores, Sentencias del Tribunal Supremo 195/2011, de 14 de marzo, 695/2011, 18 de mayo, o 615/2012, de 10 de julio, que expone además los antecedentes remotos de esta posición jurisprudencial)". En similar sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo 195/2010, de 24 de febrero.

Ningún obstáculo detecta la Sala, por tanto, para afirmar la recurribilidad de la decisión impugnada por el Fiscal.

En relación con el fondo de la impugnación, entiende el recurrente que el artículo 58 del Código Penal no permite abonar en la pena el tiempo de cumplimiento de las obligaciones de comparecencia de la libertad provisional, pues ni es prisión preventiva, como exige el número primero, ni medida cautelar que prive de derechos, como demanda el ordinal cuarto del mismo precepto. Así lo sugiere -sigue razonando el Fiscal- la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2004, que extiende el abono a las situaciones de prisión preventiva, detención, internamiento cautelar por causa penal, arresto del quebrado acordado en procedimientos concursales y prisión provisional atenuada del artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no extiende esa posibilidad del abono y

compensación a las obligaciones de comparecencia de la libertad provisional. En el terreno puramente práctico, la tesis de la Audiencia -se aduce- favorecería la admisión de un criterio permisivo que conduciría a la necesidad de apreciar esa misma compensación en comparecencias del cualquier tipo, asistencias a juicio, cada vez más extensos en su desarrollo, citaciones para la práctica de pruebas sumariales, declaraciones repetidas en calidad de imputado o citaciones para ser objeto de pruebas de investigación, reconocimiento o pericia. Con cita de la jurisprudencia constitucional -que habría negado que la libertad provisional suponga una vulneración del derecho a la libre elección de residencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1989, 17 de abril) o, incluso, del derecho al honor (Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1989, 10 mayo)-concluye el Fiscal que cuando la comparecencia se efectúa ante el Juzgado de la ciudad de residencia no quedaría quebrado ninguno de los derechos restringidos.

En definitiva, ni por la vía del artículo 58 del Código Penal, ni con amparo en el artículo 59 del mismo texto -que autoriza la compensación heterogénea-, la decisión de la Audiencia Provincial estaría justificada.

La Sala, sin embargo, no se identifica con el criterio del Fiscal.

A) Edmundo fue condenado mediante sentencia firme, dictada de conformidad con fecha 9 de julio de 2008, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como autor responsable de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, a las penas de 3 años de prisión y multa de 3.000 euros, con responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de un día por cada 500 euros impagados, además de las penas accesorias correspondientes.

Mediante auto dictado por el Juez instructor, fechado el 25 de febrero de 2005, se acordó "... decretar la libertad provisional del detenido (...) con la sola obligación «apud acta» de comparecer ante ese Juzgado los días 1 y 15 de cada mes".

Una vez firme la condena la defensa interesó la compensación de esa medida cautelar sufrida, reduciéndola del total de la pena impuesta. La Audiencia Provincial de Tenerife accedió a la petición mediante la resolución que es ahora objeto de recurso. En ella se consideró "...adecuada y proporcional a la aflicción padecida el compensar las treinta y seis com-

parecencias a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias, lo que totalizan 4 días a abonar al penado (al ser ajustado al alza y a favor del reo), debiendo en consecuencia procederse a una nueva liquidación que contemple tal abono de los 4 días”.

La Sala estima que la impugnación del Fiscal -con una argumentación expresiva del rigor técnico que anima todo el recurso- plantea una cuestión cuyo desenlace no puede desvincularse de una idea previa que, como tal, condiciona el análisis y la respuesta a la tesis defendida en el recurso. En efecto, la dimensión jurídica de la obligación de comparecencia apud acta impuesta a Edmundo, no puede ser examinada, en el momento de pronunciarnos acerca de la posibilidad de su abono en la liquidación definitiva de la condena, atendiendo exclusivamente al grado de aflicción que haya causado a aquél. La obligación de comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estatus de libertad provisional del imputado (cfr. Artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y precisamente por eso su condición de medida cautelar y, por tanto, de naturaleza restrictiva, encaminada a asegurar los fines del proceso, está siempre presente, con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella.

Que la libertad provisional con obligación de comparecencia es una medida cautelar es cuestión no controvertida en la dogmática. Es indudable que supone una intromisión en el ámbito de la libertad del imputado, si bien de efectos más limitados que la que es propia de la prisión provisional. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al señalar que “...la libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (artículo 529), debiendo el inculpado prestar obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (artículo 530)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1989, 10 de mayo).

En consecuencia, el significado jurídico de esa obligación de comparecencia apud acta no puede ser analizado sin conexión con el estatuto procesal que determina su adopción. El deber de comparecer es el efecto inmediato de la restricción de la libertad ínsita en la medida cautelar de libertad provisional. La Sala no puede aceptar que una libertad calificada como provisional no implique una restricción del valor constitucional proclamado en el artículo 1 de la Constitución Española. La comparecencia apud acta no puede imponerse a un imputado cuya libertad no es objeto de medida cautelar alguna, sino a todo aquel “...que hubiere de estar en libertad provisional” (artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). De acuerdo con esta idea, el grado de afectación que tal medida haya podido implicar respecto de otros derechos -por ejemplo, a la libertad de residencia- es cuestión que no altera la naturaleza ni el significado jurídico de la medida impuesta. La libertad está afectada porque a partir de la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas del imputado, es sólo provisional -nota ésta que acentúa su carácter de medida cautelar-, condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención a todo llamamiento judicial.

B) Argumenta el Fiscal, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1989, 17 de abril, que la medida no comporta vulneración del derecho a la libre elección de residencia en aquellos casos en que la comparecencia se efectúa ante el Juzgado de la ciudad de residencia.

La falta de aceptación de este discurso es consecuencia de lo ya expuesto supra. La medida cautelar no muta su significado jurídico en función de las circunstancias personales del encausado. La libertad provisional, por sí, es una medida de naturaleza restrictiva, con independencia de que sus efectos sean más o menos intensos atendiendo a las circunstancias personales del afectado. El artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no predefine un módulo cronológico para el cumplimiento de la obligación de comparecer. Esta es exigible “...en los días que le fueren señalados en el auto respectivo”. Nada impide que el Juez instructor acuerde una frecuencia semanal, quincenal -como en el presente caso-, mensual, trimestral o incluso diaria. Carecería de sentido atribuir el carácter de medida restrictiva de la libertad a la que impone, por ejemplo, una comparecencia diaria o semanal y negarla, sin embargo, para la que sólo obliga a hacer acto de presencia cada quince días. Cuestión

distinta es que esa pauta de cumplimiento resulte decisiva para la determinación del quantum del abono en la liquidación de condena.

En suma, más que un problema relacionado con la incidencia que las sucesivas obligaciones de comparecer puedan llegar a tener en el derecho a la libre elección de residencia, debemos centrar nuestro análisis en la cuestión previa, esto es, en la limitación provisional de la libertad del imputado de la que se deriva aquella carga. Y ésta se produce por el solo hecho de la adopción de la medida cautelar, con independencia de que las circunstancias personales del imputado incrementen o debiliten el grado de aflicción derivado de su cumplimiento.

En consecuencia, el abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado, es un deber derivado de los principios que laten en la regulación de los artículos 58 y 59 del Código Penal. La lectura de ambos preceptos evidencia el carácter imperativo de la previsión legal. Y el criterio de compensación ha de ser expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Esta Sala, con ocasión de la necesidad de atribuir eficacia jurídica a las dilaciones indebidas que hubieran afectado al procedimiento, tuvo oportunidad de razonar que “...el legislador también ha reconocido una compensación destructiva, acordando eficacia a hechos posteriores que, sin provenir del autor del delito, sin embargo, adelantan una pérdida de derechos que es consecuencia del delito y del proceso al que éste da lugar. Así por ejemplo en el caso del artículo 58 Código Penal, en el que se ordenó abonar para el cumplimiento de la pena el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente. Lo mismo ocurre en el supuesto del artículo 59 Código Penal, en el que se dispone la compensación de la pérdida de derechos ya sufridos por las medidas cautelares mediante su abono en la pena, cuando ésta sea de naturaleza distinta de la pena impuesta. Es decir, que el legislador ha tenido en cuenta que la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el caso en el que, como consecuencia del delito, el Estado haya privado (legítimamente) al autor del mismo de derechos anticipadamente. Dado que la pena es, por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede

operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta” (Sentencias del Tribunal Supremo 934/1999, 8 de junio -recaída en el recurso de casación núm. 1731/1998 -, 283/2003, 24 de febrero, 391/2011, 20 de mayo, entre otras).

Admitida la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad resulta indispensable. Y, desde luego, el criterio proclamado en la sentencia recurrida puede considerarse ejemplar. Las comparecencias quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza.

La decisión que ahora se acuerda es conforme al criterio expresado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre de 2013, en el que se proclamó que “la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal, atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

La Sala estima que el criterio de la compensación, además de su indudable apoyo en el significado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 de la Constitución Española), tendrá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, por cuanto que contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. De otra parte, porque facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La desestimación del recurso, al ser recurrente el Ministerio Fiscal, conlleva la declaración de oficio de las costas procesales, en los términos establecidos en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. Fallo

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el auto de fecha 21 de enero de 2003, confirmado en súplica por el de 30 de enero de 2013, dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, en el procedimiento de ejecución penal núm. 122/2008. Se declaran de oficio las costas procesales.

Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón

Con el máximo respeto, expresamos nuestra discrepancia con el criterio asumido por la mayoría en esta sentencia, tal como ya hicimos en el curso del debate habido en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 19 de diciembre de 2013, sobre la misma cuestión, en el que se acordó: “La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

Pues entendemos que:

Hasta el momento, la interpretación más generalizada de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, seguida muy mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales, sostenía que el contenido propio de una pena sufrido por el imputado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta. En consecuencia, la comparecencia apud acta no se compensaba en la pena. Últimamente no se ha aprobado norma alguna que aconseje un cambio de criterio.

La Constitución no impone una interpretación de las normas de manera que, en todo caso, cualquier restricción de un derecho fundamental acordada en la correspondiente ley en atención a intereses que en una sociedad democrática puedan considerarse prevalentes, deba encontrar una compensación de algún tipo, que en el ámbito del proceso penal debiera traducirse, cuando se trata del imputado, en alguna clase de efecto sobre la pena.

No existiendo la necesidad de interpretar los preceptos de la ley de manera que no pudiera ignorarse una imposición constitucional con el referido contenido, el significado literal y sistemático de los artículos 58 y 59 del Código Penal vigente, no conduce a afirmar que cualquier restricción de un derecho del imputado acordada como medida cautelar, deba repercutir en forma de compensación en la pena en su caso impuesta. Al contrario, solo la prisión preventiva y las privaciones de derechos coincidentes con penas de esa clase (privativas de derechos), acordadas como medidas cautelares, pueden abonarse en la pena que se imponga, si son homogéneas respecto de la misma, o compensarse de forma racional, si no lo son. Precisamente, porque su contenido es el propio de una pena, el legislador ha previsto que la medida cautelar tenga efectos sobre aquella.

1. En cuanto al primer aspecto, la práctica mayoritaria de los órganos jurisdiccionales limitaba el abono o la compensación en la pena a los casos de medidas cautelares privativas de libertad o privativas de derechos, coincidentes pues, con la pena de prisión o con las penas privativas de derechos contempladas como tales en el Código Penal. Ninguna norma impone ahora un cambio en ese criterio. En esas condiciones no deben ignorarse las consecuencias de un cambio como el que se sostiene la mayoría. Entre ellas, una incertidumbre interminable acerca del criterio de compensación, difícilmente reducible a reglas generales, máxime cuando la tesis ahora aprobada tras el Pleno puede extenderse a cualquier medida adoptada como cautelar durante el proceso.

2. En lo relativo al segundo punto, no existe en la Constitución Española un precepto que imponga tal compensación con carácter general. El desarrollo realizado por medio de ley orgánica de algunos aspectos de la convivencia democrática contempla en ocasiones la posibilidad de restringir justificadamente en determinados casos los derechos fundamentales de los ciudadanos en atención a intereses prevalentes. Así ocu-

re, por citar un ejemplo, en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, en la que se contienen restricciones a la libertad individual que, siempre dentro de la proporcionalidad exigible e interpretadas y aplicadas las normas reguladoras con respeto a los principios constitucionales, se justifican en atención al interés público que la ley trata de salvaguardar.

De modo similar, desde la previsión constitucional del artículo 118 relativa a la obligación de colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso, resultan de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal algunas obligaciones para imputados, testigos y peritos en cuya configuración no se contempla ninguna clase de compensación. Es claro que la ley podría establecerla, pero no lo hace, al menos de modo expreso. Entre ellas, las derivadas de la necesidad de mantenerse, en determinados momentos, por ejemplo, durante la celebración del juicio oral, en ocasiones de notable extensión temporal, a disposición de los tribunales, lo cual, aunque afecta a todos los mencionados, se presenta con especial intensidad cuando se trata del imputado. El que estas restricciones puedan calificarse como “cargas procesales” no justifica, en nuestra opinión, que se prescindiera de su significado material respecto de los derechos a los que afectan.

Naturalmente, como se dice más arriba, la ley hubiera podido regular esta materia de forma más generosa, de manera que las restricciones de derechos fundamentales individuales derivadas de la protección, aún preventiva, de intereses relevantes, encontraran alguna clase de compensación. Pero lo que aquí importa es que la Constitución no impone una regulación de esa clase. Y que, por lo tanto, la interpretación de los artículos 58 y 59 del Código Penal no está condicionada por esa eventual imposición constitucional. No se sostiene aquí que la existencia de esas restricciones de derechos que aparecen en otros casos condicionen la interpretación de esos preceptos de la ley procesal. Lo que se afirma es que la Constitución no impone una determinada interpretación por la vía de obligar al respeto de un determinado resultado.

3. En lo que se refiere al tercer aspecto, el artículo 59 no puede ser interpretado de forma aislada, sino en relación con el que le precede y, ambos, en relación con el contenido del capítulo en el que se integran.

Así, el artículo 58 regula los supuestos de abono de lo cautelar en la pena impuesta, y se refiere, en un primer momento, al abono de la prisión

preventiva en la pena privativa de libertad. La razón de establecer el “abono” es, evidentemente, la coincidencia entre el contenido afflictivo de ambas, pues la privación de libertad que se produce en ambos casos viene a tener un contenido muy similar, aunque sus razones y el mecanismo legal de su imposición sean muy diferentes.

Esta obligación de abonar lo ya sufrido como prisión preventiva en la pena de prisión a cumplir, se extiende en el apartado 4 del mismo artículo 58 a las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. De un lado, no se refiere a “medidas cautelares”, sino a “privaciones de derechos acordadas cautelarmente”. Y, de otro lado, debe entenderse que tampoco a cualquier privación de derechos, sino solo a las coincidentes con las penas privativas de derechos previstas en el Código, pues en otro caso el “abono” no sería posible.

En este aspecto conviene tener en cuenta, además, que este artículo 58 forma parte de la Sección 6ª, rubricada Disposiciones comunes, que forma parte de un capítulo rubricado a su vez “De las penas, sus clases y efectos”, y que entre esas penas, están, en la Sección 3ª, las penas privativas de derechos.

El artículo 59 dispone que en el caso de que las medidas cautelares sufridas no coincidan con la pena, y que por lo tanto no sea posible el abono, se procederá a una compensación racional. Pero, en realidad, si no se quiere prescindir del artículo precedente, la previsión del artículo 59 no se puede entender referida a cualesquiera medidas, sino solo a aquellas ya contempladas en aquel, (privación de libertad y privaciones de derechos, coincidentes en su contenido con la pena de prisión o con las penas privativas de derechos respectivamente, y, por lo tanto, susceptibles de abono).

En consecuencia, las interpretaciones literal y sistemática de los artículos 58 y 59, conducen a entender, en nuestra opinión, que, conforme al primero de ellos, solo pueden abonarse en la pena impuesta aquellas medidas cautelares cuyo contenido sea coincidente con ella. Así ocurre con la prisión preventiva, cuando se trata de pena de prisión; o con las privaciones de derechos acordadas cautelarmente cuando se trata de penas privativas de derechos (artículo 58.4). Parece de todo punto evidente que el abono de lo ya sufrido solo puede hacerse cuando el contenido de lo impuesto y el de lo que se va a cumplir sea coincidente.

De forma similar, cuando la prisión preventiva o la privación de derechos no coincida con la pena finalmente impuesta, resultando imposible el abono, deberá procederse a una compensación racional. De la interpretación conjunta de ambos preceptos se desprende que tal compensación solo es posible cuando se trate de la prisión preventiva, artículo 58.1 o de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente a las que se refiere el artículo 58.4, es decir, las que en algunos casos resultarían abonables, y por lo tanto, las que son coincidentes con penas privativas de derechos. Y no respecto de cualquier medida cautelar, si su contenido es diferente de la prisión preventiva o de las penas privativas de derechos.

En ambos preceptos, 58 y 59, el legislador ha previsto que aquello que tiene un contenido propio de una pena y que el imputado sufre en fase de instrucción como medida cautelar, pueda ser abonado o compensado en la que finalmente se impone. Pero no necesariamente que cualquier restricción de derechos derivada de la necesidad de asegurar el proceso repercuta en la pena impuesta.

En consecuencia, no me parece acertado establecer, con carácter general y extendiendo el significado de los términos empleados por la ley, que de los citados artículos 58 y 59 del Código Penal se desprende que cualquier medida cautelar debe ser abonada o compensada en la pena.

4. Desde luego, no está en discusión que la libertad provisional del imputado sea una medida cautelar.

De la literalidad del artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprendería que, tras la imputación judicial, el imputado que hubiere de estar en libertad provisional constituirá obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados y además, cuantas veces fuera llamado. Parece, pues, de un lado, que la obligación apud acta es inherente a la situación de libertad provisional del imputado, (constituirá) como una manifestación de su situación procesal que le impone mantenerse a disposición del juez o tribunal, aunque naturalmente su intensidad variará según las circunstancias; y, de otro, que no solo se extiende a los días que fueran concretamente señalados, sino, además, a cualesquiera otros, de momento no precisados en la resolución que lo acuerda, en que fuera llamado. Y que, de concretarse, permitirían preguntarse si también serían acreedores de compensación.

La diferenciación entre medidas cautelares y cargas procesales es sin duda posible y justificada. Pero, como ya se adelantó, en el momento de valorar la compensación respecto del hecho de haber sufrido una restricción de derechos fundamentales en atención a intereses que puedan considerarse prevalentes en una sociedad democrática, no puede atenderse solo a los aspectos formales derivados de una clasificación o diferenciación dogmática, por muy justificada que esté desde otros aspectos, debiendo valorarse, también, el contenido material de unas y otras. Y, es claro que, respecto de las “cargas”, no está prevista en la ley ninguna compensación por la restricción de los derechos a los que afecten.

71.- ACUERDO 1/2013 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 19/12/13

Compensación de la obligación de comparecencia conforme al artículo 59 del Código Penal.

Primer asunto. Interpretación de los artículos 58 y 59 del Código Penal en relación a la abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional.

La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.

72.- DECRETO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 09/01/13

Se incluyen los días de permiso ya disfrutados y posteriormente revocados al resolver recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Pieza individual del condenado

Ejecutoria: 3/10-PIC 1

Rollo: 12/06

Procedimiento Abreviado: 240/01

Penado	A.R.C.F		
Rollo de Sala	12/06		
Ejecutoria	3/10-PIC 1		
P. Abreviado	240/01		
Juzgado Central de Instrucción nº 3	3		
Delito	Años	Meses	Días
Apropiación indebida y falsedad	11	0	0
Total condena en días			4.015
Permisos disfrutados y revocados	Desde	Hasta	Días
Revocado por Auto 475/11 de la Sección 1ª Sala de lo Penal (Expte 20/10-001 JCVP)	10-07-2011	16-07-2011	6
Revocado por Auto 476/11 de la Sección 1ª Sala de lo Penal (Expte 20/10-003 JCVP)	02-08-2011	06-08-2011	4
	05-09-2011	09-09-2011	4
	19-09-2011	23-09-2011	4
Revocado por Auto 42/12 de la Sección 1ª Sala de lo Penal (Expte 20/10-004 JCVP)	12-12-2011	16-12-2011	4
	26-12-2011	30-12-2011	4
	02-01-2012	06-01-2012	4

Liquidación

Total días de permiso revocados que se añaden			30
Fechas de preventiva	17-07-2011	02-07-2004	1.082
	27-03-2008	28-01-2010	673
Redenciones			0
Total abonos			1.755
Resta por cumplir			2.290
Fecha de inicio de condena			29-01-2010
Fecha cumplimiento			06-05-2016

CAPÍTULO 7

PERMISOS

73.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA 22/01/13

No son un “derecho” reconocido en la legislación española o en el Convenio. Inaplicación del artículo 6.1 Convenio.

Hechos

El demandante, el Sr. J. J. O., es un ciudadano español, nacido en 1957, que vive en Tudela (Navarra). Está representado ante el Tribunal por la Sra. A. G. U., abogada ejerciente en Pamplona.

El Gobierno español («el Gobierno») estuvo inicialmente representado por su agente, el Sr. F. Irurzun Montoro, y posteriormente por su agente, el Sr. F. Sanz Gandasegui.

Circunstancias del caso

Los hechos del caso, presentados por las partes, pueden resumirse como sigue:

Cuando el demandante presentó su demanda ante el Tribunal, estaba en prisión cumpliendo una condena de cuatro años y un mes impuesta por la Audiencia Nacional y una condena de quince meses impuesta por el juzgado de lo penal núm. 4 de San Sebastián por delitos contra la salud pública y conducta amenazadora.

El 19 de enero de 2006, la Junta de prisiones le denegó un permiso penitenciario ordinario.

El demandante presentó una demanda de revisión judicial ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de Madrid. Alegó, *inter alia*, que había utilizado el permiso que se le concedió en el pasado para estar con su familia y que éste era el propósito de su reciente solicitud de permiso.

El 7 de marzo de 2006, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria confirmó el rechazo de la Administración Penitenciaria debido a que el demandante podía violar las condiciones de su permiso (riesgo del 25%), siendo el demandante objeto de otros procedimientos penales ante los tribunales, y no habiendo garantía de que el permiso, en caso de ser concedido, fuese debidamente utilizado.

El 31 de marzo de 2006, la decisión de denegación del permiso fue confirmada de nuevo por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en respuesta a un recurso de reforma presentado por el demandante.

El demandante solicitó asistencia jurídica para presentar un recurso de apelación contra esa decisión ante la Audiencia Nacional.

El 12 de noviembre de 2006, sin haber obtenido respuesta a su solicitud de asistencia jurídica en el presente procedimiento, el demandante recibió y acusó recibo de la notificación del Juzgado Central de Prisiones de que le había sido concedido asistencia letrada en otro proceso relativo a un permiso de salida de la cárcel. El demandante preguntó si le había sido otorgada asistencia jurídica para su solicitud de permiso penitenciario ordinario en el presente caso.

El 18 de diciembre de 2006 se notificó al demandante una diligencia de ordenación firmada por el Secretario Judicial informándole que la Audiencia Nacional había dictado una decisión el 23 de junio de 2006 en relación a este caso y que había sido enviada por fax a la prisión de Pamplona el 5 de julio de 2006. La Audiencia Nacional había confirmado la decisión de denegar el permiso penitenciario. El demandante acusó recibo oficial de la notificación el 19 de diciembre de 2006.

El 21 de diciembre de 2006, el demandante escribió al Juez de Vigilancia Penitenciaria acusando recibo de la notificación de 18 de diciembre de 2006 y quejándose de que no había sido informado de que se le había concedido la asistencia jurídica, que por consiguiente le habían

asignado abogado y procurador en esos procesos y que nunca se le notificó la decisión de la Audiencia Nacional.

El 18 de enero de 2007 el Juez de Vigilancia Penitenciaria respondió al demandante, reiterando el contenido de la notificación de 18 de diciembre de 2006.

El 25 de enero de 2007 el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Declaró que no había sido informado de que se le había concedido asistencia jurídica en los procedimientos y que por lo tanto, se le había designado un abogado y un procurador para su defensa. Además, sostuvo que él no podía presentar ante el Tribunal Constitucional la decisión de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2006, que presuntamente había sido enviada por fax a su prisión el 5 de julio de 2006, porque nunca se le notificó. Además sostuvo que, aunque en esas circunstancias no podía impugnar los motivos de la decisión de la Audiencia Nacional, él sin embargo había cumplido con todos los requisitos establecidos en la legislación para que se le concediera permiso penitenciario ordinario, y que la denegación, por lo tanto, no estaba justificada.

En 9 de febrero de 2007 se notificó al demandante que el Tribunal Constitucional había solicitado a la Audiencia Nacional una copia certificada de su decisión de 23 de junio de 2006, sellada con la fecha de notificación.

El 28 de marzo de 2007 el Tribunal Constitucional declaró el recurso de amparo del demandante inadmisibile por presentación fuera de plazo. Además, el Tribunal declaró que puesto que la decisión de la Audiencia Nacional había sido notificada al procurador del demandante el 29 de junio de 2006, el plazo de veinte días previsto en el artículo 44.2 de la Ley del Tribunal Constitucional había expirado el 27 de julio de 2006. Esa decisión fue notificada al demandante el 11 de abril de 2007.

El 13 de abril de 2007, el demandante presentó un recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional. Insistió en que no había sido informado de que se le había concedido asistencia jurídica en estos procedimientos particulares y que por lo tanto nunca había sido informado de los nombres del abogado y procurador asignados a él. En cualquier caso, no se habían puesto en contacto con él ni durante ni después del procedimiento.

También insistió en que las autoridades penitenciarias nunca le notificaron el fax del 5 de julio de 2006.

El 23 de mayo de 2007 el Tribunal Constitucional declaró el recurso de súplica del demandante inadmisibile debido a que, de conformidad con el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las decisiones de inadmisibilidad del Tribunal Constitucional solo pueden ser recurridas por el ministerio fiscal, algo que en este caso no se hizo.

Legislación y jurisprudencia interna aplicables

Las disposiciones aplicables de la Constitución Española disponen:

Artículo 24

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión...».

Artículo 25

«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...».

Artículo 106

«1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican...».

El artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria define permisos de salida como sigue:

«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».

Las disposiciones aplicables del Reglamento penitenciario disponen:

Artículo 154 Permisos ordinarios

«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...».

Artículo 160 Iniciación e instrucción

- «1. La solicitud de permisos de salida ordinarios o extraordinarios que formule el interno será informada por el Equipo Técnico, que comprobará la concurrencia de los requisitos objetivos exigidos para el disfrute del permiso, valorará las circunstancias peculiares determinantes de su finalidad y establecerá, cuando proceda, las condiciones y controles a que se refiere el artículo 156.
2. A la vista de dicho informe preceptivo, la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno».

Artículo 161 Concesión

«1. Si la Junta de Tratamiento acuerda conceder el permiso solicitado por el interno, elevará dicho acuerdo, junto con el informe del Equipo Técnico, al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en

segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente.

2. Los permisos ordinarios a penados de hasta dos días de duración serán autorizados por el Centro Directivo».

Artículo 162 Denegación

«Cuando la Junta de Tratamiento acuerde denegar el permiso solicitado por el interno, se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir en vía de queja al Juez de Vigilancia Penitenciaria».

El Tribunal Constitucional Español ha tenido la oportunidad de resolver sobre permisos de salida en muchas ocasiones. En su parte aplicable a este caso, en su sentencia 81/1997, el Tribunal Constitucional declaró:

«3...En efecto, la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos, y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, pues, ante todo, de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario vigente al tiempo de los hechos aquí enjuiciados (e, igualmente, el actualmente en vigor) se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supe- dita su concesión. Aunque también resulta innegable, como señalamos en la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996 (fundamento jurídico cuarto) 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».

Esta jurisprudencia fue posteriormente aclarada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 137/2000 de 29 de mayo de 2000, que, en su parte aplicable, dispone:

«3. Por último, respecto de la eventual lesión del artículo 25 de la Constitución Española basta con reiterar lo ya señalado por este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997, F. 3 b), recogiendo y confirmando doctrina anterior establecida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996 y 2/1997, de 13 de enero, posteriormente asumida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1998, de 21 de abril, y 204/1999, de 8 de noviembre, en el sentido de que, aun cuando 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), de forma que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental. Por tanto, hemos de concluir en la línea de lo afirmado en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997 que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de los permisos 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».

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 24.1 de la Constitución Española (véase ap. 19) como requiriendo a los jueces de vigilancia penitenciaria y a los tribunales de apelación a ampliar su razonamiento en vista de la estrecha relación entre un permiso de salida y la libertad como uno de los principales valores del ordenamiento jurídico

español. En su sentencia 204/1999 de 8 de noviembre de 1999, el Tribunal Constitucional afirmaba:

«4. Debido a la relación que la denegación de un permiso de salida guarda con la libertad, como valor superior del Ordenamiento, para que las resoluciones judiciales que confirmen dicha denegación puedan entenderse conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva no es suficiente con que quepa deducir de las mismas los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, conforme al canon general exigible para entender respetado dicho derecho (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1991), sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios constitucionales y legales a los que está orientada la institución...».

La disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone, en su parte aplicable:

«...6. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

...

9. El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales».

Legislación internacional aplicable

Recomendación Núm. R (82) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre permisos penitenciarios (aprobado el 24 de septiembre de 1982)

La Recomendación afirma, *inter alia*, como sigue:

«El Comité de Ministros, en virtud de los términos del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa... considerando que el permiso penitenciario es uno de los medios de facilitar la reintegración social del prisionero; vista la experiencia en este campo, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

1. Conceder permisos penitenciarios en la medida de lo posible por motivos médicos, educativos, ocupacionales, familiares y sociales;
2. tener en consideración para conceder los permisos:
 - la naturaleza y gravedad del delito, la longitud de la condena transcurrida y el período de prisión provisional completado,
 - la personalidad y conducta del prisionero y el riesgo, si existiera, que puede presentar para la sociedad,
 - la situación familiar y social del prisionero que puede haber cambiado durante la reclusión,
 - el propósito del permiso, su duración y sus términos y condiciones;
3. conceder los permisos tan pronto y frecuentemente como sea posible teniendo en cuenta los factores mencionados anteriormente;
4. conceder permisos penitenciarios no solo a prisioneros en régimen abierto sino también a aquellos en régimen cerrado, siempre que no sea incompatible con la seguridad pública;
- ...
9. informar al prisionero, en la medida de lo posible, de las razones de la denegación de un permiso;

10. proporcionar los medios para que esa denegación pueda ser revisada;...».

Quejas

El demandante se queja, al amparo de los artículos 5.4, 6.1, 6.2 y 6.13 del Convenio que su derecho de acceso al tribunal fue violado. Alega que su recurso de amparo fue declarado inadmisibile por presentación fuera de plazo a pesar del hecho de que no fue informado hasta el 19 de diciembre de 2006 de la decisión de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2006 denegándole el permiso ordinario de salida. Asimismo alega que en ningún momento del procedimiento fue informado de que se le había concedido la asistencia jurídica, ni se le comunicó el nombre del abogado y procurador asignados. No tuvo contacto con ellos y no fue informado de que su recurso ante la Audiencia nacional había sido denegado. Finalmente, impugnó los motivos de la decisión de denegación de su solicitud de permiso penitenciario ordinario.

Fundamentos de derecho

Invocando los artículos 5.4, 6.1, 6.2 y 6.13 del Convenio, el demandante se queja de que se le negó el acceso a los tribunales por una decisión del Tribunal Constitucional rechazando su recurso de amparo por presentación extemporánea. Reclama que no fue informado por las autoridades de la prisión o por su abogado de oficio –cuyo nombramiento presuntamente desconocía– de la decisión de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2006 hasta el 19 de diciembre de 2006. Él también impugnó la fundamentación de esa decisión.

El Tribunal, dueño de la calificación que ha de darse a los hechos del caso (véase, entre otras autoridades, Dolhamre contra Suecia, núm. 6704, apds. 80-81, 8 de junio de 2010), considera conveniente examinar las quejas del demandante en el contexto del artículo 6.1 del Convenio, que, en su parte aplicable, dispone:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, ... 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».

El Gobierno se opone a la aplicabilidad del artículo 6.1 del Convenio a este caso. Alega que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, las cuestiones relacionadas con la puesta en libertad provisional o la forma en que se ejecutan condenas de prisión, en principio no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 6.1. Para aplicar el artículo 6.1 en este contexto, el Tribunal encuentra que debería estar en juego un derecho «civil» en los términos del Convenio. El Gobierno alegó que un procedimiento relativo al permiso penitenciario ordinario no constituye una disputa sobre un «derecho civil». Dado que el demandante no ha alegado en su demanda ante el Tribunal que la denegación administrativa de concederle un permiso ordinario había interferido con alguno de sus derechos «civiles» en los términos del Convenio, la aplicación debería declararse incompatible *ratione materiae*.

El demandante sostuvo que el artículo 6 era aplicable a su caso en la medida en que estaba en juego su derecho «civil» a la vida privada y familiar. Alegó que previamente había disfrutado de seis permisos penitenciarios ordinarios, que había utilizado para visitar a su pareja y su hijo, por entonces de tres años de edad, nacido en septiembre de 2003, y que él había solicitado el permiso en cuestión precisamente para el mismo fin. Además, alegó que la negativa a concederle el permiso ordinario en este caso obstaculizó sus perspectivas de obtener una liberación parcial y, en consecuencia, sus posibilidades de disfrutar, en un corto plazo, de una vida familiar.

El Tribunal considera que primero tiene que determinar si la denuncia del demandante es compatible *ratione materiae* con el artículo 6.1 del Convenio.

El Tribunal señala desde el principio que el caso se refiere a un permiso penitenciario. Según la reciente jurisprudencia del Tribunal establecida en *Boulouis contra Luxemburgo* (GS, núm. 37575/04, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012) con el fin de determinar si el ámbito civil del artículo 6.1 del Convenio es aplicable a los procedimientos relativos a la solicitud de permisos penitenciarios, se debe determinar, en primer lugar si el prisionero poseía un «derecho» en el sentido de esta disposición (*ibid.* ap. 89).

El Tribunal ha afirmado que ni el Convenio ni sus protocolos prevén expresamente un derecho a un permiso penitenciario (ver Boulouis, citada anteriormente, ap. 102). Por consiguiente, la primera tarea del Tribunal será determinar si ese derecho existe en la legislación española.

El Tribunal recuerda que para que el artículo 6.1 sea aplicable en su aspecto «civil» debe existir una disputa sobre un «derecho» que pueda decirse, al menos por razones discutibles, que se reconoce en la legislación interna, independientemente de si está protegida bajo el Convenio. La disputa debe ser legítima y seria; pueden referirse no sólo a la existencia real de un derecho, sino también a su alcance y la forma de su ejercicio. El resultado de los procedimientos debe ser directamente decisivo para el derecho en cuestión, no siendo suficientes las meras conexiones leves o consecuencias remotas para poner el artículo 6.1 en juego (véase, entre otras autoridades, Micallef contra Malta GS, núm. 17056/06, ap. 74, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009 y Boulouis, citada anteriormente, ap. 90).

El Tribunal reitera en este sentido que el artículo 6.1 no garantiza ningún contenido en concreto para los «derechos y obligaciones» (civiles) en la legislación sustantiva de los Estados contratantes: el Tribunal no puede crear a través de la interpretación del artículo 6.1 un derecho sustantivo que carezca de base jurídica en el Estado en cuestión (véase, por ejemplo, Fayed contra el Reino Unido 21 de septiembre de 1994, ap. 65, serie A núm. 294 B y Roche contra el Reino Unido GS, núm. 32555/96, ap. 119, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005 X). El punto de partida deben ser las disposiciones de la legislación nacional y su interpretación por los tribunales nacionales (véase Mason y Van Son contra Holanda, 28 de septiembre de 1995, ap. 49, serie A núm. 327-A; Roche, antes citada, ap. 120; y, más recientemente, Boulouis, citada anteriormente, aps. 96-101). El Tribunal necesitaría poderosas razones para diferir de las conclusiones alcanzadas por los tribunales nacionales superiores, encontrando, contrariamente a su opinión que existía un derecho argumentable reconocido por la legislación doméstica (ibid.).

Para llevar a cabo esta valoración, es necesario mirar más allá de las apariencias y del lenguaje utilizado y concentrarse en la realidad de la situación (véase Van Droogenbroeck contra Bélgica, 24 de junio de 1982, ap. 38, serie A núm. 50 y Roche, antes citada, ap. 121).

Hagan uso o no las autoridades del poder que gozan para decidir si conceden la medida solicitada por un demandante concreto, este debe tenerse en consideración y puede incluso ser decisivo. A pesar de que en *Masson y Van Zon* (citada anteriormente, ap. 51), el Tribunal concluyó que no existía ningún derecho, en *Szücs contra Austria* (24 de noviembre de 1997, ap. 33, Repertorio de sentencias y decisiones 1997 VII), se reconoce la existencia de un derecho. Sin embargo, el Tribunal ha tenido ocasión de afirmar que el mero hecho de que la redacción de una disposición legal constituye un elemento de discrecionalidad, no descarta la existencia de un derecho (véase *Camps contra Francia* [dec.], núm. 42401/98, 23 de noviembre de 1999 y *Ellès y otros contra Suiza*, núm. 12573/06, ap. 16, 16 de diciembre de 2010).

Otros criterios a tener en cuenta por el Tribunal incluyen el reconocimiento del presunto derecho en circunstancias similares por los tribunales nacionales o el hecho de que estos últimos examinen los méritos de la demanda del demandante (véase *Vilho Eskelinen y otros contra Finlandia GS*, núm. 63235/00, ap. 41, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007 II).

En el presente caso, el Tribunal observa en primer lugar que había una «disputa» relativa a la existencia real del derecho al permiso penitenciario reclamado por el demandante.

En cuanto a la cuestión de si ese «derecho» podría decirse, al menos por motivos discutibles, que era reconocido en la legislación interna, debería primero prestarse atención a los términos de la legislación y la jurisprudencia internas en materia de permisos penitenciarios (ver *Boulouis*, antes citada, apds. 91 y 101).

El Tribunal observa a este respecto que, contrariamente a la legislación de Luxemburgo, en la que el permiso ordinario penitenciario está expresamente definido como un «privilegio» (ver *Boulouis*, antes citada, apds. 47 y 96), la legislación española no hace mención de la categoría de dicho permiso. Sin embargo, como en Luxemburgo, la legislación utiliza la frase «podrá concederse» (véase el ap. 20) que, en principio, indica que las autoridades penitenciarias disfrutaban de un cierto grado de discreción para decidir si se concede el permiso penitenciario. Sin embargo, este factor no es concluyente (véase el ap. 36), y debe prestarse atención a la interpretación de esta disposición por los tribunales nacionales.

El Tribunal observa que el Tribunal Constitucional español, el más alto tribunal en cuanto a la interpretación de la Constitución, ha declarado repetidamente que el permiso penitenciario no constituye un derecho subjetivo o fundamental. El Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el preso cumpla los requisitos legales para la concesión del permiso, la administración penitenciaria puede denegarlo por razones que son consistentes con los objetivos constitucionales y legales del permiso (véase el ap. 22).

El Tribunal no encuentra razones poderosas para diferir de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Constitucional español. Es cierto que en España, las decisiones adoptadas por las autoridades penitenciarias negándose a conceder permisos penitenciarios están sujetas a revisión judicial a través de una queja presentada por el interno ante el juez de vigilancia penitenciaria (véase el ap. 21 anterior), cuya decisión puede ser recurrida. En opinión del Tribunal, sin embargo, este solo hecho no transforma el permiso de salida de prisión en un derecho a los fines del artículo 6.1 del Convenio. Incluso cuando se cumplen las condiciones objetivas requeridas por Ley, la concesión del permiso ordinario no es automática; la valoración de las circunstancias de un prisionero que solicita un permiso corresponde a las autoridades de la prisión y en último término a los tribunales a cargo de revisar estas decisiones (véase ap. 22). Como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la revisión judicial de las denegaciones administrativas de las solicitudes de permisos ordinarios, debería entenderse como una garantía de la propia aplicación por parte de las autoridades penitenciarias de la legislación penitenciaria para prevenir el abuso y la arbitrariedad. También garantiza que la administración penitenciaria cumple con los objetivos fundamentales de reeducación y reinserción social de los reclusos (véase ap. 19). En este sentido, y como resulta también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la ausencia de un derecho subjetivo a conceder un permiso penitenciario, no excluye la existencia de un legítimo interés por parte de los reclusos como beneficiarios potenciales de un permiso, que explica su presencia legal en los procesos judiciales sobre la materia.

En vista de las consideraciones anteriores, el Tribunal no puede considerar que las quejas del demandante se refieran a un «derecho» reconocido en la legislación española o en el Convenio. Por tanto, concluye que el artículo 6 del Convenio no es aplicable.

Por estas razones, el Tribunal, unánimemente
Declára la demanda inadmisibile.

CONCESIÓN

74.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 07/05/13

Concesión en atención al esfuerzo rehabilitador, sincero y expresivo de una transformación (penado por delitos de terrorismo).

Antecedentes de hecho

El 13-02-2013, en el expediente 52/03-0005, relativo al penado V.L.O., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, Auto en el que se desestimaba la queja formulada por el mencionado interno contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de 5-09-2012, denegatorio del permiso ordinario de salida solicitado por el penado.

El letrado, en nombre del penado formalizó el recurso de apelación. Admitido a trámite el recurso de apelación, que fue impugnado por el Fiscal, se remitió el procedimiento a esta Sala, emplazando a las partes.

Este tribunal, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución, de la que ha sido ponente el Sr. Grande-Marlaska Gómez»

Fundamentos jurídicos

Los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario exigen para conceder los permisos ordinarios de salida que se trate de un clasificado en segundo grado, que haya cum-

plido la cuarta parte de la condena y observe buena conducta. Ciertamente estos requisitos constituyen un mínimo, y no suponen que cuando concurren se deba obtener automáticamente el permiso, pues a continuación el mencionado reglamento establece en el artículo 156.1 que no obstante concurrir esos requisitos objetivos la propuesta de los equipos técnicos o el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración podrán ser negativos si consideran por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables que es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad o para su programa individual de tratamiento.

Con el preceptivo informe del equipo técnico, que debe valorarse pero no resulta vinculante, la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso, concesión que aún requiere la autorización del Juez de Vigilancia o del Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado.

Los permisos de salida dan respuesta al derecho del interno a que se facilite su relación con el exterior (artículo 4.1-e del Reglamento Penitenciario), porque el contacto con la sociedad le prepara para la futura libertad y neutraliza o reduce los efectos desocializadores que producen las penas de prisión. Por ello es un medio adecuado para el tratamiento penitenciario al tiempo que potencia la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (artículos 110, 114 y 154 del Reglamento Penitenciario).

La jurisprudencia constitucional ha precisado los términos y los límites de ese medio de intervención en el tratamiento penitenciario: “la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios que conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad: la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución) al contribuir a lo que hemos denominado la «corrección y readaptación del penado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero F, 7) y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en

la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos que, como expresamente hemos dicho (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, 2/1997 y 204/1999, ya citadas), pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado. No obstante, hemos llamado también la atención sobre las cautelas que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, declarando que es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que éstos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados” (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 5 mayo).

En este caso nos encontramos con los siguientes datos:

- El penado se encuentra cumpliendo múltiples condenas, por delitos diversos, incluidos asesinatos, vinculados todos a la organización terrorista ETA; las condenas se acumularon señalándose un límite máximo de cumplimiento de 30 años de prisión, con aplicación del Código penal de 1973. Ingresó en prisión el 1 de abril de 1996, y desde entonces está privado de libertad de manera ininterrumpida más de diecisiete años. De modo que, sea cual fuere la forma de cómputo de la pena (redenciones sobre cada una de las penas, o sobre la acumulada), ha cumplido holgadamente la mitad de la condena.
- Con efectos desde el 22 de mayo de 2009 ha sido progresado al segundo grado, sin que hasta el momento haya empezado a disfrutar de permisos.

- Ha rechazado la violencia.
- Fue expulsado de la organización terrorista ETA y de su colectivo de presos, previamente había manifestado su voluntad de apartarse de la misma,
- Reconoce el daño causado; de hecho paga pequeñas cantidades fraccionadas mensualmente para atender a las responsabilidades civiles declaradas.
- Participa en actividades de tratamiento llevadas a cabo en el Centro Penitenciario de Nanclares sobre la discusión del terrorismo.
- Ha intervenido en programas de reparación con víctimas del terrorismo. En esta materia debemos: resaltar el informe presentado por la mediadora en los encuentros restaurativos en delitos de terrorismo que se celebraron en la prisión de Nanclares de la Oca entre condenados, ex miembros de la banda terrorista, y víctimas de ETA -aportado por la defensa en su recurso. En su informe la mediadora Sra. Pascual Rodríguez concluye que V.L.O.: 1) ha mostrado una disposición total a participar en los encuentros, 2) se descarta que su motivación hubiera sido utilitarista, 3) expresó con sinceridad su arrepentimiento y las ganas de colaborar en el restablecimiento de la paz, 4) trabaja a fondo la empatía con las víctimas, 5) realiza una autocrítica severa y sincera consigo mismo.

El juez Central de Vigilancia desestima la queja del interno alegando que aunque se confirma una evolución positiva en la que se dan los requisitos objetivos por la norma para obtener el permiso, pero la cuantía de la condena aleja en este momento las fechas legalmente exigibles para obtener cotas de semilibertad, lo que hace prematuro el permiso pretendido. Venía sí a acoger el argumento del acto administrativo que denegaba el permiso por la lejanía de las fechas de cumplimiento.

Es indiscutible en el caso que se cumplen todos y cada uno de los requisitos que establece la ley, cumplimiento de la primera cuarta parte de condena, independientemente de cual sea el cómputo de las redenciones, clasificación en segundo grado (desde el año 2009) y buena conducta.

Desde la perspectiva del tratamiento penitenciario la conducta y la evolución de V.L.O., de la que se da cuenta en la resolución impugnada, es notoria. Ha reelaborado su vinculación con la organización terrorista, ha repudiado la violencia, rompió en silencio con el colectivo de presos que le prestaba apoyo, fue expulsado de la banda, reconoce el daño causado por sus actos, se arrepiente y pide perdón. Ha evolucionado en clave de humanidad compartida, por motivos sinceros, indagando en el pasado, hasta reconocer el mal provocado inútilmente. Todo ello después de haber sido consciente de su intervención en crímenes horrendos. Sobre todo, piensa y se ocupa de las víctimas.

La reeducación y reinserción social son uno de los fines de la pena, el único que ha recogido la Constitución, en su artículo 25. Ponerse en lugar de las víctimas, intentar repararlas, ocuparse de su dolor, es una forma espléndida de reeducación del delincuente, de reconocimiento del derecho y de la norma violada (fines de prevención general), de reparación. Junto al recurso se adjunta una misiva que V.L.O. envió a la viuda de una de sus víctimas; su lectura confirma las opiniones de la mediadora y expresa el drama humano, profundo y emotivo, que vive el victimario cuando asume su responsabilidad. En este caso, despojado el hecho de su justificación política, queda sólo, de manera difícil de asumir, el acto violento contra la persona, el crimen.

Ha de anotarse que ofreció pasar los permisos fuera de San Sebastián -Donostia-, donde delinquiró, precisamente para no herir, decía, el sentimiento de las víctimas.

La defensa ha aportado el anterior auto del Juez de Vigilancia, de fecha 12-3-2012, en el que desestimó la queja del interno contra la denegación del permiso, donde dejaba constancia de ciertas actitudes ambivalentes en los juicios a los que era convocado como testigo, algo que ya no se menciona en esta nueva ocasión, entiende la Sala porque han sido despejadas las dudas con sus nuevas comparencias, en las que ha prestado testimonio en la clave de su evolución penitenciaria y de su reconocimiento del daño anisado.

Las razones expuestas por el juez para desestimar la queja del condenado no parecen de suficiente entidad para afirmar –frente a la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley, de datos de hecho constatados sobre su conducta y su evolución muy positiva, de la existen-

cia de vínculos familiares y de mecanismos de control externo, del estado de cumplimiento de la condena- que exista un peligro de quebrantamiento, tampoco se ha dicho que el contacto con la familia, esposa e hija de un año, pueda perjudicar su evolución y preparación para la futura libertad, sino al contrario. Máxime cuando se encuentra en una fase avanzada de cumplimiento de su condena. El permiso no solo debe preparar su futura, libertad, sino empezar a revertir las consecuencias de la prisionización.

Los permisos de salida, debe recordarse, conceden al interno una facultad de actuación que pretende responsabilizarle por sus decisiones, le impone concretos deberes de reingresarse al centro en el plazo señalado y de observar las reglas de conducta que se le impongan. Si violare dichas obligaciones, podrá ser sancionado penalmente (por quebrantamiento de condena, artículo 468 del Código Penal) y se tendrá en cuenta esa conducta para la posible denegación de nuevos permisos. De esa manera los permisos permiten comprobar de manera rigurosa la evolución del condenado y el avance del tratamiento.

El sistema penitenciario debe ejemplificar la conducta y el comportamiento de condenados que intentan reintegrarse al orden jurídico, respetar las normas y reconocer a sus víctimas, más si se trata de delitos muy graves, y reconocer el esfuerzo rehabilitador cuando es sincero y expresivo de una transformación. Casos como el que nos ocupan, por su excepcionalidad -como contraste véase la actitud de la mayoría de los presos por delitos terroristas, que no reconocen el dolor producido a las víctimas ni se preocupan por ellas-, pueden erigirse en modelo de un sistema que persigue, entre otros fines, la rehabilitación de los condenados,

Por todo ello, debe accederse al recurso de apelación y conceder a V.L.O. un primer permiso ordinario de tres días, con las medidas de seguridad que se estimaran procedentes por la Junta, y con la condición de que los disfrute en el domicilio familiar, fuera del territorio de la Comunidad Autónoma Vasca, por razones de atención a las víctimas.

En atención a lo expuesto,

Parte dispositiva

Se acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de V.L.O. contra el auto de fecha 3-2-2013, dictado por el

Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el expediente 52/2003-0005, y conceder un primer permiso de tres días con las cautelas que la Junta considera pertinente y en el domicilio familiar fuera de la Comunidad Autónoma Vasca, en consideración a las víctimas de los atentados terroristas en que aquél intervino.

75.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALLADOLID DE FECHA 01/08/13

Concesión a extranjero al tener arraigo en España.

Antecedentes de hecho

El interno en el Centro Penitenciario de Segovia arriba citado interpone recurso contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento de la fecha indicada por el que se le denegaba un permiso de salida ordinario, en el que alega lo que considera oportuno a su derecho.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emitió informe en el sentido de desestimar el recurso.

Fundamentos de derecho

El permiso ordinario de salida está regulado en el artículo 47.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el artículo 154.2 de su Reglamento, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, pretendiendo coadyuvar al cumplimiento de la finalidad de reeducación y reinserción social de la pena acogida en el artículo 25 de la Constitución «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... », estando destinados a preparar la vida en libertad, artículo 47 de la Ley

citada. Como requisitos necesarios para la autorización del mismo por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2.i de la Ley) establecen esos mismos preceptos los de haber extinguido la cuarta parte de la condena y no haber observado mala conducta. Ya la Orden Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 4 de octubre de 1978, sobre instrucciones para la concesión de permisos de salida a los internos reflejaba que la experiencia obtenida desde la fecha de referencia (se refiere a la modificación operada en el artículo 109, apartado 2.c y d del Reglamento de Servicios de Instituciones Penitenciarias, modificado por Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio) había sido satisfactoria respecto de los internos clasificados en segundo grado, no así respecto de los de primer grado, en que se había superado los límites de tolerancia que una medida de este género podía admitir desde la perspectiva de defensa social.

Ahora bien, los requisitos del artículo 47 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, son mínimos imprescindibles, y así el artículo 156 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario establece que «El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento».

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria, pero su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley, antes bien deben darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines de aquéllas circunstancias ha de ser explicitada al pronunciarse sobre la concesión o denegación de los mismos. Esos factores que justifican la denegación puede ser, entre otros, el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, ante-

riosos quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito. En esa misma línea las Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997 y 88/1998, entre otras muchas.

En el presente caso se trata de un interno que por un lado ya está en un periodo avanzado del cumplimiento, (1/2 marzo 2013, 3/4 enero 2014, 4/4 diciembre 2014); extranjero pero con arraigo (padre y hermanos) y, en principio, puede realizar trabajo en España fuera del Centro Penitenciario (tenía regularizada su estancia al tiempo de la condena) al encontrarse en las situaciones reflejadas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005. Vista la hoja de actividades, es un interno participativo.

Por todo ello se estima el recurso.

En consecuencia, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Dispongo

Estimo el recurso formulado aprobando al interno un permiso ordinario de tres días, condicionado a:

- Ser recogido y reintegrado al Centro Penitenciario por un familiar.
- Presentación diaria en la Comisaría de Policía.
- Control analítico.

76.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 02/08/13

Concesión en base a la valoración global positiva.

Antecedentes de hecho

El interno en el Centro Penitenciario de El Dueso S.V.L. interpone queja contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 12-06-13 por el que se le denegaba un permiso de salida ordinario, en el que alega lo que considera oportuno a su derecho.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emitió informe interesando la desestimación de la queja.

Fundamentos de derecho

Aunque el artículo 154 del Reglamento Penitenciario condiciona la concesión de permisos ordinarios a encontrarse clasificado en segundo o tercer grado, con extinción de la cuarta parte de la condena/s y a no observar mala conducta, ello no es de por sí suficiente para su otorgamiento sino que, aparte de estas exigencias mínimas, se requiere además, conforme a lo dispuesto en el artículo 156, que la evolución penitenciaria del interno, la naturaleza y gravedad de su trayectoria delictiva, la duración de la pena y otros factores concurrentes evaluados por la Administración como concedora de esa situación aconsejen que no se desvirtúe la finalidad de tales permisos y que no es otra que la preparación para la vida en libertad.

Aunque los delitos gravísimos por los que el penado purga y la lejanía de la fecha de cumplimiento justifican la prudencia de la Junta en el inicio de las salidas también es cierto que desde el tiempo que lleva en prisión provisional (diciembre 2008) hasta la fecha actual su comportamiento en el Centro Penitenciario ha sido muy adecuado y con buena valoración en las numerosas actividades realizadas. Igualmente, en el informe remitido por el Centro a instancia de este Juzgado sobre la valo-

ración del Programa de autocontrol, todos los factores de asistencia, efectividad y, en suma, valoración global, es realmente muy positiva según han suscrito el Educador y la Trabajadora Social.

Por lo expuesto y a pesar repetimos de tan alarmantes hechos y teniendo en cuenta el apoyo y acogida de su familia se dan las condiciones para el otorgamiento del primer permiso y de cuyo buen uso dependerán los siguientes.

Parte dispositiva

Estimar la queja formulada por el interno S.V.L. en Centro Penitenciario de El Dueso, contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento de dicho Centro, y, en consecuencia, autorizar el permiso ordinario de salida de cinco días, que deberá disfrutar con las siguientes condiciones:

- Con su mujer e hija en Santander.
- Pernocta a las 21:00 horas.
- Presentación diaria ante las FSE.
- Analítica al regreso.
- Respetar las prohibiciones de alejamiento, etc. decretadas en sentencia.

77.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE FECHA 12/06/13

Desestima la queja. Análisis del sistema de cupos.

Hechos

En fecha 04-02-13 se recibió en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga escrito del interno D.S.F. solicitando: a) ser recibido en audiencia judicial y b) que la Junta de Tratamiento modular estudie las solicitudes de permisos y elabore las propuestas de permisos ordinarios de salida semestralmente en base a las razones que expone en su escrito ya que, según se le ha informado por la Administración Penitenciaria, es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de quien depende esa potestad.

Incoado el oportuno expediente judicial, en fecha 19-03-13 fue recibido en audiencia en el Centro Penitenciario de Málaga el interno recurrente, insistiendo en su solicitud de que se estudien y elaboren las propuestas administrativas de permisos por cupos semestrales.

A la vista de la cuestión planteada, se recabó informe de la Administración penitenciaria al respecto, que lo emitió en el sentido siguiente «El Reglamento Penitenciario en sus artículo 156 y ss. regula los permisos ordinarios de salida. Que dichos artículos son desarrollados por la instrucción 1/12 de 2 de abril donde establece la “posibilidad de los cupos semestrales de permisos para los internos clasificados en segundo y tercer grado, que hayan disfrutado, al menos, de dos permisos de salida con resultado positivo en los últimos seis meses”. De forma expresa la citada instrucción establece la necesidad del Equipo Técnico de efectuar una valoración del disfrute de tal permiso una vez reingresado el interno. También hay que partir de que la implantación del sistema de cupos es una realidad en muchos centros, que ofrece aspectos beneficiosos tanto a nivel de gestión administrativa, puesto que se optimizan recursos personales, como a nivel del disfrute de los mismos por los internos, ya que el tiempo entre permiso y permiso se vería reducido considerablemente favoreciendo el respeto al derecho subjetivo de los internos una vez que cuentan

con una resolución judicial autorizando dichas salidas. Pero como aspectos negativos habría que destacar las situaciones que se podrían producir entre disfrute de un permiso y otro como analíticas positivas, expedientes disciplinarios, llegada de nuevas causas que hagan que la cuarta parte de la condena no se encuentre cumplida, etc. lo que obligaría a extremar el control que si favorece el sistema actual y que vendría dificultado por el sistema de cupos. En el supuesto que nos ocupa el interno de referencia no disfruta aún de permisos ordinarios de salida por lo que no tiene sentido la aprobación de cupos)».

Conferido traslado entonces al Ministerio Fiscal, por éste se informó en el siguiente sentido: «El Fiscal, examinado el presente expediente, se opone a la aprobación de los permisos por cupos semestrales en base a las siguientes consideraciones:

1ª) En primer lugar, si bien es cierto que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene como función velar por el cumplimiento de la legalidad de la actuación de la Administración penitenciaria y salvaguardar los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios, no podemos olvidar que se trata de una jurisdicción revisora, de manera que sólo interviene cuando la Administración Penitenciaria actúa al margen de la ley o quebrantando los citados derechos, cuestión que en este caso no ha ocurrido ya que en primer lugar si bien las disposiciones legales y reglamentarias no lo prevén, tampoco lo excluyen expresamente, estando amparado dicho sistema por una Instrucción de régimen interno que afecta a cuestiones organizativas y procedimentales, máxime cuando la Administración Penitenciaria no ha hecho un pronunciamiento expreso ante la solicitud de los internos del cambio estructural del sistema de concesión de permisos ordinarios en base a una presunta vulneración de derechos fundamentales, por lo que en principio, partiendo de esta premisa, es más que discutible un pronunciamiento del Juzgado de Vigilancia en este supuesto al tratarse de una solicitud directa de los internos al órgano jurisdiccional, queriendo poner de manifiesto igualmente, no sólo la inexistencia de una resolución denegatoria del centro penitenciario sino la falta de previsión en las competencias atribuidas legalmente de explicar la opción por un modelo de trabajo determinado tanto de la Administración Penitenciaria como del Juzgado de Vigilancia penitenciaria, pese a lo cual, informamos para dar cumplido tramite al traslado evacuado en el expediente genérico incoado.

2ª) Partimos de la base de la falta de previsión legal de la aprobación de los permisos ordinarios por cupos si nos atenemos al tenor literal de los artículos 47 y 154 del Reglamento Penitenciario, donde claramente se refiere a los límites temporales de dichos permisos según el grado de clasificación y la distribución de dichos límites temporales en los dos semestres anuales sin referencia alguna a la forma de aprobación de dichos permisos, pero si estableciéndose en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el preceptivo informe del Equipo Técnico no ya como requisito formal del procedimiento de tramitación de los permisos ordinarios, sino además como presupuesto de control sobre su procedencia por concurrencia de requisitos formales y objetivos, lo que implica una evaluación distinta y particular sobre la concurrencia de tales requisitos en cada propuesta a fin de minimizar los riesgos que todo permiso lleva implícito en base al juicio de probabilidad que supone y evitar así que la concesión de un permiso sea socialmente inasumible.

Por otra parte, al igual que la Ley Orgánica General Penitenciaria, el artículo 156 del Reglamento Penitenciario al establecer los requisitos a tener en cuenta para la concesión de un permiso, se refiere a una serie de variables para su concesión, estableciendo en el preceptivo informe del equipo técnico “las condiciones y controles que se deben observar durante el disfrute del permiso de salida... cuyo cumplimiento será valorado para la concesión de nuevos permisos”, es decir, no sólo se refiere a los preceptivos informes del Equipo Técnico en singular referido al concreto permiso que se estudia, sino que vincula el cumplimiento de las condiciones y controles del citado permiso como condición imprescindible para la concesión de los siguientes permisos; es más, el artículo 157 del Reglamento Penitenciario, cuando se refiere al quebranto del permiso por el interno bien en los supuestos de fuga bien en los casos de comisión de nuevos delitos durante el disfrute del mismo, dice expresamente que “dichas circunstancias deben valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos”, refiriéndose al examen particular que debe hacerse del disfrute de cada permiso para valorar la viabilidad de la propuesta de un segundo permiso en base al cumplimiento de los requisitos expuestos..

Por tanto, en base a las consideraciones anteriores, de conformidad con los preceptos reglamentarios citados, la propuesta, aprobación y disfrute de un permiso ordinario debe ser evaluado de forma individual en cuanto

a su concesión, así como concreta y particular debe ser la valoración de los requisitos impuestos durante su disfrute para ponderar junto con todas las variables intervinientes la procedencia o no de la concesión de un segundo permiso por haber cumplido su finalidad de preparación para la vida en libertad o por el contrario, considerar que el disfrute del permiso no ha cumplido dicha finalidad y no proponer un nuevo permiso; en ningún caso se habla de valorar dichas variables y requisitos para suspender o revocar en su caso permisos ya aprobados y concedidos como debería ocurrir en el caso de la aprobación por cupos.

Es evidente que si se aprueban los permisos por cupos de 18 días semestrales, merma el control administrativo y judicial tanto en la concesión de los mismos como en el control a ejercer sobre cada uno de ellos, surgiendo problemas en caso de incumplimientos sobre atribución al permiso concreto, provocando numerosas suspensiones en los casos de nuevas condenas, problemas en los casos de analíticas positivas al regreso de un permiso en cuanto a las consecuencias penitenciaria de tal proceder y su repercusión en el siguiente o siguientes permisos ya concedidos, cuestión que habría que dilucidar a posteriori, razones todas ellas por las que entendemos que se dificulta el control judicial de los permisos concedidos incluso el preceptivo control administrativo al tener que aplicar en caso de incumplimiento una respuesta penitenciaria a unos permisos ya aprobados y concedidos.

3ª) Frente a la falta de previsión legal del sistema de aprobación por cupos y la considerable merma de control administrativo y judicial del mismo, es cierto que dicho sistema ofrece una mayor agilidad tanto en la tramitación de expedientes de permiso de forma general como en la efectiva materialización del disfrute de los mismos que podrían convenirse con la Administración sin necesidad de esperar la tramitación de la oportuna autorización, ventajas no obstante que, si bien repercutirían en una optimización de recursos personales y materiales pudiéndose además obtener dicha agilidad y demás aspectos positivos de la aprobación por cupos extremando la diligencia en la urgentes remisión de las propuestas de permisos una vez aprobadas por la Junta de Tratamiento salvando así el tiempo de espera y la sintomatología de ansiedad alegada por los internos, en ningún caso dichas objeciones suponen una vulneración de derecho fundamental alguno, debiendo prevalecer por tanto el citado control judicial en aras a garantizar que cada permiso sea un verdadero derecho

subjetivo e instrumento para la preparación de la vida en libertad con el único fin de orientar dicho instrumento a la reeducación y reinserción social con los requisitos legal y reglamentariamente establecidos, cumpliéndose así el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución entendido como el derecho de cada interno a recibir una resolución fundada en derecho a la pretensión que se ejercita, es decir, que en cada resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se considera aplicables al caso, sin que un Instrucción permitiendo dicho sistema pueda en ningún caso suplir las garantías establecidas en los textos anteriormente citados.

4ª) En consecuencia, el Fiscal interesa la no aprobación del sistema de cupos por las razones expuestas anteriormente, habida cuenta que el sistema de aprobación individualizado se ajusta a lo dispuesto legal y reglamentariamente no conculcándose ningún derecho fundamental al ser una manifestación plena del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado constitucionalmente, siendo además un sistema susceptible de mayor control judicial y por tanto de mayores garantías tanto para el justiciable como para la sociedad por cuyos intereses estamos obligados a velar.

Devueltas las actuaciones de Fiscalía, se recabó de la Administración Penitenciaria informe en torno al porcentaje de quebrantamientos o mal uso de los permisos ordinarios de salida autorizados a los internos del Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre, recibíéndose el mentado informe en fecha de hoy.

Razonamientos jurídicos

El permiso ordinario de salida está regulado en el artículo 47.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el artículo 154.2 de su Reglamento, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

En dichos preceptos se establece que los condenados en segundo grado podrán disfrutar de treinta y seis días de permisos al año, siempre que concurran los presupuestos necesarios para su concesión. Dichos permisos se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos dieciocho días.

Siguiendo, por tanto, ese parámetro reglamentario, se disfrutarán cada cuarenta y cinco días, aproximadamente.

No existe previsión legal y/o reglamentaria respecto de la periodicidad con la que se debe reunir la Junta de Tratamiento para estudiar las solicitudes de permiso y elaborar, en caso positivo, las propuestas favorables de permisos que deben ser remitidas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Se deja, por tanto, la decisión en manos de la Administración Penitenciaria, única institución a quien compete resolver al respecto y es que no debe olvidarse que, en esta materia, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede ejercer una facultad revisora de la actuación administrativa siempre y cuando concurran los requisitos siguientes: 1.- Que el interno esgrima ante la Administración Penitenciaria una pretensión determinada y la Administración penitenciaria resuelva en contra de dicha pretensión y 2.- que ante la negativa administrativa, el interno recurra en queja ante este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la decisión administrativa que considera contraria a sus intereses.

En el supuesto de autos el interno recurrente no ha actuado así ya que se ha dirigido directamente a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pidiendo que modifique el sistema de trabajo de la Administración Penitenciaria en materia de permisos y este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria carece de competencia para ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debiendo actuar el interno en la forma antes dicha para que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pueda ejercitar la facultad revisora que el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria le atribuye.

Ello no obstante, ha de hacerse constar que en el supuesto hipotético de que el penado hubiese actuado conforme establece el fundamento anterior, esto es, acudiendo, primero, a la vía administrativa y, después, vía queja contra la denegación administrativa a la vía judicial, su petición difícilmente hubiera podido ser estimada en contra tanto del fundamentado criterio de la Administración Penitenciaria como del consistente dictamen del Ministerio Fiscal ya que no existe previsión legal y/o reglamentaria alguna que avale la pretensión del interno, el sistema de trabajo de las Juntas de Tratamiento del Centro Penitenciario de Málaga en materia de permisos arroja un mínimo porcentaje de quebrantamientos y mal uso de los permisos disfrutados por los internos (en el año 2012 hubo 2

supuestos de no reincorporación tras el disfrute de un permiso ordinario de salida y 1 en el año en curso)- y, por último, no se conculca derecho fundamental ni beneficio penitenciario alguno, con lo que ha de concluirse que el estudio individualizado de cada solicitud de permiso y la elaboración singularizada de cada propuesta por la Junta de Tratamiento, así como el estudio particularizado por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de cada propuesta de permiso, con una periodicidad máxima de dos meses, está posibilitando un seguimiento más directo, concreto y determinado de cada interno, de su evolución y del uso realizado de los permisos anteriores, siendo más precisa su concesión o denegación en cada caso y disminuyendo así el riesgo de quebrantamientos o mal uso de los permisos, tal y como se puede constatar con la información transmitida al respecto desde el Centro Penitenciario de Málaga de la que se infiere la mínima proporción de «fracasos» de permisos ordinarios de salida en proporción con el elevado número de permisos autorizados.

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

Parte dispositiva

Se desestima la petición formulada por el interno D.S.F. por los razonamientos expuestos en la presente resolución.

NO CONCESIÓN

78.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 08/08/13

No concesión al no mejorar su aptitud en el programa de asistencia a la escuela a lo que se condicionaba la continuación de las salidas.

Antecedentes de hecho

El interno en el Centro Penitenciario de El Dueso E.O.R. interpone queja contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 10-07-13 por el que se le denegaba un permiso de salida ordinario, en el que alega lo que considera oportuno a su derecho.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emitió informe interesando la desestimación de la queja.

Fundamentos de derecho

Aunque el artículo 154 del Reglamento Penitenciario condiciona la concesión de permisos ordinarios a encontrarse clasificado en segundo o tercer grado, con extinción de la cuarta parte de la condena y a no observar mala conducta, ello no es de por sí suficiente para su otorgamiento sino que, aparte de estas exigencias mínimas, se requiere además, conforme a lo dispuesto en el artículo 156, que la evolución penitenciaria del interno, la naturaleza y gravedad de su trayectoria delictiva, la duración de la pena y otros factores concurrentes evaluados por la Administración como concedora de esa situación aconsejen que no se desvirtúe la finalidad de tales permisos y que no es otra que la preparación para la vida en libertad.

Si bien al penado se le concedieron por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria vía recurso 2 permisos precedentes, se le advirtió expresamente en el último (auto 17-05-13) que deberá mejorar su aptitud en el

Programa de asistencia a la escuela y que a ello se condicionarían la continuación de las salidas.

El estudio de tratamiento en la presente denegación continua siendo negativa sobre su asistencia irregular y falta de interés en la realización de tareas, exámenes, etc., por lo que consecuentemente se interrumpen los permisos.

Ya sabe el interesado lo que tiene que hacer para conseguir la reanudación.

Parte dispositiva

Desestimar la queja formulada por E.O.R., interno en Centro Penitenciario El Dueso - Santoña contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento de dicho Centro, donde se denegaba la solicitud de que se le concediera un permiso de salida ordinario y, en consecuencia, procede confirmar dicho Acuerdo.

79.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5 DE FECHA 28/11/13

Desestima recurso en cuanto a conceder nuevos permisos y lo estima en el sentido de permitir el disfrute de los ya concedidos.

Hechos

Por Auto de fecha 20-09-13 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, se ratificó la resolución de la Junta de Tratamiento de fecha 08-07-13 que deniega al interno J.J.V.G., el permiso de salida solicitado.

Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra esta resolución y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las

partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló día para deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

Razonamientos jurídicos

El penado cumple condena a 18 años, 36 meses y 3 días de prisión por plurales delitos de robo, los últimos de ellos cometidos durante permisos, hace de ello siete años. El Tribunal le ha concedido permisos por autos de 28 de febrero y 20 de junio del presente año que tiene pendientes de disfrutar, pues no han sido dejados sin efecto, y cuyo disfrute dependerá de la evolución en el control de consumo de tóxicos y en concreto de cannabis. En este sentido hay dos realidades evidentes: la primera, que no tiene sentido continuar la concesión de permisos hipotéticos, cuando el penado tiene en su mano si evoluciona en el control del consumo a mejor, disfrutar los ya concedidos. Por tanto no se estimará el recurso en el sentido de conceder nuevos permisos. La segunda, que los permisos no pueden estar indefinidamente suspendidos si es cierta la evolución del penado a mejor en el control de consumo. Por tanto se desestimará el recurso en el sentido de conceder nuevos permisos pero se estimará en el sentido de permitir el disfrute de los concedidos:

- A) Si el penado ha seguido con buena evolución con programa de deshabitación, o bien
- B) Si, aún sin seguirlo, se practican -y han de practicarse obligatoriamente- una o más analíticas por sorpresa en los próximos tres meses y el resultado es negativo al consumo de tóxicos.

De conformidad con el sentido de esta resolución se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Vistos los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Arturo Beltrán Núñez.

En atención a todo lo expuesto la Sala dispone:

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por J.J.V.G., revocamos el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia

Penitenciaria N° 3 de Madrid, concedemos al interno permiso ordinario de salida en las condiciones y extensión recogidos en el primer razonamiento jurídico de esta resolución.

SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN

80.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE FECHA 30/01/13

Revoca la suspensión acordada por consumo no prescrito de un medicamento no psicotrópico (TCA)

Antecedentes

Por acuerdo de 24 de enero de 2013, la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Sevilla-II (Morón de la Frontera) denegó proponer al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la concesión de un permiso ordinario de salida de tres días, solicitado por el interno J.J.V.V. El acudió en queja al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 11 de Andalucía, cuya titular estimó la queja y autorizó el permiso por auto de 1 de julio de 2013.

Por escrito fechado el 16 de julio de 2013, la Dirección del Centro Penitenciario comunicó al Juzgado de Vigilancia, conforme al artículo 157 del Reglamento Penitenciario, la suspensión del permiso autorizado en el auto arriba referido, con motivo de haber resultado positivo en TCA un análisis realizado al interno el 24 de junio anterior. Sobre esta base y previo informe favorable del Ministerio Fiscal, el Juzgado de Vigilancia acordó por auto de 4 de septiembre de 2013 la suspensión por seis meses del permiso autorizado. Contra este auto interpuso el interno recurso de reforma y subsidiaria apelación, que fue impugnado por el Ministerio Fiscal; desestimándose la reforma y admitiéndose en un solo efecto la apelación por Auto de 22 de octubre de 2013.

Designado al interno abogado del turno de oficio que formalizó su recurso, se remitió el expediente original e integro, con escrito del Ministerio Fiscal interesando la estimación del recurso, a la Audiencia Provincial, donde el conocimiento del recurso correspondió por reparto a esta Sección Cuarta, a la que fue turnado el asunto el 17 de enero de 2014, asignándose la ponencia el siguiente día 20 al Magistrado Sr. de Paúl Velasco.

Fundamentos jurídicos

Vaya por delante que a estas alturas el recurso del interno carece en propiedad de objeto, puesto que, acordada la suspensión por seis meses del permiso autorizado, ese plazo se cumplió el 24 de diciembre del año pasado, contando desde la fecha del hecho determinante de la suspensión, como interesó el Ministerio Fiscal y parece lógico, dado que es desde esa fecha desde la que el recurrente se ha visto privado del disfrute de permisos ordinarios. Quiere decirse que el interno ha debido disfrutar ya del permiso que le fue suspendido en la resolución recurrida; y si no ha sido así, sirva la presente de recordatorio al efecto a su actual centro de destino.

La aludida carencia de practicidad del recurso hace innecesaria la prueba analítica de contraste interesada por el interno y su defensa, que en todo caso sería a estas alturas de dudosa factibilidad y, como se verá, no alteraría el sentido de la resolución.

No obstante lo dicho, el recurso plantea una cuestión que no debe quedar sin resolver por este órgano de apelación especializado, y esa resolución forzosamente debe ser estimatoria, al menos con los datos de que puede disponer el tribunal.

En efecto, la suspensión se acordó sobre la base del resultado de una analítica practicada al interno, que resultó positivo a “TCA (no incluido en su tto. habitual)”, en términos textuales del correspondiente informe de los servicios médicos del centro. Las crípticas siglas “TCA” corresponden, entendemos, a las iniciales en ingles de “antidepresivos tricíclicos”; y es con esta identificación de la sustancia consumida con la que se plantea el problema.

Ciertamente este tribunal ha venido convalidando sin reparos la práctica consolidada de los Juzgados de Vigilancia de acordar una interrupción de cuatro meses -no, hasta ahora, de seis- en el disfrute de permisos por el interno en casos de analítica positiva a sustancias estupefacientes o psicotrópicas, como medio de consolidar la abstinencia y refuerzo negativo asociado al incumplimiento de las reglas de conducta impuestas para el permiso.

Ocurre, sin embargo, que los antidepresivos tricíclicos no tienen la consideración legal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, pues no figuran en ninguna de las listas anexas a los respectivos convenios internacionales, y están clasificados como fármacos no susceptibles de abuso por los servicios de salud estadounidenses. Los efectos secundarios más corrientes, incluso en caso de sobredosis o interacción con alcohol u otros fármacos, carecen de interés para un adicto, al ser exclusivamente somáticos, salvo la corriente sedación (que puede alcanzarse más fácilmente con benzodiazepinas) y algún supuesto extremadamente raro de alucinación o delirio. No existen tampoco referencias a que exista un mercado negro de los específicos de este grupo, como es bien conocido que lo hay de las benzodiazepinas. Aunque en la literatura clínica se ha informado de algunos casos de uso abusivo de fármacos de esta familia, solos o en combinación con metadona, se trata de supuestos excepcionales y aislados (la mayoría de los artículos aludidos refieren un caso único), ocurridos fuera de nuestras fronteras y varios de ellos en relación con principios activos (doxepina y dosulepina) que no son los contenidos en el fármaco que podría haber consumido el interno (que en uno de sus escritos se refiere al “Tristasol”, léase Tryptanol, cuyo principio activo es la amitriptilina).

Desde luego, puede ocurrir que en la amplia experiencia de los servicios médicos penitenciarios exista constancia del uso abusivo de estas sustancias, solas o combinadas con otras, por parte de sujetos adictos a los estupefacientes; pero de ser así debería haberse especificado en el acuerdo de suspensión, puesto que ese dato relevante no resulta, a diferencia de los que ocurre con otros fármacos, de su simple identificación; y si el Juzgado tenía conocimiento de esa circunstancia por casos anteriores, también debería haberlo expresado, al menos al resolver el recurso de reforma. De otro modo, la suspensión de permisos durante todo un semestre por el simple consumo no prescrito de un medicamento no psicotrópi-

co se presenta no solo como desproporcionada, sino incluso como un punto arbitrario.

Por cuanto se lleva expuesto, en definitiva, el recurso de apelación interpuesto debe ser estimado, dejándose sin efecto la suspensión del permiso autorizado en su día y autorizando su disfrute, con la duración acordada inicialmente de seis días, condicionado al disfrute sin incidencias de eventuales permisos autorizados en el período intercurrente y con sujeción a las reglas habituales de presentación diaria ante las fuerzas de seguridad y control analítico de estupefacientes al regreso a prisión, además de las que pudieran haberse acordado para esos otros posibles permisos. Todo ello, claro está, para el solo caso de que el interno no haya disfrutado ya del permiso suspendido objeto del recurso.

Parte dispositiva

Vistos, además de los preceptos legales citados, el artículo 82.1.31 de La Ley Orgánica del Poder Judicial, la Disposición Adicional Quinta de la misma Ley, en su redacción por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y los demás artículos de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el abogado, en nombre del interno J.J.V.V., contra el auto dictado el 22 de octubre de 2013 por la Ilma. Sra. Magistrada titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 11 de Andalucía, con sede en Sevilla, en el Expediente número 770 de 2013, auto que desestimó la reforma de otro de 4 de septiembre anterior que acordó suspender durante seis meses el disfrute del permiso de seis días de duración autorizado al interno por Auto de 1 de julio, de 2013, referido a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Sevilla-II de 24 de enero anterior; revocando las resoluciones impugnadas, dejando sin efecto la suspensión impugnada y autorizando en su lugar el disfrute por el interno recurrente del permiso autorizado en la última resolución referida, si no ha tenido lugar ya; fijando su duración en seis días y condicionando su efectividad al disfrute sin incidencia de permisos anteriores y a que el interno asuma el compromiso de observar las reglas de conducta expresadas en el segundo fundamento de esta resolución.

81.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 21/08/13

Se deja sin efecto el permiso por la vinculación fraternal con interno que ha quebrantado el permiso.

Antecedentes de hecho

Por Auto de 12/03/13 se concedió a E.S.S. permiso de 7 días.

Se ha recibido en el día de hoy comunicación urgente del Centro Penitenciario El Dueso informando del quebrantamiento de los permisos de salida concedidos a los también internos M.S.S. y H.O.M.M. quienes no se han incorporado al Centro existiendo vinculación fraternal con uno de ellos por lo que ponen en conocimiento del Juzgado por si procediera la suspensión o revocación del permiso concedido a E. S. S..

Por el Ministerio Fiscal se interesó dejar sin efecto tal permiso.

Fundamentos de derecho

Conforme a lo dispuesto en el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario y a la vista de lo sucedido con el hermano del interno puede haber sospechas fundadas de que E.S.S. pudiera aprovechar el permiso otorgado para quebrantar la condena de ahí que como elemental medida cautelar y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en momento posterior proceda dejar sin efecto el permiso otorgado.

Parte dispositiva

Se deja sin efecto el permiso autorizado al interno E.S.S. por Auto de 12/08/13.

PERMISOS EXTRAORDINARIOS

82.- ESCRITO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 2 DE LA LAGUNA (TENERIFE) DE FECHA 05/11/09

Permiso extraordinario para reconocimiento médico por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades.

En virtud de lo acordado en el procedimiento de referencia, dirijo a Vd. el presente a fin de comunicarle que se autoriza la concesión de permiso extraordinario para que el preso F.D.P., sea trasladado, acompañado por la Fuerza Pública a la cita de 19 de noviembre de 2009 a las 11:30 horas, para Reconocimiento Médico por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades sito en la Calle La Marina número 51, Ed. Europa, piso bajo y finalizado el mismo sea reingresado a ese Centro Penitenciario.

83.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LA CORUÑA DE FECHA 20/05/13

No autoriza permiso extraordinario para valoración de discapacidad.

Antecedentes de hecho

En este Juzgado se sigue expediente nº 2540/13 a instancia del interno del Centro Penitenciario de Teixeiro O.O.O. sobre recurso contra acuerdo de la Junta de Tratamiento de concesión de un permiso extraordinario, acuerdo de fecha 09/05/13. Admitido a trámite el recurso, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió el preceptivo informe.

Razonamientos jurídicos

Para resolver el recurso formulado por el interno, tenemos que partir de que el artículo 25 de la Constitución proclama que las penas privativas de libertad han de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, regulándose en la legislación penitenciaria la posibilidad de concesión de permisos de salida, de carácter extraordinario y ordinario como medio de tratamiento y preparación para la vida en libertad. En el artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el artículo 155.1 del Reglamento Penitenciario de 19 de febrero de 1996, se establecen los presupuestos necesarios para la concesión de un permiso extraordinario, dispone que: “En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuges, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, o de alumbramiento de la esposa, o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan”.

En este caso el permiso extraordinario que solicita el hoy recurrente con la finalidad de que sea evaluado su grado de discapacidad por la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia no es uno de los supuestos que se prevé en la legislación penitenciaria como base fáctica para conceder un permiso de salida extraordinario. El artículo 165 del Reglamento Penitenciario solo se refiere de forma expresa al supuesto de fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge, hijos y hermanos y alumbramiento de la esposa, en los que evidentemente no encaja la solicitud ahora formulada, que tampoco puede ser admitida mediante la cláusula abierta del citado precepto que se refiere a “importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza”, exigencia esta última que hay que entenderla referida a un acontecimiento familiar semejante a los anteriores y de cierta relevancia, características que no se pueden predicar de la petición deducida de acudir a un organismo administrativo para realizar un reconocimiento médico. Todo ello sin perjuicio de que al interno se facilite la salida en cuanto sea necesaria su realización para evaluar su grado de discapacidad.

Visto lo establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y demás artículos de general y pertinente aplicación, el

Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña dispuso: denegar el permiso extraordinario propuesto por la Junta de Tratamiento al interno O.O.O.

84.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 2 DE VIVEIRO (LUGO) DE FECHA 06/06/13

No autoriza el permiso extraordinario para la renovación del permiso de residencia. Se adjunta escrito del Director acerca de que “el trámite debe de ser realizado inexorablemente de forma presencial”.

Antecedentes de hecho

Por el Director del Centro Penitenciario de Bonxe, en Lugo, se remitió la petición del interno J.C., en situación de prisión provisional en la presente causa, de un permiso extraordinario para la renovación de residencia de larga duración por haber residido en territorio español de forma continuada durante cinco años.

De la referida solicitud se dio traslado al Ministerio Fiscal, para informe, manifestando por medio de escrito de que se oponía a la concesión del permiso propuesto.

Razonamientos jurídicos

Señala el artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que:

1º En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

El artículo 48, por su parte, indica que los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente.

A la vista del contenido de la petición, cabe concluir que no concurre el presupuesto previsto en la norma, dado que el permiso extraordinario únicamente puede concederse en supuestos excepcionales, y si bien el precepto citado no contiene una relación cerrada o *numerus clausus*, el supuesto que plantea el peticionario no puede considerarse como un importante y comprobado motivo.

Por ello, procede denegar la autorización interesada, sin perjuicio de que los servicios sociales, de asesoramiento jurídico o similares del establecimiento penitenciario adopten las medidas necesarias para llevar a cabo la tramitación correspondiente de la renovación de residencia, sin que se mermen los derechos del interno

En atención a lo expuesto,

Parte dispositiva

Deniego la autorización de permiso extraordinario interesada por el interno J.C.S.

Escrito del Director del Centro Penitenciario de Lugo de fecha 7 de junio de 2013

Asunto: Diligencias Previas 355/2013

Interno: J.C.S.

Por medio de la presente y en relación con el Auto de fecha 6 de junio del 2013 en el que se deniega la autorización de permiso extraordinario al interno arriba reseñado e indica a servicios sociales, de asesoramiento jurídico o similares del Establecimiento Penitenciario que adopten las medidas necesarias para llevar a cabo la tramitación de la renovación de residencia, sin que mermen los derechos del interno, se informa:

Que puestos en contacto con la Oficina de Extranjeros en Lugo y con el Equipo de Extranjería de la Comisaría de Policía de Lugo, se nos informa que el trámite debe ser realizado inexcusablemente de forma presen-

cial por el interesado, que debe huellar en el biométrico y que carecen de equipo de desplazamiento.

En consecuencia, desde este Centro Penitenciario no podemos adoptar ninguna medida para llevar a cabo la tramitación de la renovación de residencia.

Lo que se informa a los efectos oportunos.

EL DIRECTOR

CAPÍTULO 8

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

85.- SENTENCIA 192/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 18/12/13

La medida cautelar de suspensión, ya sea por solicitud de indulto, ya sea adoptada en proceso de amparo, no interrumpe la prescripción de la pena.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de febrero de 2013, el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial de que se hace mérito en el encabezamiento, por entender que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva que se garantiza en el artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y con el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española).

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes hechos:

a) En fecha 29 de diciembre de 2006, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga dictó Sentencia que, entre otros pronunciamientos, impuso a J.P.P. como autor de un delito de homicidio imprudente, en relación de concurso ideal con un delito contra los derechos de los trabajadores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el homicidio imprudente y la pena de seis meses de prisión accesorias y multa de

seis meses a razón de una cuota diaria de 18 euros por el delito contra los derechos de los trabajadores, imponiéndole la inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de promotor por el mismo tiempo que las penas privativas de libertad y a indemnizar a las viudas e hijos menores y mayores de los trabajadores en determinadas cantidades con aplicación del artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil y pago de las costas, incluidas las causadas por las acusaciones particulares.

b) Dicha Sentencia fue recurrida en apelación por varias partes procesales, entre ellas el Sr. P.P., siendo parcialmente estimado su recurso, por Sentencia de fecha 14 de junio de 2007, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, que revocó parcialmente la Sentencia de instancia, en el sentido de suprimir las penas impuestas por el delito contra el derecho de los trabajadores, y fijando como cómputo inicial de los intereses moratorios el día 3 de noviembre de 2003, confirmando los restantes pronunciamientos de la Sentencia.

c) En el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga se incoó la ejecutoria 529-2007.

En fecha 5 de julio de 2007, don J.P.P. dirigió escrito al Ministerio de Justicia solicitando la gracia de indulto parcial, tendente a reducir la pena de prisión impuesta en seis meses y un día, de manera que quedara reducidas a dos años de prisión.

d) En fecha 26 de noviembre de 2007, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga dictó resolución acordando la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta a don J.P.P., hasta la resolución del expediente de indulto.

e) El Consejo de Ministros acordó la denegación del indulto solicitado. Por Auto de fecha 7 de julio de 2009, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga acordó el levantamiento de suspensión de la pena y el ingreso en prisión de don J.P.P. Dicho Auto fue recurrido en reforma y apelación por el ahora demandante, recursos que fueron desestimados por los órganos judiciales.

f) Por escrito fechado el 15 de diciembre de 2010, el señor P. presentó nueva petición de indulto ante el Ministerio de Justicia, solicitando del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga la suspensión de la ejecución de la

pena privativa de libertad, que fue desestimada por auto de fecha 21 de febrero de 2011, dictado por dicho órgano judicial.

El Consejo de Ministros comunicó al Juzgado, el 22 de diciembre de 2011, la denegación de esta segunda petición de indulto.

g) El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga, dictó providencia de fecha 18 de enero de 2012, acordando el ingreso voluntario en prisión del penado, ahora recurrente, y el 16 de marzo de 2012, dicho Juzgado acordó la orden de busca y captura del ahora demandante, lo que fue recurrido en reforma por el mismo siendo desestimado dicho recurso por auto de fecha 30 de abril de 2012.

h) Por escrito fechado el 5 de julio de 2012, don J.P.P. solicitó del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga el archivo de la ejecución y que se declarase prescrita la pena privativa de libertad a que había sido condenado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 14 de junio de 2007, alegando entre otros argumentos la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de fecha 15 de noviembre de 2010.

Dicha petición fue desestimada por Auto de fecha 24 de octubre de 2012, del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga, en cuyos razonamientos jurídicos puede leerse:

«Primero. – Dispone el artículo 33.3 del vigente Código Penal que las penas de tres meses a cinco años de prisión tienen el carácter de menos graves por lo que según el artículo 133 del Código Penal, prescriben a los cinco años, plazo a computar según el artículo siguiente, desde la fecha de la sentencia firme.

Segundo. – Según el artículo 4.4 del Código Penal, si mediara petición de indulto se podrá suspender la ejecución en tanto no se resuelva la petición formulada, en el caso de autos consta la suspensión de la ejecución,alzada por auto de 07.07.2009; por lo que procede computar el plazo de prescripción desde la firmeza de dicho auto, sin haber transcurrido desde la fecha el plazo de cinco años fijado en el artículo 133 del Código Penal.»

i) Dicha resolución fue recurrida en apelación por don J.P.P., siendo desestimado el recurso por Auto de fecha 26 de diciembre de 2012, dicta-

do por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, que contiene, en extracto, el siguiente fundamento de Derecho primero:

«En el presente caso los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Constitucional alegada por el recurrente, fueron analizadas, en el I Encuentro de Presidentes de las Secciones Penales de las Audiencias Provinciales de Cataluña, que se celebró el mes de mayo de 2010, con el objeto de determinar entre otros, los efectos que sobre el cómputo de la prescripción de la pena, tienen tanto la suspensión del cumplimiento de la pena por la solicitud de indulto, como la suspensión por interposición de un recurso de amparo, concedida por los Tribunales durante su tramitación.

Todo ello a raíz de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional núm. 97/2010, alegada por el recurrente, así como la circular de la Fiscalía alegada en el recurso, sobre la interrupción la prescripción de la pena, en interpretación del artículo 134 del Código Penal que dispone: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”, concluyendo la sentencia que sólo el cumplimiento de la pena interrumpe la prescripción de la pena, y que (“ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto”).

Añadiendo que tampoco el artículo 4.4 del Código Penal que dispone: ... ni el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que dispone...

El Acuerdo final adoptado por los Presidente de las Secciones Penales de las Audiencia Provinciales de Cataluña por valoración unánime fue:

“El computo del plazo debe iniciarse en la fecha de la sentencia firme, o en la fecha del quebrantamiento de la condena si hubiera comenzado a cumplirse.

El plazo de prescripción de la pena sólo se interrumpe por el inicio efectivo de cumplimiento de la pena, no siendo equiparables a dicho inicio las actuaciones tendentes a su ejecución”.

El cómputo de la prescripción se suspende:

- En los supuestos de concesión de la condena condicional (artículos 80 y ss. del Código Penal).

- Suspensión por haber solicitado indulto (artículo 4.4 del Código Penal), durante el plazo de suspensión durante el plazo de 1 año en que la petición debe entenderse desestimada por silencio administrativo. Procedimientos en materia de gracia, esto es de indulto, en su apartado 1, establece que “los procedimiento a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo.
- o por cumplimiento previo de las penas más graves”.

Y este es el criterio que esta Sala aplica en la presente resolución, en concreto, la suspensión de cómputo durante el plazo de un año, al haberse concedido ésta a petición del penado, durante su tramitación, paralizando la ejecución de la pena, y ello puesto que tal como señala la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, S 24-5-2012, n.º 450/2012, rec. 1966/2011, si bien referida a la suspensiones ordinarias de la pena, disponía que: “debe admitirse pese al silencio del Código Penal 1995, la posibilidad de interrumpir la prescripción cuando la posibilidad de su ejecución deviene en imposible por causas ajenas a su propia dinámica ejecutiva, como sucedería en el caso presente, suspensión judicial de la ejecución de la condena que paraliza los plazos de prescripción de la pena, que queda supeditada a la eventualidad de su ejecución posterior en el caso de que se revoque la suspensión de la ejecución de la pena.

Consecuentemente no deben correr los plazos de prescripción de la pena durante los periodos en que se dilata el comienzo de ejecución por eventualidades previstas en la propia legislación penal y que implican de suyo la no paralización de las actuaciones orientadas a la ejecución, eventualidades tales como la suspensión de la ejecución, en los términos de los artículos 80 y ss. del Código Penal, el cumplimiento previo de las penas más graves, según dispone el artículo 75 del Código Penal, pero también la sustanciación de todas aquellas actuaciones procesales que atienden las peticiones del condenado a propósito precisamente de la propia ejecución o sustituciones de las penas privativas de libertad”, como acontece en el presente caso con la suspensión acordada del cumplimiento de la pena mientras se tramita el indulto.

En efecto una consideración simplista del artículo 134 del Código Penal nos llevaría a entender que la pena prescribe en todo caso una vez

transcurrido el periodo de tiempo previsto en la ley desde la firmeza de la sentencia, lo que podría llevar a soluciones absurdas y que atentan al sentido, como destacan algunas sentencias de la jurisprudencia menor.

Por lo que en aplicación de las conclusiones del anterior Acuerdo, y doctrina anteriormente expuesta, y dado que el cómputo de la prescripción estuvo paralizado durante la tramitación del indulto, siendo este plazo el de un año, no habría transcurrido el plazo de prescripción, que en este caso era de cinco años.

Pues bien, partiendo de la fecha de la firmeza de la sentencia junio de 2007, la prescripción se produciría en junio de 2013, y en consecuencia procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.»

El Auto fue notificado al ahora demandante en fecha 8 de enero de 2013.

3. En el escrito de demanda se solicita que se anule la resolución recurrida invocándose la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española).

El demandante alega que en el Auto recurrido se han vulnerado los preceptos constitucionales invocados, en la medida en que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga hace una interpretación de los artículos 133 y 134 del Código penal que atenta claramente contra los derechos constitucionales del demandante, al concluir que el plazo de prescripción de la pena privativa de libertad a la que fue condenado se vio interrumpido durante el plazo de un año, por haberse suspendido la ejecución de la pena por la tramitación del indulto. Para llegar a esta conclusión, la Sección Primera de la Audiencia Provincial hace una interpretación de la norma, extensiva y claramente «en perjuicio del reo», que atenta directamente contra los derechos fundamentales invocados.

Aduce que los fundamentos jurídicos en los que se apoya la Audiencia Provincial, el primero, las conclusiones sacadas de un encuentro de los Presidentes de las Audiencias de Cataluña del mes de mayo de 2010 que, según dice el órgano judicial, acuerdan seguir la interpretación expuesta; y el segundo la doctrina del Tribunal Supremo que asimismo parece dar la razón a esta argumentación carecen de base alguna, en la medida en que

desobedecen la propia doctrina constitucional, que es muy clara al respecto, citando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, que ha establecido una interpretación que es vinculante para jueces y tribunales conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considerando que los supuestos de suspensión de la pena durante la pendencia de una petición de indulto o mientras se resuelve un recurso de amparo, al igual que el resto de actuaciones procesales tendentes a la ejecución de la pena que se realicen no tienen efectos interruptores de la prescripción.

En apoyo de esta interpretación alega asimismo diversas resoluciones de Audiencias Provinciales y la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de fecha 27 de Junio de 2012, que analizando la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010 y en aras de garantizar su plena aplicación, afirma que no puede interrumpirse la prescripción en el caso de suspensión por razón de tramitación de indulto y que sólo la suspensión que comporta una actividad ejecutiva sustitutoria tiene, según lo expuesto, esa eficacia interruptora.

Por todo ello, concluye que procede solicitar el amparo y que se declare nulo el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial impugnado.

4. Mediante providencia de fecha 4 de junio de 2013 la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, resuelve requerir atentamente a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga y al Juzgado de lo Penal número 2 de Málaga, para que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones, así como emplazar a quienes hubieran sido partes en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer si lo deseaban en el recurso de amparo. Asimismo, en la misma providencia, se acordó abrir pieza separada de suspensión.

5. En la pieza separada de suspensión, tras las alegaciones de las partes, la Sala Segunda de este Tribunal dictó el Auto 8 de julio de 2013, por el que se acordaba la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al demandante.

6. La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por diligencia de ordenación de 15 de julio de 2013, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dar vista de todas las actuaciones del recurso de amparo al Ministerio Fiscal y a las partes para alegaciones.

7. El 17 de septiembre de 2013 tuvo entrada en este Tribunal escrito de alegaciones presentado por la representación del recurrente, quien insiste en las mantenidas con anterioridad en su demanda de amparo.

8. Por escrito registrado el 18 de septiembre de 2013 el Ministerio Fiscal, cumplimentando el trámite de alegaciones, interesó la estimación del amparo, declarando que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad y a la legalidad penal (artículos 24.1, 17.1 y 25.1 de la Constitución Española, respectivamente) y solicitando la anulación del Auto de 24 de octubre de 2012, dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga y el Auto de fecha 26 de diciembre de 2012, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, con retroacción de actuaciones.

El Ministerio Fiscal alega que la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, FFJJ 3 y 4, reitera la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2012, y que en el presente supuesto se resolvió de forma contraria, pues tanto la Magistrada Juez de lo Penal como la Audiencia Provincial se opusieron a la declaración de la prescripción de la pena solicitada por el ahora demandante, resolviendo de forma contraria a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, que ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, antes transcrita.

Aduce que el Juzgado de lo Penal ignoró los argumentos esgrimidos por el ahora demandante y se limitó a afirmar que el artículo 4.4 del Código Penal posibilitaba la suspensión de la ejecución, si mediara petición de indulto, y que en el caso de autos constaba tal suspensión, contraviniendo de modo palmario la doctrina del Tribunal Constitucional que le había sido alegada, y en la que se afirmaba de modo explícito que en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de un indulto, la normativa reguladora no otorgaba a dicha suspensión la condición o la cualidad de causa interruptora de la prescripción de la pena suspendida. Tampoco la Audiencia Provincial se atuvo a la doctrina del

Tribunal Constitucional a la que, no obstante, se refirió en la fundamentación jurídica de su Auto de fecha 26 de diciembre de 2012, y para ello se basó en un acuerdo adoptado por diversos Magistrados, de una fecha, se dice, anterior a que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre la materia, y a una Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictada como se reconoce en el Auto cuestionado, en otro supuesto distinto. De ello concluye que ambos órganos judiciales incurrieron en una clara quiebra del mandato contenido en el artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por último indica que, aunque el ahora demandante sólo cuestiona en amparo el auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial y no el dictado por la Magistrada Juez de lo Penal, este también debe tenerse por recurrido por ser una resolución inmediata anterior a la cuestionada que la confirmó y ello según inconcusa doctrina del Tribunal Constitucional.

Por todo ello solicita el otorgamiento del amparo.

9. Por providencia de 14 de noviembre de 2013, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente recurso de amparo el Auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de diciembre de 2012 que desestima el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de lo Penal número 2 de Málaga de fecha 24 de octubre de 2012 que denegaba la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de la pena que había sido instada por el demandante.

El recurrente funda su demanda en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad y a la legalidad penal, al apreciarse en la resolución impugnada causas de interrupción de la prescripción de la pena no previstas en la ley, al no tener efectos interruptivos de la prescripción de la pena la suspensión de la misma por tramitación de indulto, en base a la doctrina plasmada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo al recurrente, con fundamento en la vulneración de los citados derechos fundamentales.

2. La cuestión que se plantea en la demanda de amparo consiste en determinar si las actuaciones practicadas en ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, según figura en los antecedentes de esta resolución, interrumpen el plazo de prescripción de la pena.

La demanda de amparo se apoya principalmente en la doctrina expresada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, en la que se interpreta que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no son causas de interrupción de la prescripción, al no estar contempladas en el artículo 134 del Código penal de 1995, de lo que se concluía que estas vicisitudes no inciden en el cómputo del periodo prescriptivo.

El demandante de amparo aduce que el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga es contrario a la doctrina de este Tribunal sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, puesto que desde que se produce la firmeza de la Sentencia (14 de junio de 2007) hasta que se solicita que se declare la extinción de la responsabilidad penal por prescripción (5 de julio de 2012) han transcurrido más de cinco años sin que se interrumpiera la prescripción en este tiempo.

En las resoluciones impugnadas se acepta que el plazo de prescripción de la pena aplicable es el de cinco años, pero se interpreta que durante el plazo de tramitación del expediente de indulto hasta que se produce el silencio (un año) se produce la interrupción de la prescripción de la pena.

3. Delimitada la cuestión fáctica, debe recordarse que, según reiterada doctrina constitucional «la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”, si bien, por tratarse de una situación de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores, ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adop-

tar – delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados» (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y resoluciones en ellas citadas).

De este modo, el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), sin posibilidad de interpretaciones in malam partem en virtud del artículo 25.1 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina el control de la resolución impugnada bajo un canon de motivación reforzada, resultando conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

4. El artículo 134 del Código penal vigente señala: «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse».

Fuera de estos supuestos, en el ámbito de ejecución de la pena, no cabe hablar de la interrupción de la prescripción, por no existir una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción de la pena, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo artículo 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción de la pena la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción (Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4).

En todo caso, debemos partir de la afirmación que realizábamos en la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada legalmente como causa de interrupción de su prescripción y los efectos de la suspensión por indulto o cualquier medida adoptada por este Tribunal no pueden ser equivalentes a los de la interrupción de la prescripción en cuanto a la supresión o pérdida del plazo ya transcurrido, puesto que a partir del Código penal de 1995 no se contemplan causas de interrupción de la prescripción al margen del supuesto del quebrantamiento de condena.

Tal regulación de la prescripción de la pena es coherente con que el hecho de que el culpable ya está plenamente identificado, a diferencia de la prescripción del delito, y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena; en consecuencia, parece razonable que los actos de ejecución dirigidos contra el condenado distintos del cumplimiento, in natura o sustitutivo, carezcan de relevancia interruptora de la prescripción.

5. En el caso examinado, se aplica un efecto interruptivo a la suspensión por indulto en el periodo de tramitación del expediente y hasta que se produce la denegación presunta (un año), lo cual no se ajusta a la doctrina de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, que descarta expresamente dicho efecto de interrupción en los casos de tramitación por indulto.

Tal como se desprende de nuestra doctrina, la medida cautelar de suspensión, ya sea por solicitud de indulto, ya sea adoptada en proceso de amparo, no interrumpe la prescripción de la pena. También hemos reiterado que el cumplimiento es la única hipótesis impeditiva del transcurso del plazo de prescripción de la pena ex artículo 134 del Código Penal.

Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que el criterio interpretativo mantenido por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones recurridos sobre la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo, no satisfacen el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal, habiendo vulnerado, en consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y el derecho a la legalidad

penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), por lo que, en consecuencia, debe otorgarse el amparo solicitado y restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados, anulando, conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal, tanto el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de diciembre de 2012, como el Auto del Juzgado de lo Penal número 2 de Málaga de 24 de octubre de 2012, en la medida en que ambos están fundados en la aplicación de una interrupción de la prescripción sin base legal, retrotrayendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

6. Tal extensión de efectos sobre el alcance del fallo, es coherente con la doctrina de este Tribunal contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2013, de 20 de mayo, FJ 2, que literalmente señala: «Este Tribunal tiene declarado que cuando se impugna una resolución judicial confirmatoria de otras resoluciones anteriores, sean administrativas o judiciales, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, han de considerarse también recurridas las precedentes decisiones confirmadas, aunque no lo hayan sido expresamente en el recurso (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 7; y 119/2012, de 4 de junio, FJ 1)», lo que sucede en la cuestión planteada.

Fallo

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don J.P.P. y, en consecuencia:

1. Declarar vulnerados el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y con el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española).
2. Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto del Juzgado de lo Penal número 2 de Málaga de 24 de octubre

de 2012, dictado en ejecutoria 223-2006, y del Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de diciembre de 2012, recaído en recurso de apelación 813-2012, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse dictado el primero de los referidos Autos para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

86.- SENTENCIA 152/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 09/09/13

El efecto interruptivo de la prescripción de la pena a raíz de la revocación de la suspensión condicional de los artículos 88 y ss, ha sido declarado sin una motivación constitucionalmente admisible.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 1 de diciembre de 2011, el Procurador de los Tribunales en representación de don Y.A.V.C., interpuso recurso de amparo contra el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, el 7 de octubre de 2011, en el rollo de apelación núm. 700-2011, desestimatoria del recurso de apelación promovido contra el Auto del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs, de 3 de mayo de 2011, en procedimiento ejecutoria núm. 60-2005, que declaró que no procedía apreciar la prescripción de la pena privativa de libertad de dos años de duración impuesta al recurrente de amparo mediante Sentencia de 14 de febrero de 2005, debiendo continuarse con su normal ejecución. Por medio de otrosí se solicitaba en el recurso la suspensión de la ejecutoria núm. 60-2005, por cuanto implicaría el ingreso en prisión del recurrente y, con ello, la pérdida de la eficacia y finalidad del amparo.

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

a) En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vinaròs se incoó el procedimiento abreviado núm. 41-2003, por dos delitos de lesiones con uso de instrumentos peligrosos y una falta de daños, cuyo enjuiciamiento correspondió al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs (actuaciones de juicio oral núm. 261-2004). El día 14 de febrero de 2005, el citado órgano judicial dictó Sentencia en la que condenó al recurrente en amparo, don Y.A.V.C., «como autor responsable de un delito de lesiones con uso de instrumentos peligrosos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de 1/3 de las costas procesales».

b) Por Auto de 15 de abril de 2005, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs suspendió, «por el plazo de cuatro años, el cumplimiento de la pena de dos años impuesta a ... Y.A.V.C., quedando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia; condicionada referida suspensión a la ausencia de actividad delictiva durante el plazo de suspensión», conforme dispone el artículo 84.1 del Código penal, al concurrir todas las circunstancias previstas para aplicar la suspensión condicional en los artículos 80 y 81 del mismo cuerpo legal.

c) Transcurrido el plazo de suspensión, habiéndose acreditado que el penado fue condenado dentro del mismo por Sentencia de 27 de diciembre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Amposta por un delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, cometido el día 26 de diciembre de 2007, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs dictó Auto de 3 de noviembre de 2009 revocando los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena que habían sido concedidos en el Auto de 15 de abril de 2005, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 84.1 y 85.1 del Código Penal, y ordenó la ejecución de la pena impuesta de dos años de prisión. Dicho Auto fue notificado el 30 de marzo de 2010, requiriéndose el ingreso en prisión en el plazo de cinco días.

d) Por escrito presentado el 8 de abril de 2010, el recurrente en amparo solicitó al Excmo. Sr. Ministro de Justicia que propusiera al Gobierno la concesión del indulto total de la pena impuesta en la Sentencia de 14 de febrero de 2005. En la misma fecha recabó del Juzgado de lo Penal la suspensión de la ejecución de la pena en tanto se resolvía la petición de indulto. Tal pretensión fue denegada por Auto de 18 de mayo de 2010, dictado por el mismo órgano judicial, en atención a la duración de la pena, la existencia de antecedentes penales posteriores a la comisión de los hechos que acreditan la actual peligrosidad del reo y la absoluta ineficacia y disponibilidad de la ejecución material de una pena privativa de libertad que supondría atender a la solicitud, generando un beneficio indefinido al que fue condenado en Sentencia firme y desaprovechó la oportunidad de no cumplir la pena privativa de libertad, como consecuencia de la nueva condena por hechos posteriores cometidos dentro del plazo de suspensión. Por Auto de 22 de febrero de 2011, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón desestimó el sucesivo recurso de apelación.

e) En fecha 23 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs dictó providencia dando cuenta del oficio remitido por la Subsecretaría de Justicia, División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos-Indultos, según el cual se acordó no conceder al penado el indulto solicitado, así como del Auto de 22 de febrero de 2011, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, desestimatorio de la apelación contra el de 18 de mayo de 2010 que rechazó suspender la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto. A la vista de ello, se requirió al penado para que, en el plazo improrrogable de cinco días ingresase voluntariamente en el centro penitenciario para cumplir la pena de dos años de prisión que le fue impuesta.

f) Por escrito registrado el día 31 de marzo de 2011, el recurrente en amparo promovió ante el Juzgado la declaración de extinción de su responsabilidad penal, por prescripción de la pena, transcribiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre. Pedía subsidiariamente, al amparo del artículo 88 del Código Penal, la sustitución de la pena de prisión por otra de multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Destacaba en su escrito que mediante Auto de 3 de noviembre de 2009, notificado el día 30 de marzo de 2010, después de haber transcurrido por tanto el plazo de cuatro años de suspensión condicional de la ejecución de la pena y más de cinco años desde la fecha de la Sentencia firme condenatoria, el Juzgado acordó revocar los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena y el ingreso voluntario en centro penitenciario para el cumplimiento de la condena. A su juicio, a la vista de lo establecido en los artículos 130.7, 133 y 134 del Código Penal, se habría producido la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de la pena. Subraya a tal fin lo dispuesto en esos preceptos y el hecho de que no exista regulación alguna en el Código penal sobre la interrupción de la prescripción de la pena, a cuyo objeto recoge lo razonado en la Sentencia constitucional anteriormente citada. Y considera que dicha doctrina resulta plena y forzosamente aplicable al caso, por cuanto que de ella se deduce que el Código penal de 1995 únicamente contempla la existencia de causas de interrupción de la prescripción en relación con las infracciones penales (artículo 132 del Código Penal), pero no respecto de las penas, de manera que la suspensión condicional por aplicación de los artículos 80 y ss. del Código Penal no está configurada legalmente como causa de interrupción de la prescripción de éstas.

En definitiva, terminaba su escrito, «en caso de suspensión condicional de la pena, si no se revoca la suspensión y se empieza a ejecutar el cumplimiento de la pena antes de que transcurra el correspondiente plazo prescriptivo, la pena estará prescrita. En el presente caso, por un lado, la notificación a mi representado del auto revocatorio de la suspensión de la ejecución de la pena se efectuó en fecha 30 de marzo de 2010, después de transcurrido el plazo legal de prescripción de cinco años, y a fecha de hoy tampoco se ha procedido al cumplimiento de dicha pena, por lo que es evidente que la misma debe declararse prescrita». Más aún, añadía, teniendo en cuenta que desde que se cometieron los hechos objeto de condena hasta que se celebró el juicio transcurrieron tres años, sin que tal dilación en la instrucción fuera imputable al condenado, y que, asimismo, desde que se acordó la suspensión de la ejecución de la pena hasta que se notificó su revocación transcurrieron otros cinco años; ocho años en total en los que, salvo la involuntaria alcoholemia que motivó la revocación del beneficio condicional, la conducta fue absolutamente normal, demostrando que se halla totalmente socializado y que los fines constitucionales de reeduca-

ción o reinserción social de la pena han sido cumplidos sin necesidad de que la misma sea ejecutada.

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs dictó Auto de 3 de mayo de 2011, que rechaza la prescripción de la pena y su sustitución. La resolución judicial razona que el juzgador no desconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, de la que se desprende efectivamente una limitación de las causas interruptoras del plazo de prescripción a computar para la extinción de la pena; que también es consciente de que ni el Código penal, ni ninguna otra norma sustantiva o procesal, establecen expresamente como causa interruptora de la prescripción de la pena el periodo en que se produce la efectiva suspensión de su ejecución como beneficio condicional en los términos de los artículos 80 y ss. del Código Penal; que, sin embargo, la interpretación no interruptora del plazo de prescripción supondría la inejecución de muchas penas impuestas que posteriormente son suspendidas por la concesión del beneficio referido; y que, a pesar de la contundencia que en materia de interrupción de la prescripción de la pena posee la doctrina de sentencia del Tribunal Constitucional antes citada, no se comparte su extensión a los supuestos de interrupción de la prescripción durante la suspensión de la ejecución de la pena como beneficio condicional de los artículos 80 y ss. del Código Penal, considerando, por el contrario, que cabe diferenciar las situaciones de interrupción de la prescripción de la pena por suspensión de la ejecución durante la tramitación del indulto, de las de suspensión por la concesión del beneficio condicional reseñado. Así lo entiende en el presente caso, en el que estima que no ha transcurrido el plazo de prescripción de cinco años de la pena de dos años de prisión teniendo en cuenta que la firmeza de la Sentencia condenatoria se produjo en fecha 14 de febrero de 2005, notificándose la suspensión de la ejecución ex artículo 80 y ss. del Código Penal por un plazo de cuatro años el 6 de junio de 2005 y revocándose el beneficio de la suspensión mediante Auto de 3 de noviembre de 2009, «por lo que a fecha de la presente resolución, atendida la naturaleza y duración de la pena que fue impuesta, restan para cumplir el plazo de prescripción de la pena más de tres años, por lo que no cabe declarar la misma en ningún caso».

g) El recurrente en amparo interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por Auto de 7 de octubre de 2011, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón. En su

razonamiento jurídico segundo se razona lo siguiente:

«Se plantea a través del presente recurso si cabe atribuir, o no, efectos de interrupción de la prescripción de la pena a los supuestos de suspensión de la ejecución de la misma, pues pretende el apelante que habiendo adquirido firmeza la sentencia en cuestión, en fecha 14 de febrero de 2005 y no habiéndose iniciado su cumplimiento, ni existiendo causa legal de interrupción, necesariamente ha de declararse prescrita. El examen de las actuaciones y el de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre así como de nuestros autos de 26 de febrero de 2009 y 21 de abril de 2010, y las fundadas razones expuestas por el Juez a quo han de conducir a la desestimación del motivo de recurso, pues efectivamente tal y como tenemos dicho no puede admitirse una interpretación tan literal como para entender prescrita la pena automáticamente una vez que ha transcurrido el tiempo previsto a partir de la firmeza de la sentencia, pues dicha interpretación iría en contra de la propia institución de la prescripción que por propia naturaleza puede ser interrumpida y de ser así algunas infracciones quedarían sin ejecutar. Necesariamente hay que entender que aunque no se contemplen causas concretas de interrupción, han de entenderse de aplicación analógica las establecidas para la prescripción del delito, cuando se estén practicando diligencias para la ejecución. Por otro lado, y como tenemos dicho, una vez acordada la ejecución voluntaria y suspendida la misma con arreglo a derecho, no está olvidada ni paralizada sin razón, por lo que el plazo interruptivo deberá iniciarse desde la finalización teórica del plazo suspensivo.

En base a las anteriores consideraciones comparte la Sala los argumentos que contiene el auto impugnado pues no obstante la Sentencia del Tribunal Constitucional cabe diferenciar los supuestos de interrupción de la prescripción de la pena por suspensión de la ejecución de la misma durante la tramitación del indulto, de la suspensión por la concesión del beneficio condicional de los artículos 80 y siguientes del Código Penal tal y como acontece en el presente caso. Así pues, sentado lo anterior en el presente caso no puede entenderse transcurrido el plazo de prescripción de cinco años de la pena de dos años de prisión, pues la firmeza de la sen-

tencia se produjo el 14 de febrero de 2005, notificándose la suspensión de la ejecución de la pena ex artículo 80 y siguientes del Código Penal por un plazo de cuatro años el 6 de junio de 2005, revocándose definitivamente el beneficio de la suspensión por auto de 3 de noviembre de 2009, por lo que tal y como argumenta el Juez a quo, atendida la naturaleza y duración de la pena que fue impuesta, restan para cumplir el plazo de prescripción de la pena más de tres años.»

3. El recurrente en amparo se dirige contra los Autos de 3 de mayo de 2011, del Juzgado núm. 1 de Vinaròs, y de 7 de octubre de 2011, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, por vulneración de los artículos 24.1, 17.1 y 25.1 y 2 de la Constitución Española. A tal fin invoca y reproduce la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, denunciando que la interpretación efectuada por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial de Castellón en las resoluciones recurridas excede del tenor literal de los preceptos legales aplicables, desbordando el margen que aquel pronunciamiento constitucional ha otorgado a los órganos judiciales al aplicar el régimen jurídico de la prescripción de la pena. A su juicio, las normas de referencia no contemplan la suspensión condicional de la ejecución de la pena derivada de la aplicación de los artículos 80 y ss. del Código Penal como causa de interrupción de la prescripción, de manera que aquellos Autos carecerían de cobertura legal.

Con base en aquel precedente de nuestra jurisprudencia, en efecto, sostiene que el Código penal únicamente define de manera expresa las causas de interrupción de la prescripción de las infracciones penales (artículo 132 del Código Penal), no así de las penas; que al igual que sucede con las suspensiones por indulto o tramitación de un recurso de amparo, la normativa que regula la suspensión condicional de la pena tampoco otorga a ésta la condición o la cualidad de causa interruptora de la prescripción de la pena suspendida; que una interpretación contraria carece de cobertura legal y que es al legislador a quien compete determinar con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica y conforme a los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción, regulando la causas interruptivas de la misma; que, por ello, si el legislador no incluyó los supuestos de suspensión de ejecución de la

pena como causas de interrupción de la prescripción de la misma fue porque no quiso hacerlo; y que, por lo tanto, una interpretación expansiva no es acorde con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) ni con el principio de legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), ya que la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el artículo 17.1 de la Constitución Española, excluyendo interpretaciones in malam partem.

En definitiva, a criterio del recurrente, las resoluciones impugnadas revelan una solución que no se adecúa al significado directo de los preceptos legales aplicables y resultan contrarias a la doctrina anteriormente expresada, lesionando el derecho del recurrente a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española) al denegar la prescripción sin sustento en preceptos legales que lo dispongan y en función de una interpretación en perjuicio del reo.

En virtud de lo dicho, suplica al Tribunal Constitucional que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia en la que otorgue el amparo solicitado; declare la nulidad de los Autos recurridos por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), y retrotraiga las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con la Constitución.

4. En virtud de providencia de la Sala Segunda, de 27 de febrero de 2012, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, y se solicitó la certificación o fotocopia adverada de las actuaciones a los órganos judiciales que intervinieron en los diferentes grados jurisdiccionales, antes citados, así como la práctica de los emplazamientos correspondientes.

Se acordó asimismo la suspensión cautelar de la ejecución de la pena de prisión impuesta al recurrente, formándose la correspondiente pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión. Por Auto del Tribunal Constitucional 58/2012, de 26 de marzo, concedimos la suspensión solicitada, tanto de la ejecución de la pena privativa de libertad de dos años de duración, como de la accesoria, de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, impuestas a don Y.A.V.C. en la

Sentencia de 14 de febrero de 2005 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 12 de abril de 2012, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, de conformidad con el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 3 de mayo de 2012. Interesa el otorgamiento del amparo a tenor de la jurisprudencia recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre. A su parecer, no obstante la distinta naturaleza del beneficio de la suspensión de condena en el caso a que se refieren las resoluciones impugnadas y en el supuesto resuelto en aquel precedente, y aunque esa distinta naturaleza pudiera determinar que no fuera trasladable sin matices la doctrina del Tribunal al supuesto ahora examinado, lo cierto es que los órganos judiciales en las resoluciones recurridas se han abstenido de toda argumentación al respecto, limitándose a rechazar la aplicación de dicha doctrina al caso debatido con criterios que ha rechazado este Tribunal, sin aducir soporte legal ni argumentativo alguno sobre la especificidad que se dice concurrente. Esto es, no contradicen la ratio decidendi que se inferiría de aquella jurisprudencia en su proyección al supuesto actual, a saber: el carácter decisivo de la no regulación legal de la revocación de la suspensión de la ejecución de condena ex artículos 80 y ss. del Código Penal como causa interruptiva de la prescripción de la pena, ni en el artículo 134 del Código Penal ni en los artículos 80 y siguientes del mismo texto normativo, más aun considerando, adicionalmente, que la comisión de una infracción delictiva como elemento desencadenante de la interrupción de dicha prescripción fue expresamente suprimido por el legislador.

Por todo ello, interesa del Tribunal Constitucional que dicte sentencia otorgando el amparo.

7. El recurrente evacuó el trámite de alegaciones el día 11 de mayo de 2012, dando por reproducido y ratificado su escrito de demanda.

8. Por providencia de 5 de septiembre de 2013 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 9 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión suscitada en la presente demanda de amparo se contrae a determinar si ha resultado vulnerado o no el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y con el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), al no haber estimado los órganos judiciales la prescripción de la pena que le fue impuesta, considerando a tal efecto la revocación de la suspensión de la ejecución de condena que se adoptó en el supuesto de hecho, en aplicación de la institución de la suspensión condicional de los artículos 80 y siguientes del Código penal (del Código Penal), como causa interruptiva de la prescripción, lo que a juicio de quien demanda amparo supone apreciar una causa de interrupción de la prescripción de la pena no prevista en la ley, en contra de la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, con fundamento en la vulneración de los citados derechos fundamentales.

2. La demanda de amparo se apoya en la doctrina expresada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, en la que interpretamos que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no es causa de interrupción de la prescripción de la pena.

Se advierte en ello, sin embargo, una primera y sustancial diferencia entre los supuestos de hecho analizados, pues nos ocupamos ahora del efecto que sobre dicha prescripción posea el beneficio condicional de los artículos 80 y ss. del Código Penal y su revocación por comisión de una nueva infracción penal, así como de las garantías que la Constitución otorgue frente a las decisiones judiciales que incidan en ese particular (si las mismas o diversas de las que establecimos en aquel pronunciamiento). En el presente recurso, en efecto, la suspensión de la ejecución por indulto o por la formalización de un recurso de amparo no cuentan con ningún pro-

tagonismo, toda vez que, aunque el indulto también fue en esta ocasión solicitado tras la revocación de la suspensión condicional, no dio lugar a una suspensión de la ejecución de la pena, al denegarse tal pretensión de la parte en Auto de 18 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs, confirmado por la Audiencia Provincial de Castellón en resolución de 22 de febrero de 2011.

Por lo expuesto, el asunto que enjuiciamos resulta más próximo al abordado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo, ya que en él también había operado el régimen de los artículos 80 y ss. del Código Penal. No obstante, por razones de congruencia, no pudimos resolver entonces la problemática que aquí se suscita, pues el recurrente planteaba exclusivamente la aplicación de la doctrina constitucional de la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, en lo referente al periodo de suspensión de la ejecución de la pena por petición de indulto – suspensión que allí sí se concedió—. El demandante no se refería en ningún momento, en cambio, al periodo de suspensión condicional que medió, ex artículo 80 y ss. del Código Penal, hasta que se suspendió cautelarmente la ejecución de la pena por la reseñada petición de la medida de indulto, solicitada tras la revocación previa del beneficio condicional que nos ocupa.

3. Debe recordarse, con carácter general, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que nos corresponde ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal. Como recordara la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, esta doctrina, aunque ha sido elaborada en relación con la prescripción de las infracciones penales, resulta también de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena. Tras enunciar esa confluencia de garantías, en dicho pronunciamiento declaramos lo siguiente (FJ 2):

«El canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o denegando la existencia de prescripción es el propio del artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente. Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego

en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial desestimatoria de la prescripción de la responsabilidad criminal y su posible afectación, como ocurre en este caso, a los derechos fundamentales a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española), hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos supuestos, hablándose de una tutela reforzada que exige, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. Por lo tanto la decisión por la que se desestima una pretensión de prescripción, al afectar, como aquí acontece, a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución –que, por otra parte, distan de ser diáfanas–, en el entendimiento de que esta interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal.

Por ello hemos declarado también que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de la lesión de los derechos fundamentales en juego en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional, 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 7 y 10; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 2).»

4. En aplicación de esos criterios de control, no podemos sino concluir con la estimación del amparo en este recurso como hiciéramos en los precedentes mencionados relativos a la prescripción de la pena (Sentencias

del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, y 109/2013, de 6 de mayo), aunque debamos enunciar razones nuevas en atención a las diferencias fácticas concurrentes y a las peculiaridades que informan la suspensión condicional de los artículos 80 y ss. del Código Penal.

Contemplado el canon de constitucionalidad descrito, que nos conduce al examen de la motivación de la decisión judicial adoptada en los términos que acabamos de expresar en el anterior fundamento jurídico, será obligado analizar los razonamientos explicitados en las resoluciones recurridas.

Por Auto de 15 de abril de 2005, declarada firme la sentencia condenatoria y concurriendo las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81 del Código Penal, se acordó aplicar al penado la suspensión condicional por un plazo de cuatro años, bajo la expresa condición de que no volviese a delinquir durante el periodo de suspensión. El día 3 de noviembre de 2009, transcurrido por tanto el plazo señalado, se revocó el beneficio condicional con base en la hoja histórico penal incorporada a las actuaciones, de la que se deducía que el penado fue condenado por otra infracción penal durante la suspensión (Sentencia firme de fecha 27 de diciembre de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Amposta, por un delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas cometido el día 26 de diciembre de 2007). El órgano judicial ponía de manifiesto en el Auto de 3 de noviembre de 2011 la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 84.1 del Código Penal (haber delinquido durante el plazo de suspensión fijado), y acordaba la revocación de la suspensión y la inmediata ejecución de la pena privativa de libertad. Razonaba que «no cabe el otorgamiento de otro nuevo beneficio suspensorio, ni la sustitución de la pena, de acuerdo con el reiterado criterio expresado por nuestra Audiencia Provincial, que ha rechazado que sea posible acordar la sustitución de una pena privativa de libertad, tras ser revocada la suspensión de su ejecución acordada previamente, ya que ello contravendría el mandato imperativo contenido en el artículo 85.1 del Código Penal, en que se prescribe que “revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena”. Además, como también recuerda la Audiencia de Castellón, una vez que se ha suspendido la pena, se ha entrado en la fase de ejecución de la Sentencia en que se impuso, con lo que ya habría precluido la oportunidad de conceder la sustitución de la pena, según el tenor literal del artículo 88 del Código Penal, que limita

dicha posibilidad al caso en que aún no haya dado inicio la ejecución de la condena».

Seguidamente, el recurrente en amparo solicitó indulto, que no dio lugar sin embargo a una suspensión de la ejecución, al denegarse esa pretensión por Auto de 18 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs, confirmado por la Audiencia Provincial de Castellón en Auto de 22 de febrero de 2011. Se estimaba que, tras el incumplimiento de la condición, no procedía la concesión de ningún otro beneficio suspensivo, tampoco del previsto en el artículo 4.4 del Código Penal, a tenor del cual: «Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria».

Por providencia de 23 de marzo de 2011, una vez recibido oficio de la Subsecretaría de Justicia, División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos-Indultos, en el que constaba la no concesión del indulto, se requirió de nuevo al penado el ingreso voluntario en el centro penitenciario para cumplir la pena de prisión de dos años que le fue impuesta, solicitando entonces el recurrente, al haber transcurrido en exceso el plazo de cinco años desde la firmeza de la sentencia condenatoria de 14 de febrero de 2005 sin haberse procedido al cumplimiento de la pena de prisión, y de conformidad con lo establecido en los artículos 130.7, 133 y 134 del Código Penal, que se declarara la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de la pena.

A raíz de esa nueva pretensión se dictaron las resoluciones recurridas en amparo, razonando el fundamento segundo del Auto de 7 de octubre de 2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, que confirma el inicialmente dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs, de 3 de mayo de 2011, en los términos transcritos en el antecedente 2 g).

5. La respuesta transcrita, desarrollada en mayor medida en el Auto del Juzgado de lo Penal pero coincidente en esencia con la expresada, no

cumple el canon de motivación reforzada que exigimos en materia de prescripción, como se razonará a continuación.

De una parte, debemos recoger las premisas normativas que estableció nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, en su fundamento jurídico 4:

«El Código penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales (artículo 132 del Código Penal), no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el del Código Penal 1995, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (artículo 130.7 del Código Penal), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos (artículo 133 del Código Penal) y a determinar el dies a quo del cómputo de dichos plazos (artículo 134 del Código Penal). Al respecto este último precepto dispone que “el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebramiento de la condena, si ésta hubiera comenzado al cumplirse”. Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto. Regulación que contrasta con la del precedente Código penal de 1973, cuyos artículos 115 y 116 estaban dedicados a la prescripción de las penas. En tanto que el artículo 115 del Código Penal de 1973 establecía los plazos de prescripción de las penas, el artículo 116 constaba de dos párrafos, dedicado el primero a disponer el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción, que sustancialmente no difiere del artículo 134 del Código Penal de 1995, y el segundo a prever los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena y contemplar expresamente como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción. Así pues el legislador del Código Penal de 1995 en la regulación de la prescripción de las penas mantiene el dies a quo del cómputo de su plazo que aparecía ya contemplado en el artículo

116 del Código Penal de 1973, aunque variando su redacción en algún aspecto puntual, pero no sustancial en lo que ahora nos interesa, y omite cualquier referencia a los efectos de la prescripción de las penas y a la comisión de otro delito como causa de interrupción, entonces regulados en el párrafo segundo del artículo 116 del Código Penal de 1973.»

De otra parte, como quiera que constituye la auténtica dimensión constitucional del caso y permite verificar nuestra función de tutela sin interferir en competencias ajenas a nuestra jurisdicción, hemos de reiterar que el control de las decisiones judiciales sobre prescripción penal en sede constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva en conexión con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), evitando interpretaciones in malam partem en virtud del artículo 25.1 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12). Esto es, para situarse en el plano de la adecuación a esos derechos fundamentales, es precisa, de una parte, una motivación reforzada que exteriorice el razonamiento judicial, identifique la causa prevista en la ley y su concurrencia ad casum (esta vez, la interrupción de la prescripción de la pena por el beneficio condicional o por su revocación tras la comisión de una nueva infracción penal en el periodo de suspensión); en segundo lugar, una respuesta que manifieste, más allá de su carácter razonado, un nexo de coherencia entre la decisión adoptada (aquí, una decisión no prescriptiva frente a quien invocaba la causa extintiva de la responsabilidad penal), la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución (un pronunciamiento, en suma, presidido por la ratio legis y el fin de protección que inspira las normas sobre la prescripción); y es necesario, finalmente, al estar comprometidos aquellos derechos fundamentales sustantivos, en particular el de la libertad, que la respuesta judicial no pueda censurarse por estar desprovista de fundamento normativo o por articularse bajo la cobertura impropia de la ley, por proceder contra lo que la ley dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 57/2008, de 28 de abril, FJ 2, y recientemente 109/2013, de 6 de mayo, FJ 3) o por carecer de un particular rigor al incurrir en una interpretación en perjuicio del reo del tenor literal de la norma que regule el instituto de la prescripción penal

(Sentencias del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

Y en esta ocasión, según razonaremos de inmediato, visto que las declaraciones judiciales carecen de un soporte argumental que armonice el tenor literal normativo, los fines de la institución y la decisión no prescriptiva adoptada, revelan una lectura expansiva y analógica en perjuicio del reo de la figura de la interrupción de la prescripción. En efecto, los órganos judiciales no procedieron a una exégesis fundada y sistemática que habilitara la conclusión alcanzada sobre la interrupción de la prescripción de la pena, contrarrestando la ausencia de regulación explícita de la misma, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo artículo 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción de la pena la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción (Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4).

Si pese a esa primera apariencia o evidencia normativa, o si se prefiere, pese al silencio legal, consideraban posible una lectura de la regulación que permitiera sostener que el lapso de la prescripción de la pena seguía su curso durante las incidencias propias de la suspensión condicional, debían haberlo hecho explícito, argumentado y razonando ese criterio desde la norma y la finalidad de la institución. Frente a ello, la apreciación realizada en las resoluciones recurridas se caracteriza por extender apodícticamente al ámbito de la prescripción de la pena las causas de prescripción del delito (Auto de 7 de octubre de 2011), por expresar convicciones sobre un óptimo normativo que evitaría efectos indeseados de inejecución (Auto de 3 de mayo de 2011), y por negar con argumentos borrosos y vagos la aplicación de lo que dispuso la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, en casos de suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo a supuestos de revocación del beneficio condicional del artículo 80 y ss. del Código Penal, de espaldas a la falta de explicitación legal y al cambio normativo.

No ofrecieron, en cambio, razones normativas que diferenciaron a los efectos prescriptivos el caso aquí enjuiciado y los supuestos de suspensión por tramitación de un indulto. Tampoco construyeron una hipótesis interpretativa que perfilara la suspensión condicional como una modalidad de

cumplimiento (cumplimiento que interrumpe la prescripción en los términos previstos en el artículo 134 del Código Penal, según señalamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4), lo que tendría consecuencias sobre la cuestión examinada, ya que, conforme a tal hipótesis hermenéutica, en el régimen de los artículos 80 y ss. del Código Penal no estaría paralizado el cumplimiento de la condena, sino en curso desde la notificación personal al penado de la suspensión condicional. La exposición de motivos del Código penal de 1995, al referirse a las formas sustitutivas de ejecución de la pena, la ubicación sistemática dentro del capítulo III del título III del libro I de los preceptos aplicables («De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional»), o argumentos de evolución normativa o jurisprudenciales, podrían tal vez haber avalado esas interpretaciones alternativas u otras similares, contrarrestando el aparente silencio legal y conduciendo a la declaración de la interrupción de la prescripción de la pena en caso de revocación del beneficio condicional, sin perjuicio de lo que correspondiera decir a este Tribunal si se sometiera esa construcción a un juicio de constitucionalidad.

Sin embargo, como se ha señalado, en los Autos impugnados no se ha optado por construir con esas bases argumentales, habiéndose preferido un razonamiento paralelo a la ley y a la evolución normativa, ajeno al concepto de cumplimiento y a las modalidades del mismo, encuadrando en ellas la suspensión condicional y sus efectos eventualmente interruptivos de la prescripción de la pena. Por otra parte, como afirma con razón el Ministerio Fiscal, se actuó con indiferencia frente a la *ratio decidendi* que se infiere de nuestras Sentencias del Tribunal Constitucional 97/2010 y 109/2013 en su proyección al supuesto actual, esto es, el carácter decisivo que hemos otorgado al silencio legal sobre la prescripción (esta vez, por tanto, a la no regulación legal explícita de la revocación de la suspensión condicional como causa interruptiva de la prescripción de la pena, ni en el artículo 134 del Código Penal ni en los artículos 80 y siguientes del mismo texto normativo). Un razonamiento judicial, en definitiva, que carece de fundamentos claros y de amparo en la norma, difuminando el plazo temporal en el que el Estado puede proceder a exigir el cumplimiento de la pena, produciendo incertidumbre y provocando inseguridad sobre una latencia *sine die* de la amenaza penal o, cuando menos, sobre el calendario de exigencia de responsabilidad por los hechos cometidos.

No corresponde a este Tribunal mediar ni terciar en el debate. Basta comprobar que existen diversas interpretaciones posibles, para afirmar no obstante a renglón seguido, teniendo en cuenta los precedentes del Código penal de 1995 y el tenor literal de la actual regulación, que desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), el efecto interruptivo de la prescripción de la pena a raíz de la revocación de la suspensión condicional del artículo 80 y ss. del Código Penal ha sido declarado, en este caso concreto, sin una motivación constitucionalmente admisible.

El enjuiciamiento debe detenerse aquí, y, en consecuencia, los efectos del otorgamiento del amparo para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados habrán de conducir a anular las resoluciones judiciales recurridas, en la medida en que están fundadas en la aplicación de una interrupción de la prescripción de la pena no motivada, retrotrayendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales lesionados, como se nos solicita en la demanda.

Fallo

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Y.A.V.C. y, en consecuencia:

1. Declarar vulnerados el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y con el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución Española).
2. Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, el 7 de octubre de 2011, en el rollo de apelación núm. 700-2011, y del Auto del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs, de

3 de mayo de 2011, en procedimiento ejecutoria núm. 60-2005, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse dictado los referidos Autos para que por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vinaròs se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Voto particular que formula el Magistrado don Enrique López y López a 1.^a Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6549-2011

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de mis colegas, por medio de este Voto particular quiero expresar mi discrepancia con el argumento que se efectúa en la Sentencia mayoritaria.

Me parece acertada la premisa de la que se parte en la Sentencia cuando distingue en el segundo fundamento el caso presentado del planteado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, distinción que debió llevar a denegar el amparo solicitado.

El núcleo de mi discrepancia resulta de la limitada perspectiva en que se examinan los derechos invocados por el demandante, óptica que no era la que se plasmó en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, ni tampoco en otras en las que junto con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), se ha invocado el derecho a la libertad personal (artículo 17).

En efecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, no detuvimos nuestro análisis en que la resolución impugnada no satisfacía el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como el que ahora nos ocupa, sino que completamos nuestro razonamiento al indicar que la interpretación judicial plasmada en los Autos impugnados «excede, por tanto, del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal».

Este último examen es el que se omite en la Sentencia de la que discrepo y considero que no debió eludirse, pues se ha ocasionado un «efecto retardatario» de la tutela impetrada.

En efecto, la Sentencia se reserva emitir un ulterior juicio de constitucionalidad sobre un eventual pronunciamiento que considerara interrumpido el plazo de prescripción de la pena a través de la construcción de una: «hipótesis interpretativa que perfilara la suspensión condicional como una modalidad de cumplimiento (cumplimiento que interrumpe la prescripción en los términos previstos en el artículo 134 del Código Penal, según señalamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4), lo que tendría consecuencias sobre la cuestión examinada, ya que, conforme a tal hipótesis hermenéutica, en el régimen de los artículos 80 y ss. del Código Penal no estaría paralizado el cumplimiento de la condena, sino en curso desde la notificación personal al penado de la suspensión condicional. La exposición de motivos del Código penal de 1995, al referirse a las formas sustitutivas de ejecución de la pena, la ubicación sistemática dentro del capítulo III del título III del libro I de los preceptos aplicables («De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional»), o argumentos de evolución normativa o jurisprudenciales, podrían tal vez haber avalado esas interpretaciones alternativas u otras similares, contrarrestando el aparente silencio legal y conduciendo a la declaración de la interrupción de la prescripción de la pena en caso de revocación del beneficio condicional» (FJ 5).

Pues bien, pese a que la Sentencia parece que valida la «hipótesis interpretativa» que la propia resolución anticipa, al afirmar que dicho razonamiento «tendría consecuencias sobre la cuestión examinada» al configurar la suspensión condicional una forma de sustitución de la pena –validación constitucional que comparto plenamente–, sin embargo deja sin resolver definitiva y explícitamente la cuestión. Y ello pese a que hemos razonado –en supuestos de habeas corpus (artículo 17.4 de la Constitución Española) también trasladables al ámbito de invocaciones del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española)– que cuando con la queja relativa a la «carencia de la necesaria motivación» se unía la invocación del derecho a la libertad «la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondría sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 de la Constitución Española, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal», llegando a afirmar

que la prioridad es tal «que resulta innecesario realizar cualquier otra consideración sobre la lesión a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación, que se articula con carácter independiente en el escrito de demanda» (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2012, de 7 de mayo, FJ 6).

Por ello entiendo que pese a reconocer la ausencia de una motivación reforzada en las resoluciones impugnadas, la resolución hubiera tenido que hacer explícito, impidiendo de este modo el indicado «efecto retardatorio», que las resoluciones impugnadas no exceden del directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, por lo que, en definitiva, tenían cobertura legal.

CAPÍTULO 9

PRISIÓN PREVENTIVA

87.- SENTENCIA 210/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 16/12/13

Orden Europea de Detención y Entrega. La medida de “prisión provisional diferida” no tiene cobertura legal y transgrede los principios de excepcionalidad, previsibilidad y proporcionalidad.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 27 de abril de 2012, doña M. L. B., Procuradora de los Tribunales, y de H.R.C., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente fue detenido el 26 de mayo de 2010 con ocasión de la incoación de diligencias previas núm. 194-2009 seguidas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional por hechos para cuyo enjuiciamiento eran competentes los órganos judiciales españoles.

b) Por las autoridades judiciales rumanas se emitieron tres órdenes europeas de detención y entrega, incoándose por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 los siguientes procedimientos: 100-2010 (rollo de Sala 128-2010); 127-2010 (rollo de Sala 165-2010); y 128-2010 (rollo de Sala 166-2010). Celebradas las comparecencias legalmente previstas, el demandante se opuso a la entrega y no renunció al principio de especialidad, acordando el órgano judicial elevar las actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y decretar la prisión provisional.

c) Mediante tres Autos dictados en cada una de las causas citadas el 13 de agosto de 2010, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dispuso la entrega del recurrente a Rumanía, acordando suspenderla hasta que el estado de la causa seguida contra el reclamado en España (diligencias previas 194-2010) permitiera ejecutarla.

d) Igualmente, mediante sendos Autos de igual fecha dictados en las citadas causas, se acordó «la prisión instrumental de H. R. Ch., también conocido como R. A., que se materializará a partir del mismo momento que quede en libertad por las demás causas que tiene pendientes en España, debiendo a partir de ese momento, quedar a disposición de este Tribunal para ejecución de la presente Orden Europea de Detención y Entrega».

Tales resoluciones se basaban, de forma extractada (FFJJ 2 y 3) en los siguientes razonamientos jurídicos:

- La Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo, aborda la cuestión relativa a la suspensión de la entrega, en los casos del artículo 21 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, por tener la persona reclamada un proceso penal pendiente en España y es concluyente cuando dice que «ni en el citado precepto ni en ningún otro de esta ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión», por lo que la doctrina que sienta se traduce en que en modo alguno el tiempo máximo de privación de libertad por una orden europea de detención y entrega, una vez tomada la decisión judicial de entrega, puede exceder de los diez, en su caso veinte, días que permite el artículo 20 de la Ley.
- Esta decisión del Tribunal Constitucional ha planteado problemas, en lo que al régimen de la prisión se refiere, ya que, a raíz de la interpretación constitucional, lo que resulta evidente es que, de ninguna manera, una prisión preventiva acordada en un procedimiento de orden europea de detención y entrega puede quedar sujeta a los plazos y prórrogas de la Ley de enjuiciamiento criminal, y es que, aunque el régimen de ésta sea el que establece la ley procesal penal, en lo referente a su

duración, la propia ley sobre orden europea de detención y entrega fija unos plazos específicos, que, precisamente, por ser propios, han de ser cumplidos en los términos que específicamente vienen dados en la Ley, al apartarse del régimen general.

- No nos parece la solución más acertada la de acordar la libertad por el procedimiento de orden europea de detención y entrega, en la confianza de que, al estar en prisión por otra causa en España, se evita el riesgo de fuga, pues, si bien esto es así, ello sucederá mientras se encuentre preso por esa otra causa, a la que, dicho sea de paso, es ajeno por completo el Juez o Tribunal de la orden europea de detención y entrega y sucede, por otra parte, que el Juez de la orden europea de detención y entrega no puede mantener en prisión al reclamado más tiempo del que la propia ley marca, por más que solicite del Juzgado del que penda la otra causa por la que se encuentra preso el reclamado en España, o del centro penitenciario donde esté internado, que le sea comunicado a la mayor brevedad posible cualquier cambio en la situación personal que se produzca en aquella otra causa de dicho reclamado, en un régimen normal de ejecución de esta puesta en libertad por esa otra causa. Lo que sucederá es que esa puesta en libertad se haga efectiva antes de que el Juez de la orden europea de detención y entrega haya podido adoptar cualquier medida sobre la persona reclamada, que asegure la ejecución de la euroorden, y ello porque, recibida una orden de excarcelación en el Centro Penitenciario, remitida por el Juez a cuya disposición se encuentre el preso, no le cabe más que cumplirla, sin esperar a lo que vaya a decidir el Juez de la orden europea de detención y entrega, si no está preso por este procedimiento, mientras que, por otra parte, tampoco es exigible al Juez a cuya disposición se encuentre preso por otra causa en España el reclamado, que anticipe una decisión sobre la libertad, y no tanto porque en ocasiones difícilmente la puede anticipar (piénsese que la solicitan las acusaciones), sino porque cualquier decisión sobre la libertad ha de ser inmediatamente ejecutiva, lo que resulta incompatible con que se pueda anticipar

una decisión que es de inmediato cumplimiento, ya que el primer pronunciamiento que, al respecto se haga, será el de la efectiva puesta en libertad.

- En una primera aproximación, podemos decir que, cuando menos, es ineficaz que existan varios mandatos de prisión sobre una misma persona por varias causas; desde luego, si es un régimen de prisión preventiva, porque luego ésta sólo se abonará a una de ellas, y también en régimen de cumplimiento, porque tampoco se superponen, sino que se han de cumplir sucesivamente, enlazando unas con otras. En tales casos, no vemos que haya óbice legal que impida (pues ni en la Ley de enjuiciamiento criminal, ni en la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega hay norma en este sentido) acordar una medida de prisión diferida en el tiempo, para cuando se den los presupuestos que, conforme a la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, han de garantizar la entrega de la persona reclamada.
- En efecto, si, por un lado, la prisión provisional tiene como finalidad evitar cualquier riesgo de fuga y si, por otra parte, la prisión que se acuerda en un procedimiento de orden europea de detención y entrega es una prisión instrumental, puesto que se dicta como vehículo o instrumento para hacer efectiva una entrega, entendemos que sólo cuando concurren estos dos factores es cuando ha de materializarse, lo que no debe constituir impedimento alguno para que la decisión se adopte con anterioridad. De hecho, en nuestra práctica penal hay base que autoriza esta solución, siendo el artículo 75 del Código penal una muestra de ello, pues, estableciendo el cumplimiento sucesivo de las penas, sin embargo ello no implica que, en ningún momento, haya de esperar un órgano judicial a que el preso haya cumplido la pena por otro, para que el primero emita sus órdenes de prisión y realice los trámites previstos para que sea cumplida la pena por él impuesta, la cual, de hecho, comenzará a cumplirse cuando llegue su momento.
- Esta misma solución puede ser válida para casos como el que nos ocupa, de modo que, si entendemos que hay un riesgo de

fuga del reclamado que se encuentra preso por otra causa cuando vaya a ser puesto en libertad por ésta, y si tenemos en cuenta que, en sede de la orden europea de detención y entrega, la prisión que se adopte es instrumental y ese instrumento está previsto para hacer efectiva la entrega, no hay razón para hacer uso de ella sino cuando se den estos presupuestos. Desde este punto de vista y puesto que ese riesgo de fuga del que venimos hablando es previsible que se dé en el caso que nos ocupa y puesto que también es preciso garantizar la entrega del reclamado, y ésta sólo podrá verificarse cuando cesen las circunstancias que ahora lo impiden, es por lo que hemos de acordar desde este momento la prisión instrumental del reclamado a efectos de su entrega, lo que se comunicará al centro penitenciario donde se encuentra preso, a los efectos de que ha de quedar a disposición de este Tribunal desde el mismo momento que sea acordada la libertad por parte del órgano judicial por el que ahora se encuentra internado.

e) Por Auto de 27 de diciembre de 2011, dictado en diligencias previas núm. 194-2009, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 acordó la prisión provisional del recurrente, eludible bajo fianza de diez mil euros. Depositada la fianza, se acordó la libertad provisional el 5 de enero 2012, dando lugar, en la misma fecha, a que por el centro penitenciario se comunicara a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la activación de las tres prisiones instrumentales acordadas en los Autos de 13 de agosto de 2010.

Con fecha de 11 de enero 2012 fue retirada la fianza, lo que dio lugar a que por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 se dictara Auto de igual fecha en el que se acordó nuevamente la prisión provisional del recurrente, eludible bajo fianza de diez mil euros.

f) La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en los citados procedimientos de euroorden núms. 100-2010, 127-2010 y 128-2010, dictó Auto de 11 de enero de 2012 en cuya parte dispositiva acordó suspender la entrega a las autoridades judiciales de Rumanía del reclamado, así como su prisión provisional diferida al momento en que recobre la libertad en otro procedimiento. En sus fundamentos jurídicos se expone lo siguiente:

«Dada la nueva situación personal de H. R. Ch., privado de libertad en la causa que se le sigue en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, que impide materializar la entrega acordada, procede acordar la suspensión, comunicando lo correspondiente al servicio policial encargado de la ejecución.

Habida cuenta de la imposibilidad de la entrega por las razones indicadas en el anterior en el plazo previsto legalmente, procede decretar en esta resolución la libertad provisional de H. R. Ch. quedando aplazada la entrega hasta el momento en que no existan obstáculos a la misma y en concreto en el momento en que el reclamado recobre su libertad.

Para posibilitar dicha ejecución de entrega procede igualmente en este acto decretar la prisión provisional diferida al momento en que recobre la libertad en otro procedimiento el reclamado, prisión que tendrá carácter instrumental para la entrega y por el tiempo imprescindible para llevarla a cabo y, en todo caso, por el término previsto legalmente.»

g) Contra dicha resolución se interpuso recurso de súplica, que fue desestimado por la citada Sala mediante Auto de 12 de marzo de 2012, argumentando que «la existencia de una Orden Europea de Detención y Entrega respecto de la que se ha accedido a su ejecución por hechos graves, implica que el Tribunal de Ejecución deba establecer los medios procesales adecuados, admisibles en derecho, conducentes a garantizar que se lleve a cabo lo acordado, inclusive la medida adoptada, suficientemente justificada en todos sus aspectos en la resolución objeto de recurso».

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), que estima concurrente por haberse acordado la prisión provisional sin la cobertura legal exigible por la Constitución y a partir de una construcción jurisprudencial consistente en la «prisión instrumental diferida» inédita, tal como la misma Sala viene a reconocer. A ello añade que la imposición de la medida cautelar se ha llevado a cabo desatendiendo el parámetro de excepcionalidad que debe presidir la privación cautelar de la libertad.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 21 de junio de 2012, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de

lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atentas comunicaciones a los órganos judiciales competentes para la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones y emplazamiento a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

5. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 3 de octubre de 2012, interesó la estimación del recurso de amparo, considerando vulnerado el derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española). Tras exponer la doctrina constitucional sobre la prisión provisional, comienza por advertir que, si bien es cierto que la entrega derivada de una euroorden plantea problemas en su ejecución, al establecer el legislador unos plazos muy breves para materializarla, tras de los que habrá de ponerse en libertad al reclamado, ello no permite que la prisión provisional pueda superar ese plazo máximo cuando la entrega haya sido suspendida por existir responsabilidades pendientes en España, por cuanto resultaría contrario a la doctrina constitucional.

Con relación a la concreta opción manejada por la Audiencia Nacional en el presente caso de la prisión provisional «diferida», considera el Ministerio Fiscal que carece de la exigible cobertura legal, pues ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, contemplan esa posibilidad. Frente a lo argumentado por el Auto de 13 de agosto de 2010, la ausencia de norma legal reguladora de una medida afectante a la libertad no faculta al órgano judicial a crearla. Por lo demás, no puede otorgar cobertura legal el artículo 75 del Código Penal, puesto que, referido a la acumulación de penas, regula un instituto diverso. A ello añade que esa prisión provisional diferida constituye una suerte de suspensión de la medida de prisión, siendo aplicado, por ello, un criterio análogo al de la suspensión del cómputo de una prisión provisional coincidente con otra privación de libertad, que ya el Tribunal Constitucional entendió contrario a la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero; 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo; y 305/2000, de 11 de diciembre).

Junto a la falta de cobertura legal, reprocha el Ministerio Fiscal a las resoluciones impugnadas que la medida de prisión provisional diferida en

el tiempo genera una indeterminación en lo relativo al plazo máximo de privación de libertad, puesto que no se concreta ni su inicio, al estar sometido a la condición suspensiva de la recuperación de la libertad en la otra causa penal, ni su duración total. Asimismo, ello supone la imposibilidad de ponderar las circunstancias personales del reclamado, de cara a evaluar el riesgo de fuga en el momento en que la privación de libertad se hace efectiva, lo que puede convertir la restricción del derecho fundamental en desproporcionada.

En atención a tales argumentos, el Ministerio Fiscal solicita que se declare vulnerado el derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), circunscribiendo los efectos del amparo a la nulidad de las resoluciones impugnadas pero sin que ello comporte la puesta en libertad del demandante.

6. La representación procesal del recurrente no efectuó alegaciones en dicho trámite.

7. Por providencia de fecha 12 de diciembre de 2013, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2012, dictado en los procedimientos de orden europea de detención y entrega núms. 100-2010, 127-2010 y 128-2010, por los que se acuerda suspender la entrega del demandante a las autoridades judiciales de Rumanía, así como su prisión provisional con ejecución diferida al momento en que el reclamado recobre la libertad en otro procedimiento penal simultáneamente dirigido contra él, y contra el Auto de 12 de marzo de 2012 del mismo órgano judicial que, desestimando el recurso de súplica, confirma la resolución anterior.

El recurso de amparo se funda en la vulneración del derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), considerando que la medida cautelar de «prisión provisional diferida» aplicada por las resoluciones judiciales impugnadas carece de la debida cobertura legal. Suscribe el Ministerio Fiscal tal pretensión, solicitando el otorgamiento del amparo.

2. Para dar respuesta a la presente demanda comenzaremos por exponer brevemente la doctrina constitucional aplicable al supuesto planteado. Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido declarando que la prisión provisional constituye una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria y proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4 y 140/2012, de 2 de julio, FJ 2).

a) Por lo que se refiere al principio de legalidad, hemos reiterado la exigencia constitucional de que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los «casos» a que se refiere el artículo 17.1 de la Constitución Española) y que se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la «forma» mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 2; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; y 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3).

b) Desde el citado principio *nulla custodia sine lege*, será la ley la que haya de fijar los plazos máximos de prisión provisional, tal como dispone el artículo 17.4 de la Constitución Española, debiendo tales plazos ser escrupulosamente cumplidos por los órganos judiciales, resultando, en caso contrario, afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el artículo 17 de la Constitución Española, por estar ante una limitación desproporcionada del derecho fundamental carente, por lo demás, de cobertura legal (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1996, de 11 de marzo, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 b); 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5). El preso preventivo goza, pues, de un derecho fundamental a no permanecer en prisión más allá de un plazo razonable (Sentencias del Tribunal Constitucional 8/1990, de 18 de enero, FJ 4, y 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4), y desde luego a ser puesto en libertad una vez que se ha cumplido el plazo máximo de duración de la medida cautelar impuesta por una misma causa [Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 b)]. Como recuerda la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5, la razón de tal exigencia

«encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del artículo 17.4 de la Constitución Española» (citando las Sentencias del Tribunal Constitucional 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4; y 98/2002, de 29 de abril, FJ 4).

Asimismo, del citado afán de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en la restricción cautelar de la libertad se deriva, a su vez, una exigencia de certeza en el cómputo del mismo que lleva a la exclusión tanto de los eventos ajenos a la propia medida cautelar (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5; 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo, FFJJ 5 y 6 respectivamente) como de los «elementos inciertos» que puedan conducir al «desbordamiento del plazo razonable», conectándose de este modo la exigencia de certeza con la del «plazo razonable» (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2002, de 29 de abril, FJ 5, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5).

c) Junto a los principios de legalidad y previsibilidad, importa destacar también el carácter excepcional inherente a la prisión provisional, por oposición a la libertad como regla general (Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Tal característica comporta la primacía del favor libertatis o in dubio pro libertate, formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3; 81/2004, de 5 de mayo, FJ 5; y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4).

3. Se plantea en la presente demanda la aplicación de la prisión provisional en los procedimientos de orden europea de detención y entrega (euroorden), cuestión que, bien desde ese instrumento de cooperación jurídica internacional, bien desde el de extradición pasiva, ha sido ya objeto de análisis por este Tribunal ante quejas análogas a la que ahora nos

ocupa, en las que hemos venido destacando las particularidades que la aplicación de la medida cautelar presenta en dichos procedimientos. A tal efecto, es preciso comenzar por recordar, de la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1998, de 12 de enero, que la privación cautelar de libertad en la extradición «se produce en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste. No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición, y, por ello, no se valora la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de extradición, ni se exige la acreditación de indicios racionales de criminalidad, ni son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional previstas en la Ley de enjuiciamiento criminal, aunque el párrafo tercero del artículo 10 de la Ley de extradición pasiva se remita, subsidiariamente, a los preceptos correspondientes de la misma reguladores del límite máximo de la prisión provisional y los derechos que corresponden al detenido» (FJ 4; igualmente, Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2000, de 13 de marzo, FJ 6). En este sentido, hemos puesto igualmente de relieve que la adopción, mantenimiento y duración de la medida cautelar privativa de libertad posee un régimen específico tanto en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva como en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1998, de 12 de enero, FJ 4; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 6; y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 6).

4. Partiendo del análisis de la doctrina constitucional precedente, la controversia que se plantea en la presente demanda de amparo se debe a una de las particularidades de la prisión provisional acordada como medida dirigida a asegurar la entrega de la persona reclamada; concretamente, en la dificultad que presentan los supuestos en los que debe conjugarse el respeto a los plazos máximos de ejecución de la entrega una vez acordada su procedencia, que constituyen, a su vez, los plazos máximos de privación cautelar de libertad según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega (Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega), con la posibilidad de suspender la efectiva entrega por tener el reclamado procesos penales pendientes en España, prevista en el artículo 21 de dicha Ley. Así, el primero de los citados preceptos dispone que la entrega deberá hacerse efectiva dentro de los

diez días siguientes a la decisión judicial que la acuerda, pudiendo prorrogarse diez días más, así como, excepcionalmente, suspenderse por razones humanitarias. Por lo que respecta a los límites temporales de la prisión provisional, dispone su apartado tercero que «transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada». Tal como ponen de relieve las resoluciones ahora impugnadas, el problema se suscita ante la segura superación de tales plazos cuando la entrega se halla suspendida por concurrir causas penales pendientes en España, y el silencio del legislador acerca del régimen jurídico a adoptar en tales casos.

De esa concreta cuestión, suscitada igualmente en el sistema extradicional, nos ocupamos por primera vez en las Sentencias del Tribunal Constitucional 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo, en las que consideramos contrarias al artículo 17 de la Constitución Española las resoluciones de la Audiencia Nacional que, a fin de evitar la superación de los plazos legalmente previstos, concluyeron que el tiempo en que el reclamado se encontraba cumpliendo condena simultáneamente a la prisión provisional acordada en el procedimiento extradicional no debía computarse a los efectos de determinar el plazo máximo de la medida cautelar. Más próximo al supuesto que ahora nos ocupa, al proyectarse semejante problemática sobre el sistema de euroorden, fue el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo. Ante la superación del plazo de privación cautelar de libertad establecido en el artículo 20 Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, manifestamos en dicha ocasión que «el artículo 21 de Ley 3/2003 prevé la suspensión de la entrega, cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto al que motive la orden europea, hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena, pero ni en el citado precepto ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión. Por tanto el mantenimiento de la medida carece de una expresa cobertura legal, sin que resulte constitucionalmente admisible inferirla de la previsión de la suspensión de la entrega o de los plazos generales sobre prisión provisional establecidos en la Ley de enjuiciamiento criminal ... pues ello supondría desconocer el carácter excepcional de la prisión provisional, que (en palabras de la

Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2002, de 29 de abril, FJ 6) impone un criterio hermenéutico restrictivo, en el sentido más favorable a la libertad (favor libertatis), de las normas que la regulan» (FJ 7).

5. Eliminada la posibilidad, con la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo, de acudir a los plazos previstos en la Ley de enjuiciamiento criminal, en las resoluciones contra las que se dirige el presente recurso de amparo se opta, para hacer frente a la dificultad señalada, por acudir a la figura que la propia Audiencia Nacional denomina «prisión provisional diferida». Tal como se ha expuesto con mayor detenimiento en los antecedentes fácticos, con tal instituto la prisión provisional no se haría efectiva en el momento en que se acuerda, sino cuando se hubiera decidido la libertad del reclamado en el procedimiento penal en virtud del que se hubiera suspendido la ejecución de la entrega.

Pues bien, a tenor de los principios constitucionales que deben presidir toda decisión judicial sobre la prisión provisional y que han sido ya expuestos, hemos de concluir que tampoco esta opción jurisprudencial resulta acorde al derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), por los siguientes razonamientos:

a) En primer lugar, y de modo coincidente a la argumentación del Ministerio Fiscal, la medida consistente en acordar la prisión provisional y diferir su efectiva ejecución en función de lo que sobre la situación personal del demandante se decida en otro procedimiento, carece de cobertura legal, no existiendo precepto alguno, ni en la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contemple este supuesto de hecho. En este sentido, el artículo 21 Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega permite suspender la entrega del reclamado por la euroorden cuando existan responsabilidades pendientes en España, pero no recoge ninguna previsión sobre la incidencia que pueda tener dicha suspensión en el plazo de prisión provisional, razón por la que ha de estarse al plazo máximo de privación cautelar de libertad prevista en el artículo 20 Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega desde el momento en que, en su caso, se adopte la medida de prisión provisional.

En el Auto de 13 de agosto de 2010, a cuya argumentación se remiten las resoluciones impugnadas, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

deriva de tal ausencia de regulación la inexistencia de óbices legales que impidan acordar la prisión provisional diferida en el tiempo. Pero ese argumento no puede compartirse, pues supone invertir los postulados que informan la exigencia constitucional de legalidad en toda privación de la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y el consiguiente principio favor libertatis, desde los que no basta con que la ley no prohíba la privación cautelar de libertad, sino que, antes al contrario, exige una expresa habilitación legal que lo autorice. De ahí que hayamos reiterado que el derecho a la libertad puede verse conculcado no solo cuando se actúa contra lo que la ley dispone, sino también bajo una cobertura improcedente de la ley (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 2; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; y 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3).

En definitiva, la ausencia de regulación legal sobre una medida privativa de libertad no puede ser colmada por los órganos judiciales, ni aun en el caso de que tal ausencia hubiera de calificarse como una laguna legislativa. Cuestión distinta es que, a partir del efecto suspensivo de la causa penal pendiente seguida ante la jurisdicción española conforme al artículo 21 Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, se aplazara o difiriera la decisión sobre la procedencia de decretar la medida privativa de libertad a un momento ulterior para asegurar la ejecución de la euroorden.

En cualquier caso, debe significarse que es patente la insuficiencia de la regulación legal y, así, afirmábamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2000, de 13 de marzo, ante una situación semejante, que «la frecuencia con que en la práctica nos encontramos con suspensiones de entregas extradicionales mientras se cumple condena hace aplicable el razonamiento, ya expuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, de que “si el legislador no incluyó en el precepto la situación a la que se refiere el recurso, no cabe incluirla por vía interpretativa con idéntica finalidad”» (FJ 7). Pero afirmábamos también en relación con la legislación sobre euroorden, que «la regulación legal de la situación de quien se encuentra privado de libertad por causa de haberse acordado ya su extradición pero resulta aplazada su entrega mientras quedan extinguidas sus responsabilidades en España no contempla suficientemente las múltiples situaciones que pueden darse ... lo que sin duda reclama la intervención del legislador» (Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2000, de 13 de marzo, FJ 7).

b) En segundo lugar, e íntimamente vinculado con lo acabado de afirmar, la aplicación que se realiza de la denominada «prisión provisional diferida» ha de reputarse contraria al principio de excepcionalidad, que «impone un criterio hermenéutico restrictivo, en el sentido más favorable a la libertad (favor libertatis), de las normas que la regulan» (Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2002, de 29 de abril, FJ 2; y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 7). A este respecto, tampoco puede sostenerse tal exégesis a partir de la remisión que efectúa el órgano judicial a lo dispuesto en el artículo 75 del Código penal, precepto que regula el cumplimiento sucesivo de condenas y que ninguna relación guarda, por tanto, con el régimen de aplicación de medidas cautelares.

Por tal razón, la pretensión de hallar en tal precepto cobertura legal para la prisión provisional diferida incurriría en una analogía contra libertate radicalmente enfrentada al derecho consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española.

c) En tercer lugar, la «prisión provisional diferida» atenta también contra el mandato de previsibilidad, al mantener en suspensión y de modo indefinido la efectiva privación de libertad, haciéndola depender de circunstancias no controladas por el órgano judicial que acuerda la medida cautelar y, en definitiva, imprevisibles en el momento en que es acordada. Parfraseando lo que aseveramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo, con la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales se introduce como factor decisivo para la determinación del momento de privación de libertad «un elemento ajeno a la medida cautelar e incierto e imprevisible para el recurrente: la pendencia de un procedimiento distinto ante la jurisdicción española»; por ello, al igual que entonces afirmamos, «el carácter indeterminado del plazo máximo de duración de prisión provisional que de ello deriva es incompatible con las exigencias de certeza y de sometimiento a plazo razonable de esa situación» (FJ 7).

d) En atención a lo acabado de afirmar, la medida adoptada debe considerarse, además, desproporcionada (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2007, de 7 de mayo, FJ 7), dada su imprevisibilidad y la objetiva indeterminación de su vigencia temporal, lo que condiciona la falta de ponderación actualizada de los presupuestos fácticos concurrentes en la persona del reclamado, puesto que la prisión diferida implica una

ejecución automática y aplazada en el tiempo de la prisión provisional, con la consiguiente ausencia de un análisis sobre su legitimación realizado al momento en que se materializa la privación de libertad, que resulta incompatible con el artículo 17 de la Constitución Española.

Como se ha apuntado anteriormente, el eventual efecto suspensivo del proceso penal seguido ante la jurisdicción española sobre el procedimiento de euroorden podría razonablemente proyectarse asimismo sobre el objeto cautelar, difiriendo la decisión sobre la posible adopción de la medida cautelar a un momento posterior, a fin de asegurar la ejecución de la euroorden, y dado el carácter instrumental de la medida privativa de libertad puesto de manifiesto en las resoluciones impugnadas. Pero en ningún caso puede adoptarse una medida de prisión diferida en el tiempo de forma indeterminada, puesto que no toma en consideración las circunstancias concurrentes en el momento en que se materializa la privación de libertad por dicha causa.

6. Los criterios expuestos conducen, en conclusión, a declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) y, con el fin de restablecer al demandante en la integridad de su derecho, anular los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2012, y de 12 de marzo de 2012. Como hemos venido reiterando (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000, de 29 de mayo, FJ 11), ello no habrá de conllevar su puesta en libertad porque es al órgano judicial competente al que corresponde determinar la situación personal del recurrente a la vista de las actuaciones posteriores, teniendo en cuenta, además, que contra él se sigue una causa penal por la jurisdicción española.

Fallo

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don H. Re. Ch. y, en consecuencia:

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

2. Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular los Autos de 11 de enero de 2012 y de 12 de marzo de 2012 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictados en los procedimientos de orden europea de detención y entrega núms. 100-2010, 127-2010 y 128-2010.

88.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALGECIRAS DE FECHA 05/04/13

Aplicación de la doctrina de abono de la prisión preventiva sufrida a otra causa cuyos hechos son posteriores a la medida cautelar, pero anteriores a la Sentencia absolutoria.

Hechos

Las presentes actuaciones proceden de petición del interno del Centro Penitenciario de Algeciras, J.J.C.M. en la que solicitaba que a la pena por la que cumple condena en virtud de la ejecutoria 530/12 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Ceuta, se le abonase el período de prisión sufrido en la ejecutoria 439/05 del Juzgado de Jo Penal nº 3 de Algeciras.

Solicitado informe el Centro Penitenciario sobre la petición formulada, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso al abono solicitado.

Razonamientos jurídicos

Los hechos básicos de los que debe partirse en la resolución de la cuestión planteada son los siguientes:

1. J.J.C.M. estuvo en prisión desde el 14 de mayo de 2007 hasta el 22 de marzo de 2009, cumpliendo condena en virtud de la

ejecutoria 439/05, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Algeciras. La sentencia dictada, el 29 de marzo de 2005, condenaba a J.J. como autor de un delito de violencia psíquica habitual en el ámbito familiar, así como autor de dos faltas de amenazas. El fundamento jurídico primero de la referida resolución declara probados los hechos constitutivos del delito de violencia psíquica habitual en virtud del testimonio prestado por la víctima, I.G.L., en la vista oral considerándolo prueba suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia.

2. El Juzgado de lo Penal nº 2 de Algeciras el día 4 de marzo de 2011, dicta sentencia condenando a I.G.L., como autora de un delito de falso testimonio. La referida sentencia declara probado que I. interpuso distintas denuncias falsas contra J.J.C., entre otras, la que derivó en sentencia de 29 de marzo de 2005 y originó el cumplimiento de la pena de prisión en la ejecutoria 439/05, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Algeciras.
3. El Tribunal Supremo en sentencia de 6 de julio de 2012, estima el recurso de revisión presentado por J.J.C.M. y declara la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Algeciras, el 29 de marzo de 2005 (ejecutoria 439/05).
4. El día 3 de mayo de 2012, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ceuta, dicta sentencia condenatoria contra J.J.C.M., por delito contra la salud pública. Dicho delito, se cometió, según declaración firme de hechos probados el 21 de febrero de 2012.

La norma que regula la cuestión debatida es el artículo 58.3 del Código Penal que establece: “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”.

Es preciso analizar los antecedentes, dicción e interpretación jurisprudencial del precepto anterior. El Código Penal anterior al actual, Decreto 3096/1973, de 14 septiembre, establecía en su artículo 33 que 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. Parece que una condena

sólo podría producir reducción por abono de preventiva si esta se había producido en la misma causa. No obstante, desde la publicación de la Constitución, comenzó a abrirse paso una línea jurisprudencial que culmina con la Sentencia del Tribunal Supremo 808/2000, de 11 de mayo, en que se basa el recurrente, y que después ha sido seguida por otras, como la 2394/2001, y, más recientemente, con la 1021/2005, que vienen a expresar lo siguiente: no tiene sentido acudir al sistema de indemnización por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, si es posible computar la privación de libertad sufrida preventivamente en otra causa distinta a aquella en la que se acordó; razones de prevención del delito y de seguridad jurídica impiden que cualquier medida de prisión dictada en otra causa pueda abonarse a la que en la actualidad cumple el penado; en los casos en que el reo es conocedor de su situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, no debe serle abonada la privación de libertad preventiva que no pudo amortizar en la causa que la sufrió, ya que el saberse titular de un «crédito» o «saldo» positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia produciría un sentimiento de impunidad; causante de un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria de pena inferior), dictada en la causa en que la medida cautelar fue acordada; en línea con esta interpretación teleológica se permite que el abono de prisión preventiva en hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió, o impuso pena menor a la prisión sufrida, de tal modo que, caso contrario» dicho abono no puede producirse.

La anterior doctrina, elaborada con anterioridad a la publicación del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, dio lugar a que la traslación del antiguo artículo 33 al nuevo texto incluyese la posibilidad, antes no contemplada, de abono de preventiva anterior si después se produce absolución. El artículo 58.1 quedaría redactado como sigue: “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”. En consecuencia, para el

abono que aquí se discute bastaría que en la otra causa distinta a la que hoy cumple condena se haya dictado absolucón por hechos cometidos antes de la condena -o prisión provisional anterior a la condena y continuada con esta por efecto del artículo 38.1 del Código Penal-. El precepto recoge, en su integridad, la doctrina anteriormente descrita: el límite de cierre lo marca la sentencia absolutoria -o notificación de la misma-, partiendo de la base de la coetaneidad de causas abiertas. Así, el penado tiene abierto el abono futuro en tanto que la responsabilidad penal aún no se ha ventilado y no sabe si existirá condena. Sólo los hechos posteriores a la sentencia absolutoria dan lugar a la existencia de un “crédito penitenciario” que, en todo caso, ha de calificarse como inadmisibles. Aplicando esta versión inicial del Código Penal, en consonancia con la línea jurisprudencial descrita, tenemos que el interno comete unos hechos -presunto delito contra la salud pública-, por el cual entra en prisión el 5 de octubre de 1999; sale el día 19 de enero de 2000 -unos 106 días en prisión preventiva; la causa sigue tramitándose -sumario ordinario 1/99- hacia sentencia definitiva. De igual forma, el interno comete unos hechos -presunto delito de tenencia ilícita de armas- en noviembre de 2000, por el cual entra en prisión el día 23 de noviembre de 2000; sale el día 4 de diciembre de 2000 -alrededor de 12 días en prisión preventiva- la causa sigue tramitándose hacia sentencia definitiva. Antes de dictarse dichas sentencias, el interno comete unos nuevos hechos -delito contra la salud pública- en enero de 2002. Posteriormente, el 22 de julio de 2004 y el 3 de marzo de 2008, se produce la absolucón del acusado, respecto de las causas en las que estuvo en prisión provisional. Al interno le beneficia la coetaneidad de causas, y la falta de conocimiento de condena que cierra la posibilidad de abono; a la causa que cumple condena sería posible el abono de la prisión de las causas absueltas, en tanto que en estas se han ventilado hechos acaecidos con anterioridad al ingreso en prisión por la causa ejecutoriada.

Ahora bien, la redacción del precepto ha cambiado sobremanera. Desde la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y con efectos desde el día 1 de octubre de 2004, el nuevo párrafo tercero reza de la siguiente manera: “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”. Parece que quiere decir lo mismo, pero no es así: la redacción es distinta y hay que entender que la división del precepto en párrafos, y con intento de clarificar com-

petencia y procedimientos, ha dado lugar a una voluntad legislativa distinta. La relación temporal entre prisión provisional y hechos delictivos se invierte. En 1995, eran antes los hechos enjuiciados y carentes de responsabilidad que la prisión provisional abonable; en 2004 son antes los hechos enjuiciados y merecedores de responsabilidad que la prisión provisional abonable. Se corrige la doctrina jurisprudencial: el legislador conocía la línea indicada, y pretende cambiarla, como ha sucedido en otras ocasiones, de tal forma que la relación no está ahora en parámetros de simultaneidad de causas, sino en erradicar cualquier posibilidad de “crédito penitenciario”. La Ley Orgánica 15/2003, junto con la Ley Orgánica 13/2004, se enmarca en un momento de voluntad legal de endurecer la ley penal. Si una interpretación teleológica era posible en el caso del artículo 33 del Texto Refundido de 1973, en tanto que dicho precepto desconocía el abono de preventiva en causas distintas -se pretendía integrar la norma-, ahora no puede decirse que exista dicha interpretación, cuando la voluntad legal, regulando la laguna, ha querido una cosa distinta de la que habla.

Llegados a este punto, esta juzgadora siguiendo la línea interpretativa seguida por el Tribunal Supremo -también aplicada por la Audiencia Provincial de Cádiz -sección 1ª de Vigilancia, en el rollo de apelación 161/06-, considera que pese a la interpretación literal o más ajustada a la redacción del artículo 58.3 del Código Penal, debe prevalecer la aplicación del criterio ideológico.

El interno habría estado en prisión, desde el 14 de mayo de 2007 hasta el 22 de junio de 2009. La privación de libertad sufrida en dicho periodo no fue como consecuencia de la medida cautelar personal de prisión provisional, toda vez que cumplió condena por sentencia firme. No obstante la ejecución de la sentencia y por tanto el cumplimiento de la pena de prisión, ha resultado erróneo en virtud del constatado error en el pronunciamiento judicial, que se basó en testimonio falso, habiéndose declarado éste y comprobado aquel por el Tribunal Supremo en el recurso extraordinario de revisión. Por tanto, cabe afirmar la injusticia material, que sustenta la estimación de la pretensión del penado, coma vía primaria de reparación específica, sin que debe remitir, al condenado, al procedimiento indemnizatorio por error judicial.

De otra parte, el Tribunal Supremo considera que no hay que tener en cuenta la fecha de la prisión provisional, sino la de la sentencia absolutoria o que impuso menor pena. De modo que si ésta es posterior al hecho delictivo “que motivó la pena a que se pretende abonar”, el abono será correcto.

La sentencia de revisión data el 6 de julio de 2012. Y el delito para el que se pide la acumulación o abono lo cometió el 21 de febrero de 2012. Luego la nulidad de la sentencia penal dictada es posterior al delito por el que actualmente cumple condena y hay que admitir el abono.

Vistos los preceptos legales, y donas de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto,

Dispongo

Estimar la petición realizada por él interno del Centro Penitenciario de Algeciras, J.J.C.M. y, en consecuencia, se abonará a la causa por la que en la actualidad está cumpliendo condena, por delito contra la salud pública, en virtud de sentencia 138/2012, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Ceuta (ejecutoria 530/12), el periodo que media entre el 14 de mayo de 2.007 hasta el 22 de marzo de 1009, ambos incluidos.

CAPÍTULO 10

REDENCIÓN

89.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 19/07/13

La ausencia de resoluciones de alta y/o baja y/o eventual falta de notificación, no conlleva sin más a un derecho del interno.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno M.A. A.G. del Centro Penitenciario Herrera de la Mancha, formulando queja sobre no abono de redenciones ordinarias en determinados periodos de los años 1992, 1994, 1996, 1998, 2000 y 2002.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, examinada la queja formulada por el interno M.A.A.G. sobre no abono de redenciones ordinarias en determinados

periodos de los años 1992, 1994, 1996, 1998, 2000 y 2002, y examinado el detallado informe remitido por el Centro Penitenciario Herrera de la Mancha, a la vista del expediente penitenciario del interno, y de lo dispuesto en los artículos 65 y 73 del Reglamento de Servicio de Prisiones, y del Artículo 100 del Código Penal de 1973, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal.

En efecto, el detallado informe remitido por el Centro Penitenciario acredita que en los periodos reclamados por el interno, éste se encontraba en situación de inhabilidad para redimir por la comisión de dos faltas graves o muy graves sancionadas en firme y sin haberse cancelado la primera, por lo que resulta incuestionable, que no se daban las condiciones exigibles para la obtención de redenciones.

Cuestión distinta es la relativa a la notificación o no al interno de la correspondiente baja en redención por sanciones, cuestión formal que es susceptible de subsanación, pero que, obviamente, no modifica la cuestión de fondo; es decir, que en los periodos reclamados no se generó derecho a la redención por no darse las condiciones objetivas exigibles para ganar la misma.

En definitiva, la eventual ausencia de resoluciones expresas de alta y/o baja en redención en periodos lejanos y/o su eventual falta de notificación, no conlleva sin más un derecho del interno a que se le apliquen las redenciones sino que, en su caso debe dar lugar a las subsanaciones de tales deficiencias.

En consecuencia, procede desestimar la queja formulada, sin perjuicio del derecho del interno a interesar de la Administración Penitenciaria, la notificación en firme de las bajas en redención obrantes en su expediente penitenciario, en el supuesto de que no consten oportunamente realizadas.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2-g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno M.A.A.G. del Centro Penitenciario Herrera Mancha, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

90.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 09/10/13

La omisión de la propuesta y resolución judicial de baja en redención no puede salvarse meses o años después de la cancelación de las faltas.

Antecedentes de hecho

El día 19-07-2013, en el expediente 419/03, relativo a la penada M.D.G.R., se dictó, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, sendos autos en los que se aprobaban las respectivas propuestas de baja en redención de penas con efecto de 31-01-2002 y su posterior rehabilitación con efecto 10-02-2003, y una segunda baja en redención con efecto 05-03-2003 y su posterior rehabilitación con efecto 25-10-2003.

La representación letrada, interpuso recurso de apelación, solicitando que en su lugar se declare la nulidad de los autos citados al adolecer de la más mínima motivación, sin perjuicio de haberse quebrantado las normas de procedimiento, deviniendo extemporáneos al haberse tenido que dictar, en cualquier caso, mientras no hubieran sido canceladas las sanciones de las que se quiere hacer defender la baja en redenciones.

El Ministerio Fiscal ha impugnado el citado recurso alegando como el auto se encuentra suficientemente motivado, habiendo guardado silencio sobre la legalidad en las redenciones en la forma acordada e instada por las autoridades penitenciarias.

Admitido a trámite el recurso de apelación, se remitió el procedimiento a esta Sala, emplazando a las partes.

La Sección 1ª de la Sala Penal, tras deliberar, ha acordado dictar la presente resolución, de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. Grande-Marlaska Gómez.

Fundamentos jurídicos

En lo que respecta al primero de los motivos alegados por la defensa debemos analizar la conformación del juicio jurídico, de su correspondencia con el deber de motivación inherente al derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, así como a la verificación en el expediente de los elementos de hechos precisos para concluir aquél en parámetros de suficiencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2001, ha expuesto que: “la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, en el ámbito penal, alcanza tanto a los hechos como a su calificación jurídica, y la jurisprudencia ha declarado reiteradamente también que no es precisa una motivación exhaustiva, pues bastará una fundamentación escueta, siempre que la misma cumpla la doble finalidad de responder a una determinada interpretación y aplicación del derecho y, al propio tiempo, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico (v. ad exemplum, ss. T.C. 150 y 264/1988)”.

Ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/05 de 26.09 “en relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2002, de 3 de junio, F. 4, resume la doctrina y recuerda que «la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución Española) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio estén sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117 de la Constitución Española, párrafos 1 y 3)», por ello, esta misma Sentencia, «la existencia de una motivación adecuada, y suficiente, en función de las cuestiones

que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión -haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la Ley-, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad Jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorarlas posibilidades en defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso precedan (Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1993, de 28 de junio). De ahí que este deber sea más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental» (en igual sentido, cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2005, de 20 de junio). No obstante también hemos precisado que «esta exigencia constitucional no significa que las resoluciones Judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi».

En el caso de autos, y por las razones que seguidamente se expondrán, se concluye sobre la ausencia de motivación suficiente, ya explícita como implícita, consecuencia de ausencia total en el expediente de los elementos precisos para valorar la correspondencia de la resolución impugnada (procedencia o no de la baja en redenciones en los términos instados por el Centro Penitenciario), conforme a la legalidad constitucional y ordinaria. Ambos autos impugnados se remiten a los artículo 65 ss., Reglamento de Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, vigente de conformidad a la Disposición Transitoria la Reglamento Penitenciario, Y sustenta la baja en redenciones instada en el supuesto de quebrantamiento o intento de quebrantamiento de condena, extramuros de las causas determinantes interesadas por la autoridad penitenciaria. Dicha contingencia conforma una omisión total del preciso y mínimo juicio jurídico exigible, excluyendo cualquier control en esta alzada de la ratio decidendi; todo o cual conllevaría su nulidad. No obstante lo anterior, Considerando los derechos fundamentales en conflicto, entre ellos el de libertad en cone-

xión con el de tutela judicial efectiva, procede entrar a conocer del fondo de la cuestión.

El segundo motivo de impugnación se circunscribe a la nulidad del procedimiento, al haber devenido ajeno a la legalidad, estableciendo, como al momento actual las sanciones que subyacen a la pretensión, se encuentran canceladas, a como las bajas en redenciones hubieron de ser articuladas mientras no se hubiera conjugado tal instituto.

Conviene subrayar como independientemente del interés y relevancia de la cuestión, no sólo e Juez de la instancia, sino que el propio Ministerio Fiscal representante de la legalidad, y en lo que concierne a la petición formalizada por el Centro Penitenciario, no ha concluido análisis jurídico específico sobre la normativa en su caso aplicable.

Respecto a la cuestión de fondo, pertinencia o no de autorizar al momento actual las bajas en redenciones, tal y como dice el auto 893/2001, de 17 de mayo de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otras resoluciones que sostienen ese criterio, “Por ejemplo, la evasión (artículo 73.1 del Reglamento del Servicio de Prisiones) puede dar lugar a un quebrantamiento de condena (con efectos penitenciarios de pérdida de redenciones) o constituir la fuga de un preso preventivo (sin esos efectos). Otro ejemplo la comisión de dos faltas graves o muy graves (artículo 73-2 del citado reglamento) sólo producirá la pérdida de redención si esa ha sido su calificación definitiva tras los recursos que hayan podido interponerse y siempre que al cometer la segunda falta no sea invalidable la sanción por la anterior (artículo 66-3b del propio reglamento). Ello quiere decir que tiene que existir una propuesta razonada de baja en redención y seguidamente un auto motivado del Juez de Vigilancia que la apruebe (artículo 76-2c de la Ley Orgánica interpretado “contrario sensu”, disposición transitoria segunda del Reglamento Penitenciario de 1989 y disposición transitoria primera del Real Decreto 190/96 de 9 de febrero que aprueba el reglamento vigente.

Esta propuesta y este auto deben producirse dentro del plazo de cancelación de las sanciones pues canceladas éstas, el interno toma a estos efectos a una situación igual a si no las hubiera cometido (artículo 123 del reglamento derogado y 262 del actual por tanto si no existió propuesta en su momento y no existió resolución judicial no puede salvarse esa omisión meses o años después de la cancelación de las faltas a modo de indi-

recta y extemporánea sanción y simplemente no se podrá acordar esa baja ni descontar redención.”

Considerando, por tanto, esta interpretación y las características del caso presente, el recurso de apelación que ha interpuesto la interna contra sendos autos ya identificados en los antecedentes debe ser estimado.

En efecto, no hay constancia en el expediente de las resoluciones judiciales que, en su caso, hubieran acordado la baja en la redención durante los periodos que se reclaman. Es decir, en primer término 31-01-2002 y su posterior rehabilitación con efecto de 10-02-2003, y una segunda baja en redención con efecto 06-03-2003 y su posterior rehabilitación con efecto 25-10-2003, a diferencia de lo que acontece con otros períodos de baja donde si se concluyen resoluciones judiciales de baja en redenciones, pero ajenas a los periodos que ahora se pretenden (auto de 8 de agosto de 2001 que es dejado sin efecto por auto de 20 de octubre de 2001, documentos 6 y 7 de aportados por la autoridad penitenciaria y obrantes a los folios 18 y ss.). Es decir se era consciente de que correspondía a la autoridad judicial en aplicación del art. 76.2 c) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobar las altas, y a sensu contrario las bajas en el régimen de redenciones.

Por lo expuesto, no habiendo existido propuesta, ni auto aprobando la baja en redenciones dentro del plazo de cancelación de las sanciones en que tratan de sustentarse, procede estimar el recurso.

En atención a lo expuesto

Disponemos:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación letrada de M.D.G.R., contra sendos autos dictados por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria con fecha 19-07-2013 que aprobaban las respectivas propuestas de baja en redención de penas con efectos 31-01-2003 y su posterior rehabilitación con efecto de 10-02-2003, y una segunda baja en redención con efecto 05-03-2003 y su posterior rehabilitación con efecto 25-10-2003, revocándose y dejándoles sin efecto.

91.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/01/14

Redenciones extraordinarias: desestima queja dado que los estudios universitarios realizados en los periodos reclamados no se consideran encaminados a la reeducación y reinserción social del interno.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno R.A.M. del Centro Penitenciario Castellón II formulando queja sobre solicitud de redenciones extraordinarias.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, el interno formula queja en solicitud de abono de redenciones extraordinarias por cursar estudios de filosofía inglesa en la UNED, correspondientes a los cursos académicos 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2003/2009, 2009/2010 y 2010/2011.

Según dispone el artículo 71.3 del Decreto 2/2/56 que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prisiones, vigente en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/96, la aplicación de redenciones extraordinarias requiere que se den unas especiales condiciones de laboriosidad, disciplina y

rendimiento en las tareas o actividades realizadas por el interno, y que las mismas hayan quedado debidamente acreditadas.

Además, tal y como viene señalando la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resulta exigible que las actividades o tareas realizadas puedan ser valoradas o ponderadas como integrantes de un proceso de reeducación o reinserción social, según lo establecido en los artículos 203 y 204 del Reglamento Penitenciario.

En el presente caso, y según resulta de lo actuado en el expediente y de los informes remitidos por el Centro Penitenciario de Castellón II, a la vista del expediente penitenciario del interno, no procede estimar la solicitud formulada, pues:

- Ya en su momento, la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería, desestimó dicha pretensión del interno, en relación a alguno de los periodos reclamados por el interno (en concreto 2007/2008), por estimar que los estudios realizados obedecían a la satisfacción de los intereses estrictamente personales del interno, en tanto en cuanto no inciden, ni afectan, ni abordan las problemáticas específicas que han influido en su comportamiento delictivo, y no están incluidas en su programa específico de tratamiento (PIT) como actividad prioritaria de reinserción.

Dicha denegación, recurrida vía queja por el interno, fue confirmada por Auto de éste Juzgado de 12/5/20 09 en PyQ 929/2003 0047.

- Que, en consecuencia, los razonamientos expresados en la citada resolución judicial, resultan de aplicación al resto de los periodos reclamados por el interno, y que se refieren a la realización de idéntica actividad (estudios en la UNED- artículo 27.1.b de la Ley Orgánica General Penitenciaria), no encaminada a la reeducación y reinserción social de dicho interno, según lo ya expuesto.
- Que, además, consta que el interno ya está redimiendo ordinariamente por los referidos estudios universitarios, en cumplimiento del Auto de éste Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 12/5/2012, dada el alta en redención por cancelación de sanciones en marzo de 2008, por lo que tales estudios son, precisamente, la base para su aplicación.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno R.A.M. del Centro Penitenciario Castellón II.

92.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/01/14

Desestima queja sobre abono de redenciones en el periodo que estuvo preventivo en EEUU. No basta estar dado de alta en redención es necesario que se den las condiciones objetivas para su obtención.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno R.A.M. del Centro Penitenciario Castellón II formulando queja sobre alta en redención.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, el interno solicita la ejecución del Auto de 18/11/04, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Castilla la Mancha en el que se le reconoce el derecho de redención (alta) y que el interno entiende que le corresponde desde el día 2/12/97.

Según resulta de lo actuado en el presente expediente, de los datos obrantes en el conjunto de los expedientes de dicho interno obrantes en éste Juzgado, y de lo informado por el Centro Penitenciario de Castellón II a la vista del expediente penitenciario del mismo; lo reclamado por el interno se refiere al periodo de prisión preventiva sufrida en EEUU del 2/12/97 al 16/12/99, y el referido Auto de 18/11/04, aclarado por Auto 13/5/05, lo que reconoce es que debe considerarse que, en dicho periodo, el interno se encuentra en situación de alta en redención. Sin embargo, no basta, con estar dado de alta en redención para que proceda el abono de redenciones, pues ello únicamente significa que, en el período contemplado, no concurrían causas de inhabilidad para redimir, sino que además, resulta exigible que se den las condiciones objetivas para su obtención, de conformidad con la normativa penitenciaria.

A tales efectos, el Centro Penitenciario ha informado que no consta en el expediente del interno la realización de trabajo o actividad alguna en la prisión de EEUU, por lo que no procede el abono de redenciones en el referido periodo, no obstante encontrarse el interno en situación de alta en redención.

En efecto, aplicando el criterio de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no procede la proposición o abono de redención alguna en tanto en cuanto no resulta admisible la denominada “redención de patio”, pues no es amparable la pretensión de que el mero hecho de estar preso en sí mismo, genere derecho a redenciones.

Por el contrario, se exige, además de la no concurrencia de ninguno de los supuestos que inhabiliten por obtener redenciones (es decir, estar en situación de alta en redención), que conste acreditado que el interno desempeñó actividad laboral y/o otras actividades formativas o tratamentales que puedan ser ponderadas o valoradas como integrantes de un proceso de reeducación o reinserción social, según lo prevenido en los artículos 203 y 204 del Reglamento Penitenciario.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecua a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arg. artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

Parte dispositiva

Se desestima la queja del interno R.A.M. del Centro Penitenciario Castellón II.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

93.- SENTENCIA 230/2012 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 10/12/12

Otorga el amparo y anula la sanción impuesta, por violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en la obtención de la prueba.

Sentencia

En el recurso de amparo núm. 1134-2010, promovido por don C. L. T. A., representado por el Procurador de los Tribunales y asistido por el Abogado, contra los Autos de 15 de septiembre de 2009 y 2 de diciembre de 2009, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, por los que se desestiman los recursos de alzada y reforma, respectivamente, interpuestos por el recurrente contra el acuerdo sancionador de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I, de 11 de agosto de 2009 (ED. 452-2009-1101). Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido parte el Abogado del Estado.

Antecedentes

Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 11 de febrero de 2010, don C. L. T. A., interno en esa fecha en el Centro Penitenciario de Valdemoro (Madrid), solicita asistencia jurídica gratuita a fin de interponer recurso de amparo contra los Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía en el expediente 481-2009 y contra el expediente disciplinario núm. 452-2009. Efectuados los trámites oportunos, y una vez designados Procurador y Abogado del turno de

oficio, el día 5 de abril de 2010 el Procurador de los Tribunales don A. C. M., en nombre y representación de don C. L. T. A., interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales y administrativas que se citan en el encabezamiento.

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El día 16 de julio de 2009, el recurrente, interno en el Centro Penitenciario del Puerto de Santamaría (Puerto I), empleando un impreso de los utilizados en la prisión para cursar instancias, formuló un escrito dirigido en su encabezamiento al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, haciendo constar en dicho encabezamiento lo siguiente: «Escrito de queja contra el Director de Puerto I... por apropiarse de mi dinero indebidamente para un fin malicioso». No existe constancia en las actuaciones acerca de si dicho escrito fue introducido en un sobre por el interno, ni de si el mismo, en su caso, estaba abierto o cerrado.

El citado escrito fue examinado por un funcionario del Centro Penitenciario, que accedió a su contenido y estimó que contenía expresiones ofensivas, comunicándolo a la dirección del Centro Penitenciario. El día 20 de julio, el director ordenó la incoación de procedimiento disciplinario contra el interno. El 11 de agosto de 2009, la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I adoptó un acuerdo sancionador en el que imponía al interno la sanción de treinta días de privación de paseos y actos recreativos comunes [artículo 111 e) del Reglamento Penitenciario], por la comisión de una falta grave tipificada en artículo 109 h) del citado reglamento. El acuerdo contiene la siguiente declaración de hechos probados:

«El día 16/07/09 el interno C.L.T.A. cursó un escrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el que acusaba al Director del Puerto I de no querer efectuar el ingreso del dinero transferido por el BSCH a su cuenta de peculio, ya que éste le acosa y tiene obsesión por ser venezolano y de Caracas y según palabras textuales del interno: “no me gustan los hombres, soy heterosexual”».

b) Contra el citado acuerdo sancionador el interno interpuso recurso de alzada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, invocando la lesión de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 15; 18; 20; 24, tanto en lo relativo al derecho de defensa como al derecho a la utilización

de los medios de prueba y la presunción de inocencia; y 25 de la Constitución Española. En concreto, y entre otros extremos, el interno ponía de manifiesto que el escrito dirigido al Juez de vigilancia se realizó de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario, y que el Centro Penitenciario debió dar curso al escrito, no estando autorizado para acceder al contenido de sus quejas y divulgarlas.

c) Por Auto de 15 de septiembre de 2009, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía desestima el recurso de alzada. Tras resolver otras quejas (vulneración del derecho a la asistencia letrada y a la utilización de medios de prueba, que rechaza), afirma el órgano judicial:

«Entrando en el fondo del asunto el interno no niega los hechos sino que manifiesta que sus expresiones no pueden ser objeto de sanción al no tener su correspondencia intervenida. Sin embargo ya ha establecido nuestra Audiencia provincial que el secreto de las comunicaciones no ampara a escritos que van dirigidos a integrarse a un expediente judicial, y que la Administración Penitenciaria no puede verse obligada a colaborar en hechos presuntamente delictivos. En concreto, en auto de 11 de junio (Rollo de apelación 180-2009) se recoge “no puede haber infracción del derecho a la intimidad porque la queja no tiene por objeto permanecer en el conocimiento exclusivo y privado del interesado y el destinatario, sino que se integra en un expediente, primero administrativo y luego judicial”».

d) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de reforma, igualmente desestimado por Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, de 2 de diciembre de 2009.

El recurrente aduce la infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española en su vertiente de derecho a la asistencia letrada, ya que se le habría privado de comparecer asistido de Letrado tanto en el procedimiento sancionador como en el recurso de reforma tramitado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía. Además, denuncia la infracción del artículo 20.1 a) de la Constitución Española, ya que sus expresiones no pueden ser objeto de sanción al no tener su correspondencia intervenida, estando dirigido su acto a poner única y exclusivamente en conocimiento del Juez de vigilancia penitenciaria una actuación adminis-

trativa que consideraba no ajustada a Derecho. En tercer lugar, alega la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución Española, toda vez que hizo uso del derecho reconocido en el artículo 50.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que dispone que los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas, sin incurrir, por tanto, en la supuesto sancionable del artículo 109 h) del Reglamento Penitenciario, ya que no divulgó descalificación alguna contra el director de Puerto I. Sostiene a tal fin que la queja se contenía en sobre cerrado; que no tenía su correspondencia intervenida; que el escrito iba dirigido al Juez de Vigilancia Penitenciaria y que no puso al alcance del público sus contenidos, por lo que no podría hablarse de divulgación de datos falsos del director del Centro Penitenciario, ni, en consecuencia, iniciarse un procedimiento sancionador que fue tramitado. Finalmente, denuncia la lesión del artículo 18 de la Constitución Española, subrayando que el interno goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, y que el director del centro utilizó la lectura del contenido de la queja -que, evidentemente, no tenía que leer ya que no iba dirigida a él- para iniciar un procedimiento sancionador.

En virtud de providencia de la Sala Primera, de 16 de julio de 2012, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, y habiéndose recibido el testimonio de las actuaciones, remitido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, abrir un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a la representación procesal del recurrente, de conformidad con el artículo 52 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para que pudieran formular alegaciones.

El día 6 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del Abogado del Estado, en el que solicita la desestimación del recurso de amparo.

Reconoce que el artículo 18.3 de la Constitución Española -único derecho de los que se invocan en la demanda que podría poseer a su juicio consistencia, en atención a la doctrina sentada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1996, de 9 de julio; 175/2000, de 28 de julio; y 107/2012, de 21 de mayo- prohíbe la suspensión, restricción o intervención administrativa de las comunicaciones del interno con la autoridad judicial, con independencia de que el escrito se entregue para su curso en sobre abierto o cerrado. No obstante, en su opinión, dicha doctrina cons-

titucional debería ser matizada, ya que no debe recibir el mismo tratamiento la entrega de un escrito de queja en sobre cerrado -con lo que se manifiesta la clara voluntad de que el contenido no sea conocido por la Administración Penitenciaria-, que la que se produce en sobre abierto, pues en este caso no puede afirmarse que el remitente haya querido preservar la impenetrabilidad de la comunicación respecto de quienes interviengan en la transmisión del mensaje. Dicha diferenciación debería operar en esta ocasión, dado que, según afirma en otro lugar de su escrito, consta en las actuaciones (resolución instructora de 22 de julio de 2009) que el interno cursó la queja sin introducirla en sobre cerrado.

La representación procesal del demandante de amparo formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 14 de septiembre de 2012, en el que sustancialmente reproduce los argumentos ya expuestos en la demanda.

El día 3 de octubre de 2012 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del artículo 18.3 de la Constitución Española, así como la anulación de la resolución sancionadora y de las resoluciones judiciales que la confirmaron.

Señala el Ministerio público que la demanda plantea un supuesto idéntico al analizado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2012, dictada como consecuencia de un recurso de amparo formulado por el mismo recurrente y por iguales motivos a los ahora deducidos. Tras descartar que pueda prosperar el resto de las alegaciones, destaca, respecto de la denunciada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española), que el interno dirigió una instancia al órgano judicial, único destinatario, que fue examinada, sin embargo, por funcionarios de la prisión. El hecho de que la instancia se hallara o no en sobre cerrado no posee relevancia alguna, pues se trataba inequívocamente de un escrito de queja dirigido al Juez (así constaba en el encabezamiento del mismo) por un interno cuyas comunicaciones no estaban intervenidas con la preceptiva previa aprobación judicial, habiéndose arrogado con ello los responsables del Centro Penitenciario «la facultad de establecer una suerte de control previo sobre aquello que ha de ser examinado en exclusiva por la autoridad judicial». De tan peculiar comportamiento se derivó, a mayor abundamiento, la incoación de un expediente disciplinario en el que los propios afectados

sancionaron las expresiones que ellos mismos consideraron injuriosas, todo lo cual conduce a la estimación del recurso, al igual que hiciera la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2012, de 21 de mayo, en un supuesto idéntico que protagonizó el mismo recurrente.

Por providencia de 5 de diciembre de 2012 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 10 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de los Autos de 15 de septiembre de 2009 y 2 de diciembre de 2009 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, que desestimaron los recursos de alzada y reforma, respectivamente, interpuestos por el recurrente contra el acuerdo sancionador de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I, de 11 de agosto de 2009 (ED. 452-2009-1101). La sanción impuesta al interno lo fue como consecuencia de las manifestaciones vertidas en un escrito de queja dirigido al Juez de vigilancia penitenciaria, a cuyo contenido accedieron los funcionarios del Centro Penitenciario y en función del cual se incoó el expediente disciplinario al interno. No existe constancia en las actuaciones acerca de si dicho escrito fue introducido en un sobre por el interno, ni de si el mismo, en su caso, estaba abierto o cerrado.

El demandante de amparo denuncia la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española), a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) de la Constitución Española], a la utilización de medios de prueba pertinentes para la defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la Constitución Española), y del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución Española. El Abogado del Estado interesa que se acuerde la desestimación de la demanda. El Ministerio Fiscal, por el contrario, solicita que se otorgue el amparo por vulneración del artículo 18.3 de la Constitución Española, y que se anulen tanto la resolución sancionadora como los Autos judiciales recurridos que la confirmaron.

Pone de relieve con acierto el Ministerio Fiscal que la presente demanda plantea un supuesto en esencia idéntico al analizado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2012, de 21 de mayo, dictada a

raíz de un recurso de amparo formulado por el mismo recurrente y por motivos sustancialmente coincidentes.

Nos centraremos en la alegación relativa al artículo 18.3 de la Constitución Española, puesto que, como dijimos en aquel pronunciamiento, adquiere también en este caso el carácter de queja principal de la demanda. En efecto, gravita ésta alrededor de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, de la que deriva, como se verá, la única prueba valorada en el expediente sancionador. Por tanto, en el caso de que dicha vulneración se hubiera producido, este Tribunal debería proceder directamente a su reparación, anulando el acuerdo sancionador y los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que lo confirmaron, sin necesidad de entrar en un análisis de los mismos, que sólo tendría un efecto retardatorio para la tutela del derecho sustantivo en juego.

Del examen de las actuaciones se desprende que el demandante de amparo hizo constar expresamente en el encabezamiento de su escrito que se trataba de una queja contra el director de Puerto I que dirigía al Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía. Es pues evidente que nos encontramos ante una comunicación entre el interno y la autoridad judicial cuya intervención administrativa se encuentra constitucionalmente vedada, de conformidad con la doctrina recogida en aquel reciente pronunciamiento constitucional, según la cual:

«Dada la ausencia de habilitación legal y la prohibición reglamentaria expresa de la intervención administrativa de una comunicación dirigida a un órgano judicial por quien se encuentra recluido en un Centro Penitenciario, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que tal intervención se encuentra constitucionalmente proscrita y vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del interno. Y ello con independencia de que el escrito se entregue para su curso en sobre abierto o cerrado o sin introducirlo en sobre alguno, pues en cualquier caso su destinatario es el Juez y la norma constitucional que garantiza el secreto de la comunicación se dirige inequívocamente a preservar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. Así lo hemos declarado expresa e inequívocamente en las Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1996, de 9 de julio, F. 4; y 175/2000, de 26 de junio, F. 4, y lo reiteramos ahora, destacando la irrelevancia de que el escrito se introduzca o no en un sobre

por parte del interno, pues lo constitucionalmente vedado es el acceso a la comunicación entre el Juez y el interno». (F. 5)

Pese a ello, los funcionarios del Centro Penitenciario accedieron al contenido del escrito de queja, vulnerando de este modo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente (artículo 18.3 y 25.2 de la Constitución Española).

Lejos de detenerse en ello, a raíz de dicha intervención se incoó un procedimiento disciplinario contra el interno con el resultado sancionatorio descrito en los antecedentes de esta resolución. La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2012 estableció en relación con ese proceder que las garantías contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española son aplicables no sólo al proceso penal, sino también, con las matizaciones derivadas de su propia naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores y, en concreto, al procedimiento disciplinario penitenciario; y que, entre las garantías aplicables ex artículo 24.2 de la Constitución Española a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario, se encuentra la prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2000, de 26 de junio, F. 5), circunstancia que constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), porque implica una ignorancia de las reglas propias de un proceso justo, y conlleva asimismo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia si la sanción se sustenta exclusivamente en dicha prueba.

En el presente caso, del examen del expediente sancionador se desprende inequívocamente que la sanción que se impone al demandante tiene como único hecho justificador ciertas expresiones vertidas en el escrito de queja dirigido al Juez de vigilancia penitenciaria. De otra parte, resulta plenamente acreditado que la única prueba en virtud de la cual se consideraron probados los hechos imputados vino constituida por el propio escrito del recurrente, cuyo contenido se recoge en el pliego de cargos, en la propuesta de resolución y en el propio acuerdo sancionador. En atención a ello, hemos de declarar que con tal actuación la Administración penitenciaria vulneró no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, sino también su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución

Española), en la medida en que la prueba que sirvió de base al acuerdo sancionador fue la obtenida violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española).

La constatación de las anteriores vulneraciones por parte de la Administración penitenciaria conduce al otorgamiento del amparo, declarando la nulidad tanto del acuerdo sancionador de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I, como de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía que lo confirman, en la medida en que las vulneraciones de derechos fundamentales no fueron reparadas en los mencionados Autos, desconociendo la función que al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria le corresponde a la hora de garantizar los derechos fundamentales de los internos (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1995, de 20 de junio, F. 5; 175/2000, de 26 de junio, F. 6; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 6; 346/2006, de 11 de diciembre, F. 6; y 59/2011, de 3 de mayo, F. 7, entre otras muchas). Precisamente por ello debemos dejar bien claro, con el objetivo de evitar que actuaciones semejantes se sigan produciendo, que nuestra doctrina es inequívoca en el sentido de que las comunicaciones entre los reclusos y la autoridad judicial, se envíen en sobre cerrado o abierto, están siempre amparadas por el derecho que el artículo 18.3 de la Constitución Española garantiza. Esta anulación hace innecesario un pronunciamiento acerca de las restantes vulneraciones denunciadas en la demanda de amparo.

Fallo

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don C. L. T. A. y, en consecuencia:

1. Reconocer los derechos del recurrente al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 y 25.2 de la Constitución Española), al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española).
2. Declarar la nulidad del acuerdo sancionador de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario Puerto I, de 11 de agos-

to de 2009 (ED. 452-2009-1101), así como la de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, de 15 de septiembre de 2009 y 2 de diciembre de 2009.

INEXISTENCIA DE FALTA

94.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 1 DE FECHA 31/10/12

Deja sin efecto la sanción al cometerse el hecho en el seno de una correspondencia privada. Libra testimonio al Juzgado de Instrucción por si el hecho fuera constitutivo de infracción penal.

Antecedentes de hecho

Con fecha 14 de agosto de 2012 la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Daroca, tomó el acuerdo de sancionar al interno D.V.N. como autor de una falta muy grave del artículo 108.B del Reglamento Penitenciario, con tres fines de aislamiento de conformidad con el artículo 233 del citado Reglamento, en el expediente disciplinario nº 220/12 por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Contra dicho acuerdo el interno interpuso recurso ante este Juzgado, interesando su revocación, en mérito de las alegaciones que formulaba y, practicadas cuantas diligencias se estimaron pertinentes se dio traslado al Ministerio Fiscal, que informó: Que procede la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la sanción impuesta.

Fundamentos jurídicos

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, defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Con fecha 14-08-12 por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Daroca, se dicto Acuerdo Sancionador; por el que se le imponía al interno D.V.N. una sanción de 3 fines de semana de aislamiento en celda, al considerarle autor de una falta tipificada en el artículo 108.B del Reglamento Penitenciario.

En el caso examinado se producen los siguientes hechos: el interno remite una carta a B.M.P., dirección Centro Penitenciario de Madrid VI, de la que se extracta por el Funcionario nº 96.391 en base al Acuerdo de Dirección de fecha 25-05-12, relativo al mantenimiento de la intervención de comunicaciones del interesado, el siguiente texto «Pues no paran de joderme y hacerme la vida imposible el maricón del Jefe de Seguridad... Pero nunca perderé la guerra que tengo con el mierda, acomplejado y maricón del Jefe de Seguridad. Bien sabe Dios que algún día pagará las injusticias que esta haciendo conmigo. Le castigará con la salud y se morirá retorciéndose como una rata envenenada y como se que lo lee, pues que le jodan por mala persona, yo nunca le hice nada a ese mierda y desde que llegue a esta cárcel, no ha parado de joderme por todo y sin motivo alguno...».

El sometimiento de los internos en Centros Penitenciarios a un régimen especial (interno FIES) conlleva una limitación de determinados derechos, y concretamente del derecho al secreto de las comunicaciones, autorizando el artículo 51.5 Ley General Penitenciaria que las comunicaciones orales y escritas de los internos puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la Autoridad judicial competente.

El interno es consciente de que sus comunicaciones se encuentran intervenidas por acuerdo de la Dirección del Centro, así como se le ha

abierto expediente disciplinario en otras ocasiones por las manifestaciones vertidas por vía telefónica o carta, al estar las mismas intervenidas.

Y sin prejuzgar la posible resolución penal a dictar, no cabe duda que las expresiones proferidas por el interno, no fueron afortunadas, son gratuitamente hirientes y vejatorias, pero no debe desconocerse que se producen en el seno de una correspondencia privada, y su tipificación como falta disciplinaria, va más allá del fundamento y fin del régimen disciplinario de los Establecimiento Penitenciarios, definidos en el artículo 41 de Ley Orgánica General Penitenciaria, y ello con independencia de que puedan revestir caracteres de infracción penal, perseguibles de oficio, al tratarse de una autoridad o Funcionario Público, sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo y sancionables penalmente por Jueces y Tribunales, en consecuencia procede estimar el recurso interpuesto y absolverle de la falta disciplinaria que se le imputa.

Y visto que no se trata de la primera vez y asume que el contenido de dicha carta va a ser examinada por el Centro y por tanto leídas las expresiones que utiliza, ya que su correspondencia se encuentra intervenida, y así reconoce, líbrese testimonio de la presente resolución y del expediente sancionador incoado por el Centro Penitenciario, al Juzgado de Instrucción de Daroca, por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito de injurias y o amenazas contra el Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario de Daroca.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón, ha decidido: Estimar el recurso planteado por el interno del Centro Penitenciario de Daroca, D.V. N, contra el acuerdo sancionador referido en el Antecedente primero de esta resolución, y revocar dicho acuerdo por las razones expuestas anteriormente y conforme a lo acordado líbrese testimonio de la presente resolución y del expediente sancionador incoado por el Centro Penitenciario, al Juzgado de Instrucción de Daroca, por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito de injurias y o amenazas contra el Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario de Daroca; sin pronunciamiento en cuanto a las costas ocasionadas en el presente incidente.

95.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 15/01/13

No sanciona el consumo de alcohol al regresar de un permiso, toda vez que se produce fuera del Centro Penitenciario.

Antecedentes de hecho

Con fecha 17-12-12 la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria tomó el acuerdo de sancionar al interno arriba reseñado, como autor de dos faltas graves, una del artículo 109 b) y otra del artículo 109 i) del Reglamento Penitenciario de 1981, con treinta días de privación de paseos y actos recreativos comunes por la primera y quince por la segunda, en el expediente disciplinario n° 97/12.

Remitido el expediente disciplinario por la Dirección del Centro, conforme al artículo 249 del Reglamento Penitenciario, se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, trámite que evacuó en el sentido de interesar la estimación del recuso presentado con fundamento- en que los hechos declarados probados no son constitutivos de infracción disciplinaria.

Razonamientos Jurídicos

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 del interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

En el presente caso, se estima correcta la decisión del Instructor en cuanto al asesoramiento solicitado y tramitación del expediente, sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

A la vista de la documentación que obra en el expediente, se consideraran probados los hechos consignados como tales en el acuerdo recurrido, hechos que el interno no niega. Cuestión diferente es determinar si los mismos han de ser o no sancionados disciplinariamente.

El resultado positivo a consumo de alcohol en analítica practicada al regresar de un permiso de salida se estima que no constituye falta disciplinaria, toda vez que el consumo se produce fuera del Centro Penitenciario, como el propio interno reconoce, tampoco se considera que llegar tarde sea constitutivo de la falta de desobediencia prevista en el artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario, sin perjuicio, lógicamente, de las importantes consecuencias que el comportamiento del interno va a tener en orden a disfrutar de nuevos permisos de salida y de beneficios penitenciarios.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, dicto la siguiente

Parte dispositiva

Estimar el recurso de alzada interpuesto por el interno B.M.S. contra las sanciones impuesta por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria, en el expediente disciplinario n° 97/2012, anulando la calificación del acuerdo sancionador y las sanciones impuestas.

96.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 31/01/13

Deja sin efecto la sanción. El consumo se produjo durante un permiso y fuera del ámbito de la prisión.

Antecedentes de hecho

El interno S.P.R. reseñado interpuso recurso de alzada contra la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria por la comisión de una falta grave del artículo 109-I del Reglamento Penitenciario por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Remitido el expediente disciplinario por la dirección del centro conforme al artículo 249 del Reglamento Penitenciario se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

Razonamientos jurídicos

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En el presente caso es correcta la decisión del instructor en cuanto asesoramiento solicitado y tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

En el presente caso, se desprende de los hechos probados que el consumo se ha producido durante un permiso y fuera del ámbito de la prisión. Por tanto no cabe sancionar, máxime cuando no consta que se hubiese impuesto esta condición en el Auto de concesión de permiso, por lo que procede estimar el recurso formulado por el interno arriba mencionado.

Ahora bien, que no quepa sanción no significa que no pueda valorarse esta conducta a efectos de futuros permisos.

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

Parte dispositiva

Se estima el recurso interpuesto por el interno S.P.R. contra el acuerdo sancionados nº 103/2012 de fecha 17-12-2014 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria, que queda sin efecto, y se revoca la sanción impuesta.

97.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 25/02/13

Deja sin efecto las sanciones porque los hechos rebasan el ámbito puramente disciplinario.

Antecedentes de hecho

Por acuerdo de fecha 29 de enero del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albacete, impuso al interno J.M.L.R. las sanciones de aislamiento en celda por tiempo de catorce días, como autor de una falta muy grave del artículo 108.b del Reglamento Penitenciario, la de siete fines de semana de aislamiento en celda, como autor de una falta muy grave del artículo 108.b del Reglamento Penitenciario, la de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de 20 días, como autor de una falta grave del artículo 109.a del Reglamento Penitenciario y la de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de quince días, como autor de una falta grave del artículo 109.e del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente expediente sancionador la previa información al interno de la presunta infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, ya que el mismo se encontraba en la parroquia de Santo Domingo de Guzmán en la localidad de Albacete en un funeral, por lo que, si del relato de hechos se pudiere inferir que durante el mismo el interno pudiera haber cometido una o varias infracciones penales, lo que pudiera ser constitutivo de un delito y/o de falta, tales circunstancias de lugar y presuntos sujetos pasivo, rebasa el ámbito puramente disciplinario, por lo que se entiende que, en su caso, tales presuntos hechos, no puede ser valorados desde el régimen estrictamente disciplinario, debiendo remitirse su conocimiento al órgano Judicial correspondiente, debiendo únicamente de ser tenido en cuenta, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, desde el punto de vista penitenciario, para la concesión o no de nuevos permisos, clasificación, etc., por todo lo cual procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 29 de enero pasado.

En atención a lo expuesto

Dispongo: Estimar el recurso interpuesto por el interno J.M.L.R., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador; respecto del mismo de fecha 29 de enero pasado. Remítase testimonio de Lo actuado el Juzgado pertinente.

98.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 16/12/13

Deja sin efecto las sanciones impuestas por hechos cometidos en los calabozos de los Juzgados al rebasar el ámbito puramente disciplinario.

Antecedentes de hecho

Por Acuerdo de fecha 26 de noviembre del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albacete, impuso al interno F.M.R. dos sanciones de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de diez días cada una, como autor de dos faltas grave del artículo 109.a y c del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, ya que el mismo se encontraba en los calabozos de los Juzgados de Albacete, y si del relato de hechos se pudiere inferir que durante dicho ingreso el interno pudiera haber cometido una

o varias infracciones penales, lo que pudiera ser constitutivo de un delito y/o de falta, tales circunstancias de lugar y presunto sujeto pasivo, rebasa el ámbito puramente disciplinario, por lo que se entiende que, en su caso, tales presuntos hechos, no puede ser valorados desde el régimen estrictamente disciplinario, debiendo remitirse su conocimiento al órgano Judicial correspondiente, debiendo únicamente de ser tenido en cuenta, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, desde el punto de vista penitenciario, para la concesión o no de nuevos permisos, clasificación, etc., por todo lo cual procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 26 de noviembre pasado.

En atención a lo expuesto

Estimar el recurso interpuesto por el interno F.M.R., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 26 de noviembre pasado. Remítase testimonio de lo actuado el Juzgado pertinente.

99.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 06/03/13

No sanciona la negativa a realizar limpieza de las zonas comunes.

Antecedentes de hecho

El interno J.H. del B interpuso recurso de alzada contra la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario que consta en el encabezamiento por la comisión de una falta grave del artículo 109 b) del Reglamento Penitenciario por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Remitido el expediente disciplinario por la dirección del centro conforme al artículo 249 Reglamento Penitenciario, se incoó el expediente

referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

Razonamientos jurídicos

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, Artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En el presente caso es correcta la decisión del instructor en cuanto asesoramiento solicitado y tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

A la vista de la globalidad del expediente se consideran probados los siguientes hechos:

- El día 11/12 el interno arriba mencionado se niega a efectuar las tareas de limpieza de la galería que por cuadrante le corresponde alegando que “no cobra sueldo por ello y que no piensa hacerlo.”

A la vista de los diversos recursos que sobre esta materia se vienen planteando últimamente por los internos en relación con la resolución judicial dictada por este Juzgado de fecha 19-10-2006, procede poner de manifiesto que las diversas resoluciones dictadas en los diferentes expedientes disciplinarios en la materia que nos ocupa obliga a mantener un criterio uniforme en tanto que se han observado diferentes criterios en las resoluciones derivadas de las Comisiones Disciplinarias de los distintos centros penitenciarios.

Por ello, y con la finalidad de mantener un principio de igualdad debe considerarse:

1. Que los internos tienen la obligación de mantener las celdas que ocupan en estado limpio (artículo 5 f) del Reglamento Penitenciario).

2. En cuanto a las zonas comunes existen adjudicaciones específicas a grupos de internos, cuya función es mantener la limpieza de las zonas comunes, pudiendo recibir por ello algún tipo de beneficio penitenciario, hoja meritoria o recompensa.
3. La negativa a realizar esta tarea no debe ser objeto de sanción, en tanto que no existe obligación genérica de trabajar en las zonas comunes; con la consecuencia de que si no se accede a ese “destino” no habrá derecho a obtener las beneficios penitenciarios correlativos; pero sin que pueda deducirse de tal negativa la obligación de sanción.

Así ha sido entendido por algunos centros penitenciarios que no elevan expediente sancionador por esta materia; por lo tanto y con el fin de aplicar el principio de igualdad el recurso ha de ser íntegramente estimado.

Por tanto, se insta a la Administración Penitenciaria para que establezca la limpieza de zonas comunes como destino, debiendo en consecuencia generar la oportuna recompensa. La no realización de tal destino, si supondría entonces una desobediencia.

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

Parte dispositiva

Se estima el recurso interpuesto por el interno J.H. del B. contra el acuerdo sancionador n° 436/2012 de fecha 10-01-2013 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de San Sebastián, que queda sin efecto, y se revoca la sanción impuesta.

100.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 02/07/13

Anula la calificación jurídica “no deben castigarse como coacciones las advertencias, o el inicio de actos de autolesión o huelga de hambre”, salvo en determinadas circunstancias.

Antecedentes de hecho

Con fecha 12/06/13 la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria tomó el acuerdo de sancionar al interno G.L.F., como autor de una falta muy grave del artículo 108 b) del Reglamento Penitenciario de 1981, con dos fines de semana de aislamiento en el expediente disciplinario nº 58/13.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso presentado.

Razonamientos jurídicos

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 del interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de vigilancia Penitenciaria (artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

En el presente caso, es correcta la decisión del instructor en cuanto al asesoramiento solicitado y tramitación del expediente, sin que sea necesario la práctica de nuevas pruebas.

Los hechos declarados probados no se estiman constitutivos de la falta que se imputa al interno, considerando que no deben de castigarse como coacciones las advertencias o el inicio de actos de autolesión o huelga de hambre, salvo que concurran determinadas circunstancias, como impedir de forma efectiva un traslado, o que se dirijan a incumplir instrucciones

impartidas por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, circunstancias que no se han dado en el caso que nos ocupa.

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

Parte dispositiva

Estimar el recurso de alzada interpuesto por el interno G.L.F. contra la sanción de dos fines de semana de aislamiento impuesta por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria en el expediente disciplinario n° 58/13, anulando la calificación del acuerdo sancionador y la sanción impuesta.

101.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 11/07/13

Autolesiones, no sancionables.

Antecedentes de hecho

Por Acuerdo de fecha 18 de Junio del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albacete, impuso al interno M.L.B. la sanción de aislamiento en celda por tiempo de un fin de semana, como autor de una falta muy grave del artículo 108.b del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación del recurso.

Razonamientos jurídicos

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Tramitado y resuelto el Expediente con el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables por la falta aplicada, al haber quedado suficientemente acreditados los hechos que dieron lugar a la incoación del Expediente sancionador pero entender que los mismos no son constitutivos de falta alguna y mucho menos de la prevista en el apartado b del artículo 108, que habla expresamente de “agredir, amenazar o coaccionar”, cuando el interno lo único que hizo fue autolesionarse, reclamando con tal acción su ubicación en otra celda, finalidad que no resulta acreditada pero que, de ser cierta, se trataría de una reclamación que, si bien no sigue el trámite ordinario y deseable de solicitud al Director del Centro y en caso de negativa, recurso de queja al Juez, no puede considerarse como una coacción en si al funcionario individualmente determinado, todo lo cual determina que quede acreditado el hecho pero el mismo no se considere en si sancionable por el precepto aplicado, procediendo, en consecuencia, acordar que quede sin efecto la sanción, sin perjuicio de su valoración tratamental y conductual, por todo lo cual, y de acuerdo con lo interesado por el Ministerio Fiscal, procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 18 de Junio pasado.

En atención a lo expuesto

Dispongo: Estimar el recurso interpuesto por el interno M.L.B., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 18 de Junio pasado.

MODIFICA LA CALIFICACIÓN

102.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CASTELLÓN DE FECHA 28/01/13

Rebaja la gravedad de la infracción. El artículo 109-i utiliza el término “uso”, en una interpretación “favor rei” hay que entender sancionable sólo el abuso.

Hechos

Por el Centro Penitenciario de Castellón II se ha tramitado expediente disciplinario nº 1073/2012-1202 en el que ha recaído acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria de dicho Centro Penitenciario en fecha 18 de diciembre pasado, en el que se impone al interno S.R.G.A., una sanción consistente en 20 días de privación de paseos y actos recreativos comunes, comprendida en los artículos 41 a 45 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, al considerarle autor de una falta prevista y tipificada en el artículo 109. i) del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario aprobado por el R.D. 1201/1981, de 8 de mayo, y reformado por R.D. 787/1984, de 28 de marzo.

Contra dicha resolución interpuso el interno recurso verbal ante este Juzgado, remitiéndose el expediente disciplinario por el Director del Centro. Conferido traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, se informa que procede confirmar la resolución impugnada.

Razonamientos jurídicos

Constituye doctrina consolidada y pacífica del Tribunal Constitucional que las garantías procesales del artículo 24.2 son aplicables tanto al derecho penal, como al derecho administrativo sancionador, dado que en ambos casos se ejerce el ius puniendi privilegio del Estado, desde la sentencia 18/1981 se pueden enumerar una larga lista de pronunciamientos

que reiteran esa interpretación (sentencias 2/1987, 2/1990, 145/1993, 97/1995, 127/1996, etc.). Y, más específicamente, por lo que se refiere a las sanciones disciplinarias impuestas a internos en Establecimientos penitenciarios, tal exigencia de dichas garantías deben ser más imperativas “al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena privativa de libertad porque las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que la justicia se detenga a las puertas de las prisiones” (pueden consultarse las SS 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, 128/1996 y una larga lista hasta nuestros días, siendo la última expresión tomada de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio 1984, caso Campbell y Fell).

Doctrina esta que obliga a proyectar sobre el derecho disciplinario penitenciario todas las garantías, principios y reglas hermenéuticas que se utilizan en el ámbito del derecho penal en una singular y específica finalidad de no incrementar la penosidad de la pena que está legitimando la privación de la libertad del sancionado, con la finalidad de no prevalecerse injustificadamente de su situación.

Y en el presente caso, los hechos que se declaran probados, nos suscitan serias dudas respecto a su acomodación en el tipo de la falta sancionada.

Efectivamente, porque se describe la acción cometida por el interno, detectada por un comportamiento desorientado que provoca su traslado a la enfermería, en donde reconoce que se ha tomado una pastilla de más adquirida fraudulentamente.

Así las cosas, el artículo aplicado, 109, apartado i) del Reglamento de 1981, en principio parece que asocia la embriaguez por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas o por aquellas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, que cause grave perturbación en el establecimiento. De donde se infiere que una embriaguez -sea con bebidas clandestinas o autorizadas- que no cause tal perturbación grave resulta conducta atípica, y, por ende, no sancionable. También se sanciona en este apartado el uso de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes. Y al hablar de uso y no de ingesta, ni de los efectos de alteración sobre el organismo (como es el caso de la embriaguez) que puedan producir esa grave alteración perseguida, nos siembra la duda razonable de si

se equipara el mero consumo ocasional con la habitualidad. Porque referirse al uso no es igual que aludir al consumo o a la ingesta. Es un vocablo asociado culturalmente a la habitualidad o al acto repetido.

Y ante la duda que suscita racionalmente la definición de la conducta en ese párrafo del Reglamento sancionador, debemos inclinarnos por la interpretación mas beneficiosa, en aplicación del principio favor rei que rige en el derecho penal o de prohibición de interpretar la norma sancionadora en perjuicio del reo. Máxime cuando en este caso, la conducta del interno no causó perjuicio o alteración alguna para la vida regimental, ya que se limitó a exteriorizar un estado de desorientación y confusión, propio de la ingesta de un fármaco no autorizado.

En consecuencia, y ante la expresa confesión del sancionado de haber ingerido una pastilla al margen de las prescritas para su tratamiento ordenado por los servicios médicos, apreciamos la comisión de, al menos, la falta leve prevista en la letra b) del artículo 110 del Reglamento de 1981, para imponer la sanción de dos días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Por todo ello, vistos los artículos citados y demás de aplicación

Parte dispositiva

Se estima parcialmente el recurso verbal interpuesto por el interno S.R.G.A. contra el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Castellón II en fecha 18 de diciembre pasado, par revocar la sanción impuesta y en su lugar imponer al mismo como autor de la falta leve prevista en el artículo 110, letra b), una sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes durante dos días.

103.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 20/05/13

Rebaja la calificación, sancionando por desobediencia leve, dado que finalmente se cumplen las órdenes dadas.

Hechos

Se ha recibido en este Juzgado recurso de alzada interpuesto por interno J.K.A.B. contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva en el Expediente Sancionador número 32/13.

Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó interesando su desestimación.

Razonamientos jurídicos

Impugna el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario reseñado 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 de desobediencia (artículo 109.b) y una falta grave de insultos e injurias a funcionario (artículo 109.a) del Reglamento Penitenciario porque, el día 5-01-13, en el departamento de locutorios, al realizar el preceptivo cacheo a la entrada de comunicaciones vis a vis, tras pasar por el arco de detección de metales se solicitó al interno (puesto que la luz de detección estaba casi al límite) que pasara en dirección contraria para que el funcionario se asegurara que no llevaba ningún objeto metálico, a lo que el interno se negó, y al reiterarle la orden accedió entre murmullos.

Al solicitar al interno su colaboración para un cacheo por palpación tiró las zapatillas al suelo, y al solicitarle que las entregara dijo “tu tienes que cachear tu las recoges”, se reiteró la orden de entregar las zapatillas y el interno accedió, pero murmurando en una lengua que el funcionario no

reconoció, continuando el cacheo de forma lenta y sin colaboración, lo que retrasó la entrada de los familiares a las comunicaciones.

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó la imposición de una sanción de 15 + 15 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En este caso el interno recurrente propuso la práctica de pruebas que fueron denegadas de forma motivada por el Instructor del Expediente conforme a lo establecido en el artículo 244.3 del Reglamento Penitenciario, y que debe ser confirmada en la presente resolución. Por otra parte, no está prevista legal, ni reglamentariamente la paralización de la tramitación de Expediente Sancionador por el hecho de que el interno formule recusación contra el Director del Centro Penitenciario.

A la vista de las actuaciones practicadas en el presente expediente (parte de hechos suscrito por los funcionarios que goza de la presunción de veracidad propia de la actuación administrativa) se desprende que la calificación de los hechos efectuada por la Comisión Disciplinaria en el Acuerdo Sancionador, estimando que aquellos constituyen dos faltas graves de desobediencia e insultar o faltar al respeto a funcionarios (artículos 109.b y 109. a del Reglamento Penitenciario) no es correcta, ya que los hechos deben considerarse constitutivos de falta leve de desobediencia, al reflejarse que tras la desobediencia inicial se terminan por cumplir las órdenes dadas.

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 se declara que los Hechos constituyen la falta leve de desobediencia prevista en el artículo 110 b del Reglamento Penitenciario, que debe ser sancionada con 3 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

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

Parte dispositiva

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por el interno J.K.A.B. contra el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva en al Expediente Disciplinario número 32/13 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 3 días de privación de paseos y Actos Recreativos Comunes.

DEJA SIN EFECTO LA SANCIÓN

104.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA NUMERO 1 DE FECHA 13/03/13

Deja sin efecto la sanción al no constar en el relato acusatorio los datos jurídicos esenciales.

Antecedentes de hecho

Con fecha 5-12-2012 la Comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Zaragoza, tomó el acuerdo de sancionar al interno como autor de una falta muy grave, del artículo 108.a del Reglamento Penitenciario, con 14 días de aislamiento en celda, una falta muy grave del artículo 108.b del Reglamento Penitenciario, con 14 días de aislamiento en celda, de conformidad con el artículo 233 del citado Reglamento, en el

expediente disciplinario n° 613/12, por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Contra dicho acuerdo el interno interpuso recurso ante este Juzgado, interesando su revocación, en mérito de las alegaciones que formulaba y, practicadas cuantas diligencias se estimaron pertinentes se dio traslado al Ministerio Fiscal, que informó: Que procede la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la sanción impuesta.

Fundamentos jurídicos

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, defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Mediante Acuerdo Sancionador de fecha 5 de diciembre de 2012, adoptado en el Expediente Disciplinario n° 613/12, por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Zaragoza-Zuera, en razón de unos hechos que se consignan en el referido Acuerdo, se impuso al interno por la comisión de dos faltas muy graves previstas en los artículos 108-a) y b) del Reglamento Penitenciario de 1981, dos sanciones de 14 días de aislamiento en celda.

En el presente expediente se ha sancionado al interno por la comisión de dos faltas muy graves, recogidas en los artículos 108 a) y b) del Reglamento Penitenciario de 1981: “Participar en motines, plantes, desordenes...” y “Agredir, amenazar, coaccionar personas...”.

En el relato de hechos del Acuerdo Sancionador se indica, «Que el interno, grita, amenaza e insulta a los funcionarios, así como alentar al resto de la población reclusa para que secunden sus amenazas», no consta ni una sola de las palabras, expresiones o manifestaciones amenazantes pronunciadas por el interno en el suceso de referencia, ni se detalla en que consiste la incitación al resto de la población interna para que secunden

sus amenazas, de tal manera, que resulta imposible ratificar el Acuerdo Sancionador.

Uno de los principios fundamentales propios del procedimiento penal y que resultan de aplicación en el ámbito sancionador administrativo, es el conocido como acusatorio que a su vez enlaza o guarda relación con los de defensa y congruencia. Y el mismo viene a significar que en todo relato acusatorio y, por ende, el que debe constituir el sustento de un Acuerdo Sancionador, sin tener que ser en exceso minucioso o detallado, sí que debe ser completo y específico. Es decir debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo infractor objeto de la acusación o sanción, y debe permitir conocer con precisión cuales fueron las acciones o expresiones que se consideran sancionables. Y, el Juez, en el ámbito de su función no puede separarse (lo mismo cabría predicar de la Comisión Disciplinaria en el suyo), en lo esencial, del relato que venga formulado y no puede introducir por su cuenta datos fácticos esenciales en perjuicio del acusado, pues excedería de su función, como así constan en el Informe que se remite por los Jefes de Servicio n° 86.262 y 70.195 en fecha 26-09-12, datos que no constan ni en el Pliego de Cargos, ni en la Propuesta de Resolución ni el citado Acuerdo Sancionador, por otra parte, se fija el día 27 de septiembre de 2012 sobre las 08:00 horas, como el momento de producirse los hechos, cuando al parecer el grave incidente se produjo el día 26 de septiembre sobre las 21:15 horas en el Módulo 9 y derivó seguidamente en los hechos imputados al interno recurrente, y no al día siguiente.

Por todo ello, en el caso presente, no reflejándose ninguna de las manifestaciones vertidas por el interno, sino valoraciones de su actitud y forma en que las habría dicho, lo cual es, desde luego conveniente que se incluyan en el relato, pero ello como complemento o acompañamiento de los datos fácticos esenciales y que deben servir de punto de referencia imprescindible. Por lo que vistas las circunstancias expuestas, no se puede ratificar las sanciones por unas palabras amenazantes e injuriosas que se desconocen, y por actos de aliento al resto de los internos para que secundasen las amenazas faltos de concreción.

Por lo que procede estimar el recurso y en consecuencia se dejan sin efecto las sanciones impuestas.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón, ha decidido: Estimar el recurso planteado por el interno del Centro Penitenciario de Zaragoza contra el acuerdo sancionador referido en el Antecedente primero de esta resolución, y revocar dicho acuerdo.

105.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 25/11/13

Deja sin efecto la sanción al declarar exento de responsabilidad al interno que actuó en estado de “brote psicótico agudo”.

Hechos

Con fecha 5 de noviembre de 2013 la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote tomó el acuerdo de sancionar al interno D.B.V. como autor de una falta muy grave del artículo 108-C, del Reglamento Penitenciario, con la sanción de tres fines de semana de aislamiento en celda, en el expediente disciplinario 838/13 por los hechos relatados en el mencionado acuerdo sancionador.

Contra dicho acuerdo el interno interpuso recurso, y practicadas cuantas diligencias se estimaron oportunas fue oído el Ministerio Fiscal quien informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso de alzada interpuesto y la confirmación de la sanción impuesta por considerarla ajustada a derecho.

Razonamientos jurídicos

Examinados los hechos, tanto por parte de los funcionarios nº 21662 y 44176, como por la ratificación que del mismo hace el Sr. Jefe de Servicios nº 61.833 y el informe médico que obra unido al expediente, se

llega al convencimiento de que los hechos que protagoniza el interno del Centro Penitenciario de Albolote, D. B. V., son constitutivos de una falta grave de agresión a otro interno prevista en el apartado C del artículo 108 del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo. Y ello, al quedar plenamente acreditado que: sobre las 17:50 horas del pasado día 15 de octubre del corriente año y en el interior del módulo de enfermería del Centro Penitenciario de Albolote, los internos, I.J.B.J. y D.B.V. se enzarzaron en una mutua pelea.

El interno, D.B.V., en el momento de los hechos presentaba un brote sicótico con actividad aguda, trastorno mental grave cometiendo los hechos en relación con su delirio patológico.

Atendiendo a la culpabilidad del sujeto, imperativo que se desprende del artículo 234 del Reglamento Penitenciario, procede declarar exento al expedientado de toda responsabilidad ya que, probado que ha sido, por el informe médico obrante en las actuaciones, que tales hechos se produjeron bajo el padecimiento de un brote sicótico agudo, como pone de relieve entre otras muchas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 diciembre 2003, la psicosis de tipo esquizoide que sufre el expedientado le impedía, en términos de culpabilidad, representarse el resultado de su acción y comprender su ilicitud. El delirio provocado por la psicosis, hace a una persona absolutamente inmotivable para ajustar su conducta a parámetros de normalidad. La acción cometida bajo esos presupuestos tan deficitarios de imputabilidad no puede serle reprochada en términos punitivos, sin riesgo a desconocer de plano los principios fundacionales de un sistema penal (en todo caso disciplinario) basado en la idea de la culpabilidad individualizada como presupuesto y medida de la imposición de la pena (sanción). Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial Ciudad Real de 12 mayo 2003 en relación a la psicosis dice: que la misma ha de considerarse como una enfermedad mental grave. Y, en iguales términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial Ciudad Real de 12 mayo 2003: cuando los hechos son manifestación de un brote (sicótico) es decir, del estado agudo de la enfermedad, se evidencia la total anulación de las facultades. Sentencia de la Audiencia Provincial Girona de 7 marzo 2000: padecía un brote psicótico agudo a consecuencia del cual el acusado tenía anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, deviniendo, en consecuencia, totalmente inimputable. Sentencia de la Audiencia Provincial Segovia de 8 junio 1999 y Sentencia de la Audiencia Provincial

Lugo de 7 noviembre 1996 que señala que: el acusado, en el momento de ejecutar el hecho, padecía un brote psicótico agudo de esquizofrenia paranoide, que le privaba totalmente de sus facultades intelectivas y volitivas, por lo que su acción no fue consciente y libremente realizada, sino en virtud de mecanismos patológicos incontrolables para él.

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

Dispongo

Que estimando el recurso de alzada interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, D.B.V., contra el acuerdo sancionador de fecha 5 de noviembre de 2013, dejo sin efecto lo resuelto en el mismo al apreciar en la comisión de los hechos la eximente completa de enajenación mental.

106.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 11/12/13

Deja sin efecto la sanción. La falta de divulgación de noticias o datos falsos exige la intención de menoscabar la buena marcha regimental.

Hechos

Que en este Juzgado se ha recibido documentación relativa al interno A.A.C. del Centro Penitenciario Albolote formulando recurso de reforma contra el Auto dictado por este Juzgado, en expediente disciplinario nº 466/2013.

Que admitido el recurso de reforma, se dio traslado al Ministerio Fiscal, conforme al artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha emitido el informe que antecede.

Razonamientos jurídicos

Examinados los motivos y fundamentos del precedente recurso de reforma interpuesto por el interno A.A.C. contra el Auto de fecha 30-09-2013 dictado en el presente expediente disciplinario, y revisadas las actuaciones practicadas, procede su estimación, pues si bien la expresión utilizada por el interno en la instancia objeto del presente expediente, es totalmente rechazable y desafortunada, es lo cierto que carece de tipicidad.

En efecto, aún cuándo se estimara que la conducta constituye una divulgación de noticias o datos falsos (falta grave del artículo 109-h) el tipo exige la intención de menoscabar la buena marcha regimental del establecimiento; intencionalidad que no cabe deducir ni se desprende del sólo hecho de emplear la expresión “estado terrorista” en una instancia dirigida al Director del Establecimiento.

Por consiguiente, y con estimación del recurso, procede dejar sin efecto la sanción impuesta, por falta de tipicidad de la conducta objeto del presente expediente.

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

Parte dispositiva

Se estima el recurso de reforma interpuesto por el interno A.A.C. contra el Auto dictado por este Juzgado con fecha 30-09-2013 en estas actuaciones, acordando en su lugar, dejar sin efecto la sanción impuesta.

MODERA LA SANCIÓN

107.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/02/13

“Huelga de patio”. Modera la sanción.

Antecedentes de hecho

El interno J.A.O.G. interpuso recurso de alzada contra la sanción impuesta por la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote por la comisión de una falta grave del artículo 109.b) del Reglamento Penitenciario por los hechos relatados en el acuerdo sancionador.

Remitido el expediente disciplinario por la dirección del centro conforme al artículo 24.9 del Reglamento Penitenciario se incoó el expediente referido en el encabezamiento y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

Razonamientos jurídicos

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, Artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En el presente caso es correcta la decisión del instructor en cuanto asesoramiento solicitado y tramitación del expediente sin que sea necesaria la práctica de nuevas pruebas.

A la vista de la globalidad del expediente se consideran probados los siguientes hechos:

- El día 1/11/2012 a las 8:50 horas el interno arriba mencionado se negó a bajar al patio.

La pena privativa de libertad no supone sólo la pérdida de la posibilidad de determinarse en el espacio a voluntad, sino la sujeción a un régimen especial de vida que conlleva numerosos deberes y limitaciones recogidos, entre otras, en las normas de régimen interior. Estas son de obligado cumplimiento para los internos (artículo 4.b Ley Orgánica General Penitenciaria). Dichas normas son dictadas por el Comité de Dirección del Centro Penitenciario (artículo 271.b del Reglamento Penitenciario de 1981) y han de ser aprobadas por el centro directivo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Y son de obligado cumplimiento, de modo que su inobservancia es motivo de sanción como falta leve (artículo 110 del Reglamento Penitenciario), siempre que no integre infracción de mayor gravedad, como ocurre en el presente caso. La relación de supremacía o sujeción especial en la que se encuentra el preso frente a la Administración permite a ésta un amplio campo de intervención que, respecto al “Status libertatis”, va más allá de la limitación del derecho fundamental, que ya fue legítimamente negado por el fallo condenatorio (Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1987) y obliga al interno al acatamiento de unas pautas y normas de comportamiento necesarias para el cumplimiento de los fines que son inherentes a esa relación de sujeción especial. Dicho de otro modo, la pena privativa de libertad es mucho más que lo que su nombre indica. Y sus consecuencias se extienden a la totalidad del régimen de vida del preso que, guste o no, es quien al cometer el delito se expuso -libremente- a las consecuencias asociadas a su conducta ilegal.

A partir de aquí, la huelga de patio es constitutiva de la infracción disciplinaria del artículo 109.b del Reglamento Penitenciario, sobre la base de las siguientes razones:

1. La pena privativa de libertad no supone sólo la pérdida de la posibilidad de determinarse en el espacio a voluntad, sino la sujeción a un régimen especial de vida que conlleva numerosos deberes y limitaciones recogidos, entre otras, en las normas de régimen interior. En consecuencia, fijado un horario de actividades por el centro, de acuerdo con la potestad de autoorganización que tiene reconocida, el incumplimiento de las actividades marcadas supone

de por sí una afección del status libertatis -modulado por el régimen especial de sujeción- que es inherente a la condición de recluso, afectando necesariamente al orden del establecimiento una de cuyas herramientas fundamentales es, precisamente, el cumplimiento de la tabla de horarios por los internos.

2. Por otra parte, aunque se considerara la renuncia al patio como un derecho, es sabido que todo derecho puede usarse correcta o desviadamente. En este segundo caso, el uso puede llegar a ser dañino, dando lugar en este caso a la adopción de medidas que impidan la persistencia del abuso. Así lo expresa con carácter general el artículo 7 del Código Civil al regular el abuso de derecho, siendo esta norma de carácter general y aplicable a todo el ordenamiento jurídico.

3. En este sentido, puede considerarse abusiva la actitud de quien, por la intención declarada de su autor y las circunstancias en que se realiza -medida de presión ejecutada por la vía de la desobediencia pasiva-, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho, cansando daño al buen orden del establecimiento y a la necesaria convivencia ordenada en cuanto desafía el principio de autoridad.

4. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 7.1 del Código Civil y el artículo 231 del Reglamento Penitenciario, la Administración está autorizada a adoptar las medidas necesarias “que impidan la persistencia del abuso”, incluida la sanción disciplinaria.

Por otra parte, en ningún momento se vulnera el derecho a la libertad de expresión o reunión, ya que no debe olvidar el recurrente que está sujeto a una relación de sujeción, en este caso especial, con la Administración Penitenciaria, que supone obligaciones y derechos para ambas partes, y es obvio que la legitimidad de sancionar la presente conducta se deduce de la necesidad de preservar el buen orden del establecimiento, el cual se vería del todo punto alterado caso de que los internos utilizaran a su arbitrio la no bajada al patio o subida a celdas como modo de presión para llevar a cabo reivindicaciones propias, sin respetar los cauces establecidos para ello. En definitiva, si existe un límite a la libertad de expresión derivado, no del contenido del mensaje, sino de la forma y modo utilizados

para ello. Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido que el régimen especial de sujeción al que están sometidos los internos supone un límite a todos los derechos que se vean afectados por el sentido de la pena, la seguridad del centro y el buen orden del establecimiento, y una falta de cumplimiento de las normas establecidas supone una evidente desobediencia.

En el caso que nos ocupa, el interno desobedece una orden legítima de bajada al patio en horario establecido, por lo que valorando la conducta realizada dentro de los cauces fijados por la relación de sujeción especial que une al interno con la Administración Penitenciaria, la conducta debe ser calificada como falta grave del artículo 109-B, por lo que es ajustada a Derecho la calificación jurídica realizada por el órgano sancionador. No obstante, ponderando todas las circunstancias que concurren, procede, manteniendo aquella calificación, moderar la sanción, imponiendo la de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Vistos.- Los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Parte dispositiva

Se estima parcialmente el recurso interpuesto por el interno J.A.O.G. contra el acuerdo sancionador 00998/2012 de fecha 5-12-2012 de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote, al que se impondrá la sanción de 6 días de privación de paseos y actos recreativos comunes, por hallarle autor de la falta grave del artículo 109-B del Reglamento Penitenciario.

En el caso de que se trate de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a fin de no agravar la situación del interno, y si éste lo solicitara, procederá a los meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

OTROS

108.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 1 DE FECHA 06/02/13

Acumulación de sanciones.

Antecedentes

Por el interno D.C.M. del Centro Penitenciario de Zaragoza se presentó petición ante este Juzgado de aplicación del triple de la mayor sanción.

Incoado el oportuno expediente, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los hechos motivo de la petición.

El Ministerio Fiscal, informó: interesando se procediera a la acumulación de los expedientes disciplinarios que se detallan en su escrito.

Fundamentos jurídicos

El artículo 76 apartado g) de la Ley General Penitenciaria, atribuye al Juez de Vigilancia competencia para acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

Por D.C.M., interno en el Centro Penitenciario de Zaragoza-Zuera, se intereso la aplicación del artículo 236.2 del Reglamento Penitenciario, a las sanciones impuestas en los Expedientes Disciplinarios en los que fue sancionado.

De las actuaciones se desprende:

1. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario nº 144/12, tramitado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 08-02-12 y sancionados

el día 03-04-12, en que se le impuso la sanción de 1 fin de semana de Aislamiento en Celda, al parecer ya cumplida.

2. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario n° 260/12, tramitado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 20-03-12, y sancionados el día 16-05-12, con 14 días de Aislamiento en Celda, al parecer en cumplimiento.

3. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario n° 279/12 seguido por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 29-05-12 y sancionados el día 29-05-12, con 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes y 12 y 8 días de Aislamiento en Celda, al parecer ya cumplidas.

4. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario n° 278/12 seguido por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 22-03-12, dictándose Acuerdo Sancionador en fecha 29-05-12 y se le impuso la sanción de 14 días de Aislamiento en Celda y 25 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

5. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario n° 280/12 seguido ante el Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 22-03-12, y dictado Acuerdo Sancionador en fecha 29-05-12, y se le impuso la sanción de 8 días de Aislamiento en Celda 25 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos Comunes.

6. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario n° 281/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 23-03-12 y dictado Acuerdo Sancionador en fecha 29-05-12, y se le impuso la sanción de 30 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos Comunes.

7. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario n° 282/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva por unos hechos cometidos el día 22-03-12 dictado Acuerdo Sancionador en fecha 29-05-12, imponiéndole las sanciones: dos de

14 días de Aislamiento en Celda y una de 30 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos Comunes, al parecer cumplidas.

8. Fue sancionado en el Expediente Disciplinario nº 283/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 22-03-12 y sancionados el día 29-05-12 y se le impusieron las siguientes sanciones: 25 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos comunes; 30 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos comunes y 10 días de Aislamiento en Celda, al parecer cumplidas.

9. Fue sancionado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, Expediente nº 316/12, por unos hechos cometidos el día 2-04-12 y sancionados el día 12-06-12, a las siguientes sanciones: 10, 12 y 14 días de Aislamiento en Celda.

10. Fue sancionado en E.D. nº 317/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por unos hechos cometidos el día 3-04-12 y sancionados el día 12-06-12, y estimado parcialmente recurso de alzada, se le impusieron dos sanciones de 14 días de Aislamiento en Celda.

11. Fue sancionado en E.D. nº 207/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 17-04-12 y sancionados el día 16-05-12 con 14 días de Aislamiento en Celda.

12. Expediente Disciplinario nº 214/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 19-04-12, y sancionados el día 16-05-12, con dos sanción de 14 días de Aislamiento en Celda.

13. Expediente Disciplinario nº 215/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 19-04-12 y sancionados el día 16-05-12, con 14 días de Aislamiento en Celda.

14. Expediente Disciplinario nº 352/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 20-06-12 y sancionados el día 17-07-12 con 5 días de Aislamiento en Celda.

15. Expediente Disciplinario nº 376/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 28-06-12 y sancionados el día 17-07-12, con 30 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos Comunes.

16. Expediente Disciplinario nº 344/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 18-06-12 y sancionados el día 17-0-12, con 14 días de Aislamiento en Celda.

17. Expediente Disciplinario nº 379/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 30-06-12 y sancionados el día 17-07-12, con 14 días, 14 días y 5 días de Aislamiento en Celda.

18. Expediente Disciplinario nº 394/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 8-07-12 y sancionados el día 7-08-12, con 14 días, 10 días, 10 días y 5 días de Aislamiento en Celda.

19. Expediente Disciplinario nº 402/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, por unos hechos cometidos el día 9-07-12 y sancionados el día 14-08-12, con 12 días de Aislamiento en Celda. Y

20. Expediente Disciplinario nº 472/12 seguido ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Zaragoza-Zuera, por unos hechos cometidos el día 26-07-12 y sancionados el día 22-08-12, con 10 días 8 días de Aislamiento en Celda y 15 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos Comunes.

El Reglamento Penitenciario establece en el artículo 236.1 que «al culpable de dos o más faltas enjuiciadas en el mismo expediente, se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible y no siéndolo se cumplirán por el orden de su respectiva gravedad o duración». Artículo 236.2 «En ese último supuesto el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la sanción mas grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda».

De lo expuesto parece obvio que rige la regla del triple o máximo cumplimiento cuando las sanciones han sido impuestas en distintos expedientes sancionadores, si bien se plantea si los hechos base de las sucesivas infracciones deberán haberse perpetrado antes de dictarse el primer acuerdo sancionador, lo que es exigible conforme al Código Penal y además razones de justicia material llevan a la aplicación del citado criterio, es decir que hubieran podido ser examinadas en el mismo procedimiento con el objeto de que no puede operar como una garantía de impunidad para el futuro, cuando se haya agotado dicho límite.

En el supuesto examinado estarían dentro del primer bloque, los Expediente Disciplinarios señalados con los números 1º al 10º, seguidos ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, ya que el primer acuerdo sancionador es de fecha 3 de abril de 2012 y los distintos hechos se cometen en dicha fecha o con anterioridad a la misma, siendo la sanción mas grave impuesta la de 14 días de aislamiento en celda, cuyo triple seria 42 días de aislamiento en celda, con cuyo cumplimiento dejaría extinguidas el resto de las sanciones de aislamiento y privación de paseos y actos recreativos comunes, que le fueron impuestas en los expedientes señalados, siendo ello mas beneficioso para el interno, que el cumplimiento de todas las sanciones impuestas por separado, abonándosele los días cumplidos y en su caso los también cumplidos con carácter cautelar de aislamiento en celda.

Segundo bloque, integrado por los Expedientes Disciplinarios números 207/12, 214/12, 215/12 seguidos ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, y señalados en la presente resolución con los números 11º a 13º, y cuya sanción mas grave impuesta es la de 14 días de aislamiento en celda, cuyo triple seria 42 días de aislamiento en celda, con cuyo cumplimiento dejaría extinguidas el resto de las sanciones de aislamiento que le fueron impuestas en los expedientes señalados y que por separado sumarían mas días que los 42 indicados, siendo ello mas beneficioso para el interno, abonándosele en su caso los días cumplidos o/y los cumplidos con carácter cautelar.

Y por ultimo, un tercer bloque, integrado por los E.D. números 352/12, 376/12, 344/12, 379/12, 394/12 y 402/12 tramitados por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, y correspondiente a los números señalados en la presente resolución del 14º al 19º, ya que los

hechos se cometen desde el día 20 de junio de 2012 al día 9 de julio de 2012 y la fecha del primer Acuerdo Sancionador es de 17 de julio de 2012, por lo que podrían haberse tramitado en el mismo E.D., y cuya sanción mas grave impuesta, es la de 14 días de aislamiento en celda, cuyo triple sería 42 días de aislamiento en celda, con cuyo cumplimiento dejaría extinguidas el resto de las sanciones de aislamiento y privación de paseos y actos recreativos que le fueron impuestas en los expedientes señalados y que por separado sumarían mas días que los 42 indicados, siendo ello mas beneficioso para el interno, abonándosele en su caso los días cumplidos o/y los cumplidos con carácter cautelar.

No procediendo la inclusión en ninguno de los bloques señalados, de las sanciones impuestas en el E.D. tramitado por la Comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Zaragoza-Zuera, al ser los hechos cometidos de fecha posterior, en concreto de 26 de julio de 2012, esto posterior a la fecha del ultimo Acuerdo Sancionador.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 1 de Aragón, ha decidido: Estimar la queja formulada por el interno D.C.M., tal y como se desprende del fundamento que antecede y fijar como limite máximo de cumplimiento de las sanciones que le fueron impuestas en los Expedientes Disciplinarios:

Bloque N° 1:

ED.. 144/12

ED.. 260/12

ED.. 279/12

ED.. 278/12

ED.. 280/12

ED.. 281/12

ED.. 282/12

ED.. 283/12

ED.. 316/12

ED.. 317/12

Tramitados por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, fijándose el límite máximo de cumplimiento en 42 días de aislamiento en celda, con cuyo cumplimiento dejará extinguidas el resto de las sanciones de aislamiento y privación de paseos y actos recreativos comunes, que le fueron impuestas en los expedientes señalados, siendo ello más beneficioso para el interno que el cumplimiento de todas las sanciones impuestas, abonándosele los días cumplidos y en su caso los también cumplidos con carácter cautelar en aislamiento en celda.

Bloque N° 2

ED.. 207/12

ED.. 214/12

ED..2 15/12

Seguidos ante la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, y cuya sanción mas grave impuesta es la de 14 días de aislamiento en celda, cuyo triple seria 42 días de aislamiento en celda, con cuyo cumplimiento dejará extinguidas el resto de las sanciones de aislamiento que le fueron impuestas en los expedientes señalados y que por separado sumarian mas días de los 42 indicados, siendo ello mas beneficioso para el interno, abonándosele en su caso los días cumplidos o/y cumplidos con carácter cautelar.

Bloque N° 3:

ED.. 352/12

ED.. 376/12

ED.. 344/12

ED.. 379/12

ED.. 394/12

ED.. 402/12

Tramitados por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid VII, y cuya sanción mas grave impuesta es la de 14 días de aislamiento en celda, cuyo triple seria 42 días de aislamiento en celda, con cuyo cumplimiento dejará extinguidas el resto de las sanciones de aislamiento y privación de paseos y actos recreativos que le fueron impuestas en los expedientes señalados y que por separado sumarian mas días que los 42 indicados, siendo ello mas beneficioso para el interno, abonándose en su caso los días cumplidos o/y cumplidos con carácter cautelar.

No procede la inclusión en ninguno de los bloques señalados, de las sanciones impuestas en el E.D. n° 472/12, tramitado por la Comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Zaragoza-Zuera, por las razones expuestas anteriormente.

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

Recurso verbal no requiere la presencia física del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Dada cuenta del anterior expediente disciplinario infórmese al interno que la interposición del recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, verbalmente en el acto de notificación, que prevé el artículo 248 b) del Reglamento Penitenciario, está referida a la posibilidad de recurrir realizando las alegaciones que estime oportunas cuando se le notifica por el funcionario de prisiones el acuerdo sancionador. En consecuencia, en ese acto de la notificación se realizarán las alegaciones verbales que serán recogidas por el funcionario notificante, no estando prevista la presencia física del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Así resulta la doctrina del Tribunal Constitucional en Sentencia de 19 de noviembre de 1992 que señala:...” el interno podrá recurrir las sanciones tanto por escrito como verbalmente, pero del mismo (Reglamento Penitenciario) no se deduce la tesis del hoy recurrente de un derecho a recurrir verbalmente y personalmente ante al Juzgado de Vigilancia, con presencia física de éste, para formularle verbalmente las alegaciones una vez manifestada su voluntad de recurrir, ni, desde luego, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) impone dicha interpretación del precepto reglamentario antes citado”.

En el presente caso, y no habiendo realizado alegaciones verbales el interno, notifíquese, a través del Centro Penitenciario la presente resolución a fin de que en el término de cinco días realice por escrito las alegaciones que estime oportunas en relación al recurso formulado respecto del expediente disciplinario nº 98/2013 del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, haciéndole saber que transcurrido dicho plazo sin efectuarlo, se procederá al Archivo del expediente, declarando la firmeza del acuerdo sancionador dictado por la Comisión Disciplinaria.

110.- AUTO DE JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 09/07/13

Estima la queja del interno sobre nueva incoación de Expediente Disciplinario por los mismos hechos que dieron lugar a otro expediente disciplinario anterior archivado por caducidad.

Hechos

Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno F.N. del Centro Penitenciario Segovia formulando queja por no caducidad del expediente sancionador 190/12.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno F.N. sobre nueva incoación de expediente sancionador por los mismos hechos que ya dieron lugar a otro expediente disciplinario anterior archivado por caducidad (artículo 246.2 Reglamento Penitenciario) y atendida la fecha de los hechos (7/8/12), procede su estimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues si bien no había transcurrido el plazo de prescripción previsto (artículo 258 del Reglamento Penitenciario), resulta incuestionable que la dilación producida por causa no imputable al interno, vulneraría su derecho a rehabilitar dicha sanción en los plazos legalmente previstos, con los consiguientes perjuicios para optar a la concesión de beneficios penitenciarios.

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

Parte dispositiva

Se estima la queja del interno F.N. del Centro Penitenciario Segovia en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

CAPÍTULO 12

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

111.- SENTENCIA DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO CONTENCIOSO DE FECHA 01/02/13

Agresión sexual cometida en libertad provisional.

I. Antecedentes de hecho

Primero. El acto impugnado procede del Ministerio de Justicia y es la Resolución de 9 de febrero de 2011.

Segundo. Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

Tercero. Presentada la demanda, se dió traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

Cuarto. Mediante Auto de 20 de octubre de 2011 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, llevándose a cabo las pruebas propuestas por la parte actora declaradas pertinentes, y, una vez, concluido el período probatorio.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectiva pretensiones quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2012 habiénd-

dose continuado la deliberación hasta el día 15 de Enero de 2013 en que tuvo lugar la votación y fallo.

Quinto. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción.

II. Fundamentos de derecho

Primero

Se interpuso el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución de 9 de febrero de 2011, dictada por el Ministerio de la Presidencia del Gobierno, que desestimó la reclamación de indemnización sobre responsabilidad patrimonial del Estado formulada por la recurrente, doña E., por daños causados por funcionamiento de la Administración de Justicia y del Ministerio del Interior.

Solicita en su demanda la parte actora la anulación de la actuación administrativa impugnada y se declare a su favor el derecho a ser indemnizada en cuantía de 40.000 € por daños morales. Alega, en síntesis, que la agresión sexual de que fue objeto tuvo lugar a consecuencia de que el Ministerio Fiscal no solicitó la prisión provisional en su momento y los órganos policiales no actuaron con la mínima diligencia indispensable para llevar a cabo la captura del condenado. Considera que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia al haber omitido el Ministerio Fiscal solicitar la prisión provisional de F. una vez que había sido objeto de condena a siete años de prisión por la Audiencia Provincial de Zamora en sentencia de 13 de junio de 2005. Entiende que si se hubiera decretado la prisión provisional, el condenado no habría podido cometer la nueva agresión sexual de que fue víctima la recurrente. Considera la actora en su demanda que el Ministerio Fiscal forma parte de la Administración de Justicia, de modo que es de apreciar funcionamiento anormal de la misma. Considera también la parte recurrente que en el presente caso también es de apreciar insuficiencia o anormalidad en el funcionamiento del servicio policial. Así, si observamos el oficio de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil firmado por el Comisario Principal Jefe, sólo aparecen requisitorias judiciales de difusión nacional el 18 de julio de 2006 y que con fecha de 9 de agosto de

2006 se remite por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid copia del escrito dirigido a la autoridad judicial reclamante, con resultado infructuoso de las gestiones practicadas, sin que conste en el mismo referencia alguna a un hipotético traslado a Palencia o a otra localidad que permitiesen la prosecución de las gestiones. Es evidente, que no constaba y no se ha tomado en consideración la orden de detención que se expide el 25 de septiembre de 2006 por la Audiencia Provincial de Zamora a la Policía Nacional de Palencia. Orden de detención que se funda en la comunicación del abuelo del propio penado según la cual éste podría estar en aquella ciudad. Y ciertamente, parece que la policía de Palencia realizó alguna gestión por qué el 13 de octubre de 2006 se comunicó que no había sido localizado en esa ciudad y provincia. Destaca la parte recurrente en su demanda la comunicación hecha por la guardia civil, en concreto, el General de División Jefe del Estado mayor, en la que sorprendentemente sólo aparece una requisitoria de 15 de octubre de 1999 cesada el 19 de enero de 2000 y otra de 16 de julio de 2005, cesada el 17 de agosto de 2005. Es evidente la absoluta descoordinación entre los diferentes cuerpos de las Fuerzas de Seguridad del Estado. Además, debe destacarse la diligencia que tuvo la Policía Nacional de Palencia para practicar la detención de F., porque después de no haber podido localizarle desde el día 25 de septiembre de 2006, el día 1 de diciembre del mismo año fue objeto de detención en Palencia, probablemente, porque en ese momento sí que hubo una intervención mucho más decidida por parte de la policía teniendo en cuenta que F. ya había cometido un delito muy grave en esta ciudad contra la recurrente. Considera la actora en su demanda que si los servicios policiales hubiesen actuado de una manera mínimamente diligente y no con la actitud negligente, pasiva y absolutamente descoordinada que se produjo en el presente caso, F. hubiera sido detenido mucho antes de poder cometer la agresión que cometió contra la actora.

En este caso, pues, la parte recurrente pretende un resarcimiento patrimonial a cargo del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y de los servicios públicos, al no haberse limitado oportunamente la libertad a un delincuente condenado como autor de una violación, pues si se hubiera decretado la prisión provisional o hubiera sido detenido, el condenado no habría podido cometer la nueva agresión sexual de que fue víctima la recurrente.

Segundo

Está acreditado que mediante sentencia de 13 de junio de 2005 dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, F. fue condenado por delito de agresión sexual, violación del artículo 179 del Código Penal, a la pena de siete años de prisión. Referida sentencia condenatoria y en la que no fueron apreciadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, devino firme el 16 de marzo de 2006 por inadmisión del recurso de casación formulado contra la misma.

No consta que se privase de libertad al condenado ni que el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la prisión de aquél en tanto se resolvía el recurso de casación que interpuso. Una vez resuelto el recurso de casación, el condenado no fue habido para ingresar en prisión y hubo de decretarse su busca y captura.

Así pues, durante el proceso y desde la firmeza de la sentencia condenatoria el 16 de marzo de 2006 hasta el 1 de diciembre de 2006, fecha en que F. sería detenido tras haber cometido durante este tiempo otro delito de violación, el referido condenado se mantuvo en libertad.

En efecto; según consta acreditado, la hoy demandante, doña E., entonces menor de edad, fue agredida sexualmente y violada el 18 de noviembre de 2006 por F. Sobre las nueve horas del día 18 de noviembre de 2006, es decir, más de ocho meses después de haber devenido firme la sentencia por la que se le condenó por violación a siete años de prisión, F., que seguía en libertad. E., una vez liberada refirió a sus padres lo ocurrido y junto con su padre formuló denuncia en la Comisaría de Policía a las 12:47 horas.

Como consecuencia de ello, efectivos de la policía nacional aprehendieron a F. días después, en concreto, el día 1 de diciembre de 2006. La policía comprobó también que dicha persona se encontraba en situación de busca y captura y que habían recibido un aviso de que se podía encontrar en Palencia. Como consecuencia de estos hechos se siguió el sumario 1/2007 del Juzgado de Instrucción número cuatro de Palencia, rollo de la sala 5/2007 de la Audiencia Provincial de Palencia, recayendo sentencia el 30 de junio de 2008, que condenó a F. como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual, violación, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 10 años y seis meses de prisión, con la

accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse y comunicar de cualquier forma con la víctima durante 10 años, contabilizados a partir del momento en que el condenado pueda disfrutar de beneficios penitenciarios que posibiliten su acceso al exterior, así como al abono de las correspondientes costas procesales. También se condenó a F. como autor responsable de una falta de lesiones a la pena de 12 días de localización permanente y al abono de las costas. Por vía de responsabilidad civil F.debería indemnizar a la víctima en la cantidad de 40.000 €, con los intereses legales correspondientes. F. recurrió esta sentencia ante el Tribunal Supremo, que mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008 declaró no haber lugar a la admisión del recurso de casación. El condenado seguía en libertad. Fue declarado insolvente por auto de la Audiencia Provincial de Palencia de fecha 4 de junio de 2009.

Consta en el expediente administrativo remitido a este tribunal que una vez dictada la referida primera sentencia condenatoria por la Audiencia Provincial de Zamora el 13 de junio de 2005, se notificó personalmente al condenado el día 1 de julio de 2005. Mediante auto de 26 de mayo de 2006, una vez inadmitido el recurso de casación por auto del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2006, se dispuso, entre otros extremos, requerir al condenado para que “en el plazo de diez días ingrese voluntariamente en centro penitenciario de su elección para el cumplimiento de la pena impuesta: 7 años de prisión”.

Al efecto, el 29 de mayo de 2006 se remitió por la Audiencia Provincial de Zamora exhorto al Juzgado de Paz de Nava del Rey, Valladolid. En cumplimiento de lo exhortado, el Sr. Secretario de referido juzgado, que el día 1 de junio de 2006 recibió el exhorto, extendió diligencia el 16 de junio de 2006 para hacer constar que F. estaba ausente de su domicilio en la localidad de Castronuño, en cuyo domicilio se personó el fedatario. También se hacía constar que la abuela de F. le manifestó que éste se encontraba en ignorado paradero.

El 23 de junio de 2006 el mismo Sr. Secretario del Juzgado de Paz de Nava del Rey hacía constar que por comunicación telefónica la abuela de F. le indicaba que éste estaba ausente del pueblo y en ignorado paradero.

Y una tercera diligencia, de 3 de julio de 2006, hacía constar lo mismo: que la abuela de F. manifestaba al Sr. Secretario que éste estaba ausente del pueblo y en ignorado paradero.

El 3 de julio de 2006 dicho Sr. secretario del Juzgado de Paz de Nava del Rey hacía constar la imposibilidad de localizar a F. y devolvía el exhorto a la Audiencia Provincial de Zamora.

Mediante providencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 4 de julio de 2006, se decretaba la busca y captura a nivel nacional de F..

El 19 de julio de 2006 el Archivo Central de la Policía acusaba recibo de la requisitoria y participaba a la Audiencia Provincial de Zamora haber dado las instrucciones precisas para su cumplimiento.

El 9 de agosto de 2006 la Jefatura de la Policía Nacional de Valladolid comunicaba a la Audiencia Provincial de Zamora que habían resultado infructuosas las gestiones para localizar a F..

El 1 de septiembre de 2006 la Audiencia de Zamora ordenaba por primera vez requerir, esta vez al abuelo del condenado, para que lo presentase o perdería en caso contrario la fianza de 4000 que en su día depositó, dirigiendo al efecto exhorto a la agrupación de Secretarías de Juzgados de Paz de Nava del Rey.

Mediante diligencia del Sr. Secretario del Juzgado de Paz de Nava del Rey de 11 de septiembre de 2006 se tuvo por recibido el anterior exhorto. Mediante diligencia del mismo funcionario de 20 de septiembre de 2006 se hacía constar que el abuelo de F. manifestaba desconocer el paradero de éste, pero que creía que estaba en Palencia, ya que se marchó con una chica de Palencia.

El 25 de septiembre de 2006 la Audiencia Provincial de Zamora comunicaba a la Policía Nacional de Palencia orden de detención de F..

El 3 de octubre de 2006 la Policía Nacional hacía constar no haber podido localizar al condenado en Palencia y su provincia.

Mediante providencia de 13 de octubre de 2006, se tuvo por recibido en la Audiencia Provincial de Zamora dicho oficio de la Comisaría de Policía de Palencia, disponiéndose estar a la espera de que el penado fuera localizado.

Según consta en el informe del General de División Jefe del Estado mayor, de 9 de febrero de 2010, obrante en el expediente administrativo remitido a este tribunal, “en la base INTPOL no consta que la Audiencia Provincial de Zamora decretara su busca y captura [la de F.] tras haber sido condenado en Rollo 8/03, procedimiento ordinario, procedente del Juzgado de Instrucción número uno de Toro, a 7 años de prisión como autor responsable de un delito de agresión sexual, violación, en sentencia de 13 de junio de 2005 “.

En el mismo informe se hacía referencia a que en el expediente informático relativo a F., en la base de señalamientos de interés policial de la Guardia Civil (INTPOL), el mismo había estado en busca y captura para detención e ingreso en prisión, dimanante del Juzgado de Instrucción número uno de Valladolid, entre el 15 de octubre de 1999 y el 19 de enero de 2000.

Asimismo, en dicho informe se hace constar que entre el 16 de julio de 2005 y el 17 de agosto de 2005, dimanante del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Medina del Campo (Valladolid), se había solicitado control específico en relación con F. en el marco de una orden de protección dictada en su contra.

F. fue finalmente detenido el 1 de diciembre de 2006 en Palencia, tras la violación de la recurrente que tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2006.

Tercero

Según el artículo 106.2 de la Constitución, “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”. Y en su artículo 121 precisa 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”. Este punto ha sido desarrollado, como ya hemos anticipado, por los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que distinguen tres títulos de imputación: error judicial – artículo 293 Ley Orgánica del Poder

Judicial-; prisión preventiva indebida, supuesto que no prevé expresamente la Constitución y que concreta el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia - artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La jurisprudencia ha señalado que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia puede producirse sin que exista error judicial e incluso puede producirse por causas ajenas a la voluntad de los jueces, pudiendo tener encaje aquí el resarcimiento del daño causado por funcionarios, no jueces, que en sentido amplio integran el Poder Judicial, como son los órganos cooperadores o auxiliares (Ministerio Fiscal, Secretarios, Oficiales, Auxiliares, Agentes de la Administración de Justicia). Igualmente, el artículo 121 de la Constitución Española puede entenderse que establece el resarcimiento a cargo del Estado por daños causados no sólo por decisiones erróneas o injustas sino también por omisiones sin razón jurídica. Mientras el error judicial solo puede ser causado por Jueces y Magistrados, el funcionamiento anormal puede ocasionarse por una serie de funcionarios que intervienen en la Administración de Justicia, en un sentido de complejo organizativo -personal al servicio de la Administración de Justicia- y ello en cuanto que realizan actos procesales, porque la ley les atribuya esa actividad (constancia, impulso, notificación) o porque actúen a las órdenes inmediatas de un Juez; los daños causados por ese personal (Ministerio Fiscal, Secretarios, Médicos Forenses; Policía Judicial; Personal Auxiliar) sin cumplir órdenes directas de un Juez, darán lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado en general.

Según la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 893/2010 de 4 octubre, “la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutaban de un permiso de salida, que podría ser un supuesto análogo al planteado por el recurrente. Y así, en la sentencia 966/2001, de 29 de mayo, se argumenta que en los supuestos de una conducta delictiva de un interno que se encuentra disfrutando de un permiso penitenciario concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria, la responsabilidad del Estado, si es que existe, habría que derivarla hacia la Ley Orgánica del Poder Judicial y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil en un procedimiento autónomo, siendo el camino idóneo el previsto en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contemplan los daños y perjuicios

producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.

Es evidente que la puesta o no en libertad de presuntos delincuentes constituye una decisión de los órganos judiciales, cuyo acierto o desacierto no puede ser valorado en vía administrativa ni encaja en el supuesto previsto en el artículo 292 Ley Orgánica del Poder Judicial- funcionamiento anormal de los servicios judiciales-, siendo procedente, en principio, la vía del artículo 293.2 de la misma Ley declaración previa de error judicial.

Sin embargo, en el caso presente resulta evidente que no era ni es exigible a la recurrente haber iniciado la vía de declaración de error judicial respecto de las actuaciones procesales que tuvieron lugar años antes, en la Audiencia Provincial de Zamora, y que no guardaban entonces relación alguna con ella.

Obsérvese que el Consejo General del Poder Judicial en su informe afirma que “las anomalías imputadas al cumplimiento de la ejecutoria por la reclamante se refieren a un proceso diferente y anterior, a un procedimiento en el que ella no han (sic) sido parte afectada, y que no tiene vinculación con los hechos que llevaron al procedimiento en el que fueron partes sino (sic) es por la presencia en ambos del acusado y el mismo tipo de delito”. Y que “por lo tanto, no cabe considerar que en el procedimiento en que la interesada ha sido afectada se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.

Pero lo cierto y averiguado es que la recurrente plantea su acción sin imputar funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por las actuaciones judiciales en los tribunales de Palencia por causa de su violación en Palencia.

Lo que la recurrente plantea es la existencia de una actuación generadora de un daño antijurídico ocasionado por la Administración de Justicia, el Ministerio Fiscal, y de otros servicios públicos distintos de aquélla, como la Policía dependiente del Ministerio del Interior, pero que en el caso actuaban en el marco de un proceso judicial y en colaboración o a las órdenes de los tribunales. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y los servicios públicos, al no haberse limitado durante un

tiempo a todas luces excesivo la libertad de un delincuente condenado como autor de una violación.

Y como más arriba se ha precisado, el funcionamiento anormal puede ocasionarse por una serie de funcionarios que intervienen en la Administración de Justicia, en un sentido de complejo organizativo -personal al servicio de la Administración de Justicia- y ello en cuanto que realizan actos procesales, porque la ley les atribuya esa actividad (constancia, impulso, notificación) o porque actúen a las órdenes inmediatas de un Juez, incluyendo los daños causados por ese personal (Ministerio Fiscal, secretarios, médicos forenses; policía judicial; personal auxiliar; peritos, etc.) en cumplimiento de órdenes judiciales.

Precisamente ello es lo que sucedió en el caso litigioso, al estar involucrada la Administración de Justicia, el Ministerio Fiscal y los servicios policiales, dependientes éstos del Ministerio del Interior.

En este caso, además de la trascendencia que para la eficacia de una pronta detención e ingreso en prisión del condenado pudo tener el hecho anómalo de que en la base INTPOL no constase que la Audiencia Provincial de Zamora decretara su busca y captura tras haber sido condenado a siete años de prisión como autor responsable de un delito de agresión sexual, violación, en sentencia de 13 de junio de 2005 ; además de que, aunque fuera por una decisión u omisión judicial no contraria a la ley, dicho sujeto, en su día acusado y después condenado por tan grave delito se encontrase en libertad antes y después de su condena y que tras ser condenado fuese citado para ingresar voluntariamente en el centro penitenciario de su elección para el cumplimiento de la pena impuesta; además de todo ello, es de observar que la correspondiente ejecutoria se demoró por un tiempo anormalmente largo. En efecto; además de que se tardó más de tres meses, hasta el 1 de septiembre de 2006, para requerir a la persona que prestó en su día fianza por el condenado (a su abuelo) a fin de que lo presentase o en caso contrario la perdería, resulta también destacable que el exhorto que había sido remitido por la Audiencia Provincial de Zamora el 29 de mayo de 2006 al Juzgado de Paz de Nava del Rey para intentar notificar al condenado su deber de ingresar voluntariamente en un centro penitenciario de su elección, y que fue recibido el día 1 de junio de 2006, tardara en cumplimentarse (con resultado negativo) más de un mes por haberse extendido hasta tres diligencias, el 16 de junio, el 23 de junio

y el 3 de julio de 2006, para hacer constar en todas ellas lo mismo: que F., según su abuela, estaba ausente del pueblo Castronuño y en ignorado paradero. Si bien después, mediante diligencia del Sr. Secretario del Juzgado de Paz de Nava del Rey de 20 de septiembre de 2006 se hacía constar, esta vez por el abuelo (requerido a fin de que presentase al condenado o perdería en caso contrario la fianza en su día prestada), que ignoraba el paradero de F., aunque creía que estaba en Palencia, ya que se marchó con una chica de Palencia.

De este modo, alrededor de nueve meses (desde la firmeza de la sentencia de condena el 16 de marzo de 2006 hasta su detención el 1 de diciembre de 2006 para ser ingresado en prisión) tardó en ser habido el condenado, una persona que ya había estado en años anteriores en situación de busca y captura y cuyas actividades no consta que tuviesen lugar sino en un ámbito geográfico limitado, pues según los datos más arriba referidos F., persona con antecedentes penales y policiales, buscada en anteriores ocasiones, se movía por las provincias de Valladolid y Palencia.

Choca esta tardanza con el hecho de que efectivos de la Policía Nacional aprehendieran a F., precisamente en Palencia, pocos días después de tener lugar la violación de la recurrente el 18 de noviembre de 2006, en concreto, el día 1 de diciembre de 2006.

Del relato de anomalías más arriba expuesto se desprende que ha existido en el caso litigioso una sinergia negativa (sinergia, como resultado de la acción conjunta varias causas y caracterizado por tener un efecto superior al que resulta de la simple suma de dichas causas) y que ha venido formada por una serie de actuaciones u omisiones anómalas, incorrectas o defectuosas del complejo orgánico integrado por diversas personas, servicios, medios y actividades que constituye un órgano judicial, que pone de manifiesto que el funcionamiento de la Administración de Justicia en este caso, concretamente la excesiva e innecesaria tardanza en detener e ingresar en prisión a un condenado peligroso, no puede ser considerado admisible, debiéndose apreciar en consecuencia la existencia de una anormalidad de funcionamiento de la Administración de Justicia en el sentido amplio antes referido y que cumple el requisito de estar en relación de causa a efecto con la situación dañosa o perjudicial cuya indemnización se pretende.

Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia, Ministerio Fiscal y Policía Judicial y el resul-

tado dañoso que pretende ser aquí indemnizado, debiendo precisarse que en lo que atañe al nexo causal, éste se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante en sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o “conditio sine qua non”, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del otro anterior, si bien teniendo cuenta que esa condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte idónea para determinar el evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que existe una adecuación objetiva entre acto y evento y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de adecuada. Cuando la producción de un resultado precisa una secuencia concatenada de causas o la concurrencia de una pluralidad de ellas, basta que sólo una tenga entidad y poder bastante para contribuir eficazmente a aquél, aunque sea mediatamente, para que considerarlo válidamente constituida la exigible relación causal.

En consecuencia, apreciándose la concurrencia de los requisitos a que más arriba se ha hecho referencia, debe concluirse que la recurrente ha de ser indemnizada, por daños morales, en la cantidad de 40.000 € solicitada, lo que determina la estimación del presente recurso y la anulación de la actuación administrativa impugnada. Ello sin perjuicio de descontar de dicha cantidad la que eventualmente hubiera podido haber percibido la actora por causa de los hechos aquí referidos al amparo de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

No procede formular condena en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional

Fallamos

Que estimamos el presente recurso interpuesto por Dña. E., representada por Procurador, anulamos la actuación administrativa objeto del mismo y a que se contrae la presente litis. Y con estimación de las pretensiones de la demanda declaramos el derecho de la recurrente a ser indemnizada por la Administración demandada en la cantidad de 40.000 euros.

Sin condena en costas.

112.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO CONTENCIOSO DE FECHA 12/02/13

Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Delito cometido por jóvenes que se hallaban en libertad condicional uno y el libertad provisional otro.

Antecedentes de hecho

Primero. Para el examen del recurso contencioso administrativo que enjuiciamos, debemos tener en cuenta los siguientes presupuestos fácticos:

1. La recurrente fue víctima de un robo con violencia, perpetrado en la madrugada del día 14 de octubre de 1996 por H. y L. en el estanco propiedad de su marido, sito en Aldea del Campo Arcís del municipio de Requena (Valencia).

2. Los autores del referido delito fueron condenados por sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de julio de 1997, entre otras penas e indemnizaciones, a que abonaran en concepto de responsabilidad civil a Ovidio, como propietario del estanco, 29.000 pesetas por daños y 172.900 pesetas por dinero sustraído y no recuperado, “debiendo ponerse a disposición de éste las 172.900 que ...fueron ocupadas y en la cantidad que resulte de restar de los objetos sustraídos según tasación pericial”, y a la recurrente en 360.000 pesetas por los días de incapacidad, con reserva de acciones civiles por las secuelas.

3. Con fecha de registro de entrada 3 de noviembre de 2006, la recurrente dirigió escrito al Ministerio de Justicia solicitando una indemnización de 36.755,67 €, por los daños materiales, lesiones y secuelas, psíquicas y psíquicas, derivadas del hecho delictivo de referencia.

4. La expresada pretensión indemnizatoria fue inadmitida a trámite por resolución del Secretario de Estado de Justicia, dictada por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 1 de febrero de 2007,

al entender que se había formalizado transcurrido el plazo de un año previsto legalmente.

5. Contra la anterior resolución la recurrente interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que fue estimado parcialmente por sentencia de esta misma Sección de 16 de abril de 2009, resolución judicial que acordó condenar a la Administración a admitir y tramitar la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por la recurrente, recabando al efecto los informes preceptivos que fuera procedentes legalmente y dictando finalmente la resolución que considerara oportuna sobre el fondo de la misma.

6. Dando cumplimiento a la expresada resolución judicial y después de tramitado el oportuno expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, dictó una nueva resolución con fecha 20 de mayo de 2011, desestimando la reclamación instada por la recurrente.

Según la expresada resolución, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, seguida por la Audiencia Nacional, fundamentaba la responsabilidad del Estado en el caso de delitos cometidos por quienes estuvieran disfrutando de beneficios penitenciarios en los riesgos que la sociedad debía objetivamente asumir en la concesión de dichos beneficios, porque así lo imponía la función resocializadora propia de la pena que establecía la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España. Ello no obstante, con relación a los daños personales reclamados por la recurrente, no se aportaba prueba alguna de que la cantidad solicitada no hubiera sido pagada por la insolvencia de los responsables del delito. Además, con relación al dinero y objetos sustraídos, la sentencia penal declaraba el derecho a la indemnización a favor de otra víctima del delito; y en cuanto a las secuelas derivadas de las lesiones causadas a la recurrente por el delito, la sentencia penal declaraba en los hechos probados que la evolución de dichas secuelas no podía fijarse con exactitud en ese momento, por lo que no se pronunciaba sobre las mismas, haciendo una reserva de acciones civiles, que no constaba que la reclamante hubiera ejercido, no habiendo presentado la reclamante en sede administrativa elemento alguno de prueba para su determinación.

Por las anteriores consideraciones, la resolución administrativa concluye desestimando la reclamación formalizada por la recurrente, al no haber acreditado el daño mediante prueba suficiente, la cual pesaba, según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la propia reclamante.

7. Contra la anterior resolución se interpone el presente recurso contencioso administrativo.

Segundo. Interpuesto el citado recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y repartido a esta Sección, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda.

En el escrito de demanda se ponen de manifiesto, esencialmente, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

1. La recurrente fue víctima de un robo con violencia, perpetrado en la madrugada del día 14 de octubre de 1996 en el estanco de su propiedad, sito en Aldea del Campo Arcís del municipio de Requena (Valencia), por H. y L., quienes la golpearon derribándola hasta que perdió el conocimiento, resultando herida con 45 días de incapacidad y con secuelas consistentes en cervicalgia crónica, además de un fuerte síndrome psicológico. En dicho robo, los autores del delito se apoderaron de 300.000 pesetas (1.803,03 €) en efectivo metálico y objetos del estanco por valor de 795.050 pesetas (4.778,35 €), causando daños por valor de 29.000 pesetas (174,29 €)

2. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia con fecha 7 de julio de 1997, condenando penal y civilmente a H. y L. por los referidos hechos delictivos.

3. La recurrente nunca llegó a ser indemnizada por los autores del robo, ni fue parte en la causa penal, ni tuvo conocimiento previo o posterior de la existencia de la referida causa, ni siquiera en relación a su ejecutoria. Ello no obstante, llegó a saber que en la fecha de comisión del delito H. se encontraba en situación de

“libertad condicional” y L. se encontraba en situación de “libertad provisional”.

4. En el supuesto enjuiciado existe funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ya que cuando se cometió el delito que ocasionó los perjuicios reclamados por la recurrente, sus autores se encontraban en libertad por decisión judicial, sin que se tomaran las cautelas y precauciones más elementales para prevenir un mal previsible, como el que finalmente acaeció. Y concurre relación o nexo causal entre el resultado dañino padecido por la recurrente, y la falta de cautela y vigilancia de la Administración de Justicia respecto de la libertad de los autores del delito.

Por lo anteriormente expresado, la demanda concluye con la súplica de que se dicte sentencia declarando no conforme a Derecho la resolución recurrida y reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 36.755,67 €, más los intereses legales que correspondan, por anormal funcionamiento de la administración de justicia, con imposición de costas a la parte demandada; o bien, subsidiariamente, declarando y reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, condenando a la Administración al pago de la cantidad que se fije con las bases correspondientes durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales que correspondan, con expresa imposición de las costas procesales.

Tercero. Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado con entrega del expediente administrativo para que la contestara; y formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte actora.

El Abogado del Estado alega en su contestación a la demanda, básicamente, lo siguiente:

1) Procede con carácter previo al examen del fondo del asunto poner de manifiesto la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por extemporáneo (artículo 69 e) de la Ley de la Jurisdicción), al haberse interpuesto fuera del plazo de dos meses

establecido en el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional. En este sentido, consta en el expediente administrativo que la resolución objeto de impugnación “fue dictada el 1 de febrero de 2007” y no consta a la representación del Estado cuál fue la fecha de interposición del recurso, pero podría haber transcurrido el plazo de dos meses fijados legalmente.

2) En el supuesto enjuiciado la acción para reclamar los daños y perjuicios debe considerarse prescrita, ya que “la reclamación contra los perjuicios causados por la prisión preventiva se presentó el 3 de noviembre de 2006, pero la sentencia condenatoria se dictó el 7 de junio de 1997”, es decir, se sobrepasó el plazo de un año establecido en el artículo 293.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello la resolución recurrida es conforme a Derecho, “pues no admitió a trámite la reclamación presentada”.

3) La recurrente se refiere a unos supuestos daños morales no probados realmente y tampoco prueba que llevara el día del robo la cantidad metálico y los objetos que señala, ni prueba los daños y las secuelas físicas y psicológicas alegados.

4) Con carácter subsidiario, se rechaza la valoración del daño efectuada por la recurrente, puesto que carece de justificación alguna.

Cuarto. Contestada la demanda, abierto el procedimiento a prueba y practicadas las acordadas con el resultado que obra en autos, las actuaciones quedaron concluidas para sentencia, señalándose para votación y fallo del recurso el día 5 de febrero de 2013, fecha en la que, efectivamente, el recurso se votó y falló.

Fundamentos de derecho

Primero. Se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia, dictada por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 20 de mayo de 2011, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia instada por la recurrente.

Segundo. Como quiera que los presupuestos fácticos y las alegaciones de las partes se recogen en los antecedentes de hecho de la sentencia, procederemos seguidamente al enjuiciamiento y resolución del recurso.

Y para la resolución del presente recurso debemos comenzar recordando, que la Constitución Española, después de recoger en el artículo 106.2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contempla de manera específica en el artículo 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo el derecho a la indemnización de los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El Título V, del Libro III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, desarrolla en los artículos 292 y siguientes el referido precepto constitucional, recogiendo los dos supuestos genéricos ya citados de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, e incluyendo un supuesto específico de error judicial en el artículo 294, para los casos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho.

Tanto en el supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como en el caso de error judicial, la reclamación por responsabilidad patrimonial debe formalizarse en el plazo de un año, a partir de la fecha en que pueda ejercitarse, de conformidad con el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tercero. Por lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, nuestro Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, entre otras muchas, en su sentencia de 21 de Enero de 1999, los siguientes requisitos para que pueda prosperar la reclamación:

- a) La existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente.
- b) Que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

c) La concurrencia de la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado, de manera que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración de Justicia.

d) Que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio.

Cuarto. Partiendo de lo expresado en los fundamentos jurídicos precedentes, debemos examinar el concreto alcance de la reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia instada por la recurrente.

Pero antes, conviene precisar que el recurso contencioso-administrativo que enjuicamos se interpuso en el plazo de dos meses, ya que la resolución recurrida se dictó con fecha 20 de mayo de 2011 y el recurso se formalizó con fecha 13 de junio de 2011; y la acción de responsabilidad patrimonial se ejerció en el plazo de un año, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 16 de abril de 2009, referida en los antecedentes de hecho de esta misma sentencia.

Reconocida la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial y la admisibilidad del recurso, debemos también advertir que en el supuesto enjuiciado la Administración no discute la concurrencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, oponiéndose a la pretensión formalizada por la recurrente, únicamente, por la improcedencia y falta acreditación de los daños reclamados, debiendo por ello limitarse esta sentencia al enjuiciamiento de la efectiva constatación del referido daño.

Y en esta misma línea, aunque no consta expresamente acreditado en el testimonio de las actuaciones judiciales incorporadas al expediente administrativo que los condenados en la causa penal fueran expresamente declarados insolventes en la pieza de responsabilidad civil, podemos llegar razonablemente a dicha conclusión en atención a los antecedentes delictivos de los mismos y a la falta de constancia de actuaciones judiciales dirigidas al cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

Pues bien, para que proceda la indemnización de un daño en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, ha de ser real y efectivo, no traduciéndose en meras especulaciones o expectativas, debiendo incidir sobre derechos e intereses legítimos evaluables económicamente y cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarlos puedan materializarse en ejecución de sentencia, de manera que permitan una cifra individualizada en relación con una persona y derivada de la actividad de la Administración en relación de causa a efecto, debiendo en todo caso probar el perjudicado la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1999).

La recurrente reclama en concepto de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia los perjuicios derivados del delito de robo del que fue víctima. Concretamente, 1.803,03 € por dinero sustraído, 4.778,35 € por objetos sustraídos, 174,29 € por daños derivados de la acción delictiva, y 30.000 € por daños físicos y secuelas físicas y psicológicas. En total, 36.755,67 €.

Ahora bien, la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de julio de 1997 que condenó a los autores del robo, sólo reconoció a favor de la recurrente en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 360.000 pesetas por los días de incapacidad, reservando a su favor acciones civiles por las secuelas, de manera que la recurrente no se encuentra legitimada para reclamar en su propio nombre indemnización alguna por los daños, pérdidas o sustracciones derivados de la acción delictiva.

Además, aunque de la sentencia penal condenatoria se deduce que la recurrente sufrió secuelas a consecuencia del delito, no ha acreditado en vía administrativa o en sede judicial el alcance de las mismas; aunque resulta probado que dichas secuelas se produjeron y que la recurrente tuvo que sufrir los consecuentes daños morales como víctima de la acción delictiva.

Los anteriores razonamientos nos llevan a fijar una indemnización a favor de la recurrente de 360.000 pesetas (2.163,64 €) por los días de incapacidad, más 6.000 €, con carácter general y prudencialmente, por los daños morales y físicos de todo tipo derivados del delito. En total, 8.163,64 €.

De dicha cantidad deberán descontarse aquellas indemnizaciones que, en su caso, hubiera podido percibir la recurrente por aplicación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Quinto. Procede en consecuencia estimar en parte del presente recurso, no haciendo especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, al no apreciar temeridad o mala fe de las partes.

Fallo

Primero. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo nº 340/2011, interpuestos por D^a. A., representada por Procurador y asistida por Letrado, contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia, dictada por delegación del Ministro del mismo Departamento, de fecha 20 de mayo de 2011, que desestima la reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia formalizada por la recurrente.

Segundo. Reconocer el derecho de la recurrente a percibir una indemnización con cargo al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia de 8.163,64 €.

Tercero. No hacer expresa condena en cuanto a las costas del procedimiento.

113.- SENTENCIA 561/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE FECHA 10/05/13

Establece la responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria con un intento de suicidio cuando el interno cumplía una sanción de aislamiento en celda.

Antecedentes de hecho

Primero. Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

Segundo. Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

Tercero. Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

Cuarto. Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron.

Quinto. Se señaló para votación y fallo de este recurso para el día 7 de mayo de 2013, formando.

Fundamentos de derecho

Primero

Es objeto de este proceso la resolución, de 15 de febrero de 2010, dictada en el expediente NUM000, por la que no se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, interpuesta por los dos recurrentes y en la que se solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el demandante don Pío y su hijo don Ovidio, a causa de las lesiones, secuelas y daño moral irrogados a consecuencia del fallido intento de suicidio por ahorcamiento que este último sufrió en la prisión el 8 de agosto de 2000 en el Centro Penitenciario Quatre Camins.

La demanda parte del accidente sufrido por don Ovidio, cuando contaba con 23 años de edad, mientras estaba ingresado en el Centro Penitenciario. El interno padecía toxicomanía y era tratado con medicación psicotrópica, que le fue pautaada por el psiquiatra del Centro Penitenciario. La causa de la reclamación deriva del intento de suicidio que tuvo el 8 de agosto de 2000 al ser recluido en una celda en la que cumplía una sanción de aislamiento por haber proferido amenazas al auxiliar de enfermería que le suministraba la medicación psicotrópica (“te vas a enterrar de quién soy” y “ten mucho cuidado con meterme un parte”, folio 129 del EA); para el intento de suicidio se auxilió de los cordones nylon de la bolsa que utilizó el interno para llevar sus pertenencias a la celda de aislamiento.

Alega que el Comité de Disciplina acordó que se ejecutara de inmediato la sanción de aislamiento de 10 días por la amenaza al auxiliar de enfermería y de 2 por desobediencia, a pesar de que el Departamento Especial que era donde debía cumplir la sanción estaba lleno; por ello se acordó que ingresara en una celda de la galería del Módulo 2 para cumplir el aislamiento. El aislamiento fue autorizado por la Dra. Sabina (folio 544 del EA) en cuyo informe hizo constar que el estado de salud del interno le permitía cumplir el aislamiento.

Cita como antecedentes que el interno había sufrido un intento de suicidio el 27 de febrero de 1999 y dos episodios anteriores de auto-lesiones el 20 de julio de 1998 y 6 de agosto de 1998.

Entiende que no hay prescripción de la acción para reclamar porque el primer sobreseimiento del proceso penal fue anulado lo que comportó que el plazo empezara de nuevo y porque la primera reclamación efectuada ante la Administración, pese a no ser subsanada, interrumpió el plazo que empezó a contar de nuevo.

En cuanto al daño sufrido por don Ovidio, se aporta un parte médico, de 6 de mayo de 2003, que obra en el testimonio penal. Concretamente se solicita por las siguientes secuelas:

Disartria severa (20 puntos);

Tetraparesia espástica con movimientos coreo-atetósicos (80 puntos);

Desorientación témporo-espacial (20 puntos);

Déficit de coordinación psíquica (22 puntos);

Incontinencia urinaria (40 puntos);

Incontinencia anal (50 puntos);

Excitabilidad (10 puntos),

Total combinado según fórmula (98 puntos).

Su valoración, según pericial aportada, es la siguiente:

a) 98 puntos a 2.131,5€/punto (23 años): 208.887€;

b) Factor de corrección perjuicio económico 10% (20.888,7€);

c) Daños morales complementarios: 66.011,02€;

d) Incapacidad Permanente Absoluta: 132.022,03€;

e) Gran inválido necesitando ayuda de otras personas para las actividades esenciales de la vida: 264.044,07€;

f) Adecuación de la vivienda: 66.011,02€. En el caso de don Pío, padre de don Ovidio, solicita por perjuicios morales de familiares 99.016,52€. En total 856.880,36€.

Por todo ello, interesa que se estime el recurso y se conceda una indemnización por los daños y perjuicios que se reclaman en cuantía total de 856.880,36€, más la actualización que proceda con arreglo al IPC y los intereses.

Segundo

La Administración demandada se opone a la pretensión indemnizatoria alegando una primera causa de inadmisibilidad por prescripción en base a dos sub-motivos. El primero por cuanto las diligencias penales que se abrieron a consecuencia del suceso, fueron sobreseídas en el año 2000, por lo que, con invocación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992 (recurso 2801/1989), el día inicial del cómputo del año posterior ha de coincidir con la fecha del primer sobreseimiento. Como segundo motivo, entiende que aun en el caso de que se considerara como fecha inicial la del segundo auto de sobreseimiento, también estaría prescrita porque la parte fue requerida de subsanación confiriéndole un plazo de 10 días. Al no hacerlo se archivó la reclamación, resolución que no fue recurrida por lo que devino firme por consentida. Al volver a presentar la reclamación unos días después ya había transcurrido el año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

En relación con el fondo de la cuestión, sostiene que no hubo un funcionamiento anormal del servicio penitenciario; que el antecedente de autolesiones mencionado en la demanda (de 27 de febrero de 1998) es el único que consta en la historia clínica del interno y tuvo lugar en el Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona. Este antecedente fue valorado por el Equipo Psiquiátrico del Establecimiento como un intento de gran contenido manipulador con el fin de conseguir su ingreso en el Departamento de Enfermería. En relación con la correa de nylon de la bolsa que utilizó el interno para intentar suicidarse es un elemento común integrado en las bolsas que utiliza la práctica totalidad reclusa para guardar o trasladar la ropa, invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998, no siendo un objeto capaz de generar daño por sí mismo, sino que su peligrosidad deriva del uso que cada sujeto haga de él y no se puede imputar a la Administración la creación del riesgo a través del mobiliario de la celda (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 [sic] de junio de 1998 y 8 de octubre de 2002). En consecuencia, como no existe

ningún elemento de anormalidad en la actuación de los servicios penitenciarios y tras cuestionar la cuantía indemnizatoria que se reclama por entender que es excesiva, solicita que se desestime el recurso.

Tercero

La primera cuestión que plantea la Administración es la posible prescripción de la acción para reclamar. El primer motivo se sustenta en que el día inicial del cómputo ha de coincidir con la fecha en que se dictó el auto de sobreseimiento del proceso penal. Cabe advertir que tal archivo solo fue notificado a la Administración, que había incoado también una información reservada (folio 42 del EA) así como que en las diligencias informativas no se hizo ofrecimiento de acciones a los perjudicados.

La Administración invoca la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala Civil], de 20 de enero de 1992, en un supuesto en el que hubo un primer sobreseimiento. Dicha sentencia nos dice que: “la reapertura del sumario operaba con efectos de interrupción porque como dice la doctrina de esta Sala [Sentencias 16-11-1985, 20-10-1987 y 30-11-1989], el auto decretando el sobreseimiento provisional de las actuaciones de índole criminal deja expedito el camino para el ejercicio en el oportuno procedimiento civil de las acciones de esta naturaleza que procedan en relación con el acaecimiento que motivó la incoación de aquélla, sin necesidad de que recaiga sentencia firme a que se refiere el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la reapertura de las actuaciones sumariales a instancia del perjudicado, no es hábil para que adquiera viabilidad la acción extinguida, dado que admitir lo contrario llevaría a la consecuencia absurda de que bastaría cualquier intento por parte del perjudicado para que la prescripción operada quedara sin efecto, con mengua de la seguridad jurídica que justifica el instituto de la prescripción extintiva. Es decir, que la reapertura del sumario a instancias del perjudicado en 1985, no podía regenerar la acción civil, operando como medio de interrupción de una prescripción ya que ésta se había producido por el transcurso de más de un año desde 1982, que fue el primer sobreseimiento.”

Ahora bien, en este caso, la doctrina de invocada no es aplicable porque no se ajusta al caso. Cuando se produjo el accidente el Juzgado de Instrucción de Granollers incoó unas diligencias indeterminadas y en

fecha 9 de diciembre (folio 41 del EA) se acordó el sobreseimiento sin efectuar notificación alguna a los interesados ni previo ofrecimiento de acciones. Transcurridos unos dos años el padre del recurrente se personó ante el Juzgado y tuvo conocimiento del archivo; por ello compareció en forma como acusación particular (folio 45 del EA) y solicitó que se le notificara en forma el auto de sobreseimiento, interpuso un recurso de reforma y solicitó la práctica de diligencias (folio 58 y s.s. del EA) a lo que el Juzgado accedió. Seguidamente, mediante un recurso de reforma, instó la nulidad con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las diligencias indeterminadas (con cita de las Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995; de 23 de febrero, FD. 3; 103/1996, de 11 de junio, FD. 2 y Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio y 18 de octubre de 1995) por considerar que se había producido indefensión.

Sus pretensiones fueron estimadas y el Juez reformó el Auto de sobreseimiento, acordando reconducir el procedimiento, transformando las diligencias indeterminadas en diligencias previas y acordó la práctica de diversas diligencias propuestas por la parte (folio 53 del EA). Es evidente que no estamos ante el mismo caso examinado en la Sentencia del Tribunal Supremo invocada, pues allí lo que se había dictado era un sobreseimiento provisional y luego se procedió a una reapertura del procedimiento. Aquí se dictó también un sobreseimiento pero el mismo Juzgado a la vista de que podía haberse producido indefensión a los interesados, dejó sin efecto el sobreseimiento, transformó las diligencias de indeterminadas a previas y practicó diversas diligencias de instrucción. En definitiva, el único sobreseimiento válido es el dictado el 4 de febrero de 2008 porque aquel primer sobreseimiento se dejó sin efecto por el recurso de reforma por lo que fue expulsado del marco jurídico. Ello impide que pudiera tener efecto jurídico alguno. En consecuencia, el día inicial ha de computarse desde el Auto de 4 de febrero de 2008. Procede mencionar en este sentido la doctrina mantenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 marzo 2010.

Respecto al segundo sub-motivo, hemos de partir de que don Pío, padre del perjudicado y también recurrente, efectuó por medio de Abogado, una reclamación en nombre de su hijo (como representante legal) y en nombre propio, en fecha 27 de enero de 2009, ante el Departamento de Justicia, reclamando por los daños y perjuicios sufridos de todo orden por don Ovidio así como por los daños morales sufridos por

don Pío. Esta reclamación fue formulada dentro del año a contar desde el 4 de febrero de 2008.

El Instructor del expediente requirió al reclamante, en fecha 19 de febrero de 2009, diversa documentación y aclaraciones, concediéndole un plazo de 10 días para subsanar y apercibiéndole de archivo (en concreto, para que aportara testimonio de la Sentencia de incapacitación de don Ovidio, con el fin de constatar el régimen de tutela al que estaba sometido; concretar quienes eran los familiares que habían sufrido perjuicios morales; qué vivienda había de ser objeto de adecuación así como que se aportara el folio 442 de las actuaciones penales que no estaba en el testimonio adjuntado a la solicitud) (artículo 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo y 70 y s.s. de la Ley 30/1992).

El requerimiento se cumplió el 18 de marzo de 2003, contestándose también a las cuestiones aclaratorias planteadas. No obstante, posteriormente en fecha 23 de marzo de 2003, se declaró desistido al abogado de la reclamación interpuesta al haber cumplido con lo requerido una vez había transcurrido el plazo de 10 días (que vencía el 16 de marzo de 2009). El letrado no interpuso recurso contra dicha resolución, sino que en fecha 25 de mayo de 2009 formuló otra reclamación nueva aportando toda la documentación.

Mientras la parte recurrente entiende que aquella primera reclamación, aunque fuera archivada, interrumpió la prescripción, la Administración, por el contrario, considera que la primera reclamación no tenía tal valor y que cuando formuló la segunda reclamación el 25 de mayo de 2009 la acción ya había prescrito.

Este Tribunal se ha pronunciado en un caso idéntico al presente en la Sentencia núm. 434/2008, de 30 de mayo (rollo de apelación 320/2006) entendiendo que la primera reclamación sí tenía efecto interruptivo de la prescripción, al ser palmaria la intención de reclamar, por lo que al optar por interponer la reclamación dentro del nuevo plazo no cabe apreciar la extemporaneidad. Todo ello sin olvidar que cuando la parte reclamante subsanó los defectos, la Administración no había declarado todavía el archivo de las actuaciones. Frente a esta doctrina no cabe oponer la alegada por la Administración en otra sentencia nuestra cuyos fundamentos fácticos difieren del caso que ahora se examina. En consecuencia, el

recurso ha de ser estimado y la resolución revocada, lo que nos ha de llevar a examinar la cuestión de fondo del recurso.

Cuarto

La institución de la responsabilidad patrimonial que se ampara en el artículo 106.2 de la Constitución Española y que se regula en el artículo 139 y s.s. de la Ley 30/1992, así como en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo que la desarrolla.

El artículo 106.2, de la Constitución Española de 1978, garantiza el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la Ley, 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.

Este precepto avanza en la línea de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, que se inició en los artículos 120, 121 y demás concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, seguida y completada por la regulación de los artículos 40 y concordantes, del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957. Actualmente viene regulada con carácter básico en el artículo 139 y s.s. de la Ley 30/92, preceptos que recogen los requisitos que han de concurrir para que pueda imputarse la responsabilidad a la Administración pública y de derecho a una indemnización (y en el ámbito autonómico, cabe mencionar la Ley 13/1989, de 14 de diciembre y en la actualidad la Ley 26/2010, de 3 de agosto, no aplicable al presente por razones de vigencia temporal).

Estos presupuestos 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 el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportar el daño, y
- f) Que la reclamación se interponga en el plazo de un año.

El derecho que reconoce nuestra Constitución puede derivar tanto de un funcionamiento normal (objetiva) como anormal del servicio público, de modo que con la objetivización resulta intrascendente que el daño se cause de forma involuntaria o accidental por su autor, pues lo esencial es que quien sufre el daño tenga obligación de asumir el riesgo de dichos servicios; no obstante, queda exceptuada la fuerza mayor o la ruptura del nexo causal por causa ajena al servicio público, dentro de la cual se incluye la intervención extraña de un tercero o de la propia víctima, si bien en tales casos es preciso que el comportamiento de la víctima en la producción del daño o de un tercero, sea una circunstancia determinante de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla, admitiendo también la concurrencia de culpas que se traslada a la graduación de la responsabilidad.

Quinto

Tal como ha quedado expuesto más arriba, y no se discute, el interno sufrió unos daños irreversibles y altamente incapacitantes como consecuencia de un frustrado intento de suicidio. Consta en el expediente la inspección ocular de la celda (folio 31) y las declaraciones de los funcionarios que encontraron y prestaron primeros auxilios al interno (folios 31 del EA). La intervención inmediata de los funcionarios que acudieron a la celda, una vez se apreció su falta en el momento del recuento, evitó que se produjera el resultado pretendido, aunque no fue posible evitar los daños irreversibles en la salud, consecuencia del ahorcamiento.

En al ámbito de la prestación del servicio de prisiones, la Jurisprudencia viene manteniendo una doctrina que permite, en función de las circunstancias, atemperar la responsabilidad imputada a la Administración pública siempre que concurren todos los presupuestos

para ello. Es necesario pues examinar la relación de causalidad y el parámetro exigible al servicio público causante del daño en relación con el deber jurídico del perjudicado de soportar el daño.

Y es que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas “se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de una complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve de fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una causa sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 junio 2002 señala que “...entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la

conurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél, 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 contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la Ley con efecto excluyente- a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.”

Sexto

Sin negar el carácter objetivo, el Tribunal Supremo exige en el ámbito de la Administración penitenciaria que en la producción del daño haya intervenido alguna anormalidad en la prestación del servicio penitenciario.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 noviembre 2011, en un caso muy similar al presente aunque con resultado de muerte del interno, nos dice que “En el presente supuesto, la causa inmediata determinante de la muerte del hijo de la aquí demandante fue la voluntad del suicida de poner fin a su vida, no obstante para determinar si en dicho resultado ha intervenido una anormalidad en el servicio público prestado por la Administración, coadyuvando a dicho resultado, deberá demostrarse que existió esa deficiencia determinante de la omisión de los cuidados que el interno requería para evitar el resultado producido.

En el caso que nos ocupa, debemos de partir de los siguientes hechos probados: 1º) el interno cuando se quitó la vida por ahorcamiento con un cordón, se encontraba en una celda de aislamiento como consecuencia de una sanción.

Pues bien, atendiendo a dichos hechos esta Sala considera que en el caso que examinamos ha existido anormalidad en el funcionamiento del servicio penitenciario, pues frente a incidentes de autolesión protagoniza-

dos por el hijo de la aquí recurrente, la Administración no dio una respuesta adecuada, no incluyéndole en el Programa de Prevención de Suicidios, cuando lo había estado anteriormente, y, además, le metió en una celda de aislamiento, sin duda porque incurrió en error al valorar aquellos incidentes como meros simulacros (.../...). Por tanto, concurre por ello en grado suficiente el componente de anormalidad en el servicio público necesario para afirmar la relación de causalidad con el daño producido y, por tanto, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.”

En este caso, también entendemos que se produjo una anormalidad en el servicio público. La Administración alega que el intento de suicidio que el interno había protagonizado con anterioridad no era más que una estrategia para llamar la atención. Añade que dicho suceso fue valorado por Doña. Sabina y se llegó a la conclusión de que el estado de salud del interno le permitía cumplir el aislamiento. En consecuencia, se acordó que el interno cumpliera la sanción de aislamiento de inmediato. Dicho intento así como los dos episodios de autolesiones, junto a su valoración, resultan acreditados en el folio 37 del EA. Pues bien, no cabe la menor duda de que se trata de unos antecedentes que debieron ser valorados adecuadamente antes de iniciar el cumplimiento de la sanción. Frente a las alegaciones de la Administración debemos significar que el informe que obra en el folio 544 del EA no hace ninguna observación ni siquiera respecto al antecedente acaecido el 27 de febrero de 1999, por lo que difícilmente cumple con los requisitos que exige el artículo 254 del Reglamento Penitenciario que exige un informe previo y reconocimiento médico en que se haga constar el estado de salud física y mental así como la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta resultando insuficiente un mero formulario en el que ni siquiera se toma razón de los supuestos que constan en el folio 37 del EA y su valoración o incidencia en el caso concreto atendidas las circunstancias del interno en el momento de cumplir con la sanción. Tampoco la declaración que prestó el médico ante el Juzgado de Instrucción (folio 543 del EA), ofrece ninguna luz sobre el informe médico previo al cumplimiento de una sanción de aislamiento (que siempre se emite antes de cumplir la sanción), da ninguna razón al respecto; luego la simple alegación de la Administración no tiene el soporte probatorio pretendido.

Es un hecho admitido que al estar lleno el Departamento Especial, que era donde debía cumplir la sanción, se acordó ingresar al interno en una celda de la galería del Módulo 2. En el departamento especial se adoptan medidas más estrictas de vigilancia o complementarias a las que se aplican en la celda asignada al interno.

Exigir el cumplimiento inmediato de una sanción o su ubicación en un lugar distinto al que hubiera sido más conveniente, el Departamento Especial, no constituye una actividad anormal. Ahora bien, sí lo es que la Administración, al aislar al interno en otro lugar al más conveniente, no hubiera dispuesto de medidas de control similares a las existentes en el citado Departamento porque el interno sí requería mayor vigilancia para evitar su autolesión al no haberse valorado correctamente la incidencia del antecedente de intento de suicidio; en consecuencia, sí existió una actividad anormal del servicio público.

Además, se aprecia otra anomalía, cual es que la Administración permitiera que el interno se quedara con la bolsa deportiva de cordones que se les suministra para guardar o trasladar su pertenencia. Si en el ámbito penitenciario se impide el uso de determinados objetos (cordones de zapatos, cinturones, etc.) precisamente como medida de prevención de riesgos generales o particulares, no se comprende cómo la Administración permite que el interno sea encerrado en la celda de aislamiento, solo, y con un objeto que puede servir de ayuda a su propósito de suicidarse.

La Administración alega en su justificación que la correa de nylon de la bolsa que utilizó el interno para intentar suicidarse es un elemento común integrado en las bolsas que utiliza la práctica totalidad reclusa para guardar o trasladar la ropa e invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998. Además, añade, no es un objeto capaz de generar daño por sí mismo, sino que su peligrosidad deriva del uso que cada sujeto haga de él y no se puede imputar a la Administración la creación del riesgo a través del mobiliario de la celda. Hay objetos peligrosos en sí mismos, y otros que no son peligrosos en sí mismo. De ahí la necesidad de que el informe médico-psiquiátrico sea cuidadoso, porque la peligrosidad de un artículo no sea peligroso objetivamente no impide que pueda convertirse en un objeto de uso peligroso para un sujeto concreto.

Del examen ocular de la celda que hizo la policía judicial en fase de instrucción se desprende que la cuerda tenía unos 90 cms de largo por

unos 4 cm de ancho (folio 35 del EA) por lo que en modo alguno cabe equiparar el cordón de una bolsa con una sábana (según sentencia citada por la Administración) o con el mobiliario de la celda. Se trata de un elemento, el cordón, plenamente prescindible. Una cosa es que se necesite una bolsa o recipiente para que el interno transporte los objetos que pueda precisar en su aislamiento y otra distinta que deba quedar en su posesión un objeto que puede coadyuvar a un eventual intento de suicidio.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 abril 2005, a sensu contrario, nos dice que “Distinto hubiera sido para el éxito del presente recurso, que la sentencia impugnada en su relato de hechos probados hubiera declarado que el interno fue trasladado a una celda de aislamiento, en cuyo caso la Administración penitenciaria debió cumplimentar lo ordenado en los artículos 19.1; 65; 70 y 90.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y consiguientemente, requisar el encendedor que portaba el suicida, pero al no constar en el relato de hechos probados por el Tribunal de instancia esta circunstancia, no puede imputarse a la Administración autónoma una corresponsabilidad - «nexo causal»- en el evento dañoso, pues terminológicamente son distintos los vocablos «aislar» y «separar»; por cuya razón procede desestimar el presente recurso.”

Séptimo

Es evidente que la conducta del interno fue imprescindible en la producción del daño y por ello ha de tener una incidencia relevante en la resolución de este proceso; ahora bien también la anormalidad del servicio penitenciario ha de tenerse en cuenta. Luego estamos ante un caso de concurrencia de culpas, ya que en este caso se revela que junto a la voluntad suicida del interno intervino una concausa, el incumplimiento por parte de la Administración de sus deberes al no aplicar las medidas de vigilancia y custodia adecuadas. Existe pues relación causal entre ambas causas, si bien con diferente grado de incidencia, de tal manera que el perjudicado no tiene la obligación de soportar todo el daño.

Determinada la existencia de una responsabilidad patrimonial parcial de la Administración, es preciso concretar la obligación reparadora que surge como corolario de la misma y la extensión de la obligación de

indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106.2 de la Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al principio de la reparación “integral”.

Como nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 noviembre 2011, ya citada, dicha reparación integral afecta “a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, comprendiendo el denominado “pre-tium doloris” (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984, 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988).

A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 o 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia de 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática”, pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso”, aun reconociendo, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988, “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria.”

En la valoración de los daños es cierto que se suele acudir con carácter orientativo a los baremos existentes en otros ámbitos (daños corporales sufridos con ocasión de accidentes de circulación) pero también a los precedentes judiciales.

En este caso, entendemos, a la vista de las circunstancias concurrentes, que el baremo no se ajusta al caso. Por ello, procede reconocer una indemnización, por todos los conceptos, de 200.000€ para don Ovidio y otra de 25.000€ para don Pío por los daños morales, cantidades que se entienden actualizadas a la fecha de nuestra Sentencia.

Octavo

Por todo lo dicho, el recurso ha de ser parcialmente estimado sin que proceda la imposición de las costas causadas en este proceso a ninguna de

las partes, al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

Fallamos

- 1º) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Pío, en su propia representación y en la de su hijo don Ovidio, contra la Resolución arriba expresada, la cual anulamos.
- 2º) Reconocemos una indemnización de 200.000€ para don Ovidio y otra de 25.000€ para don Pío, cantidades que se entienden actualizadas a la fecha de esta sentencia.
- 3º) Condenamos a la Administración demandada a abonar las cantidades expresadas a los recurrentes.
- 4º) Desestimar el resto de pretensiones contenidas en la demanda.
- 5º) Sin imponer las costas.

114.- SENTENCIA 245/13 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 04/10/13

Declara la Responsabilidad Civil Subsidiaria de la Administración Penitenciaria por una tentativa de homicidio en el Centro Penitenciario.

Antecedentes de hecho

1. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito intentado de homicidio, de los artículos 138, 16.1 y 62 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstan-

cias modificativas de la responsabilidad criminal; del que consideró autor al procesado C. Solicitando para el mismo una pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Solicitó igualmente que el procesado indemnizara a D., en concepto de responsabilidad civil, en 300.000 €, más sus intereses legales; con declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Interior. Así como que fuera condenado al pago de las costas.

2. La acusación particular ejercitada por D. y la defensa del acusado, en igual trámite, se adhirieron íntegramente a la calificación del Ministerio Fiscal.

3. La Abogada del Estado, en la representación que por ley ostenta, en sus conclusiones definitivas, negó la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración pública Penitenciaria, por lo que solicitó su absolución; y subsidiariamente, que se modere la cuantía solicitada en un 30%, por concurrencia de culpas, tomando como base de partida la indemnización correspondiente al baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de motor correspondiente al año 2010.

Hechos probados

Apreciando conjuntamente y en conciencia la prueba practicada, se declaran probados los siguientes hechos:

Sobre las 9 horas del día 4 de enero de 2010, el acusado C., mayor de edad, con DNI nº NUM000, con antecedentes penales no computables, se enzarzó en una pelea con D., cuando ambos se encontraban en la denominada “sala de día” del módulo número 9 del Centro Penitenciario de Córdoba, y con ánimo de causarle la muerte le clavó en el hemitórax izquierdo y en la zona craneal un objeto punzante no localizado, que escondía entre sus ropas.

A consecuencia de dicha agresión, D. sufrió lesiones que pusieron en riesgo su vida, en concreto: tres heridas punzantes en hemitórax izquierdo y una herida punzante con excoriación y hematoma en el cuero cabelludo a nivel fronto-parietal izquierdo, con sangrado profuso. De tales

lesiones sanó a los 204 días, de los cuales 167 fueron impeditivos y los otros 37 de hospitalización, incluyendo ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos, con ventilación mecánica, sensor de presión intracraneal y coma inducido; quedándole como secuelas hemiparesia moderada, disfasia y trastorno orgánico de la personalidad, incluyendo como perjuicio estético la necesidad de uso de apoyo para la deambulaci3n y placa alopecica occipital.

Las secuelas padecidas por D. le impiden el desempe1o de cualquier actividad laboral.

Fundamentos de derecho

1. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de homicidio intentado, de los artculos 138 y 16.1 del C3digo Penal. A dicha conclusi3n se llega por la propia declaraci3n del procesado en el acto del plenario, en la que reconoci3 plenamente los hechos objeto de acusaci3n y especific3 que haba agredido con un trozo de hierro de los que vulgarmente se conocen como “pinchos”. A su vez, los informes m3dicos obrantes en autos, ratificados por los m3dicos-forenses en el acto del juicio, ponen de manifiesto que las heridas infligidas a la vctima, por su ubicaci3n cerca de zonas vitales, podrían haber causado su fallecimiento, de no haberse procedido a una urgente intervenci3n m3dica, que requiri3 su ingreso hospitalario en la unidad de cuidados intensivos y la atenci3n especializada por parte del Servicio de Neurocirugía del Hospital Reina Sofía de esta ciudad.

2. En cuanto a la petici3n de declaraci3n de responsabilidad civil subsidiaria de la administraci3n penitenciaria, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo viene recordando con reiteraci3n que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado u otros entes p3blicos por hechos ocurridos en las prisiones tiene dos fuentes de creaci3n que no solo no son excluyentes, sino que devienen arm3nicas, porque se refieren a situaciones y conductas diferentes; las cuales est3n constituidas por los artculos 120.3 y 121 del C3digo Penal. La primera de ellas, que es la que se reclama en el presente procedimiento, se justifica por dos notas: que el hecho delictivo se cometa en un centro penitenciario y que no exista ning3n vnculo laboral o administrativo entre el agente del hecho delictivo y el ente

público. A propósito de la correlación entre los citados preceptos del Código Penal, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2000 declaró que el artículo 121 del nuevo Código penal no altera la jurisprudencia de dicha Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del mismo Código. La razón de esta interpretación es clara: el régimen de responsabilidad civil directa y subsidiaria por el delito contenido en el Código Penal no es sino un desarrollo específico de los principios de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Consiguientemente, el artículo 121 del Código Penal no altera los fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sino que determina que, en ciertos casos, ésta deba ser exigida ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Como en este caso se trata de un delito cometido por un preso contra otro, la norma aplicable sería el artículo 120.3 del Código Penal, cuyos requisitos (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005, 30 de mayo de 2007 y 3 de junio de 2008) son los siguientes: a) Que los hechos delictivos se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o esté contratado por el Estado o los demás organismos públicos concertados, que en el presente caso se concreta en el Centro Penitenciario de Córdoba, dependiente del Ministerio del Interior; b) Que sea verificable y constatable la vulneración de la Ley o demás disposiciones, que en el presente caso se deben concretar en la violación tanto de la Ley General Penitenciaria como del Reglamento Penitenciario; c) Que dicha vulneración esté relacionada con el hecho punible cometido, es decir, dicha omisión debe ser causalmente influyente en la producción del hecho enjuiciado. Como recuerda la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, el régimen penitenciario supone una situación especial en la que el interno está privado legalmente de la libertad, pero mantiene indemne el resto de derechos que como persona le corresponden; por lo que la administración penitenciaria se encuentra en una especial situación de garante en un doble sentido: a) Para garantizar la efectividad de la custodia que entraña el cumplimiento de la pena de prisión, salvaguardando la vocación de reinserción que propugna el artículo 25 de la Constitución ; y b) Para garantizar la indemnidad del inter-

no mientras permanezca en prisión, ya que lo está contra su voluntad y la administración penitenciaria debe velar porque no se viole el resto de derechos que no quedaron afectados por la condena. Debiendo tenerse presente que la exigencia de nexo de causalidad entre la infracción legal y el hecho delictivo que en el artículo 120.3 del Código Penal viene a ser exigido en términos cuasi-absolutos, ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que lo que es exigible es que el incumplimiento administrativo suponga una “facilitación relevante” para la comisión del delito (verbigracia, Sentencia de 13 de diciembre de 2005). Por ello, ya dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2000, de 12 de junio, parafraseando la conocida aseveración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia del caso “Campbell and Fell”, de 28 de junio 1984, “...la justicia no se detiene en la puerta de las prisiones...”. Cuando una persona ingresa en prisión es para cumplir la pena y no para ser víctima de un delito, y cuando ello pese a todo sucede, sin acudir totalmente a categorías de responsabilidad objetiva que son ajenas al artículo 120.3 del Código Penal, lo cierto es que, según la jurisprudencia, corresponde a la Administración acreditar el acabado cumplimiento de las previsiones legales en materia penitenciaria, si pretende su total exoneración de responsabilidad civil subsidiaria.

3. En relación con lo expuesto en el fundamento anterior, existe un completo repertorio jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de la administración penitenciaria cuando se utilizan en el interior de las prisiones armas blancas (en sentido amplio, cuchillos, pinchos, instrumentos punzantes fabricados por los propios internos, etc.). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1990 indicó que el deber de protección de las personas de especial intensidad que se desprende de los artículos 3 y 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se ve apoyada por lo dispuesto en el artículo 22 de dicha Ley y en el artículo 76.3º del Reglamento; y que en tales disposiciones se impone la realización de controles de los internos mediante registros y requisas, cuya finalidad no se agota en la protección de la seguridad y el orden disciplinario del establecimiento, sino que se extiende también a la seguridad de las personas que forman parte del personal del mismo o que están recluidas en él. Y continúa refiriéndose a los medios que han de permitir a la Administración penitenciaria alcanzar sus fines institucionales (artículo 14 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), agregando que entre tales

medios es evidente que se debe incluir tanto la seguridad personal como la vida de los reclusos, pues de lo contrario es difícil imaginar que se pudiera lograr el primordial objetivo constitucional de la reinserción social -- artículo 25.2 de la Constitución Española. Concluyendo dicha Sentencia que “la infracción del deber se concreta, por lo tanto, en no haber impedido mediante requisas y medidas de vigilancia que los internos dispusieran de verdaderas armas blancas confeccionadas por ellos dentro del mismo establecimiento penitenciario, con las que se dio muerte a la víctima. La existencia de internos armados constituye una notoria fuente de peligros, así como una indudable muestra del incumplimiento de las actividades de registro y de requisas que dispone el artículo 76.3º del Reglamento de protección de la seguridad de las personas y el orden del establecimiento”. Los mismos supuestos de uso de armas blancas o instrumentos peligrosos y su falta de control por los funcionarios de prisiones (culpa in vigilando) se recogen en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1996 (navaja); y en la jurisprudencia menor, en las Sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de mayo de 2006 (arma blanca); de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lérida de 17 de junio de 2002 (barra de hierro); y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de septiembre de 2006 (el palo o mango de una escoba). Es más, ya desde los años 80 del pasado siglo, la doctrina jurisprudencial se ha ido decantando hacia soluciones cuasi-objetivas, abandonando la rigidez de los principios de la “culpa in vigilando” y de la “culpa in eligendo”, con acogimiento de la doctrina del riesgo (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1984, 20 de abril de 1985, 28 de mayo de 1985, 2 de febrero de 1988 ó 24 de febrero de 1989). Tan es así, que el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad del Estado no solo se extiende a aquellos homicidios cometidos mediante el uso de armas u objetos peligrosos cuya tenencia por los internos se encuentran prohibidos, correspondiendo a los funcionarios de prisiones su localización y retirada mediante los correspondientes registros, sino también cuando los homicidios son cometidos mediante el empleo de las propias manos, mediante golpes o asfixia (véase la Sentencia de 31 de enero de 2001).

4. Trasladando todo este cuerpo doctrinal al presente caso, resulta acreditado que en el módulo número 9 de la prisión provincial de Córdoba, lugar en el que ocurrieron los hechos declarados probados, sólo había el

día de autos dos funcionarios en funciones de vigilancia (más otro en la denominada “consola” o búnker de cristal blindado en el que están las cámaras de vigilancia, que se comparte entre dos módulos), y ello pese a que los propios funcionarios que han declarado en el juicio reconocieron que se trataba de un módulo más conflictivo que la media y el jefe de servicios llegó a manifestar paladinamente que el número de funcionarios era insuficiente para las labores encomendadas. Prueba de ello es que en la sala donde se produjo el apuñalamiento únicamente había un funcionario (el otro estaba en la planta superior), tras una mampara de cristal, en labores de vigilancia del servicio de desayuno y de espaldas a la llamada “sala de día” donde estaban los internos; de tal modo que ni siquiera pudo ver lo que estaba sucediendo, teniendo que ser avisado por el transmisor portátil por el funcionario de la consola de vigilancia. Es más, como ya hemos adelantado al tratar la concurrencia de culpas, la agresión con el punzón no fue del todo sorpresiva, pues había sido precedida de una discusión en la que incluso medió un intercambio de golpes, de lo que el funcionario tampoco se apercibió, porque estaba de espaldas. Y aunque los funcionarios que declararon en el juicio no dijeron que el procesado fuera un preso especialmente peligroso, tenía que ser más conflictivo que la media si estaba en el mencionado módulo, y en la propia Información Reservada instruida por el Centro Penitenciario e incorporada al Rollo como prueba documental consta que el procesado estaba considerado como un preso con perfil de elevada agresividad y muy violento y había estado clasificado anteriormente en primer grado (páginas 70 y 78). Por lo que si tenemos en cuenta que estaba en posesión de un arma blanca no exactamente identificada (él mismo reconoció en su breve declaración en el acto del juicio que era un pincho de hierro, lo que se compadece perfectamente con el informe de los médicos-forenses que también declararon en dicho acto) y que en el registro general realizado al final de la mañana se encontraron en el mismo módulo otros cuatro pinchos, resulta evidente que las medidas de vigilancia y control exigidas en el Reglamento Penitenciario y ya reseñadas más arriba no eran adecuadas ni suficientes para garantizar la seguridad interna en el módulo y la vida e integridad física de los internos. De donde se deriva la consiguiente responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Penitenciaria en los términos interesados por las acusaciones.

5. Conforme a los artículos 123 y 124 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben imponerse las costas al condenado, inclusive las de la acusación particular.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

Fallamos:

Que debemos condenar y condenamos al procesado C., como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio intentado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo. Por vía de responsabilidad civil, condenamos al procesado a que indemnice a D. en la cantidad de 210.795,52 €, más el interés legal de dicha cantidad incrementado en dos puntos, desde la fecha de esta sentencia. Declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Penitenciaria (Ministerio del Interior). Todo ello, con expresa condena en costas al procesado, incluyendo las de la acusación particular.

CAPÍTULO 13

SANITARIA

115.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PUERTO SANTA MARIA DE FECHA 18/02/13

Tratamiento médico forzoso.

Hechos

Con fecha 11 de febrero del 2013, se recibió, procedente de la Dirección del Centro Penitenciario Puerto I y vía fax, la comunicación que antecede, con la que se incoó el presente expediente. En dicha comunicación por el Servicio Médico del citado centro se informaba que el interno M.A.L.D., diagnosticado de retraso mental y trastorno antisocial de la personalidad, había protagonizado diferentes episodios de agitación y conducta agresiva tanto hacia su persona como hacia sus compañeros teniendo que ser derivado al hospital en diferentes ocasiones. Asimismo se indicaba que el pasado 3 de febrero del 2013 había protagonizado nuevo cuadro de agitación con ingesta de cristales, siendo remitido al hospital para valoración física y psíquica, regresando al centro al día siguiente por alta voluntaria, razón por la cual se solicitaba autorización judicial para poder adoptar las medidas necesarias sin el consentimiento del interno con el fin de garantizar su estado de salud.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal por el mismo se informó favorablemente la autorización de tratamiento involuntario.

Razonamientos jurídicos

Se plantea la posibilidad de acordar tratamiento médico forzoso, recomendado por los Servicios Médicos del Centro Penitenciario, a un inter-

no diagnosticado de retraso mental y trastorno antisocial de la personalidad y que había protagonizado diferentes episodios de agitación y conducta agresiva tanto hacia su persona como hacia sus compañeros teniendo que ser derivado al hospital en diferentes ocasiones. Asimismo se indicaba que el pasado 3 de febrero del 2013 había protagonizado nuevo cuadro de agitación con ingesta de cristales, siendo remitido al hospital para valoración física y psíquica, regresando al centro al día siguiente por alta voluntaria.

La Administración Penitencia tiene el deber de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su autoridad, según el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La asistencia médica obligatoria constituye el medio indispensable para evitar peligros para la integridad física y moral o incluso riesgo para la vida no sólo del interno sino de otros internos que el Estado tiene obligación de proteger (artículo 43 de la Constitución Española).

El Tribunal Constitucional en sentencia 67/1991, de 22 de marzo, ya se pronunció sobre la constitucionalidad de las resoluciones judiciales que, en caso de grave e inminente peligro de muerte para los internos en huelga de hambre, autorizan a alimentación forzosa y el tratamiento médico necesario para salvaguardar la vida, cumpliéndose así el derecho y deber que le impone el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que ya había resuelto en sentido favorable a la constitucionalidad de tales medidas por las sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990 y 137/1990, en las que se precisaba el momento en que las mismas podían ser adoptadas por la Administración Penitenciaria o, en su caso, autorizadas por los Órganos Judiciales competentes en la materia,

En el presente caso, la negativa del interno a someterse al tratamiento médico adecuado podría producir una situación de peligro tanto para el paciente como para las personas que lo rodean, por lo que procede autorizar el tratamiento contra la voluntad a objeto de salvaguardar la vida y la integridad física del interno y del resto de las personas que con él se hallan en el centro.

Visto lo cual

Dispongo: Instar a la Administración Penitenciaria para que adopte cuantas medidas estén a su alcance para salvaguardar la vida y la integri-

dad física del interno M.A.L.D., autorizando a los Servicios Médicos del Centro a prescindir del consentimiento del interno en relación al tratamiento médico que su estado patológico aconseje.

116.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 10/06/13

Estimación parcial de la queja a fin de que se proporcione al interno la prótesis que requiere, si se encuentra en el catálogo general de material ortoprotésico del SACYL

Hechos

Se ha recibido en este Juzgado escrito de queja del interno de referencia.

Se han recabado informes del Centro Penitenciario donde se encuentra acerca de dicha queja.

Pasado el expediente al Ministerio Fiscal, por éste se ha informado en el sentido obrante en actuaciones.

Razonamientos jurídicos

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 queja porque los Servicios Médicos del Centro Penitenciario no le facilitan la prótesis endoesquelética que necesita por la amputación transtibial de un miembro inferior.

El artículo 208.1 del Reglamento Penitenciario consagra la atención médico-sanitaria a todos los internos, siendo ésta equivalente a la dispensada al conjunto de la población.

En consecuencia, con independencia de quien asumiese el coste de la prótesis que tiene el interno y no le resulta válida, la que necesita en la actualidad deberá de proporcionársela el SACYL, si se encuentra incluida en su catálogo general de material ortoprotésico, en las mismas condiciones que al resto de la población. En otro caso, deberá de asumir su coste el interno.

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

Parte dispositiva

Se estima parcialmente la queja del interno J.C.V.C., conforme a lo expresado en el razonamiento segundo de la presente resolución.

CAPÍTULO 14

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

117.- SENTENCIA 171/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 07/10/13

Otorga el amparo al haberse realizado cacheos integrales sin hacer mención de los motivos de seguridad concretos y específicos.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de noviembre de 2011, la Procuradora de los Tribunales doña R. S.-M. G., en nombre y representación de J.C.B.I., asistido por el Letrado don L. F. T., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales referidas en el encauzamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante, interno en el centro penitenciario de Jaén, mantuvo en fechas 6 y 7 de noviembre de 2010 sendas comunicaciones vis a vis, a cuyo término, el jefe de servicios resolvió que, en base a lo dispuesto en el artículo 68.2 del Reglamento penitenciario, se le practicaran sendos cacheos mediante registros corporales con desnudo integral.

Al fin reseñado, los citados acuerdos se adoptaron por escrito, consignándose en ambos como motivación la de «sospechar que pudiese ocultar en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación vis a vis».

b) Tras ser sometido a los referidos cacheos, el interno dirigió en fecha 30 de noviembre de 2010 un escrito conteniendo una queja al

Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, alegando la lesión de su derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 de la Constitución Española, al carecer de motivación concreta alguna la adopción de tales medidas.

El Juzgado, tras oír al Ministerio Fiscal, dictó Auto de fecha 7 de febrero de 2011 por el que inadmitió la queja, basándose en la realidad de la previsión en la Ley Orgánica general penitenciaria y el Reglamento penitenciario, así como en el protocolo del propio centro de Jaén y en la instrucción 3/2010 de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios.

c) Interpuesto por la parte actora recurso de reforma, en el que insistía en la falta de motivación del acuerdo del centro penitenciario, el Juzgado dictó Auto desestimatorio de fecha 28 de marzo de 2011, señalando que las nuevas alegaciones vertidas en el recurso, no desvirtuaban lo inicialmente resuelto.

d) Frente a dicha resolución el actor interpuso recurso de apelación ante la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que dictó Auto núm. 515/2011, de 30 de septiembre, resolviendo hacer propios los mismos razonamientos del Juez a quo, señalando literalmente «ya que en el presente caso no se ha afectado derecho fundamental alguno del interno pues la actuación de la administración está amparada por la Ley Orgánica General Penitenciaria y los reglamentos de desarrollo que limitan derechos de los internos. Por otro lado, el derecho a comunicar vis a vis de forma íntima puede existir en la medida en que existen adecuados controles de seguridad, de los que el cacheo integral es uno de ellos, fundamento por el que el propio reglamento penitenciario en los artículos 64, 65 y 68 prevé ésta y otras medidas de control. Dicho de otro modo, la comunicación íntima tiene como contrapartida el control a posteriori mediante el desnudo integral del interno, de modo que sólo cuando ese cacheo se haga de forma inadecuada, ofensiva o con abuso o desviación de poder será reprochable la actuación de la administración, pero no por la realización del examen corporal en sí.»

3. La parte recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la intimidad personal, recogido en el artículo 18.1 de la

Constitución, al habersele practicado, sin motivo que lo justificase, cacheos con desnudo integral después de sendas comunicaciones vis a vis. El demandante cita la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 8 de febrero, en relación a los cacheos y registros corporales de los internos, y la regulación de los artículos 68 y 93 del Reglamento penitenciario, alegando que la posibilidad de realizar cacheos con desnudo integral de los internos debe fundarse en motivos de seguridad concretos y específicos.

En este caso, el demandante aduce que fue sometido a dos cacheos con desnudo integral practicados los días 6 y 7 de octubre de 2010, sin ningún tipo de justificación, lo que vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución.

4. Mediante providencia de 18 de octubre de 2012 la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que remitieran respectivamente certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes expediente 680-2003, y se emplazase a quienes hubieran sido parte en el citado procedimiento para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por diligencia de ordenación de fecha 18 de febrero de 2013 se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente para alegaciones por plazo de veinte días.

6. En escrito registrado en este Tribunal el 8 de marzo de 2013, la representación procesal del demandante de amparo formuló alegaciones, reproduciendo en síntesis los argumentos de hecho y de Derecho invocados en su escrito de formalización de la demanda y solicita que se dicte Sentencia otorgando el amparo.

7. Por escrito registrado en fecha 22 de marzo de 2013, el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones, interesando de la Sala que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, con fundamento en la doctrina expresada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 218/2002, de 25 de

noviembre, reproduciendo a su vez lo fallado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2000, de 24 de julio, que afirma que la ocasional invasión de la intimidad requiere de la proporcionalidad y exteriorización de su justificación mediante la expresión fundamentada de las razones que llevan a la adopción de la medida.

En el presente caso, el Ministerio Fiscal concluye reconociendo la ilegitimidad de la medida ordenada en las dos ocasiones en las que el interno concluyó sendas comunicaciones vis a vis, por cuanto que las resoluciones impugnadas realizan una valoración genérica e imprecisa de una supuesta conducta del interno, que no se apoya en razón expresa alguna y que no parece obedecer sino a una fórmula rituaría de carácter preventivo que se aplica en todo caso a cualquier interno y en cualquier ocasión en que se realice una comunicación personal con terceros.

Ante tal patente falta de motivación, concluye el Fiscal que es evidente la vulneración del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 de la Constitución Española.

8. Por providencia de 3 de octubre de 2013 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto 515/2011, de 30 de septiembre, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 7 de febrero de 2011 y 28 de marzo de 2011, que a su vez desestimaban la queja contra los acuerdos del jefe de servicios del centro penitenciario de Jaén, de fechas 6 y 7 de noviembre de 2010, resolviendo que se le practicaran al recurrente sendos cacheos mediante registros corporales con desnudo integral.

El recurrente en amparo alega que las resoluciones impugnadas lesionan su derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución Española). Aduce en apoyo de su tesis la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero y alega que también en este caso queda patente que la necesidad de la medida aquí

impugnada carecía de cualquier fundamentación, pues los acuerdos de fecha 7 de octubre y 6 de noviembre de 2010 del centro penitenciario de Jaén, autorizan cacheos con desnudo integral «por sospechar que pudiera ocultar en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación vis a vis».

El Ministerio Fiscal entiende que no existe la más mínima motivación que justifique la orden del funcionario de prisiones, ni en ésta ni en los Autos dictados por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, por lo que interesa que se dicte Sentencia otorgando el amparo.

2. Los hechos que han dado lugar a este recurso de amparo pueden sintetizarse así: los días 7 de octubre y 6 de noviembre de 2010, en el centro penitenciario de Jaén, después de una «comunicación vis a vis» se procedió a efectuar sendos cacheos integrales, con la siguiente motivación:

- «por sospechar que pudiera ocultar en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación de vis a vis» en la resolución de 7 de octubre de 2010.
- «sospechas de que pueda introducir en el Centro objetos o sustancias que puedan suponer un riesgo para la seguridad del establecimiento o sus trabajadores» en la resolución de 6 de noviembre de 2010.

Estos hechos tienen identidad sustancial con los que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 218/2002, de 25 de noviembre, que reproduce a su vez la doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994 de 28 de febrero, FFJJ 5 y 6 y 204/2000, de 24 de julio, FJ 4.

En estos términos, basta con recoger la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados:

- a) «El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 de la Constitución Española reconoce.

Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario – según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana (Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10)».

b) Ya «con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad 'aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere' (Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1987, FJ 2)».

c) «En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración Penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica general penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 de la Constitución Española como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Más no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los dere-

chos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo 'respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena' (artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos».

3. A ello debe añadirse que el artículo 71.1 del Reglamento penitenciario prescribe que «las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico», concretando en su artículo 68.2 que «por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios».

Por tanto, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo integral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que jus-

tifique, a juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

4. En el caso que ahora se examina falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral, puesto que únicamente se hace una referencia genérica a sospechas de ocultación de algún objeto, sin expresar ningún tipo de razón individual y contrastada que permita identificar la justificación de la medida.

En este sentido, como se indicaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, «no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso».

Idéntico reproche debe realizarse a la fundamentación de los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que adolecen de una patente falta de motivación, pues se limitan a citar la normativa que autoriza los cacheos personales, pero eluden explicar por qué en el caso, tales registros eran procedentes y se justificaba la invasión de la privacidad del interno, como también alegó el Ministerio Fiscal.

5. Los razonamientos expuestos conducen a la conclusión que los cacheos integrales concretamente ordenados en el caso que ahora se examina, sin la específica fundamentación ya señalada, vulneraron el derecho a la intimidad personal del hoy demandante de amparo – artículo 18.1 de la Constitución Española–, provocando así la nulidad de las resoluciones que acordaron la práctica de los cacheos y, por tanto, de las resoluciones judiciales que no la repararon, siendo, por consecuencia, procedente el

pronunciamiento previsto en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Fallo

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

Ha decidido

Otorgar el recurso de amparo promovido por don J.C.B.I., y, en consecuencia:

1. Reconocer el derecho del recurrente a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución Española).
2. Anular los acuerdos del centro penitenciario de Jaén de fechas 7 de octubre y 6 de noviembre de 2010, así como los Autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 7 de febrero y 28 de marzo de 2011, que desestimaron la impugnación de aquéllos y el Auto de 30 de septiembre de 2011, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación contra las anteriores resoluciones.

118.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE MANZANARES NÚMERO 1 DE FECHA 04/09/13

Deniega la exploración radiológica al no considerarla imprescindible ni necesaria.

Antecedentes de hecho

En el día de ayer, procedente del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, se registró en el Decanato de los Juzgados de Manzanares oficio

por el que se solicita autorización judicial para la exploración radiológica del interno J. E. M. y que por turno de reparto ha correspondido a este Juzgado.

Razonamientos jurídicos

La materia relativa a las intervenciones corporales ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo doctrina reiterada que mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención de esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Índica la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-12-1996 que dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominante afectado al acordar su práctica y en su realización: A) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquéllas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencian de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la integridad corporal (artículo 18.1 de la Constitución Española) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad. B) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos x, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él

del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera en su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o las uñas) o incluso algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracciones de líquido cefalorraquídeo, etc.). Continúa señalando la referida Sentencia del Tribunal Constitucional nº 207/96, resumiendo la doctrina acumulada en otras sentencias anteriores, que el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación objetiva y razonable si la medida limitativa del derecho fundamental está prevista en la ley, es adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada y es proporcional, en el sentido de que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella; sea necesaria o imprescindible, en el sentido de que no existan otras medidas menos gravosas que sean igualmente aptas para conseguir el fin a obtener, y no resulte desmedida en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes. Finalmente, otras exigencias específicas consisten en que en ningún caso la práctica de la intervención corporal pueda suponer un riesgo o quebranto de la salud de quien tiene que soportarla, habrá de efectuarse por personal sanitario y habrá de realizarse con respeto a la dignidad de la persona, sin que en ningún caso pueda constituir, en si misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante.

En el supuesto de autos, se solicita por el Director del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha autorización judicial para la exploración radiológica del interno J.E.M., todo ello por tener sospechas de que a su regreso del permiso de salida que tendrá lugar el 9 de septiembre de 2013 a las 17:00 horas, podría portar droga en el interior de su cuerpo. La autorización solicitada ha de ser denegada al no ser imprescindible ni necesaria por el momento, pues para ello se precisa la existencia, al menos, de un indicio suficientemente claro para proceder a lo solicitado

(ej. que por la unidad canina de la Guardia Civil se “marque” la existencia de droga en el cuerpo del sospechoso antes de ingresar en el centro penitenciario, como ha ocurrido en ocasiones anteriores y en supuestos similares, u otros indicios previamente expuestos por la fuerza actuante a la autoridad judicial, a valorar antes de conceder la autorización solicitada). Además, antes de proceder a lo que ahora se solicita tendremos que agotar todas las posibilidades previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como las que se contienen en el artículo 68 en sus apartados 2, 3 y 4 del Reglamento Penitenciario (2.- Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que llagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios. 3.- El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interne, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad. 4.- Si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados), así como la posibilidad de que el interno, previamente informado de los derechos que le asisten, consienta y acceda libre y voluntariamente a que se le practique la exploración radiológica.

Lo anteriormente expuesto obliga a acordar el archivo provisional de la presente causa en virtud del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de que al reingresar en el Centro Penitenciario el interno J.E.M. se pongan de manifiesto indicios racionales de criminalidad, en cuyo caso se acordará lo que proceda.

Por otro lado, en el informe remitido por el Sr. Director del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha, se pone de manifiesto que el aprovisionamiento de las sustancias estupefacientes tiene su epicentro en la localidad de Daimiel, dando nombres concretos de los proveedores de las mismas, tal y como es de ver en el mismo. Es por ello que existiendo indicios racionales de estar cometiéndose en tal localidad un delito de tráfico de drogas, procede deducir testimonio de la causa para su inhibición al Juzgado Decano de los de Daimiel, de conformidad con el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En atención a lo expuesto,

Parte dispositiva

Acuerdo incoar diligencias previas de procedimiento abreviado, que quedarán registradas en el libro de su clase, decretando al mismo tiempo su sobreseimiento y archivo provisional, en virtud del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de que al reingresar en el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha el interno J.E.M. se pongan de manifiesto indicios racionales de criminalidad, en cuyo caso se acordará lo que resulte procedente.

Deniego la solicitud de exploración radiológica del interno J.E.M. instada por el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha.

119.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 31/01/13

Objetos prohibidos. Estimación parcial de la queja sobre forma de fotografiar.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno K.M.M.F. del Centro Penitenciario Herrera de la Mancha formulando queja.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

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.

En el presente caso, examinado el expediente y visto el informe del Centro Penitenciario, debe señalarse que se nos comunica por el Centro: “la normativa de régimen interior del centro contempla como objetos expresamente prohibidos las cámaras fotográficas, por razones obvias de seguridad ya que pueden ser recogidas imágenes de personal funcionario o infraestructuras y elementos de seguridad, circunstancias que es preciso evitar y velar para que no se produzcan.

Con carácter excepcional se autoriza cuando se han producido enlaces matrimoniales o de similar relación entre internos y parejas de fuera del centro, la realización de reportaje fotográfico con unas condiciones y medidas de seguridad muy específicas por las razones antes expuestas. Esta situación conlleva control de la cámara por funcionario para evitar que salgan imágenes que afecten a los motivos, de seguridad antedichos.

El centro no dispone ni de medios materiales ni humanos que puedan llevar un control efectivo sobre estos aparatos si su use se generalizara a toda la población reclusa en sus comunicaciones con familiares, no garantizándose en consecuencia los principios de seguridad por los que debe cuidar el centro”.

Ahora bien, cabría valorar la posibilidad de que las fotografías fueran realizadas en las mismas condiciones que los enlaces matrimoniales, incluso una cámara desechable. Reuniendo las circunstancias de seguridad cabe estimar la queja.

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

Parte dispositiva

Se estima parcialmente la queja del interno K.M.M.F. del Centro Penitenciario Herrera de la Mancha.

120.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 02/09/13

Estima queja sobre retención de fotografías.

Hechos

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno R.A.M. del Centro Penitenciario Castellón II formulando queja sobre retención de fotografías.

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

Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

Razonamientos jurídicos

Que el marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 de la Constitución Española, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo del título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.a. 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 20 de enero, FJ 3). Desde tal perspectiva, pues, han de ser analizadas las vulneraciones que achaca el recurrente a las resoluciones administrativas.

En el presente caso, al interno se le retiran dos fotografías recibidas por correo en atención a la leyenda que se observa en las mismas “EUSKAL PRESOAK EUSKAL HERRIA”.

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, en Auto de 15 de noviembre de 2012, señalando que nos encontraríamos en el contexto de comunicaciones similares a las postales que se acompañan de imágenes de familiares y amigos.

A tales efectos, y conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 del Reglamento Penitenciario, las comunicaciones no tendrán más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Entiende la Sala en la citada resolución, que la afirmación de que la referida expresión coincide con la ideología y los fines de la organización terrorista, no es discutible: pero no es exclusiva que detenten los terroristas y que identifique automáticamente texto y organización, ya que, como es sabido, se trata de una reivindicación que asuman fuerzas políticas de Euskadi que tienen representación en las Instituciones del Estado y de la Comunidad Autónoma, alejados históricamente de la influencia terrorista”.

Considera además, que la imagen y la leyenda de la fotografía retenida, no se conecta con un relato ó discurso que pueda estimarse enaltecedor del terrorismo, atentatorio contra el orden del establecimiento, ni que afecte a la seguridad.

En consecuencia y aplicando la expresada doctrina del caso presente, sustancialmente idéntico al resuelto por la Sala en la citada resolución, procede la estimación de la queja formulada, levantándose la retención de la fotografía acordada por el Centro Penitenciario.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación S. S^a.

Parte dispositiva

Se estima la queja del interno R.A.M. del Centro Penitenciario Castellón II.

121.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 24/09/13

Estima recurso del Fiscal frente a Resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que estimaba la queja en cuanto a limitación de aparatos de TV a uno por celda.

Hechos

Con fecha veintitrés de julio de dos mil trece, se dictó Auto por el que se estima la queja de la interna S.Y.R.S., del Centro Penitenciario de Picassent, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de la resolución.

Contra el citado Auto, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de Apelación, alegando motivos de seguridad del establecimiento y la integridad física de los internos, y vulneración del artículo 51 del reglamento Penitenciario, ya que el centro no ha autorizado la situación, no resultando aplicable lo previsto para videoconsolas la Circular 3/10 de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, correspondió su conocimiento a esta Sección Primera siendo designada ponente la Ilma. Sra. Da Regina Marrades Gómez, quien expresa el parecer del Tribunal.

Razonamientos jurídicos

La resolución objeto de recurso estima la queja de la interna S.Y.R.S., del Centro Penitenciario de Picassent, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de la resolución.

Por su parte el Ministerio Fiscal apelante alega motivos de seguridad del establecimiento y la integridad física de los internos, y vulneración del artículo 51 del Reglamento Penitenciario ya que el centro no ha autorizado la situación, no resultando aplicable lo previsto para videoconsolas la Circular 3/10 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

La resolución cuestionada estima la queja de la interna al entender que la normativa que limita los aparatos de televisión a uno por celda no puede tener efectos retroactivos y solo podrá afectar a los internos de nuevo ingreso o aquellos a los que no les hubiera autorizado previamente el uso de la televisión adquirida. Se viene a considerar que realizar otra interpretación podría ser contrario a la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos prevista en el artículo 93 de la Constitución.

La Sala no comparte el criterio de instancia, en la medida en que, como sostiene el Ministerio Fiscal en su recurso, la limitación de un aparato de televisión por celda obedece de forma fundamental a motivos de seguridad, en concreto a detectarse en las celdas instalaciones eléctricas no autorizadas, de tal suerte que la falta de toma de tierra y posibles derivaciones hechas puede ocasionar accidentes por la sobrecarga de tensión.

En este sentido, el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria previene que la administración velará por la vida, integridad y salud de los internos y el artículo 4.2 del Reglamento Penitenciario fija como uno de los derechos de los internos el que la administración vele por su vida, salud e integridad.

También el artículo 51 del Reglamento hace referencia a los artículos y objetos no autorizados. Y en concreto entre el catálogo de los objetos no autorizados por el centro figuran, entre otros, el cable y material eléctrico que no forma parte de la instalación original de la celda, es decir, considera artículos u objetos no autorizados todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, siendo evidente que las instalaciones eléctricas caseras efectuadas por los internos para tener disponibilidad individualizada de uso privado del aparato de televisión constituyen objetos prohibidos.

Con carácter general y por lo que respecta a la disponibilidad individualizada de uso de aparato de televisión, aun no siendo un artículo u objeto no prohibido, no se configura tampoco como un derecho subjetivo del interno; ya que mientras en el artículo 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (coincidente en esencia con el artículo 128 del Reglamento Penitenciario) se establece que “Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado...”, no se establece expresamente el derecho a dis-

poner de aparato de televisión, sino que en el citado precepto se añade que “Asimismo estarán informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas”; previsión susceptible de cumplimiento forma colectiva en la sala al efecto en el ámbito de las actividades programadas en el centro penitenciario sin necesidad de disponibilidad individualizada por cada interno de aparato de televisión.

A su vez, la restricción a uso a que se refiere la queja, en lo que afecta al uso individualizado en la celda de la televisión adquirida por el interno por existir otro aparato, en la medida en que viene determinada fundamentalmente por motivos de seguridad, resulta enteramente razonable, máxime cuando su uso determina de manera lógica y necesaria el empleo material eléctrico que no forma parte de la instalación y, por tanto, no autorizado. Entendemos que no cabe mantener distingos en función de criterios temporales, en la medida en que la seguridad no es susceptible de esas diferenciaciones. El uso de un determinado aparato, sea de televisión o de otra naturaleza, será seguro o no le será, pero esa seguridad o falta de ella no se puede hacer depender del hecho de que antes se consintiera su uso cuando hay razones de seguridad, como así sucede, que no lo aconsejan.

Por lo demás, entendemos que no es de aplicación el supuesto a que se refiere la resolución de instancia, que cita la Circular 3/10 de al Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que se refiera al catálogo de objetos prohibidos, que no es el caso. Que en dicha Circular no se acordara retirar las videoconsolas a los internos autorizados con anterioridad no significa que su uso no se pueda impedir para el caso de que implique la instalación o empleo de material, prohibido y que, además, como en este caso, entraña un riesgo para la seguridad.

En definitiva, se estima el recurso del Ministerio Fiscal y se deja sin efecto el auto recurrido, debiendo desestimarse la queja del interno.

No se considera procedente la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados de aplicación al caso.

La Sala acuerda.-

Estimar el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, contra el Auto de fecha 23 de julio de 2013, dictado por el Juzgado de Vigilancia

Penitenciaria nº 5 de la Comunidad Valenciana, en Expediente nº 3004/2013, que dio lugar a la formación del Rollo de Apelación nº135/2013, Revocando la citada Resolución, en todas sus partes, desestimando la Queja formulada por la interna S.Y.R.S., y sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

CAPÍTULO 15

TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

122.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 6 DE FECHA 08/11/13

No se exige coincidencia aritmética entre el número de jornadas impuestas y el número de sesiones formativas o actividades del Taller o programa.

Hechos

Que en este Juzgado se ha recibido escrito del Ministerio Fiscal relativo al interno M.R.J.C. formulando recurso de Reforma contra el Auto de fecha 23/10/2013, dictado por este Juzgado, aprobando el plan de cumplimiento de la pena de 540 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad correspondiente a la Ejecutoria 710/2012 del Juzgado Penal nº 3 de Alcalá de Henares.

Que admitido el recurso de reforma, se notificó al penado, conforme el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Razonamientos jurídicos

No procede en el presente supuesto reformar la resolución recurrida debiendo mantenerse la misma en todos sus términos por ser plenamente ajustada a Derecho.

En efecto, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 6/2010 de 22 de junio (en línea con la pauta ya iniciada en tal sentido por el Real Decreto 1879/2009 de 04 de diciembre, modificativo del hoy derogado Real Decreto 515/2005 de 06 de mayo que contempló la posibilidad del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en talleres o programas formativos en los supuestos de penas impuestas por

delitos contra la seguridad del tráfico), ha venido a establecer dos formas de cumplimiento diferenciadas, respecto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Por un lado la que podría denominarse “ordinaria”, mediante la cuál el penado cumple “jornada a jornada”, en la entidad correspondiente y a través de la realización de una determinada actividad, la pena impuesta, coincidiendo en tal caso de manera aritmética el número de jornadas impuestas con el número de jornadas realizadas.

Junto a esta modalidad de ejecución, el artículo 49.1 del Código Penal hace alusión a otra forma de cumplimiento cuál es la de talleres o programas formativos o de reeducación, no existiendo limitación alguna (a diferencia de lo que sucedió con el Real Decreto 1849/2009), respecto de la tipología delictiva a la que resulta de aplicación.

Pues bien, esta segunda modalidad presenta una estructura y contenido diversos a los que caracterizan la que hemos llamado “ordinaria”, no coincidiendo de forma aritmética el número de jornadas impuestas con el número de sesiones formativas o actividades que integran el taller o programa.

Añadir, a lo ya expuesto, que en la práctica y con carácter general es la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la que, en coordinación con los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, fija la estructura y el contenido de los Talleres o Programas,

Un ejemplo de lo expuesto son los Talleres de Seguridad Vial (TASEVAL), diseñados a través de la Instrucción 2/10 y su Adenda de 16/6/10 por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y que constan de un número de sesiones formativas (el mismo con independencia de las jornadas impuestas) y un número de actividades de utilidad pública (mayor o menor en función del número de jornadas a que ha sido condenado el penado), no estableciéndose una coincidencia aritmética entre unas u otras, ni en su conjunto, (a salvo de mera coincidencia) con el número de trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en sentencia.

Añadir por último, que corresponde a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, con arreglo a lo establecido en el artículo 5,1 del Real Decreto 840/2011 de 17 de junio, y en función de las cir-

cunstancias o características del condenado o su etiología delictiva ofertar al mismo la posibilidad del cumplimiento en talleres o programas.

Pues bien, ajustándose el programa “Pensamiento Prosocial” que se lleva a cabo en el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Alcalá de Henares a la normativa más arriba referida (artículo 49 del Código Penal y Real Decreto 840/2011 de 17 de junio), resultaba procedente como así se hizo en el auto que ahora se combate por vía de recurso aprobar el plan de ejecución elevado en relación con el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta a M.R.J.C. en Ejecutoria 710/2012 del Juzgado Penal nº 3 de Alcalá de Henares

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

Parte dispositiva

Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por este Juzgado con fecha 23/10/13 en estas actuaciones, debo mantener y mantengo éste en toda su integridad.

RECURSO DE APELACIÓN

Juzgado de lo Penal 3 de Alcalá de Henares

2 de enero de 2014

Hechos

Con fecha de 25 de octubre de 2013 por el Ministerio Fiscal, en tiempo y forma, se ha presentado recurso de apelación contra el Auto de fecha de 23 de octubre de 2013 por el cual el Ilmo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria desestimaba el recurso de reforma presentado contra la resolución que aprobaba el plan de cumplimiento de la pena de 540 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado. Recurso que formulaba en bases a unas alegaciones que damos expresamente por reproducidas en aras a la brevedad.

Al interponerse en tiempo y forma se dio traslado del mismo al penado, no formulando alegaciones.

Conforme establece la Disposición Adicional Quinta, num. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redacción dada por la LO 5/2003 de 27 de mayor es competencia, del órgano sentenciador la resolución del presente recurso, remitiéndose las actuaciones a este órgano judicial en el día de la fecha, formándose a tal efecto la presente pieza separada en la Ejecutoria al margen referenciada, quedando las actuaciones para dictar la resolución pertinente.

Razonamientos jurídicos

El artículo 49 del Código Penal dispone que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o. de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

- 1.^a La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.
- 2.^a No atentará a la dignidad del penado.
- 3.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cuál podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.
- 4.^a Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.
- 5.^a No se supeditará al logro de intereses económicos.

- 6.^a Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena.
- 7.^a Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días a jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto”.

A su vez, el artículo 6 del Real Decreto 340/2011, de 17 de junio dispone que

- “1. Cada jornada tendrá una duración máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración y el plazo en el que deberán cumplirse las jornadas, se valorarán las cargas personales o familiares del penado, así como sus circunstancias laborales y, en el caso de programas o talleres, la naturaleza de los mismos.
2. La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, se podrá contemplar el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días”.

En el caso de autos, el Ministerio Fiscal fundamenta el recurso presentado en el hecho de que el programa de ejecución de la pena establecido por el CIS Melchor Rodríguez García no se corresponde con las 540 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que fueron impuestas por auto del Juzgado de lo Penal nº 3 de Alcalá de Henares de fecha: de 7 de mayo de 2013.

Sin embargo, partiendo de que el artículo 49 del Código Penal prevé la posibilidad de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a través de talleres o programas formativos o de reeducación,

sin que se imponga limite alguno respecto a. la tipología delictiva a la que resulta de aplicación, lo cierto es esta modalidad de ejecución presenta una estructura y contenido diversos a los que caracterizan al cumplimiento ordinaria de la pena (el que se realiza jornada a jornada, coincidiendo el número de jornadas impuestas con el número de jornadas realizadas), siendo factible que no coincidan de forma aritmética el número de jornadas impuestas con el número de sesiones formativas o actividades que integran el taller o programa.

Tomando en consideración los argumentos esgrimidos, y estimándose que el programa “Pensamiento Prosocial” se ajusta a. la normativa expuesta en el precedente Razonamiento Jurídico de la presente resolución, procede desestimar el recurso presentado, manteniéndose su contenido en todos sus términos.

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

Dispongo: Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha de 23 de octubre de 2013, el cual se confirma en todos sus términos.

123.- SENTENCIA 98/2013 DE AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES DE FECHA 25/02/13

Califica el hecho como delito de quebrantamiento y no falta de desobediencia (no acude a las citas con lo que impide el inicio de la ejecución).

Antecedentes de hechos

Primero. Que por el Juzgado de lo Penal nº. 2 de Cáceres, en el procedimiento reseñado al margen seguido por un delito de quebrantamiento condena o medida cautelar, contra L. F. se dictó Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2012, cuyos hechos probados y fallo son del tenor literal

siguiente: hechos probados: “En virtud de Sentencia dictada en el seno de las diligencias urgentes 26/2011 del Juzgado de Instrucción n. 1 de Cáceres, se impuso al hoy acusado L. F., mayor de edad, la pena de veinte días de trabajos en beneficio de la comunidad. Dicha Sentencia, de fecha 19 de septiembre de 2011, fue notificada al penado, iniciándose seguidamente su ejecución, en el curso de la cual, el Sr. L. F. fue citado para que compareciera ante el Servicio de Gestión de penas y medidas alternativas para la elaboración del preceptivo Plan de Ejecución, no acudiendo sin embargo a dicha citación, razón por la que el mentado Servicio dio cuenta al Servicio de Ejecución, que a su vez le requirió en fecha 16 de noviembre de 2011 para que compareciera ante los Servicios Penitenciarios con el apercibimiento de que podría incurrir, de no hacerlo, en la comisión de un delito de desobediencia. Pese a ello, el acusado no acudió al día siguiente como se había comprometido, no haciéndolo hasta el 23 de diciembre en que finalmente se le realizó la programación correspondiente para el cumplimiento de la pena.”

Fallo: “Debo condenar y condeno a L. F., como autor responsable de una falta de desobediencia a la autoridad. Del artículo 634 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de cincuenta días, con cuota diaria de seis euros, con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria legalmente prevista en caso de impago conforme al artículo 53 del Código Penal; así como al abono, conforme al artículo 123 del mismo cuerpo legal, de las costas procesales causadas, que serán las correspondientes a un juicio de faltas.”

Segundo. Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la representación de L. F., que fue admitido en ambos efectos, y transcurrido el periodo de instrucción y alegaciones de conformidad con lo establecido en la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial.

Tercero. Recibidas que fueron las actuaciones se formó el correspondiente rollo, con el oficio misivo por cabeza, registrándose con el número que consta en cabecera, se acusó recibo y se turnaron de ponencia, y de conformidad con lo establecido en el artículo 792.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pasaron las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado

Ponente para examen de las mismas y dictar la oportuna resolución, señalándose Votación y Fallo el 18 de febrero de 2013.

Cuarto. En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos jurídicos

Primero

La apelación que formula el Ministerio Fiscal se sustenta en que los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia son constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena y no de una falta de desobediencia a la Autoridad, tesis que explica con los argumentos que se enumeran. Si así no fuera, los hechos se incardinarían en un delito de desobediencia a la vista de la conducta del acusado y de su voluntad rebelde mantenida a lo largo del tiempo, ya que no hizo caso a los avisos y requerimientos judiciales e hizo acto de presencia cuándo al mismo le pareció oportuno. La Sentencia ha de modificarse y condenar al acusado como autor de un delito de quebrantamiento de condena, o alternativamente por un delito de desobediencia, algo que combate el acusado al impugnar la apelación, ya que los argumentos del Juzgador de instancia han de mantenerse, pues si el acusado no acudió a los llamamientos que se le hicieron fue porque no pudo, sin que sea el caso de buscar una Sentencia ejemplar, sino de juzgar de acuerdo a lo realmente ocurrido.

Cuál la doctrina jurisprudencial ha sentado en relación con el delito de quebrantamiento de condena, ha de concurrir (en el sujeto agente) conciencia y voluntad de quebrantar, sin que se requiera un dolo específico, sino el genérico consistente en la voluntad de burlar o hacer ineficaz la decisión judicial, sustrayéndose al cumplimiento de la pena.

En el presente caso la Sentencia de instancia hace un estudio de la pena impuesta en su momento al acusado (trabajos en beneficio de la comunidad), algo que compartimos, si bien disentimos de la calificación jurídica en la relativo a la conducta del acusado, que entendemos es un delito de quebrantamiento de condena y no una falta de desobediencia. Matizando lo que es del caso, se ha de decir que el acusado fue citado una primera

vez por los Servicios Penitenciarios competentes para programar el plan laboral a realizar por el mismo; esta cita, folio 12, fue ignorada por el señor L. F., lo que fue comunicado por aquellos Servicios al Juzgado de lo Penal de esta ciudad. El delito del que el Ministerio Fiscal acusa al señor L. F. surgió a la vida jurídica y se consumó como tal en el momento en que el ahora acusado (condenado en Sentencia de 19 de septiembre del año 2011) hizo caso omiso de forma consciente y deliberada de la citación que recibió para acudir a los Servicios Penitenciarios para elaborar el Plan de Trabajos a realizar por el mismo, sabedor de que si él no acudía a esa llamada y no colaboraba en la confección de dicho plan, la pena impuesta en su día no podía iniciar su andadura.

Ahí, en ese momento e instante se cometió del delito por el ahora acusado; no tanto por no presentarse en las citadas dependencias tan pronto fue llamado, sino porque su inasistencia impedía la efectividad de lo acordado en su momento, algo de lo que era consciente el señor L. F. Otra cosa es que iniciada la ejecución de la pena por el condenado conforme al plan previamente elaborada, el penado incumpla la misma, algo a lo que da una respuesta el artículo 49 regla sexta del Código Penal que no es incompatible con el delito que nos ocupa, ya que si (en este caso) no se ha elaborado el plan de trabajos a realizar por el acusado, ha sido porque este no acudió a la llamada que se le hizo en su momento, consciente y sabedor de que si no se presentaba en esos Servicios nada se podría hacer en lo tocante a ejecutar la pena que en su momento se le impuso. De ahí su reluctancia a acudir a la cita inicial y a las sucesivas.

En lo que nos ocupa el delito se ha perpetrado en el momento en que el acusado desatendió la cita que se le hizo en tiempo y forma por los Servicios Penitenciarios, por lo que fue requerido judicialmente el día 16 de noviembre para que acudiera ante dichos los mismos, lo que tampoco hizo. En suma y para que quede claro y sirva de referente en lo sucesivo: La ejecución de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad comienza desde el momento en que los Servicios Sociales Penitenciarios citan al condenado para la elaboración del plan de ejecución, por lo que el delito de quebrantamiento de condena surgió a la vida jurídica y se consumó desde el momento en que el señor L. F. hizo caso omiso de la citación que recibió para que acudiera a los Servicios Penitenciarios a tal fin.

Así las cosas se ha de adelantar el acogimiento del recurso de apelación y la condena del acusado por un delito de quebrantamiento de condena, ya que para la ejecución y concreción de la pena impuesta en su día, trabajos en beneficio de la comunidad, era de todo punto inexcusable e imprescindible la colaboración del condenado, tanto en la primera fase de la misma (elaboración del plan a realizar) como en la segunda (cumplimiento efectivo del mismo), sin que haga falta reseñar que si no se pergeña y se bosqueja primero el plan laboral a realizar por el condenado, será de todo punto imposible el que la segunda fase del mismo se concrete y se ejecute. Con cita del artículo 468 del Código Penal, así como de los elementos del delito allí contemplado, algo que se hace en la sentencia de Instancia, es evidente que no se puede dejar en manos del penado el cumplimiento de la condena, por lo que este no puede actuar a su libre arbitrio, algo que ha sucedido en presente caso. Comoquiera que estamos hablando de un derecho publico, de una normativa no disponible, y de que el artículo 118 de la Carta Magna es taxativo en su decir, se está en el caso de reafirmar que si la condena impuesta al acusado en su día no se pudo llevar a cabo fue por su culpa, concretada en su incuria, desidia y desatención consciente y reiterada a las llamadas y citaciones que recibía, impidiendo así que se iniciara la ejecución de la pena impuesta.

Segundo

Dejemos de lado la alegación del acusado de que no acudió a los llamamientos judiciales porque no tenía dinero, algo absurdo si tenemos en cuenta que las distancias en esta ciudad son abarcables. En segundo lugar, el no acudir el acusado a las llamadas que se le hicieron incidió plenamente en que no se pudiera concretar el plan de trabajos a realizar en un momento posterior, algo de lo que el acusado era consciente, ya que si él no colaboraba la condena no podía “echar a andar”, a pesar de lo cual (tercera razón) el acusado dejó pasar el tiempo, desatendió las varias llamadas que se le hicieron y compareció cuándo a él le pareció, consciente de que nada se había podido hacer debido a su conducta obstruccionista y dilatoria, algo que impedía el que la condena impuesta en su momento tuviera efectividad.

Ahí es donde disentimos del Juzgador de Instancia, ya que a tenor de la normativa, de la esencia del delito del artículo 468 del Código Penal

(del quebrantamiento de condena), y de que las penas no pueden dejarse en su ejecución y cumplimiento a la voluntad de los afectados por ellas, entendemos que el hacer del condenado impidió que su condena se cumpliera, por lo que dependiendo de su colaboración la ejecución de la misma, al no prestarla cuando fue citado ante los Servicios Penitenciarios, quebrantó la pena impuesta, sin que sea posible el hablar de una falta, tanto por la gravedad del hecho como por la voluntad obstruccionista del acusado, sin olvidar que de él dependía (y era consciente de ello) el que la pena se llevara a cabo, algo que en un Estado de derecho es de todo punto necesario a fin de que las Sentencias y las resoluciones judiciales se ejecuten y no queden reducidas a meras declaraciones de intenciones, sin orillar lo que de ejemplar y retributivo contienen las penas legalmente impuestas.

Tercero

La pena a imponer al acusado ha de ser la de multa de doce meses con una cuota diaria de seis euros con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a la vista de la conducta del mismo, de su falta de colaboración, de su voluntaria desatención a las citaciones y llamamientos que se le hicieron, de que el día 16 de noviembre del año 2011 dijo en el Juzgado de lo Penal número 1 de esta Ciudad que al día siguiente iba a acudir ante los servicios Sociales penitenciarios, cosa que no hizo hasta el mes de diciembre, por lo que se abrieron diligencias penales en las que el acusado declaró como imputado el día 20 de marzo del pasado año, debiendo recordarse que la Sentencia que le impuso la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es de 19 de septiembre del año 2011.

No se hace imposición expresa de las costas procesales de esta alzada.

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

Fallamos

Se estima el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 10 de diciembre del pasado año dictada por el

Juzgado de lo Penal número 2 de Cáceres en los Autos de Juicio Penal Abreviado número 0256-2012 de que dimana el presente Rollo, y se revoca dicha resolución en el sentido de condenar al acusado L. F. como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del Consejo General del Poder Judicial, practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprimanse las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

124.- SENTENCIA 51/2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO DE FECHA 27/06/13

Quebrantamiento por no comparecer a elaborar el plan de ejecución o por negativa expresa a cumplir.

Antecedentes:

Primero: Por el Juzgado de lo Penal Núm. 1 de Toledo, con fecha 19 de noviembre de dos mil doce, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo fallo dice: “Que debo absolver y absuelvo a

A. de un delito de quebrantamiento de pena, del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas del proceso”

Segundo: Contra la anterior resolución y por el Ministerio Fiscal, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, invocando como motivos de impugnación que constan en su escrito, y en consideración a lo expuesto interesa que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que, acogiendo el recurso, se condene al acusado, como responsable de un delito de quebrantamiento de condena, en los términos interesados por el Ministerio Público; y recurso del que se dio traslado a la otra parte, que en su respectivo escrito manifestó que se confirme en su totalidad la resolución recurrida de contrario con expresa imposición de costas al recurrente; y formalizado el recurso se remitieron los autos a esta Audiencia, donde personadas las partes, se formó el oportuno rollo y nombrado Magistrado-Ponente, quedaron vistos para deliberación y resolución.

Se revocan los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto no se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

Hechos probados

Se declara probado que “el día 6 de agosto de 2008 fue dictada sentencia mediante la cual fue condenado el hoy acusado, A., como autor de un delito contra la seguridad vial, a la pena de veinte días de trabajo en beneficio de la comunidad y a la pena de ocho meses de multa. El día 4 de Junio de 2009 el acusado compareció ante los Servicios Sociales Penitenciarios de la prisión Ocaña I y manifestó que en atención a su situación laboral y personal se niega al cumplimiento de la referida pena, suscribiendo su declaración el acusado con su firma y rúbrica. El acusado es carente de antecedentes penales susceptibles de consideración este proceso a efectos de reincidencia.”

Fundamentos de derecho

Primero

Recorre el Ministerio Fiscal en apelación la sentencia que en fecha diecinueve de noviembre dictó el Juzgado de lo Penal número Uno por la que se absolvía a Armando del delito de quebrantamiento de condena de que venía acusado.

El recurso se basa en un error en la aplicación del derecho, en este caso por falta de aplicación del artículo 468.1, inciso segundo, del Código Penal, puesto que, según refiere en su recurso, a pesar de que el Juez a quo ha dado por probado que el acusado se personó en las dependencias de Servicios Penitenciarios y manifestó su decisión de no cumplir con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ha estimado que tales hechos no constituyen el delito, en lo que el Ministerio público discrepa.

Habida cuenta el motivo de recurso hemos de partir del más escrupuloso respeto a los hechos que el Juez a quo ha declarado probados, y que son los que se recogen en el apartado correspondiente de esta resolución, lo cual nos traslada, como acertadamente hace el Ministerio Fiscal, a una valoración jurídica de los mismos.

La relativamente reciente introducción en nuestro ordenamiento penal de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el carácter con el que la misma se configura, ya que a diferencia de la pena de trabajos forzados tanto en su imposición cuanto en su cumplimiento se precisa la intervención voluntaria del penado, ha supuesto no pocos problemas a la hora de determinar las incidencias que se producen al llevar a efectividad las sentencias que imponen tal pena y casi siempre referidas a la primera fase, aquella en la que es necesario determinar, mediante la elaboración del plan de ejecución, las concretas circunstancias del puesto de trabajo y jornada en que se cumplirá. En este sentido se pueden citar desde discusiones entre los Juzgados de lo Penal y los de Vigilancia Penitenciaria acerca de cual era el momento en donde terminaba la competencia del primero y donde comenzaba la del segundo hasta las consecuencias que pudiera tener la no presentación para la realización de los planes de ejecución y la posibilidad de hacer coactiva o no la presencia del penado para tal fin.

La cuestión que suscita el hecho enjuiciado es un prototipo y que responde a una falta de rigor por parte del legislador a la hora de establecer con claridad, exactitud y detalle todas las circunstancias que se pueden dar en el curso de la ejecución de la pena a que nos estamos refiriendo.

En esencia de lo que se trata es de determinar cuando empieza la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y cuales son las respuestas que el ordenamiento, en este caso el penal, ha de tener ante situaciones provocadas por el propio penado y que llevan consigo, de facto, la no ejecución.

Para ello ha de tenerse en cuenta que, tal y como recuerda en su sentencia 268/2010 de 26 de febrero, para el Tribunal Supremo “la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma”, de modo que si llegamos a situaciones en las que esa función social decae por causas o cauces que el ordenamiento no prevé habremos de concluir que se trata de una conducta prohibida, no amparada por el derecho y por tanto reprochable lo cual, claro está, no significa que ese reproche haya de ser el penal pero desde luego no admite que no exista, que el ordenamiento no reaccione ante situaciones que directamente tratan de obviarlo.-

Segundo

Entiende esta Sala que el Juez a quo ha centrado de modo adecuado la cuestión, y asume también la cita de las resoluciones que en la sentencia se efectúa, pudiendo añadir las sentencias 78 y 118/2009 de 4 y 16 de febrero de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, en donde se examina con rigor toda la problemática que se genera cuando el penado que ha sido condenado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no colabora para su cumplimiento, en los dos casos resueltos por las citadas resoluciones el penado no se había presentado para la realización del plan de ejecución. Todas las que se citan en la sentencia de instancia, la propia recurrida y las dos que acabamos de mencionar parten de la idea común de que no es posible dejar en manos del penado el cumplimiento y ello puede darse tanto en la primera fase, cuando es precisa su colaboración para realizar el plan de ejecución, o en la segunda, cuando ya se le ha asignado un puesto de trabajo.

El primer problema para poder o no incardinar unos hechos que suponen la no ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en el tipo del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal es determinar cuando se inicia el cumplimiento. Si se admite que el cumplimiento se inicia cuando ya se ha elaborado el plan no parece ofrecer duda que la fase preparatoria no tiene una respuesta penal, en realidad no la tiene de ningún tipo porque el ordenamiento administrativo tampoco prevé sanciones para tales supuestos. Sucede, sin embargo, que con ello se está yendo en contra de lo que más arriba señalábamos acerca de la consideración que la jurisprudencia ha dado al cumplimiento de las penas; se estaría permitiendo que la función social de reafirmación de la validez de la norma que sirve de base para la imposición de la pena decaiga y ello por la sola decisión del penado que ve recompensada la omisión de una obligación con la impunidad.

Cree esta Sala que tal idea, sustentada entre otras por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005, es correcta cuando se trata de penas respecto de las que no hay duda de cuando se inicia la ejecución material y efectiva, así las penas de prisión y en general todas salvo, como sucede con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, aquellas que precisan de determinadas actuaciones por parte del propio penado, o de terceros, ya que en tales casos en tanto no se cumple la condición a la que se somete el cumplimiento no podría hablarse de efectiva ejecución. Sin embargo cuando de lo que se trata es de realización de determinados trámites para poder hacer efectivo el que la pena se ejecute no puede desligarse esa fase preparatoria de lo que es cumplimiento, en este orden de ideas, y con referencia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la elaboración del plan de ejecución se inserta sin dificultad en lo que es ejecución por más que el contenido material de la pena, que es la prestación de un servicio no remunerado, aun no haya dado comienzo.

En la sentencia que se recurre el Juez a quo parece aceptar esta idea, dado que el motivo por el que estima que no se ha cometido delito es el que sigue la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante en las dos sentencias que se citan más arriba, y que no es otro que el estimar que en función de lo que el artículo 49.6º del Código Penal establece el legislador no ha querido que la falta de personación para realizar el plan integre el tipo del artículo 468, y estas resoluciones parten de la idea de que

desde un punto de visto ontológico la no comparecencia a la realización del plan de ejecución sí que constituye delito.

Tercero

Así las cosas esta Sala considera que las razones que se esgrimen en la sentencia de instancia, y en las que le sirven de base para resolver, no son convincentes.

Lo primero es que estimamos que es errónea la equiparación que se hace entre la previsión del artículo 49.6 y la no presentación, o como en el caso presente la manifestación expresa de que no se va a cumplir con la pena, puesto que la razón por la que el legislador ha querido que no sea hasta que se producen más de dos faltas de asistencia al puesto de trabajo, o cuando el mismo se desarrolla de un modo incorrecto o irregular, sin la dedicación que sería exigible, cuando quepa sin duda hablar de quebrantamiento no es otro que la de evitar que quien en principio ha mostrado su intención de cumplir no se vea perjudicado porque por parte de quien ha de controlar la forma en que se desarrolla la prestación se tenga una idea particular de si existe o no una encubierta intención de no cumplir; es decir, que lo que se pretende es evitar toda influencia de subjetividad de terceros que pueda afectar al cumplimiento y en cuanto a la no prestación de dos jornadas puede, sin duda, venir justificada por un cambio en las circunstancias del trabajo, o por otras razones que lo expliquen y justifiquen, de modo que sería no solo riguroso sino incluso contrario a la propia naturaleza de la pena el deducir, en estos casos, una intención de no cumplir.

En segundo lugar porque de acuerdo con el artículo 11 se puede cometer un delito de resultado con la omisión de una conducta que es exigible. Si el ordenamiento impone una determinada obligación, y no cabe duda que, una vez aceptada la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el asistir a la entrevista para la realización del plan de ejecución lo es, y si el incumplimiento de la misma lleva al mismo resultado al que conduciría la realización de la acción u omisión que de modo directo ocasiona el resultado prohibido por la norma debemos concluir que aquella omisión inicial, que de modo directo no produce el resultado que integra el tipo delictivo, cumple con las exigencias del concreto delito.

El artículo 11 citado exige, para que podamos hablar de comisión por omisión, que se den dos requisitos; 1º) que exista un deber legal o contractual de actuar y 2º) que el sujeto, con su omisión, haya creado la situación de riesgo para el bien jurídico protegido.

No cabe duda de que en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad existe para el penado una obligación de colaboración, en la que se integra la personación en los Servicios Penitenciarios para la realización, por parte de estos, del plan de ejecución y es un deber de origen legal, de suerte que se da ese primer requisito.

Y también, entiende esta Sala, se da el segundo porque cuando el penado deja de comparecer con ello evita que se elabore el plan y de ese modo el cumplimiento de la pena con lo que, si volvemos al fin que, con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010, ya dijimos tiene el cumplimiento de la pena, que no es otro que el de reafirmar la vigencia de la norma penal en virtud de la cual se dicta la sentencia condenatoria, y teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento de condena, que no es otro que la efectividad de los pronunciamientos de las Autoridades judiciales, el mismo queda afectado, hasta el punto de hacerlo desaparecer por completo, y por vías que el ordenamiento repudia, de ahí la existencia del delito de quebrantamiento de condena, en el caso de no comparecer para elaborar el plan de ejecución, o la negativa expresa a cumplir con la pena impuesta.

Por tanto entendemos que existe el error en la aplicación del derecho porque los hechos que se han declarado probados sí que constituyen el delito por el que el Ministerio Fiscal acusaba.

Cuarto

Los hechos declarados probados constituyen el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468,1, inciso segundo, del Código Penal que se castiga con pena de doce a veinticuatro meses estimando esta Sala que la pena mínima es suficiente respuesta en el caso presente. Por lo que se refiere a la cuota la de seis euros, ante la falta de dato alguno que nos permita fijar un importe superior.

Quinto

Las costas procesales se impondrán al recurrente, por aplicación del artículo 240.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fallo

Que estimando el recurso de apelación que ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Núm. 1 de Toledo con fecha diecinueve de noviembre, en el Procedimiento Abreviado núm. 521/2010, del Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Illescas, del que dimana este rollo, y en su lugar, debemos condenar y condenamos a A., como auto de un delito de quebrantamiento de condena, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de doce meses multa, con una cuota diaria de seis euros, cantidad que se abonará de una sola vez, dentro de los cinco primeros días del mes siguiente al de la fecha de firmeza de esta sentencia, y para el supuesto de concesión, en fase de ejecución, de aplazamiento los plazos no podrán ser superiores a doce, y al pago de las costas de este procedimiento.

125.- SENTENCIA 479/2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE FECHA 29/11/13

Quebrantamiento de condena. Inasistencia injustificada del penado ante el Servicio de Gestión de Penas para la elaboración del plan de ejecución.

Antecedentes de hecho

Se aceptan los de la Sentencia de instancia; y

Primero: En la causa de que este Rollo dimana, por el Juzgado de lo Penal indicado, se dictó Sentencia con fecha 17 de junio de 2013, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo son del tenor literal siguiente:

“Hechos Probados:

Primero. Que el acusado C. mayor de edad y con antecedentes penales por delitos contra la seguridad vial de fechas 30/12/2009 y 6/4/2010, esta última dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander en la que se le impuso la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, pena para la que fue requerido personalmente por el Juzgado el 4 de noviembre de 2010 señalándole que debía de comparecer en el servicio de gestión de penas en el plazo de 15 días a los efectos de elaborar el correspondiente plan de ejecución. Como el acusado no acudiera al citado servicio fue requerido nuevamente a través de exhorto al Juzgado de Paz de Astillero y de forma personal fue emplazado el día 4 de abril de 2011 para que acudiera al citado servicio y a los mismos fines, de semana.

Segundo. Con fecha 1 de abril de 2011 el Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas comunica que el acusado no se ha presentado para elaborar el citado plan de ejecución correspondiente a la ejecutoria 277/2010 del Penal 4, plan de ejecución que no fue notificado al mismo como tampoco el Auto declarando incumplidos los mentados trabajos.

Fallo: Debo absolver y absuelvo a C. del delito de quebrantamiento de condena de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal con declaración de oficio de las costas causadas.”

Segundo: Por el acusado, con la representación y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, admitido a trámite por providencia del Juzgado de 1 de julio de 2013; una vez dado traslado del recurso a las demás partes conforme ordena la Ley, se elevó la causa a esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria, en la que tuvo entrada el día 19 de agosto de 2013, y tras su examen se ha deliberado y Fallado el recurso en los siguientes términos.

Hechos probados

Se aceptan los de la resolución recurrida y

Fundamentos de derecho

Primero

Recorre el Ministerio Fiscal la sentencia del Juzgado de lo Penal número de Santander absolutoria por la acusación de un delito de quebrantamiento de condena. Dice el recurso que los hechos objeto de enjuiciamiento, al incomparecer ante el Servicio de Gestión de Penas para elaborar el plan de cumplimiento son constitutivos del delito objeto de condena, citando resoluciones anteriores de esta Audiencia Provincial.

La sentencia recurrida dice que el acusado C. tenía que cumplir una pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad; que fue requerido personalmente el 4 de noviembre de 2010 dándole quince días para que compareciera en el Servicio de Gestión de Penas y que fue requerido nuevamente y emplazado el 4 de abril de 2011. El 1 de abril de 2011 se declaró incumplido y se dio traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Se absuelve porque se dice que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no le notificó el auto en el que se aprobaba la propuesta del plan de ejecución ni aquel en se declaraba el incumplimiento del plan.

La defensa del imputado ha pedido la desestimación del recurso.

Segundo

De lo que se acaba de exponer en relación con la sentencia de instancia, se aprecia la contradicción sufrida por la misma puesto que en los hechos probados tiene por acreditado que se produjo la notificación al aquí imputado de su obligación de comparecer ante el Servicio de Gestión de Penas para la concreción de la forma en que debía ejecutarse la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y luego en la fundamentación se hace referencia a la ausencia de tal notificación. La prueba documental obrante en las actuaciones despeja cualquier duda sobre la realidad de tal notificación puesto que figura no sólo una sino dos veces notificado y requerido para su cumplimiento y con apercibimiento de las consecuen-

cias de su incomparecencia. En concreto al f. 18 figura la notificación de las Diligencias de Ordenación de 4 de enero y 24 de enero y en ellas se ordenaba la citación personal del penado, fijándole plazo para comparecer en el Servicio correspondiente y el apercibimiento para el caso de incomparecencia sin alegar justa causa que se lo impida. También existe otra Diligencia de notificación y requerimiento (f. 60) en la que consta que el 7 de abril de 2011 se le notifica el auto de 31 de enero de 2011 y expresamente se le requiere para que en el plazo de quince días se persone en el Centro para elaborar el plan de ejecución bajo apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento. Es, por tanto, claro que la notificación se produjo.

Dice la sentencia recurrida que no se le notificó el plan de ejecución pero ello fue debido a que, siendo precisa la presencia del penado para la ejecución de tal plan, el mismo no compareció ante el Servicio de Gestión de Penas pese a lo ya expuesto. También se dice que no le fue notificado el auto declarando incumplidos los mentados trabajos; pero era imposible que se notificase un auto que no consta que se haya dictado, y es que difícilmente se puede dar por incumplido el desarrollo de los trabajos cuando el penado no se presenta ante el Servicio de Gestión de Penas para concretar la forma y tiempo de desarrollarse.

Tercero

Tal conducta constituye el delito objeto de imputación. Razona la sentencia recurrida que existió una irregularidad del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que no veló por la notificación del requerimiento para el cumplimiento de la pena pero nada tenía que notificar o velar por notificar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cuando no consta que el expediente haya llegado al mismo; sobre que no se le notificó el auto que aprobaba el plan de ejecución o el de incumplimiento voluntario, debe reiterarse que no podían dictarse tales autos cuando no había habido una previa presentación del penado ante el Servicio de Gestión de Penas o, como se denominaban en la normativa entonces vigente, los servicios sociales penitenciarios.

Así, si se acude a la normativa vigente en el momento en que suceden los hechos, Real Decreto 515/2005 (luego sustituido por el Real Decreto

840/2011), recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena (artículo 3) y sólo debían comunicarse al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria las incidencias durante el cumplimiento (artículo 8.1). Ahora bien, ello exigía la presentación del penado para la elaboración del plan de cumplimiento y ello en los términos fijados en el artículo 5 del Real Decreto: “Entrevista y selección de trabajo. 1. Los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se informará al penado de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo; así mismo, se escuchará la propuesta que el penado realice. 2. Tras la entrevista los servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación o rectificación. 3. Al citar los servicios sociales penitenciarios al penado para la comparecencia del apartado primero le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano sentenciador”.

Por último, no se comparte la doctrina contenida en la sentencia de instancia según la cual la pena sólo podría quebrantarse una vez ha comenzado su cumplimiento efectivo. Ya se expresa lo señalado por esta Audiencia Provincial (por ejemplo, en la sentencia de la Sección Tercera de 10 de junio de 2013, citada en el recurso), al decir que no hay otra opción, dado que no se puede obligar por la fuerza al penado a cumplir una pena consistente en una obligación de hacer, que deducir testimonio de particulares por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena. Y es que, como aquí sucede, una vez remitido lo actuado para la presencia del penado ante el Servicio de Gestión de Penas -o servicios sociales penitenciarios-, la no presencia de este ante dicho Servicio imposibilita la ejecución de la pena. Y es que en esa primera fase de ejecución, la de concreción de un plan de ejecución, es imprescindible la colabora-

ción del penado a tal fin. De manera que la inasistencia injustificada ante dichos servicios da lugar al delito de quebrantamiento de condena.

Lo expuesto lleva a la estimación del recurso y a la condena del imputado como autor de un delito de quebrantamiento de condena. En cuanto a la pena que debe ser impuesta, se considera que ha de serlo en el mínimo legal al no encontrar motivos para una penalidad superior y, en ausencia de determinación de capacidad económica concreta, con cuota diaria de cuatro euros y con imposición de las costas de la instancia.

Cuarto

Estimado el recurso, se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

Fallamos

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Santander a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la misma, que se deja sin efecto y, en su lugar, se condena a C. como autor de un delito del artículo 468.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de multa de doce meses con cuota diaria de cuatro euros -con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago en los términos del artículo 53 del Código Penal- así como al pago de las costas de la instancia. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

126.- SENTENCIA 43/2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA DE FECHA 17/05/13

La ejecución se inicia cuando se notifica el plan de cumplimiento, a partir de este momento, la ausencia injustificada, supondrá un verdadero quebrantamiento de condena.

Antecedentes de hecho

Primero. En fecha de 15 de febrero del 2012, por el Juzgado de Instrucción 2 de esta ciudad, se acordó la incoación de diligencias previas en virtud de remisión de testimonio efectuado por el Juzgado de lo Penal de Soria, ante un eventual delito de quebrantamiento de condena, procediéndose a la práctica de diligencias de prueba.

Segundo. En fecha de 7 de junio del 2012, se dictó auto en el Juzgado de Instrucción 2, en el que se acordaba la conclusión de la fase de instrucción y la transformación de las diligencias en procedimiento abreviado. Calificándose los hechos por las partes, y siendo remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal de Soria, dictándose resolución por el órgano judicial en fecha de 7 de noviembre del 2012, citando a las partes para la celebración del acto de juicio para el 17 de diciembre del 2012. Convocando a las partes y testigos.

Tercero. En fecha de 17 de diciembre del 2012, se celebró el acto de la vista quedando los autos vistos para resolución. En fecha de 9 de enero del 2013, se dictó sentencia en el Juzgado de lo Penal de Soria, en cuya parte dispositiva se contenía el siguiente fallo: “Que debo condenar y condeno a D. A., como autor de un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal, a la pena de 12 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, o en caso de impago, a la pena sustitutoria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que resulten impagadas, y al pago de las costas causadas en el presente procedimiento”.

Cuarto. En el relato de hechos probados de dicha sentencia figuraba el siguiente texto: “Se declara probado que A., condenado en sentencia de fecha de 14 de octubre del 2010, dictada por el Juzgado del Burgo de Osma, por un delito contra la seguridad vial, a la pena de multa y 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad. Dicha sentencia fue revisada por el Juzgado de lo Penal por auto de fecha de 23 de diciembre del 2010, dejando extinguida la pena de multa, y acordando el cumplimiento de la pena de 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad. El día 12 de diciembre del 2011, el Juzgado de Instrucción de Salas de los Infantes, requirió personalmente a A. para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo presentarse en el servicio de gestión y penas alternativas del Centro Penitenciario de Burgos en el plazo de diez días desde el requerimiento, algo que A. no llevó a cabo sin alegar causa que lo justificara y con plena intención de conculcar la decisión judicial. A., es mayor de edad penal, y tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia”.

Quinto. Contra dicha decisión se interpuso recurso de Apelación por la parte condenada, siendo dada vista al Ministerio Fiscal que se opuso a ello, remitiéndose las actuaciones a esta Sala, que dictó resolución en fecha de 16 de mayo, en la que se acordaba ese día para deliberación, votación y fallo, y con designación de Magistrado Ponente. Quedando, desde entonces, pendiente de resolución. Habiéndose observado, en la tramitación de este recurso, las prescripciones legales oportunas.

Hechos Probados

No se acepta la declaración de hechos probados que debe quedar sustituida del modo que sigue: Se declara probado que A., fue condenado en sentencia de fecha de 14 de octubre del 2010, dictada por el Juzgado del Burgo de Osma, por un delito contra la seguridad vial, a la pena de multa y 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad. Dicha sentencia fue revisada por el Juzgado de lo Penal, en auto de fecha de 23 de diciembre del 2010, en ejecutoria 342/2010, seguida en dicho órgano judicial, acordando la extinción de la pena de multa impuesta, debiendo cumplir el con-

denado, D. A., exclusivamente con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Dado que el domicilio del citado estaba en el partido judicial de Salas de los Infantes, el citado Juzgado de Instrucción de dicha localidad, requirió personalmente a D. A. para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo presentarse en el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del Centro Penitenciario de Burgos, para su cumplimiento. No habiéndose presentado inicialmente cuando fue convocado para ello, por dicho Servicio, por distintas circunstancias personales. Pero haciéndolo posteriormente en fecha de 7 de mayo del 2012, comprometiéndose a realizar la actividad de prestación de trabajos en beneficio de la comunidad, los siguientes días: En el día 11 de mayo del 2012, el día 18 de mayo del 2012, el día 25 de mayo del 2012, y el día 1 de junio del 2012, en horario de 9 a 14 horas. Con una fase formativa de 20 horas, y una fase de actividad de utilidad pública, de 20 actividades. Debiendo presentarse en el foro solidario de Caja de Burgos, en calle Manuel de la Cuesta, 3, de esa localidad.

Cumpliendo íntegramente el plan de ejecución convenido, y cumpliendo definitivamente la condena de trabajos en beneficio de la comunidad al que había sido condenado D. A., en fecha de 1 de junio del 2012.

El acusado carece de antecedentes penales computables a efectos de reincidencia.

Fundamentos de Derecho

Primero

Para el análisis de la cuestión objeto de debate vamos a valorar en primer lugar, si concurriría responsabilidad penal en el imputado, de seguir literalmente el contenido del relato de hechos probados que figura en la sentencia de Instancia.

En dicho relato se indica que requerido el imputado para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no lo cumplió. Entendiendo que solo había sido citado una primera vez, y no acudió, puesto que no consta que hubiera sido requerido en más de una ocasión. Ni que hubiera sido citado en más de una ocasión para personar-

se en el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, órgano encargado de su cumplimiento. O al menos, no consta en el relato de hechos probados. Como de idéntico modo tampoco consta que hubiera sido aprobado, con consentimiento del imputado, el plan de ejecución de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

En este sentido, y aún basándonos en el relato de hechos probados de la sentencia de Instancia, el recurso de Apelación habría de ser estimado, y procedente la absolución del imputado.

Tal como se establece en una corriente doctrinal extensa, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 11 de octubre del 2012, es preciso valorar las peculiaridades legales que rodean a la específica pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Y así, en primer lugar, hemos de entender que dicha pena requiere para poder ser impuesta, el consentimiento del penado (artículo 49 del Código Penal). El acusado ha de consentir en someterse a los trabajos que se le impongan, pues de otra forma esa pena no se puede imponer. La necesidad de colaboración del reo se confirma con su intervención voluntaria en la elaboración del plan de cumplimiento de su condena, que precisa la asignación de un trabajo determinado.

Firma la sentencia, para poder aplicar la pena entran en juego una serie de instituciones diversas que han de coordinarse para llevarla a efecto, porque la atribución de un trabajo concreto y la fijación del modo de satisfacerlo, precisa de acuerdos con empresas públicas o privadas, que accedan a recibir trabajadores en cumplimiento de esa pena. Y la determinación de esas circunstancias, es decir, la fijación del plan de cumplimiento, ha de hacerlo los servicios sociales de Instituciones Penitenciarias que habrán de comunicar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el plan efectivo para que se ocupe de la vigilancia de su adecuado cumplimiento, recabando informes de las entidades, empresas u organismos en que se desempeña materialmente el trabajo asignado.

Es necesario tener en cuenta esa especialidad para pronunciarse acerca de cuándo se puede calificar la actitud del penado como incumplidora de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y constituya su conducta un delito de quebrantamiento. Cabría distinguir dos fases en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, una inicial, o preliminar, orientada a establecer el plan de cumplimiento de la misma, y

otra, segunda o definitiva, en la que se procede a realizar materialmente el trabajo asignado, que sería la que podría denominarse propiamente de cumplimiento efectivo de la pena.

Si atendemos a la normativa reguladora del cumplimiento de la pena de trabajos, se muestra muy restrictiva para que el cumplimiento irregular el trabajo desemboque en un verdadero quebrantamiento. Aún encontrándonos en la fase de ejecución material del trabajo, el legislador se muestra proclive a la búsqueda de fórmulas alternativas de cumplimiento, cuando el penado incurra en anomalías en la prestación de funciones encomendadas, incluso cuando se produzca un abandono del trabajo durante dos jornadas, orientando al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que detecta estas irregularidades, a que trate de solventarlas con fórmulas de trabajo alternativo y como última posibilidad que se considere quebrantada la condena. Es decir, que el mismo legislador trata de evitar que se considere quebrantada la pena, aunque se abandone el trabajo, cuando se está en plena de ejecución efectiva de la pena.

Teniendo presente lo que se ha expuesto, es lo cierto que en el presente supuesto el plan de ejecución, tal como se derivaría del relato de hechos probados de la sentencia de Instancia, no habría sido propuesto, ni elevado a la autoridad judicial a los efectos oportunos. Por lo que la falta de comparecencia del penado, a la cita concertada por los Servicios Sociales, no podría ser considerada como delito de quebrantamiento de condena, no siendo típica su conducta -siguiendo el hilo literal del relato de hechos probados de la sentencia de Instancia-, al faltar, para poder integrar los mismos el expresado delito, el elemento objetivo del tipo, esto es, que se hubiera dado inicio al cumplimiento de la pena que se dice incumplida.

Puesto que si no existió plan de ejecución aprobado, y consentido por el penado, no podemos hablar de “inicio de cumplimiento de la pena”, a estos efectos.

Considerando, al hilo de numerosa doctrina, entre ellas Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de marzo del 2012, de Jaén de 5 de febrero del 2012, de Barcelona, de 13 de septiembre del 2012, de Asturias, de 14 de mayo del 2012 y de Málaga, entre otras, de 6 de junio del 2012, que “la ejecución de la pena en cuestión se inicia cuando se notifica el plan de cumplimiento elaborado con el consentimiento del penado,

y a partir de ese momento, la ausencia injustificada del penado al trabajo supondrá un verdadero quebranto de la condena impuesta”.

Evidentemente, si no consta aprobado el plan de ejecución, lógicamente, no se ha dado comienzo a su cumplimiento. Y por tanto, no podrá haber lugar al delito objeto de condena. No figurando en hechos probados de la sentencia recurrida, que hubiera sido aprobado plan de ejecución alguno. Ni que se hubiera dado comienzo al cumplimiento de la pena. Por una razón obvia, no había sido aprobado el plan de ejecución.

Por lo que siguiendo el relato de hechos probados de la propia sentencia de Instancia, necesariamente la resolución habría de ser revocada, y el recurrente debería ser absuelto.

Segundo

Pero es que, además, en el caso de autos la condena ha sido plenamente ejecutada. Y dicha acreditación no se deriva de las manifestaciones del propio penado, sino que aparece claramente documentada en autos, a través de sendas certificaciones emitidas por el Servicio de Penas y Medidas Alternativas del Centro Penitenciario de Burgos. Y que han sido completamente obviadas por la Juez a quo.

En fecha de 7 de mayo del 2012, tuvo lugar la entrevista con el penado, y se confeccionó el correspondiente plan de ejecución de la condena, con su consentimiento, y aprobado por la autoridad correspondiente Plan de ejecución que ha sido escrupulosamente cumplido por el recurrente. Habiendo finalizado la ejecución de los 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad, con total satisfacción, y sin ningún tipo de incidencia, en fecha de 1 de junio del 2012.

Si por los organismos competentes para confeccionar el plan de ejecución, y vigilar el cumplimiento de la medida, han entendido que no ha existido quebrantamiento, entre otras cosas, porque se citó y se confeccionó el plan de ejecución de los 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y se entendió que la pena había sido ejecutada, no se acaba de entender porqué razón sí se considera la existencia de dicho quebrantamiento por la Juez a quo.

Habiéndose cumplido la pena incluso antes del escrito de calificación del Ministerio Fiscal. Y mucho antes, lógicamente, de la celebración del correspondiente acto de juicio. Habiéndose acreditado perfectamente dicho cumplimiento.

Si conforme el número 6 del artículo 49 del Código Penal, “una vez valorado el informe, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar la ejecución de la condena en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro, o entender que ha incumplido la pena”. Ninguna de estas medidas ha sido adoptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, puesto que el origen de estas actuaciones está en un testimonio remitido por el propio Juzgado de lo Penal, ante la incomparecencia del penado a la cita programada inicialmente por los Servicios Sociales, en orden a concertar una entrevista con el recurrente, a los efectos de confeccionar un plan de ejecución de la pena. Y si ninguna de estas medidas ha sido adoptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es porque entendía que no eran procedentes. Dado que el penado, como así ha quedado demostrado, ha cumplido la pena impuesta.

En definitiva, no se entiende que se incluya en hechos probados que “el penado tenía plena conciencia de conculcar la decisión judicial dimanante de la resolución de condena de 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad”, cuando ha cumplido perfectamente con dicha condena. Y así quedó demostrado en el acto de juicio.

No habiendo comparecido a la primera citación, como se indicó por el recurrente, porque desconocía el idioma español, y porque sus circunstancias personales no eran buenas. Dado que vivía en la calle en dichos momentos. Por lo cual, no se constata la existencia de una voluntad intencionada del mismo, en orden a no cumplir con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta.

De ahí, que por esta Sala haya procedido a la rectificación del relato de hechos probados. Incluyendo el plan de ejecución de la pena, y su cumplimiento efectivo, circunstancias ambas, perfectamente acreditadas documentalmente en autos. Del mismo modo se ha excluido cualquier referencia a una intención del recurrente de no cumplir con la pena impuesta. Entre otras cosas, porque la había cumplido, incluso con anterioridad al escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

Por estas razones el recurso de Apelación también habría de ser estimado. Revocándose en su integridad la resolución impugnada.

Tercero

Conforme el artículo 240.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas de ambas instancias habrán de ser declaradas de oficio, al ser absuelto el imputado del delito objeto de acusación.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Sra. A. R., en nombre y representación de D. A., frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Soria, de 9 de enero del 2013, en autos de procedimiento abreviado número 559/2012, seguidos en dicho órgano judicial, y derivado de diligencias previas número 47/2012, instruidas por el Juzgado de Instrucción 2 de los de esta ciudad, y en su consecuencia, y con revocación íntegra de la sentencia recurrida, debemos absolver y absolvemos a D. A., del delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el artículo 468.1 del Código Penal, por el que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas de ambas instancias.

CAPÍTULO 16

TRASLADOS

127.- SENTENCIA DE TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DE FECHA 29/05/12

Conflicto de Jurisdicción entre el Juzgado Vigilancia Penitenciaria y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. El traslado de interno de centro es competencia de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Antecedentes de hecho

Por resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 23 de noviembre de 2010 se acordó trasladar, “por razones de seguridad y buen orden”, al interno P. del Centro Penitenciario de Pamplona, donde se hallaba cumpliendo condena, al de Teixeiro -La Coruña. El interno trasladado recurrió en queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el cual recabó informe del Centro Penitenciario de Pamplona con fecha 18 de enero de 2011. Por escrito de 19 de enero de 2011 (registrado de entrada en el Juzgado el 21 de enero siguiente), el Centro Penitenciario, tras invocar la potestad autoorganizativa y la competencia de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para decidir acerca del destino del interno, reseña que el cambio acordado lo fue “por motivos de seguridad, tanto de los propios internos albergados en el Centro” como “del Centro en sí y de los trabajadores”; añade como motivación más específica que la decisión se tomó después de una investigación interna realizada en el Centro Penitenciario por personal adscrito a la Oficina de Seguridad en coordinación con funcionarios de servicio interior; la investigación -dice-, que “se originó por el aumento considerable de peleas, incidentes, solicitud de protección por parte de internos, incautación de numerosos objetos prohibidos, aumento de sustancias estupefa-

cientes en el interior del Centro, declaraciones de internos confidentes...”, se había iniciado a principios del mes de agosto de 2010 y se dio por concluida a finales de noviembre siguiente.

La investigación, a la vista de sus conclusiones, desembocó en la decisión de cambiar de Centro a varios internos, entre los cuales se encontraba Patricio. El informe termina expresando (“siempre con las cautelas que tales aseveraciones conllevan”) que la decisión se puede calificar “como necesaria en su momento y acertada, si nos atenemos a la reducción de incidentes en el Centro Penitenciario, los cuales han vuelto a unos parámetros que se pueden considerar como normales para el perfil de población albergada en este Centro Penitenciario”.

El Fiscal interesa que se desestime la queja y se mantenga el traslado. Considera que la competencia para decidir el traslado de los internos es exclusiva de la Administración Penitenciaria, como ha ratificado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sin perjuicio de que, si existe abuso o desviación de poder por parte de la Administración, pueda el Juez de Vigilancia Penitenciaria entrar a conocer. En todo caso, el interno siempre tiene abierta la vía contenciosa para recurrir la resolución dictada.

Por Auto de 28 de marzo de 2011 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria estima el recurso del interno P., revocando y dejando sin efecto la resolución de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias de 23 de noviembre de 2010 por la que se le asignaba al Centro Penitenciario de Teixeira. El Juez reconoce que, desde luego, la seguridad y buen orden de un establecimiento son principios que pueden basar una decisión como la adoptada, pero dichos principios son solo meros enunciados que no sirven por sí mismos para justificar la resolución “si no se concretan datos específicos y determinados y, además, por supuesto, en directa relación con el interno afectado” y que puedan ser conocidos y discutidos por éste. La generalidad de la motivación que consta en la resolución impugnada no ha sido remediada, dice el Auto, por las justificaciones contenidas en el informe complementario, de manera que el Juez entiende que la resolución de traslado no está debidamente motivada, siendo así que afecta a derechos fundamentales del interno.

Por escrito de 5 de abril de 2011, el Fiscal interpone recurso de apelación contra el Auto de 28 de marzo anterior. Considera que el Juzgado asume una competencia que es exclusiva de la Administración

Penitenciaria, sin que exista afectación de derechos fundamentales o beneficios penitenciarios; el Juez alude únicamente a falta de motivación, que no puede apreciarse dado que en la resolución se invocan claramente “razones de seguridad y buen orden”; en este caso el interno, además de ser penado, está en situación de preventivo, por lo que basta con la notificación del traslado al Juez del que depende.

Por Auto de 6 de junio de 2011 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra se desestima el recurso de apelación interpuesto. Afirma la Audiencia que el artículo 31 del Reglamento Penitenciario atribuye, con carácter exclusivo, a la Administración Penitenciaria la competencia en materia de traslado de internos remitiéndose a otras resoluciones de la propia Audiencia en las que, con cita de Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, se expresa que “en términos de principio la Ley Orgánica General Penitenciaria encomienda a la Administración penitenciaria la competencia en materia de traslados, porque el destino de los internos se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo, pues si a la Administración penitenciaria corresponde organizar las instituciones, organizar la total actividad penitenciaria, lógicamente debe serle reconocida, como función propia, la distribución de los penados entre aquéllas”. Evoca las Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1986, de 7 de noviembre, y 129/1995, de 1 de septiembre, a cuyo tenor la incompetencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para conocer de las resoluciones que afectan al traslado de los internos de un establecimiento a otro no impide al interno instar en vía contencioso administrativa ordinaria la revisión de la legalidad del acto administrativo acordando el traslado, sin perjuicio de las atribuciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para salvaguardar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del interno afectado, lo que exige la motivación del acuerdo de traslado al interno: de faltar tal motivación, el acuerdo carece de validez al impedir el control por el Juez de Vigilancia Penitenciaria respecto de quejas o peticiones en cuanto afecten a los indicados derechos y beneficios.

Por escrito de 4 de julio de 2011 el Abogado del Estado, en representación de la Delegada del Gobierno en Navarra, se dirige al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria requiriendo su inhibición sobre la ejecución del Auto de 28 de marzo, confirmado por el Auto de la Audiencia Provincial de 6 de Junio, ambos de 2011. El requerimiento se funda en que la com-

petencia para acordar destinos y traslados es exclusivamente administrativa y los actos dictados en su ejercicio son actos administrativos y como tales revisables en vía administrativa y, en su caso, en vía contencioso administrativa. La resolución cuestionada no infringe ni desconoce el ordenamiento jurídico y fue adoptada de forma motivada tras la oportuna investigación interna. El Fiscal, en el trámite conferido, considera que debe accederse a la inhabilitación planteada.

El 18 de julio de 2011 tiene entrada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pamplona un escrito de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, correspondiendo al de dicho Juzgado de 1 de julio de 2011 por el que insta la ejecución del Auto firme de dicho Juzgado de 28 de marzo de 2011, confirmado en apelación por Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 6 de junio de 2011. En el mencionado escrito de 18 de julio de la Subdirección General se dice: a) que el interno Patricio se encontraba en situación de prisión preventiva por una causa en la que ha sido penado, clasificado inicialmente en segundo grado de tratamiento y destinado al Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, para cumplir condena, por resolución de fecha 29 de junio de 2011; b) esta resolución ha sido notificada al interno, quien ha manifestado su conformidad con el Centro Penitenciario al que ha sido destinado, como consta en instancia suscrita por el mismo y que se adjunta; c) en estos momentos el traslado del interno del Centro Penitenciario de Teixeira al de Nanclares de la Oca ha sido autorizado y se encuentra pendiente de ejecución.

Por Auto de 8 de agosto de 2011 el Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pamplona acuerda mantener su jurisdicción, “de manera que así queda planteado el Conflicto de Jurisdicción”. Dicho Auto rechaza el requerimiento de inhabilitación, con reiteración -dice- de lo expuesto en los Autos precedentes que decidieron una y otra vez la pretensión de fondo.

A tales efectos, repite que, siendo conocidos la consideración y criterios generales expuestos en varias de sus resoluciones por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, según los que la materia de determinación del destino de los reclusos corresponde a Instituciones Penitenciarias, “ello no obstante, en casos como el presente, el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia y debe resolver la impugnación del interno penado,

dado que la decisión administrativa se adoptó con infracción de derechos fundamentales, lo que exige su intervención en virtud de lo dispuesto en el artículo 76.1 y 2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. El Auto, como razonamiento adicional respecto de los ya expuestos, invoca distintas Sentencias del Tribunal Constitucional a fin de subrayar la vigorosa concepción del Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus atribuciones de garantía en lo atinente a la privación de libertad, al cumplimiento de la pena y a la tutela de los derechos de los internos, invocación que enlaza argumentalmente con la tesis sostenida respecto de su competencia en el caso considerado. El Auto, finalmente, expresa que en nada afecta al conflicto -ni al expediente- la comunicación recibida respecto de la posterior nueva condena del interno y resolución administrativa consiguiente que decide su traslado a otro Centro Penitenciario.

Remitidas las actuaciones al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, éste dirigió un escrito con fecha de 30 de enero de 2012 al Ministerio del Interior relativo a la resolución de traslado del interno P. acordada en fecha 23 de noviembre de 2010. El Director de Seguridad Interior y Gestión Penitenciaria informa el 6 de febrero de 2012: que el Centro Penitenciario de Pamplona solicitó el 16 de noviembre de 2010 el traslado urgente de seis internos “que formarían parte de un grupo de presión y extorsión al resto de internos y que estarían organizando un motín con secuestro de funcionarios e incluso del Juez de Vigilancia Penitenciaria durante su próxima visita al Centro”; se adjunta la documentación de investigaciones y actuaciones practicadas y en la que, por parte de otros internos, se hace referencia a la posible implicación de P.; ante esta situación, la Dirección del Centro adopta de forma inmediata las medidas de seguridad oportunas acordándose ese mismo día el traslado de seis internos propuestos, entre los que no se encontraba P.; desde el Centro se continuó recabando información sobre el resto de integrantes del grupo pudiéndose verificar que se dedican a la introducción y tráfico de estupefacientes y objetos prohibidos aprovechando en gran medida la estructura del Centro Penitenciario; “en fecha 22 de noviembre se propone el traslado de cuatro internos (se adjunta informe), entre los que figura Patricio, al haberse comprobado que, siendo un perfecto conocedor del Centro y de su funcionamiento interno, estaría facilitando todo tipo de información y asesoramiento sobre la mejor forma de menoscabar la seguridad y el buen orden regimental”. En fecha 23 de noviembre de 2010 se acuerda el tras-

lado de los cuatro internos referidos, por motivos de seguridad, siendo asignado Patricio al Centro Penitenciario de Teixeira. Se adjunta la documentación que refleja la información reservada practicada y que fue soporte de las decisiones tomadas.

Incorporada la documentación recibida al rollo de su razón, se dio vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la Administración, a través de la Abogacía del Estado, por plazo común de diez días a los efectos previstos en el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción.

El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, mantiene la procedencia de declarar la competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria en relación con el traslado del penado y la incompetencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Navarra sobre la cuestión, fundándose en las alegaciones que expone y que son reiteración de las ya deducidas en fases anteriores del procedimiento.

El Fiscal, evocando sus informes precedentes, afirma que el conflicto se suscita respecto de una actuación de la Administración practicada dentro de su competencia exclusiva y que está adecuadamente motivada y documentada, al existir una propuesta inicial de la Junta de Tratamiento del Centro de Pamplona donde las “razones de seguridad y buen orden” se encuentran avaladas por una previa investigación interna realizada por el propio Centro y que se refiere, no solo a un único incidente en el mes de noviembre, sino que existen también informaciones relativas a incidentes anteriores y que están debidamente documentadas y razonadas. Como consecuencia, el Fiscal entiende que “debe declararse haber lugar a la inhibición requerida por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Delegación del Gobierno de Navarra, debiendo requerirse al Juzgado de Vigilancia Penitencia nº 1 de Pamplona para que suspenda la ejecución del Auto de 28 de marzo de 2011 y respete el marco de competencias exclusivas de la Administración penitenciaria”.

Fundamentos de derecho

Primero. Una ponderada consideración del contenido y alcance del conflicto planteado ha de partir de la coincidencia de pareceres (de la Administración penitenciaria, del Juzgado, de la Audiencia, del Fiscal, de

la Abogacía del Estado) sobre la primaria y exclusiva competencia de la Administración Penitenciaria para decidir el destino inicial y el traslado de Centro de los internos. Tales pareceres, apoyados en reiterados pronunciamientos jurisdiccionales, incluidos los de este Tribunal y hasta del Tribunal Constitucional, expresan el reconocimiento común de la competencia -y de la responsabilidad- de dicha Administración para dirigir las instituciones penitenciarias, organizar en ellas las actividades y vida regimetal, adoptar las prevenciones necesarias, asegurar su función privativa de libertad, mantener la convivencia disciplinada y guardar el buen orden, así como preservar los derechos de los internos. A tal fin le están conferidas las atribuciones precisas, y, entre ellas, la de distribuir la población reclusa entre los distintos establecimientos penitenciarios.

Es claro que en el ejercicio de las indicadas competencias rige el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad y que en este, como en los demás ámbitos, los actos administrativos son susceptibles de control jurisdiccional, como coinciden también en afirmar los órganos administrativos y judiciales que han intervenido en las actuaciones al referirse al control de los actos administrativos por remisión a la susceptibilidad de su revisión por la jurisdicción contencioso administrativa.

No menos común es el reconocimiento de que una singular jurisdicción, la de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, proyecta severas y estrictas garantías en casos y circunstancias legalmente configurados y siempre para salvaguardar -como atribución (y obligación) propia (y preferente)- los derechos fundamentales y los beneficios penitenciarios que el sistema confiere a los internos sujetos al régimen penitenciario.

En síntesis, pues:

a) la Administración Penitenciaria es la competente para resolver sobre el destino -inicial o por traslado- de los internos, sin perjuicio del control jurisdiccional ordinario a que están sometidos los actos administrativos;

b) el Juez de Vigilancia Penitenciaria no puede interferir el ejercicio de aquella competencia, pero sí puede anteponer a ella su jurisdicción para salvaguardar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del interno afectado.

Segundo. A la vista del precedente fundamento de Derecho, cabe concluir, con propósito de fijar los términos del conflicto ahora considerado, que:

a) la Administración ha acordado el traslado del interno P., que cumplía condena a la vez que se hallaba en prisión preventiva en el Centro Penitenciario de Pamplona, al de Teixeiro-La Coruña; el traslado se acordó, según los términos explícitos de la resolución dictada, “por razones de seguridad y buen orden”;

b) el Juez de Vigilancia Penitenciaria entendió que la invocación de tales razones -aún completadas con las justificaciones contenidas en el informe complementario- no motiva debidamente la decisión tomada, de modo que el derecho fundamental del interno quedó lesionado, pues ni él pudo articular fundadamente su defensa ni el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria pudo ejercerse eficazmente: tan somera e insuficiente motivación no permitía, pues, preservar un derecho fundamental del interno trasladado;

c) la Audiencia Provincial confirmó, en apelación, el criterio del Juez y, por tanto, el Auto que dejó sin efecto el traslado, siendo contrarias la posición del Fiscal (apelante) y la de la Administración Penitenciaria autora del acto, los cuales subrayaron una vez más el carácter exclusivo de la competencia de la Administración penitenciaria y la idoneidad y suficiencia de las razones de seguridad y buen orden argüidas como motivación del traslado.

Tercero. La secuencia argumental conduce derechamente a fijar los términos del conflicto de modo, a la par, conciso y expresivo: se trata de dirimir si la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 23 de noviembre de 2010 motivaba suficientemente -en sí misma y en su contexto- el traslado o estaba insuficientemente motivada o si, en puridad, carecía de motivación adecuada al limitarse a una enunciación de principios genéricos, no discutibles en cuanto tales, pero sin prestar cobertura específica al acuerdo de trasladar de Centro al interno afectado.

Cuarto. Centrado así el conflicto, no es aventurado indicar -aunque solo sea a efectos ilustrativos- que la posición de las partes no parece, como quizá hubiera podido esperarse, ser subsiguiente al propósito (fallido) de evitar el conflicto pues un propósito inicial así orientado hubiera debido traducirse en intercambiar informes más cuidados y expresivos. La resolución de 23 de noviembre de 2010 puede que fuera en exceso genérica, en su motivación, pero no parece esa una justificación sólida para negar la competencia de la Administración responsable ante la urgencia de indicios y sospechas -aunque no fueran pruebas acabadas- de que se preparaba alguna alteración seria del orden.

El Juzgado, tras solicitar y obtener una información complementaria, pudo recabar más antecedentes, máxime si, de modo sensible, se consideran las características y circunstancias en las que se desenvuelve la vida en los establecimientos penitenciarios (en la documentación después conocida se habla del riesgo de “motin” y de “secuestro”) que no se compadecen con reticencias y reservas en la actuación de unos y otros. A su vez, y dadas las circunstancias señaladas, tampoco se alcanza a comprender que la Administración penitenciaria no pusiera a disposición del Juez cuanta información obrara en su poder y, particularmente, la que documentara la investigación reservada incoada a la vista de indicios y sospechas que, según sostiene la propia Administración Penitenciaria, se revelaron como razonablemente fundados, aunque no permitieran establecer “certezas”, ni aun ex post, como para constituir -ni por tanto esperar- una motivación completa e incontestable.

El dato de que toda la información e investigación documental haya sido incorporada a las actuaciones, a requerimiento reiterado de este Tribunal de Conflictos, respalda el sentido de las reflexiones que se vienen haciendo: todo lo que consta hoy en las actuaciones pudo estar a disposición de las partes en trance de evitar el conflicto.

Quinto. Todo lo que hoy obra en autos pudo, pues, ser conocido antes de formalizar el conflicto: por un lado, como fundamento del requerimiento de inhibición; por otro lado, como disponibilidad por el Juzgado de los datos necesarios para poder, con seriedad -y teniendo presentes la naturaleza y circunstancias de la situación en la que la resolución administrativa se produjo- acceder a la inhibición o mantener la jurisdicción.

Este Tribunal de Conflictos obligó a que se completaran las actuaciones como debieron estarlo desde el principio.

Con independencia de todo ello, además, algo ha acontecido después en el periodo en el que se sustanciaron las actuaciones conducentes a la formalización del conflicto. P.se hallaba en el Centro Penitenciario de Pamplona cuando se decidió su traslado (luego anulado por resolución jurisdiccional que el planteamiento del conflicto suspendió) en la situación de penado, es decir cumpliendo penas impuestas, y en la situación de preventivo, por hechos que dieron lugar a una ulterior condena. Tras ésta y hallándose el interno en la situación indicada, se acordó el cumplimiento de la pena en el Centro de Nanclares de la Oca, estando pendiente el traslado consentido por el interno que, en forma manuscrita y en términos harto expresivos, ha solicitado que se resuelva, cuanto antes, su traslado definitivo a Nanclares.

Es cierto que este último hecho reseñado no tiene por qué interferir la decisión en derecho del conflicto de jurisdicción. Pero tampoco deja de ser cierto que la puesta en acción de la competencia administrativa y de la función jurisdiccional hoy en conflicto no puede dejar de valorar y propiciar el cauce más directo y sencillo para concluir el expediente.

Sexto. Y, habiendo llegado hasta aquí en su argumentación, este Tribunal debe abordar ya, en el marco de cuanto ha quedado expuesto y con las enseñanzas de diversa índole que de ello pueden extraerse, el conflicto en los términos en los que se le ha planteado. Advierte, sin embargo, que no puede este Tribunal dar la espalda a las singularidades del caso y a la falta de rigor y claridad en las relaciones entre la Administración Penitenciaria y el Juzgado de Vigilancia.

En su virtud, ninguna duda ha de caber al sentar las siguientes afirmaciones:

- 1º. La competencia para resolver sobre el traslado de un interno corresponde, en los términos indicados y con las garantías expuestas, a la Administración penitenciaria.
- 2º. En el contexto de las circunstancias en las que se acordó el traslado de Patricio, la resolución administrativa no puede

reputarse inmotivada a los fines de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria afirme, primero, y mantenga, después, su jurisdicción.

- 3º. El Juzgado debió, pues, aceptar el requerimiento de inhibición y no debió mantener su jurisdicción, al menos sin agotar el conocimiento cabal de los hechos que hoy obran en las actuaciones; este Tribunal sí decidió tener ese conocimiento cabal -en cualquier caso suficiente- para fundar razonablemente su pronunciamiento jurisdiccional y, de acuerdo con él, resolver el conflicto, declarando la competencia de la Administración Penitenciaria.

En consecuencia,

Fallamos

Que compete a la Administración Penitenciaria decidir sobre el traslado del interno P., como lo acordó el 23 de noviembre de 2010, debiendo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Pamplona acceder al requerimiento de inhibición de la Delegación del Gobierno en Navarra.

128.- SENTENCIA 790/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 24/05/13

Desestima recurso al atender el traslado de centro al objetivo prioritario del tratamiento de su toxicofilia.

Visto el recurso nº. 3324/2012 interpuesto por la Procuradora Doña M.J.R.E., en nombre y representación de J.O.L. contra la Resolución dictada, en fecha 13-10-2010 por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; habiendo sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que después de exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estima de aplicación termina suplicando se dicte Sentencia en la que con estimación del recurso declare no ser conforme a Derecho la resolución recurrida, acordando la revocación de la misma y ordenando el mantenimiento del actor en el Centro Penitenciario de Pamplona.

El Abogado del Estado contesta a la demanda suplicando se dicte sentencia por la que desestimando el recurso, se confirme la resolución impugnada en todos sus extremos.

Por acuerdo de la sala de gobierno de 2-3-2012 se remitió el procedimiento inicialmente tramitado en la sección sexta de esta Sala con número 1420/2010 a esta sección Primera.

Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia del día 23-5-2013 teniendo así lugar.

Fundamentos de derecho

El presente recurso se interpone por el actor J.O.L., en su condición de interno del Centro Penitenciario de Pamplona, contra Resolución dictada en fecha 13-10-2010 por la Dirección General de Coordinación y Medio Abierto que acuerda la clasificación de segundo grado del actor y su destino al Centro Penitenciario de Burgos invocando la competencia exclusiva del centro directivo para la clasificación y destino de los reclusos establecido en el artículo 31 del Reglamento Penitenciario y porque se considera adecuado el cambio de Centro Penitenciario de destino atendiendo a las razones de la Junta de Tratamiento.

La Junta de Tratamiento en su sesión de 7-10-2010 tras evaluar entre otras cuestiones, a efectos del presente recurso, sus reiterados fracasos en tratamientos para superar la adicción como factor de inadaptación había formulado una propuesta razonada a la Dirección General en el sentido de que la larga trayectoria penal y penitenciaria, reincidencia en comisión de delitos patrimoniales, periodo inicial de cumplimiento y necesidad de

priorizar el tratamiento de su problemática toxicofílica en régimen ordinario y atender a otras finalidades de la pena, aconsejan el traslado a Logroño, Burgos, Soria, para que pueda acceder a talleres productivos y por vinculación familiar (hijo en Logroño)

De igual forma el Informe Social emitido por la Trabajadora Social emite un diagnóstico-valoración social en el sentido de que comenzó a consumir heroína en cocaína en prisión siendo muy joven, ahora esta en programa de metadona desde hace siete meses; nacido y empadronado en Sesma Navarra, divorciado, con dos hijos, uno en Burgos y otro en Logroño; que ha estado 20 años en distintas prisiones de España por la comisión de diversos delitos, con un hermano en Pamplona que nunca lo ha visitado en prisión. Tiene un grado de minusvalía del 65%, por lo que cobra una pensión no contributiva desde el año 2006.

Por lo tanto, la Junta de Tratamiento como la Trabajadora Social del Centro coinciden en la conveniencia de que se someta a un módulo terapéutico en ese momento.

El objeto del presente recurso se centra en determinar si la Resolución que denegó al actor la permanencia en el Centro Penitenciario de Pamplona es o no conforme a Derecho.

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 asumidas por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto desde la entrada en vigor del R.D. 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.

Sus competencias aparecen, también, recogidas en el artículo 31.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 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 motivos en que funde sus resoluciones que pueden ser examinados por la jurisdicción Contencioso Administrativo en cuanto a su conformidad a Derecho.

Analizando ambas resoluciones se observa que los elementos con que cuenta esta Sala, para su revisión, son el Informe Propuesta sobre

Clasificación y Destino emitido por la Junta de Tratamiento del Establecimiento Penitenciario conforme al artículo 273 e) del Reglamento, en el cual, respecto del ámbito de examen del recluso propio de su competencia y que afecta el presente recurso, acuerda por unanimidad que es precisamente por la necesidad de priorizar su programa individual de tratamiento de su toxicofilia en régimen ordinario en módulo terapéutico por lo que se proponía el traslado a otro Centro que tenga módulo terapéutico y en la misma línea el informe de la trabajadora social, los cuales son atendidos por la resolución recurrida ya que la Dirección General acuerda el traslado del actor al Centro de León, uno de los propuestos por la Junta.

En definitiva, es precisamente porque, analizada la situación individual, se considera la mejor opción procurarle un módulo terapéutico en el que pueda superar su toxicofilia por todos los órganos competentes en los diferentes ámbitos para valorar el tratamiento adecuado para el actor, en consecuencia, las alegaciones respecto de que limita la reinserción social del actor porque, muy al contrario, lo que se pretende es que supere aquella dependencia de las drogas para poderle preparar adecuadamente a la reinserción. Ciertamente es que puede discreparse pero la unanimidad de los órganos indicados no deja lugar a duda de cuál es el mejor tratamiento de toxicofilia para el actor en el momento en que se acordó.

Según ha dicho ya este Tribunal los preceptos de la Ley y el Reglamento han de ser interpretados teniendo en cuenta la finalidad de todos los Centros Penitenciarios en que se cumplen las privaciones de libertad establecidas legalmente y en ejecución de una Sentencia de órgano judicial competente en sus diferentes formas reguladas en ambos, y que está definida en el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria cuando dispone:

“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, presos y penados.”

En base a esta finalidad se han dictado algunos preceptos de la Ley como el 59 que define el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados que pretende hacer del interno una per-

sona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

La forma en que, en el presente caso, se puede obtener la reinserción y la futura posibilidad de subvenir a sus necesidades, la responsabilidad respecto a su familia, el prójimo y la sociedad será eliminar su toxicofilia que es lo que se ha pretendido con el traslado de centro penitenciario siendo este un factor valorado por la Junta de Tratamiento y la trabajadora social motivo por el cual debe entenderse que la resolución recurrida es conforme a Derecho, y, en consecuencia, procede su confirmación y la desestimación del recurso.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de esta Jurisdicción, no se aprecian motivos que justifiquen una expresa imposición de costas respecto de ninguna de las partes.

Vistos los preceptos invocados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña M.J.R.E., nombre y representación de J.O.L. contra la Resolución dictada, en fecha 13-10-2010 por la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, por lo que, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico.

129.- SENTENCIA 607/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 24/07/13

Desestima recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales al considerar las infracciones alegadas como cuestiones de legalidad ordinaria.

Vistos por la Sala de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales número 14/2013, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don M.L.R. en nombre y representación de J.V.R.C., contra resolución de 5-12-12 del Ministerio del Interior que resuelve la clasificación en segundo grado del recluso y cambia su destino al Centro Penitenciario de Álava.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

Antecedentes de hecho

Por la representación procesal del recurrente se interpuso el presente recurso y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que, en su día y previos los trámites legales, se dicte sentencia conforme a lo solicitado en el suplico de la demanda.

Dado traslado de la demanda al Sr. Abogado del Estado, para su contestación, lo hizo admitiendo los hechos de la misma, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

Que, una vez ultimado el periodo de prueba con el resultado que obra en autos y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 16 de julio de 2013, fecha en que tuvo lugar.

Fundamentos de derecho

Se promueve este recurso contencioso-administrativo por el Procurador de los Tribunales Don M.L.R. en nombre y representación de J.V.R.C., contra resolución de 5-12-12 del Ministerio del Interior que resuelve la clasificación en segundo grado del recluso y cambia su destino al centro penitenciario de Álava.

Del expediente remitido por la Administración demandada y de las alegaciones vertidas en los escritos de las partes, queda acreditado por lo que aquí interesa, que el hoy recurrente, nacido el 2-09-66 en España, se hallaba preso en el Centro Penitenciario de Bilbao desde el 30-05-11 en cumplimiento de condena a pena de prisión por diversos delitos, encontrándose en la situación de tercer grado. Tras informe de la Junta de Tratamiento se resuelve la regresión en segundo grado penitenciario, ante las circunstancias expuestas de riesgo de recaída en el consumo de drogas y alcoholismo y de comisión de nuevo delito y su traslado al centro penitenciario citado.

Contra dicho acto promovió el presente recurso contencioso-administrativo.

El recurrente considera vulnerados los artículos 14, 24 y 25.2 de la Constitución Española mediante la resolución administrativa combatida, según refleja en el escrito de interposición.

Alega que su entorno social radica en Bilbao y que el traslado de localidad incidiría muy negativamente en su posibilidad de rehabilitación e integración en la vida social una vez que cumpla su condena o le concedan el régimen abierto, por lo que se soslayan los principales objetivos a que debe tener la reclusión a que está sometida. Además alega que necesita de determinadas intervenciones médicas que se le iban a practicar en Bilbao.

Esta Sala y Sección lleva abordando la cuestión aquí planteada en numerosas sentencias, la primera de ellas dictada el 19 de julio de 2000.

Al efecto, conviene recordar al actor que, tal como dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, tres son las finalidades de 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 de la 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. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general” (artículo 59.2). Tratamiento, de carácter voluntario e individual para el interno -artículos 4.2 y 61 de Ley Orgánica General Penitenciaria y 239.3º del Reglamento- que ha de estar inspirado, entre otros y por lo que aquí interesa, en los siguientes principios: “...a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma-. c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno- f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena “(Artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

De lo transcrito se infiere que la reinserción y reeducación social del interno -finalidad a la que ha de tender toda pena- se realizará a través del tratamiento y el contenido de éste será individualizado, teniendo en cuenta una pluralidad de parámetros: personalidad del interno, naturaleza del delito, evolución en el tratamiento ... Es por ello que el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad- artículo 84 de la Ley Orgánica General Penitenciaria- es el llamado sistema progresivo o de individualización científica y como parte integrante de ese régimen de ejecución estará la decisión acerca del destino del interno. Decisión que compete,

con carácter exclusivo -sin perjuicio de su ulterior revisión jurisdiccional- a la Administración -artículo 31 del Reglamento Penitenciario- y para la que, además, deberá tomarse en consideración factores tales como las disponibilidades materiales de los Centros, características de éstos y directrices de la política general penitenciaria en cada momento, variables en función de las circunstancias, siempre y cuando tales decisiones se produzcan “con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y la sentencia” (artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

No existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria -ni, desde luego, en la Constitución- el derecho a ser destinado -o mantenido- a un determinado Centro Penitenciario, ni siquiera a uno próximo al del lugar de residencia habitual (artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), ni tampoco mandato alguno en tal sentido para la Administración -el artículo 12 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”. Por tanto, al margen de que su conveniencia -o no-, desde una perspectiva de reeducación y reinserción social del interno, su destino variará en función de cada caso concreto.

No puede olvidar el recurrente, además y a mayor abundamiento, que como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/98, de 23 de febrero: “Este Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del artículo 25.2 de la Constitución Española invocado por el recurrente. En el Auto del Tribunal Constitucional 15/84 (Sección Tercera) ya dijimos que dicho precepto “no contiene 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...”.

En este caso, consta que la Junta de Tratamiento ha adoptado su decisión por unanimidad al valorar las circunstancias concurrentes, y se considera que ante las circunstancias concurrentes en el ahora recurrente y

expuestas en su informe, estamos ante una decisión proporcionada y razonable que legítimamente puede adoptarse por la Administración en el ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para el cumplimiento de sus fines.

No puede entenderse vulnerado con la resolución combatida el artículo 14 de la Constitución Española, porque el derecho a la igualdad, en su perspectiva de igualdad en la aplicación de la ley, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en doctrina pacífica y constante, proscribire el tratamiento desigual de situaciones idénticas -dentro de la legalidad-, a menos que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentar esa desigualdad de trato.

Por ello, para poder apreciar la existencia de ese trato discriminatorio injustificado es imprescindible:

- 1) que el recurrente ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo;
- 2) que la desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable;
- 3) que, siempre y en todo caso, la actuación administrativa ofrecida como término de comparación sea legalmente irreprochable.

En el caso de autos no se ha ofrecido término alguno de comparación del que inferir un hipotético trato discriminatorio, por lo que, en consecuencia, procede desestimar íntegramente la pretensión actora.

Tampoco se infringe el artículo 24 de la Constitución Española, que contiene un elenco de garantías procesales que son trasladables al ámbito administrativo, salvo cuando la decisión administrativa se inserte en un procedimiento sancionador o tenga esta naturaleza, algo que, desde luego, no acontece en el supuesto de autos.

El recurrente alega que el acto impugnado no ha venido precedido de procedimiento contradictorio alguno donde se le haya dado trámite de audiencia, por lo que considera vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución Española en su vertiente de infracción de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, la propia dicción literal del artículo 24.1 de la Constitución Española (“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”), permite interpretar sin dificultad que la vulneración de tal precepto solo puede producirse por los propios jueces y tribunales o bien si no se permite el acceso a los mismos, pero no puede acaecer en el ámbito de un procedimiento administrativo aunque se impute al mismo la vulneración de derechos o trámites procedimentales, siempre que no se impida el acceso del administrado a los Tribunales de Justicia, lo que en este caso no ha acaecido como demuestra la existencia de este mismo recurso de apelación.

Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero: “Por otra parte, el ámbito de la tutela judicial, como derecho fundamental, no se extiende al procedimiento administrativo y, por ello, no le afectan las deficiencias o irregularidades cometidas en su curso por las Administraciones públicas, que tienen otro cauce y otro tratamiento. Es indiferente para el caso, aquí y ahora, la valoración que pueda merecer la actuación administrativa al respecto” (FJ 3º)

En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1998, de 14 de septiembre: “... el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española se refiere, precisamente, al derecho a ser tutelado por los Jueces y Tribunales, quienes al hacerlo, habrán de enjuiciar las eventuales vulneraciones atribuibles a las resoluciones administrativas a las cuales, por tanto, no es de aplicación este derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 80/1983, 68/1985 y 373/1993 entre otras..”.

Por otro lado, la parte actora en la demanda, imputa al acto impugnado infracción de la regulación y fundamentos básicos sobre la distribución de los penados, que determinarían la improcedencia del traslado, así como también la ausencia de motivación de la resolución recurrida puesto que a su juicio no se refiere en a las circunstancias del interno sino que se limita a hacer manifestaciones genéricas, además de denunciar que no ha existido contradicción en el procedimiento administrativo seguido y no se le ha dado la oportunidad de formular alegaciones.

A este respecto debe partirse del hecho de que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina, en relación con el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona,

regulado en los artículo 114 y siguientes de dicha Ley 29/1998, y concretamente en su artículo 114.2: “Podrán hacerse valer en este proceso las retenciones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado”.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han sentado una doctrina reiterada que impide fundamentar este tipo de procedimientos preferentes y sumarios en cuestiones de legalidad ordinaria, las cuales se reservan al proceso contencioso-administrativo ordinario (Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1984, y sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28-09-84, 4-10-84 y 12-07-93), con la única excepción de que, puestos en juego derechos fundamentales susceptibles del amparo judicial, la aplicación o interpretación de los preceptos de la legislación ordinaria vulneren tales derechos.

Sin que esto suponga pronunciamiento alguno sobre la legitimidad o no de la actuación administrativa que se combate, se aprecia que las alegaciones relativas a la infracción de la regulación y fundamentos básicos sobre la distribución de los penados, así como también la ausencia de motivación, no son del tipo de las que dan lugar a la infracción de derechos fundamentales de la persona, sino que se trata de infracciones que, en el supuesto de concurrir, solo darían lugar a infracciones de mera legalidad ordinaria.

Por otro lado, debe tenerse presente el criterio del Tribunal Constitucional expresado en su Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1993, citada por la Administración demandada: “la existencia del proceso especial contencioso administrativo no implica un derecho a disponer libremente de tal proceso con la mera invocación por el recurrente de un derecho fundamental, Por el contrario, lo órganos judiciales pueden, de modo constitucionalmente legítimo, haciendo uso de las facultades que al efecto le corresponde, velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para el tipo especial de proceso y cuando prima facie pueda afirmarse sin duda alguna que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser lícitamente la inadmisión del recurso”.

Debe considerarse el principio que inspira nuestro Derecho procesal de que el procedimiento no es de la libre disposición de las partes, sino que

es una cuestión de orden público procesal de carácter necesario e indisponible, debiendo tramitarse los recursos por el cauce procedimental previsto por la ley y no por otro. Lógica consecuencia de lo anterior es que, según determina el artículo 88.1.b), la “inadecuación del procedimiento” es uno de los motivos que pueden fundamentar un recurso de casación, con la consecuencia si fuera estimado, de la reposición de las actuaciones y la nueva tramitación por el procedimiento adecuado (artículo 95.1.b de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo).

Todo ello conduce a que el recurso deba ser desestimado por las razones apuntadas.

En relación con las costas, se condena en costas a la parte actora de este recurso en aplicación del artículo 139.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo, según la redacción introducida por Ley 37/2011, que impone las costas a la parte que hubiera visto rechazada todas sus pretensiones.

Vistos. Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don M. L. R. en nombre y representación de Don J.V.R.C., contra resolución de 5-12-12 del Ministerio del Interior que resuelve la clasificación en segundo grado del recluso y cambia su destino al Centro Penitenciario de Álava, declarando que el acto impugnado no incide negativamente en el contenido constitucional de los preceptos invocados por la actora y, en consecuencia y desde esa perspectiva constitucional, confirmamos su plena validez y eficacia. Se condena en costas a la parte actora.

Esta resolución no es firme y, frente a ella, cabe recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sección, en el plazo de diez días computados desde el siguiente a su notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que habrá de realizar mediante el

ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, nº 2582 (Banesto), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), bajo apercibimiento de tener por no preparada la casación.

130.- SENTENCIA 347/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 08/03/13

Estima el recurso por falta de acreditación del fundamento de la resolución denegatoria del traslado de centro.

Vistos por la Sala de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 3116/12, interpuesto por R., representado por la Procuradora de los Tribunales doña S.R.G., contra la resolución de fecha 30 de junio de 2010 dictada por la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior que, en alzada, confirma la de 12 de enero de 2010 de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

Por el recurrente indicado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante la Sección 6ª de este Tribunal en fecha 26 de agosto de 2010 contra los actos antes mencionados, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto median-

te escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación del acto recurrido.

La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

Habiéndose recibido el pleito a prueba se practicó la admitida por la Sala con el resultado obrante en autos y quedando los mismo pendientes de señalamiento.

Por Acuerdo del Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de enero de 2013 se modificaron las normas de reparto entre las Secciones 6ª y 1ª por lo que los presentes autos fueron remitidos a esta Sección y tras ello con fecha 7 de marzo de 2013 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Fundamentos de Derecho

A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente impugna la resolución de 30 de junio de 2010 dictada por la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior que, en alzada, confirma la de 12 de enero de 2010 de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto por la que se acordaba su continuidad en segundo grado de tratamiento y destino al Centro Penitenciario de León denegando su traslado al Centro Penitenciario de Alicante II.

Según consta en las actuaciones son hechos relevantes sobre los que se basa la resolución recurrida los siguientes:

- a. El recurrente cumple una condena de 9 años y seis meses por la comisión de un delito contra la salud en el Establecimiento Penitenciario de León.
- b. La Junta de Tratamiento, en su sesión de 19 de noviembre de 2009, acordó mantenimiento de grado y traslado por vinculación familiar al Centro Penitenciario de Alicante II.

c. La Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto dicta resolución el 12 de enero de 2010 acordando la continuidad de grado y destino al Centro Penitenciario de León habida cuenta la falta de disponibilidad de plazas en el Centro solicitado

La parte recurrente señala en su demanda que el informe social ve más conveniente su traslado a un centro más cercano a Murcia en razón de la residencia de sus familiares y él pidió el traslado a un Centro Penitenciario de la Comunidad Valenciana existiendo ocho entre Valencia y Alicante. Indica que el motivo esgrimido por la resolución no consta acreditado ni en relación con Alicante II ni con cualquier otro Centro de la Comunidad.

El Abogado del Estado contesta la demanda y se refiere a la normativa aplicable, y a las facultades de la Junta de Tratamiento, figurando en este caso la concreta propuesta, y los motivos del traslado.

El tema objeto de recurso se centra en examinar si es ajustada a Derecho la resolución que se impugna en cuanto acuerda el mantenimiento del interno en el Centro Penitenciario de León, siendo su deseo ser trasladado a cualquier Centro de la Comunidad Valenciana.

Partiendo del artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, tres son las finalidades de 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.

El régimen de ejecución de las penas privativas de libertad -artículo 84 de la Ley Orgánica General Penitenciaria- es el llamado sistema progresivo o de individualización científica y como parte integrante de ese régimen de ejecución estará la decisión acerca del destino del interno. Decisión que compete, con carácter exclusivo -sin perjuicio de su ulterior revisión jurisdiccional-, a la Administración -artículo 31 del Reglamento Penitenciario- y para la que, además, deberá tomarse en consideración factores tales como las disponibilidades materiales de los Centros, características de éstos y directrices de la política general penitenciaria en cada momento, variables en función de las circunstancias, siempre y cuando

tales decisiones se produzcan “con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y la sentencia” (artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria)

Por otra parte, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que “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 aquellos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”.

Este precepto tiene un carácter orientativo para la Administración Penitenciaria, cuyo despliegue debe favorecer que en cada área territorial exista un número suficiente de centros para satisfacer sus necesidades penitenciarias y evitar así el desarraigo social de los penados. Ahora bien esto no supone que exista un derecho subjetivo del interno para cumplir la pena impuesta en un Centro determinado.

Como recuerda la Sentencia de esta Sala (Sección Novena) de 4 de julio de 2000: “A mayor abundamiento, el referido artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria está incluido dentro del Título I de la Ley Orgánica General Penitenciaria denominado “De los establecimientos penitenciarios y medios materiales”, y no dentro del Título Preliminar de la Ley donde se regulan entre otros aspectos los derechos de los internos, concretamente en su artículo 4, donde no aparece en ningún caso como tal derecho el que el interno cumpla condena en el centro penitenciario más próximo a su domicilio o familiares “ y continua la citada Sentencia “Por tanto, puede concluirse que no se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico un derecho subjetivo en favor de los internos y presos para el cumplimiento de sus condenas en centros penitenciarios cercanos a la localidad de su entorno familiar y afectivo; corresponde a la Administración Penitenciaria decidir en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas de la organización penitenciaria y personales del penado, pues no puede olvidarse que el cumplimiento de la condena impone un tratamiento individualizado.”

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial 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, 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 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, esa declaración, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, no confiere como tal un derecho amparable; el artículo 25.2 de la 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 del 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 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.

Asimismo, el Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 65/86, de 22 de mayo; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras) 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”.

La revisión de la solicitud de traslado de Centro Penitenciario es una competencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias establecida en el artículo 80 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 que, como cualquier acto administrativo, debe moti-

varse y acreditar aquellos motivos en que funde sus resoluciones que pueden ser examinados por la jurisdicción Contencioso Administrativo en cuanto a su conformidad a Derecho.

La decisión que al respecto se adopte por la Administración (en ejercicio de esa potestad discrecional) entiende la Sala que debe ser debidamente motivada. Dicho de otro modo, si cabe la denegación del derecho del penado a que sea trasladado de prisión, la resolución correspondiente debe indicar al interesado cuales son las razones que justifican o amparan tal desestimación, sobre todo si se tiene en cuenta que:

- a) El Reglamento Penitenciario establece como uno de los principios que han de informar el cumplimiento de las penas privativas de libertad el de “fortalecer los vínculos entre los delincuentes y sus familias”;
- b) En el mismo sentido se pronuncia la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/110, de 14 de diciembre de 1990;
- c) La propia Asamblea General, en resolución 43/173, señala la conveniencia “en lo posible” de que el lugar de detención o prisión esté situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”.

Así las cosas, en el supuesto que ahora nos ocupa, del examen del expediente resulta, conforme alega el recurrente, que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de León había propuesto, con fecha 19 de noviembre de 2009 “como Centro prioritario de destino Alicante II”. Por su parte en el Informe Social consta que el interno tiene una hermana en Alcantarilla (Murcia) por lo que considera conveniente su traslado a un Centro más cercano a Murcia.

Pero, apartándose de dicha propuesta, la resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto acordó que el interno siguiera en el Centro Penitenciario de León diciendo: “la limitación de plazas disponibles en el Centro solicitado determina la necesidad de mantener el actual Establecimiento Penitenciario de destino en el que el informado puede continuar el programa de reinserción aprobado por la Junta de Tratamiento”. Y la resolución de 30 de junio de 2010 dictada por la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior confirma en

alzada esta resolución diciendo que la Administración Penitenciaria “tiene potestad para acordar el destino de los internos en los Centros Penitenciarios y, lógicamente denegar, asimismo, un cambio del mismo cuando considere, como concurre en el caso ahora considerado, que no se dan las circunstancias que lo justifiquen, o cuando no se dispone de plazas vacantes en el Centro propuesto.”

A juicio de la Sección estas resoluciones no explican las circunstancias que han llevado a denegar el traslado solicitado, que estaba avalado y aconsejado por la Junta de Tratamiento, y en definitiva los motivos que han llevado a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a apartarse de la propuesta formulada por la Junta de Tratamiento, siendo así que el hecho de que pudiera seguir en el Centro de León su proceso de reinserción, no significa que no pudiera seguirlo en otro de la Comunidad de Valencia, cuando estaba aconsejado por la Junta de Tratamiento.

Hay que tener en consideración que la Administración alega la falta de plazas vacantes en los Centros solicitados siendo la única legitimada porque es la única que puede aportar tales pruebas, ya que al penado no le es posible acreditar en modo alguno que hay plazas vacantes en los centros solicitados en el momento en que realiza tal solicitud. La única forma en que puede actuar es interponer los recursos pertinentes de tal forma que cuando insta la práctica de la prueba en tal sentido es en momento distinto a aquel en que se resolvió por la Administración, de tal forma que la Sala entiende que era exigible a la Administración acreditar tal fundamento de su Resolución denegatoria. Así pues, la Sala considera que la Resolución denegatoria carecía de acreditación al respecto, sin que existan datos suficientes para presumir que la resolución denegatoria recurrida era conforme a Derecho en el momento en que se dictó.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente señalado que la motivación se configura como auténtico elemento diferenciador entre discrecionalidad y arbitrariedad, cuya finalidad es dar a conocer a los administrados las razones de la decisión adoptada, asegurando la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración y posibilitando la impugnación por el interesado del acto administrativo de que se trata, criticando sus bases y facilitando el control jurisdiccional, resultando tan trascendente el requisito en cuestión que era obligado entender que incide en infracción formal del Ordenamiento Jurídico determinante de nulidad

la Resolución administrativa que se apoya en una valoración no debidamente concretada.

Procede, por ello, estimar el recurso y, a la vista de la falta de acreditación del hecho y la existencia de informe favorable de traslado, anular la resolución recurrida y ordenar a la Administración que proceda al traslado del recurrente a un Centro Penitenciario de la Comunidad Valenciana.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de esta Jurisdicción, no se aprecian motivos que justifiquen una expresa imposición de costas respecto de ninguna de las partes.

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

Fallamos

Que estimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por R., representado por la Procuradora de los Tribunales doña S.R.G., contra la resolución de fecha 30 de junio de 2010 dictada por la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior que, en alzada, confirma la de 12 de enero de 2010 de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto las cuales anulamos y declaramos el derecho del recurrente al traslado a un Centro Penitenciario de la Comunidad Valenciana.

Sin costas.

131.- SENTENCIA 505/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 25/06/13

Estima el recurso ante la ausencia total de motivación o justificación de la denegación del traslado.

Visto por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el Recurso Contencioso-Administrativo número 604/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a M.T.V.B. en nombre y representación de T.V.F., contra la resolución de 18 de febrero de 2012 dictada por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria que desestima el recurso de alzada interpuesto contra anterior resolución de 3 de noviembre de 2011 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por la que se deniega el traslado a un Centro Penitenciario más cercano a su domicilio familiar y entorno social.

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte Sentencia por la que, estimando el recurso, se revoquen los acuerdos recurridos y se dicte resolución judicial en la que se acuerde respetar el derecho a cumplir pena en una cárcel próxima a su domicilio familiar y entorno social.

El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

No habiéndose recibido el pleito a prueba, y sí evacuado el trámite de conclusiones prevenido por la Ley, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia del día 9 de mayo de 2013, teniendo así lugar.

En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Fundamentos de derecho

Primero

- Para la resolución del presente recurso, es necesario destacar como hechos esenciales, según constan en el expediente administrativo en relación con las alegaciones de las partes, los siguientes:
- el recurrente, nacido el 13 de abril de 1955 en Vigo, en sus inicios de su actividad delictiva estuvo vinculado al grupo terrorista GRAPO, siendo condenado en 1978 a una pena de 3 años de prisión por delito de terrorismo y tenencia de explosivos. Posteriormente ha cumplido condena de 18 años y 4 meses por tenencia ilícita de armas, homicidio en grado de tentativa, falsificación documental, depósito de armas, atentado contra la autoridad y robo con violencia.
- tras un periodo de libertad condicional desde 2001 hasta 2006 el 11 de marzo de 2011 ingresó en el Centro Penitenciario de A Lama (Pontevedra) en calidad de preso preventivo en virtud de las Diligencias Previas 7696/2010 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Vigo por un presunto delito de tenencia de explosivos y daños.
- el 12 de julio de 2011 fue trasladado al Centro Penitenciario de Dueñas-La Moraleja (Palencia) por razones regimentales, solicitando el traslado a un Centro más cercano a su domicilio familiar y entorno social, que se le denegó por las razones aquí recurridas, sobre las que alega con dicha denegación, se restringen los derechos de la legislación penitenciaria.
- Según el artículo 80 del Reglamento Penitenciario es “La Dirección General de Instituciones Penitenciarias es el órgano competente para

decidir con carácter ordinario o extraordinario la clasificación y destino de los reclusos en los distintos Centros Penitenciarios”.

Conviene recordar, que, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, tres son las finalidades de 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 de la 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. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general “(artículo 59.2). Tratamiento, de carácter voluntario e individual para el interno – artículos 4.2 y 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 239.3º del Reglamento- que ha de estar inspirado, entre otros y por lo que aquí interesa, en los siguientes principios: “... a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma... c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno... f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena...” (Artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

De lo transcrito se infiere que la reinserción y reeducación social del interno -finalidad a la que ha de tender toda pena- se realizará a través del

tratamiento y el contenido de éste será individualizado, teniendo en cuenta una pluralidad de parámetros: personalidad del interno, naturaleza del delito, evolución en el tratamiento... Es por ello que el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad -artículo 84 de la Ley Orgánica General Penitenciaria- es el llamado sistema progresivo o de individualización científica y como parte integrante de ese régimen de ejecución estará la decisión acerca del destino del interno. Decisión que compete, con carácter exclusivo -sin perjuicio de su ulterior revisión jurisdiccional, a la Administración -artículo 31 del Reglamento Penitenciario- y para la que, además, deberá tomarse en consideración factores tales como las disponibilidades materiales de los Centros, características de éstos y directrices de la política general penitenciaria en cada momento, variables en función de las circunstancias, siempre y cuando tales decisiones se produzcan” con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y la sentencia (artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

No existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria el de ser destinado a un Centro Penitenciario determinado (artículo 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.

Tercero

- Por su parte, el artículo 31 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario establece que “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, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia, en materia de clasificación, por vía de recurso. Dicho centro directivo ordenará los traslados corres-

pondientes, en base a las propuestas formuladas, al efecto, por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que les sean requeridos por las autoridades competentes”.

Se trata pues, de una potestad de carácter discrecional que corresponde en exclusiva a la Administración demandada, sin perjuicio de la función revisora de los Tribunales de Justicia.

En el presente caso, se justifica la denegación del traslado de Centro, por tener en cuenta la gravedad y naturaleza de los hechos que se le imputan al recurrente, la entidad delictiva del interno, el régimen de vida asignado, la mayor disponibilidad de plazas adecuadas a estas características en el Centro trasladado y por razones de seguridad.

Ahora bien, sin negar la potestad discrecional de la Administración, en el expediente administrativo no se ha justificado documentalmente con los preceptivos Informes de la Junta de Tratamiento, del Educador Social, Psicólogo, Trabajador Social, las causas concretas en el interno que desaconsejan el traslado de Centro a otro más próximo a su entorno familiar y social. Incluso el único Informe existente de la Trabajadora Social (folio 16 expediente) emite una propuesta favorable al traslado a un Centro cercano a la familia para poder fomentar y mantener el vínculo familiar.

Por ello, en el presente expediente, ante la ausencia total de motivación o justificación de la denegación del traslado, salvo la genérica explicación de razones regimentales conlleva a que proceda estimar el recurso interpuesto.

- No procede efectuar pronunciamiento en materia de costas.

Fallamos

Que estimamos el Recurso Contencioso-Administrativo nº 604/2012 interpuesto por la representación procesal de T.V.F., contra la resolución de 18 de febrero de 2012 dictada por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria que desestima el recurso de alzada interpuesto contra anterior resolución de 3 de noviembre de 2011 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por la que se deniega el traslado a un Centro Penitenciario más cercano a su domici-

lio familiar y entorno social, y que se anula por no ajustarse a Derecho. Declarando el derecho del interno a cumplir pena en una cárcel próxima a su domicilio familiar y entorno social. Sin costas.

132.- SENTENCIA 620/2013 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 12/07/13

Estima el recurso por falta de motivación de la limitación temporal del traslado.

Visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. 373/11 promovido por la Procuradora D^a A.B.G.M. actuando en nombre y representación de J.S.V. contra la Resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 21 de septiembre de 2010 por la cual se acordó su traslado con carácter temporal al Centro Penitenciario de A Lama (Pontevedra); habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

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 se dictase Sentencia por la que se anule la Resolución impugnada en el sentido de acordar su traslado definitivo al Centro Penitenciario de Teixeiro “u otro igualmente cercano al domicilio familiar”.

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.

Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 11 de julio de 2013, teniendo así lugar.

Fundamentos de derecho

A través del presente procedimiento interesa el recurrente se deje sin efecto la Resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 21 de septiembre de 2010 en el particular relativo a que el traslado temporal a la prisión de A Lama que dicha resolución autoriza por un plazo de tres meses lo sea con carácter definitivo en dicho Centro Penitenciario o en otro de los de Galicia.

Como se sigue del escrito de formalización de la demanda, invoca 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 el artículo 25.2 de la Constitución, así como en los artículos 12.1, 51.1 y 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre evitación del desarraigo, derecho de comunicación de los penados y mantenimiento de los vínculos familiares, destacando su penosa situación familiar (esposa enferma de cáncer y dos hijos esquizofrénicos) que acreditan los informes sociales y la consiguiente necesidad de acercamiento al lugar de residencia de su familia.

Antes de analizar el fondo de la cuestión planteada ha de abordarse el motivo de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.c) en relación con el artículo 25, ambos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, por entender que la Resolución ahora impugnada no agotaba la vía administrativa al ser susceptible de recurso de alzada ante el Ministerio del Interior.

Y el motivo debe ser rechazado si se advierte que la resolución recurrida (y de la que obra copia al folio 15 del expediente administrativo) no indicaba que no fuera firme en vía administrativa y que contra la misma

hubiera de interponerse recurso de alzada, ni el plazo para hacerlo, ni el órgano competente para su resolución, limitándose a indicar que “Contra la presente resolución de clasificación podrá interponer el interno recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria...”.

Es evidente que la ausencia de una notificación en legal forma, de acuerdo con las exigencias que impone el artículo 58 de la Ley 30/1992, e imputable en todo caso a la misma Administración, no puede generar la inadmisibilidad del recurso y hurtar en definitiva un pronunciamiento de fondo a quien actuó con la diligencia exigible.

Por ello, y respecto de la cuestión sustantiva que se plantea, esta Sala ha tenido ocasión de manifestar en anteriores pronunciamientos (Sentencia, entre otras, de la Sección Novena de 4 de julio de 2000) que 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; éste será un criterio más a tener en cuenta por la Administración Penitenciaria junto con otros y no de forma exclusiva para evitar el desarraigo social 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 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 artículo 25.2 de la 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 del 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 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.

Asimismo, el Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 65/86, de 22 de mayo; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras) 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 de la Constitución, ni tampoco el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del artículo 10.2 de la Constitución Española; 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, dificultan e incluso impiden el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos que no se encuentran en dicha situación. Así, la separación y el alejamiento del preso de la vida familiar y cultural son consecuencia inevitable de la prisión, pero debemos recordar que no por ello se le priva de sus relaciones familiares, aunque estas lógicamente estén limitadas al ejercicio de los derechos de visita y de comunicación previstos y regulados en la legislación penitenciaria, derechos estos de los que no se ha privado 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 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 de la 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 destinado a un Centro Penitenciario próximo al de su lugar de residencia habitual (artículo 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.

En este caso, la propia Administración Penitenciaria autorizó el traslado del interno a una prisión gallega (A Lama, en Pontevedra) “por vinculación familiar”, sin duda teniendo en cuenta la propuesta favorable al traslado emitida por la Junta de Tratamiento Penitenciario a la vista, a su vez, del informe social del que obra copia a los folios 7 y 8 del expediente

administrativo. Sin embargo, dicha autorización es sólo temporal, por un período de tres meses, sin que esta limitación se sustente en razón alguna.

Es decir, la Administración asume la necesidad del acercamiento del interno a Galicia en razón a su particular -y penosa- situación familiar, pero lo restringe a sólo tres meses sin que para ello aduzca siquiera algún motivo.

Es obligado entonces concluir que dicha limitación carece de justificación suficiente cuando, por contra, el traslado sí aparece revestido de una motivación clara y razonada, lo que justifica se estime el recurso en el mismo sentido interesado, es decir, en el de autorizar el traslado del actor al Centro Penitenciario de A Lama o a cualquier otro del territorio gallego sin la limitación temporal impuesta por la Resolución impugnada.

No se aprecian motivos que, a la vista de lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justifiquen una especial imposición de las costas causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a A.B.G.M. actuando en nombre y representación de J.S.V. contra la Resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 21 de septiembre de 2010 por la cual se acordó su traslado con carácter temporal al Centro Penitenciario de A Lama (Pontevedra), debemos anular y anulamos dicha Resolución en cuanto al carácter temporal del traslado, que en la Resolución impugnada se limitó a tres meses, por ser en este particular contraria a Derecho; declarando en su lugar el que asiste al actor a ser trasladado a dicho Centro Penitenciario, o a cualquier otro del territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin la limitación temporal referida. Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe interponer recurso de casación en los términos del artículo 89 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo preparándolo mediante

escrito presentado ante esta Sala en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a la notificación de la presente Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

133.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA NÚMERO 2 DE FECHA 11/07/13

Estima la queja de traslado de Televisión.

Antecedentes

Con fecha 26 de abril de 2013, tuvo entrada en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 escrito por el interno S.L.V. formula queja porque el Centro Penitenciario de origen (Zaragoza) no envía la televisión de su propiedad hasta su actual Centro de cumplimiento (Soria) a cargo de la Administración Penitenciaria.

Incoado el oportuno expediente, fue dictada providencia acordando dar traslado al Ministerio Fiscal para informe, quien lo emite en el sentido de desestimar la queja formulada.

Fundamentos jurídicos

El interno S. L. V. formula queja porque el Centro Penitenciario de origen (Zaragoza) no envía la televisión de su propiedad hasta su actual Centro de cumplimiento (Soria) a cargo de la administración penitenciaria.

Ha sido recabada información del Centro Penitenciario de Zaragoza sobre la queja planeada y de la misma se desprende que el peso del equipaje transportado en conducción por el interno no excedió de 25 kilos y que la Junta Económico Administrativa acordó no atender la petición de envío con cargo a la Administración por no disponer el Centro de asignación presupuestaria para ello.

El artículo 318.1 del Reglamento Penitenciario establece 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 kilos siendo con cargo al interno el traslado de todo aquel material que exceda del peso indicado”. El punto 2 por su parte establece que “Para los casos excepcionales de internos sin medios económicos se estudiarán por parte de la Junta Económico administrativo del Establecimiento penitenciario las posibles medidas a adoptar que deberán ser aprobadas por el Centro Directivo”.

En el presente caso, del informe remitido se desprende que el peso del equipaje transportado por el interno en la conducción, no superaba el límite de 25 kilos de lo que cabe interpretar, a sensu contrario, que era inferior, por lo que cabe la posibilidad de que el peso de la televisión quedara amparado o englobado en el límite de 25 kilos previsto en el párrafo 1 del artículo 318 antes referido. Por ello procede estimar la queja presentada y que por el Centro Penitenciario se disponga lo necesario para que la televisión sea enviada al interno con cargo a la administración.

Parte dispositiva

En atención a lo expuesto decido estimar la queja presentada por el interno S.L.V. en el sentido de que la Administración Penitenciaria se haga cargo del envío de la televisión a su actual centro de cumplimiento, disponiéndose de lo necesario para ello

CAPÍTULO 17

OTROS

134.- AUTO 255/2013 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 05/11/13

Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad. Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La interpretación de las normas sobre competencia de los órganos judiciales corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

Antecedentes

Primero

Con fecha de 10 de mayo de 2013 tuvo entrada, en el Registro General de este Tribunal, escrito del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Barcelona al que se acompañan las actuaciones recaídas en ejecutoria 2227-2011, así como el Auto de 8 de abril de 2013 por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional quinta, norma segunda, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con los artículos 14 y 24 de la Constitución.

La disposición cuestionada establece lo siguiente:

“Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al Juzgado o Tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de

que coincida que varios Juzgados o Tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.”

Segundo

Los hechos que anteceden al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad son los que siguen:

a) Mediante Auto de 13 de junio de 2012, el Juzgado de vigilancia penitenciaria núm. 5 de Barcelona estimó un recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución del Director General de Recursos y Régimen Penitenciario de 26 abril 2012, que había clasificado en tercer grado de tratamiento a un penado, acordando clasificarlo en segundo grado de tratamiento.

b) El Abogado del interno interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, que sería remitido inicialmente al Juzgado de lo Penal núm. 15 Barcelona y, a través de éste, a la Sección Vigésimo primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ésta resolvió devolver el asunto al Juzgado de lo Penal núm. 15 de Barcelona, por entender que, en aplicación de la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la ahora cuestionada, correspondería a este último resolver el recurso, por ser el órgano judicial sentenciador.

c) Por Providencia de 27 de septiembre de 2012, el Juzgado de lo Penal núm. 15 de Barcelona acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por el término común de diez días sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, por posible contradicción con los artículos 14 y 24 de la Constitución Española. La defensa del penado no formuló alegaciones en este trámite, pero sí lo hizo el Ministerio Fiscal, mediante escrito presentado el 28 de marzo de 2013, en el cual se considera que, aunque no corresponde al Fiscal en esta fase judicial emitir un dictamen acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto sino sobre el juicio de aplicabilidad y de relevancia de la disposición adicional cuestionada, en este caso no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los motivos expuestos por este

Tribunal Constitucional en su Auto 59/2013, de 26 febrero, que inadmitió a trámite otra cuestión de inconstitucionalidad planteada por este mismo Juzgado, en ejecutoria núm. 300-2007, contra esta misma disposición adicional quinta y por los mismos motivos expuestos.

Tercero

Según la fundamentación de la cuestión, contenida en el Auto de 8 de abril de 2013, hay fundadas razones para interponer una posible cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta, norma segunda de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española, así como del artículo 2.1 del protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En el fundamento jurídico 6, bajo la rúbrica “Doctrina contradictoria del Tribunal Supremo”, se reproduce el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 junio 2005, en el que, en el seno de la cuestión negativa de competencia entre el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia y la Audiencia Provincial de Ciudad Real en relación con la disposición ahora cuestionada, se decidió que el órgano que habría de resolver el recurso de apelación no puede estar situado en el mismo nivel del que dictó la resolución recurrida por lo que correspondería la decisión del recurso a la Audiencia Provincial. Asimismo se da cuenta en esta misma resolución judicial de otro Auto más reciente de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2011 (núm. recurso 20652-2010), en el que en un supuesto análogo se acordó reconocer la competencia a favor del Juzgado de ejecutorias penales de San Sebastián, en lugar de a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia. A juicio del órgano promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad, según la doctrina que emana del Auto del Tribunal Constitucional 59/2013 nos encontraríamos ante una supuesta disparidad de criterio en la aplicación de la misma norma por el mismo órgano jurisdiccional, un cambio de criterio sin justificación.

Tras la reproducción de algunas normas sobre el régimen de recursos en la Ley de enjuiciamiento criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (FJ 8), el Auto de 8 de abril de 2013 argumenta que el Auto de 26 febrero 2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona está produciendo

una desigualdad de los justiciables, dependiendo del criterio de las Audiencias Provinciales en las que se encuentre el Juzgado de vigilancia penitenciaria (FJ 9). Según se afirma, se vería afectado el derecho de igualdad en la aplicación de la ley, pues la norma debe ser aplicada del mismo modo a todos los casos, en íntima relación con las que denomina “diferenciaciones normativas irrazonables”, afirmando que, para que una diferenciación normativa pueda reputarse legítima, el canon exigido por la jurisprudencia constitucional es que sea objetiva y razonable, citándose genéricamente a este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1988. En apoyo de su tesis se menciona la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, en la que se pone de manifiesto la discrepancia entre disposición adicional quinta y el artículo 82.1.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En segundo lugar, y en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, el fundamento jurídico 10 argumenta sobre la posibilidad de que un Juzgado de paz revise en apelación la resolución de un juez de vigilancia penitenciaria, aludiendo a los criterios adoptados por los Juzgados de vigilancia penitenciaria entre 1981 y 2007 y publicados por el Consejo General del Poder Judicial, para concluir con que el efecto devolutivo exige que el recurso lo resuelva un Tribunal superior (Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1984, de 11 de abril, FJ 3), y también con una alusión al contenido del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, derechos que considera el Auto vulnerados por la Sección Vigésimo primera de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Se afirma, por último, la vulneración del derecho a la revisión de las condenas penales ante un juez superior, en los términos que establece el artículo 2 del Protocolo adicional número 7 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Cuarto

Por providencia de 9 de julio de 2013, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, y a los efectos que determina el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, alegase lo que considerase conve-

niente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y por si fuera notoriamente infundada.

Quinto

El Fiscal General del Estado dio respuesta a la providencia de 9 de julio de 2013 mediante escrito presentado el día 4 de octubre de 2013 ante este Tribunal Constitucional. Tras la exposición de los antecedentes de hecho relevantes y el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, el Fiscal General del Estado considera que el Auto de planteamiento adolece de defectos procesales que justifican la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

En primer lugar, tras recordar que la presente cuestión de inconstitucionalidad es sustancialmente idéntica a la núm. 5354-2012 (planteada por el mismo órgano judicial), que dio lugar a su inadmisión por el Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, de 26 febrero, sostiene que los motivos de inadmisión apreciados entonces son igualmente aplicables al Auto de 8 de abril de 2013, sin que concurren datos o planteamientos distintos y novedosos que pudieran dar lugar a una reconsideración de esta decisión de no admisión —como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones previo al Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad— y, así, considera insuficiente e incorrecta la invocación que se hace del artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues, como se afirmó en el Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no puede erigirse en canon de constitucionalidad del precepto cuestionado, ni servir de fundamento de una cuestión de inconstitucionalidad.

También se considera incorrecta la invocación del artículo 24.1 de la Constitución Española. En primer lugar, se objeta el carácter indeterminado del planteamiento que lleva a cabo el órgano judicial, pues se limita a transcribir in totum el contenido del precepto, con una mención genérica al derecho a la tutela judicial efectiva, sin precisión alguna en cuanto a qué

manifestaciones de ese derecho se estimaría vulnerada; ausencia de desarrollo argumental que sería causa suficiente de inadmisión. En esta ocasión, como novedad, se hace una referencia expresa al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 de la Constitución Española), aunque también esté huérfana de argumentación mínimamente sólida.

Para el Fiscal General del Estado, el órgano judicial promotor parece focalizar su duda de constitucionalidad en el hecho de que el sistema de recursos que diseña la norma cuestionada puede conducir a que el recurso de apelación contra una resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sea resuelto por un Juzgado de Paz o un Juzgado de Instrucción, órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores dentro de la estructura orgánica de la jurisdicción penal. Los supuestos que plantea el Auto tienen un carácter abstracto y no dejan de ser meras hipótesis carentes de toda trascendencia y relevancia en el presente caso, pues no guardan relación alguna con las circunstancias concurrentes en el proceso a quo. Con ello se ha desconocido la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad como mecanismo de control concreto de constitucionalidad, confundiéndola con una modalidad de control abstracto. Del mismo modo, tampoco vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que el recurso de apelación no deba ser promovido siempre ante el mismo tipo de órgano judicial, siempre y cuando se aporten criterios en la ley que favorezcan la determinación objetiva del órgano competente.

Por último, entiende el informe del Fiscal General del Estado, no se razona en el Auto de 8 de abril de 2013 por qué la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona, de remitir el conocimiento del recurso de apelación al Juzgado de lo Penal en su calidad de Tribunal sentenciador, infringe los principios de independencia e imparcialidad judicial.

A idéntica conclusión de inadmisión debería llegarse en relación con la supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, que se residencia en la disparidad de órganos judiciales competentes para conocer del recurso de apelación contra decisiones de los Juzgados de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas, y como consecuencia de las diferentes interpretaciones que llevan a cabo las Audiencias Provinciales. Este planteamiento fue descartado ya por el Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, desde el entendimiento de que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no estriba en resolver contro-

versias interpretativas sobre la legalidad, sin que deba trasladarse al Tribunal Constitucional el problema de la determinación del juez del caso. El único argumento novedoso en esta cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la anterior es la aportación de resoluciones contradictorias dictadas por la misma Sección Primera de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, acerca de cuál sería el órgano judicial competente para conocer del recurso de apelación contra resoluciones dictadas por los Juzgados de vigilancia penitenciaria. No obstante, a juicio del Fiscal General del Estado, las resoluciones aludidas no guardan relación alguna con el objeto del proceso a quo, puesto que se refieren a supuestos distintos. El órgano judicial promotor confunde la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, utilizándola como una vía de depuración abstracta del ordenamiento, y no como lo que es, una modalidad de control concreto de constitucionalidad. La cuestión de inconstitucionalidad no puede utilizarse para resolver eventuales interpretaciones contradictorias de las normas legales, aunque provengan de un mismo órgano judicial, sin que sea una vía para unificación de criterios judiciales en la interpretación de norma legal, y recuerda a este respecto la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1988. En conclusión, la existencia de eventuales resoluciones contradictorias dictadas por el Tribunal Supremo no conlleva por sí misma una vulneración del principio de igual aplicación de la ley en el presente procedimiento en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, pues la supuesta inconstitucionalidad no derivaría de la regulación legal de la norma cuestionada, sino de la aplicación que dicha norma hiciera un órgano judicial concreto. Nos encontraríamos pues no ante una cuestión de inconstitucionalidad sino ante una cuestión de competencia encubierta.

Además, esta vertiente del principio de igualdad no fue ni siquiera mencionada en la providencia del 27 septiembre 2012, sino introducida por primera vez en el Auto de planteamiento.

Fundamentos jurídicos

Primero

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 15 de Barcelona, mediante Auto de 8 de abril de 2013, tiene

por objeto la disposición adicional quinta, norma segunda, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ante su posible contradicción con los artículos 14, 24.1 y 24.2 de la Constitución Española y con el artículo 2.1 del protocolo núm. 7 del Convenio europeo de derechos humanos. La disposición cuestionada establece lo siguiente:

“Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al Juzgado o Tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios Juzgados o Tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.”

En concreto, el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad se limita al inciso primero del párrafo primero de la disposición cuestionada, a saber, a la atribución de la competencia funcional para decidir determinados recursos de apelación y queja contra resoluciones dictadas por los Juzgados de vigilancia penitenciaria al “Tribunal sentenciador”.

El Fiscal General del Estado, por las razones de las que se ha dejado constancia en los antecedentes de esta resolución, se opone a la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por los defectos procesales que aprecia en su planteamiento y por resultar notoriamente infundada.

Ha de hacerse constar que el mismo órgano judicial promovió otra cuestión de inconstitucionalidad contra esta misma disposición adicional, por idénticos motivos que la presente, que fue inadmitida a trámite por el Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, de 26 febrero.

Segundo

Conforme a lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este Tribunal Constitucional puede rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y con la sola audiencia del Fiscal

General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que adolezcan de la falta de los necesarios requisitos procesales o que fueren notoriamente infundadas. Por esa razón, procede analizar inicialmente los óbices procesales denunciados.

Tercero

Del análisis del Auto de 8 de abril de 2013, cabe apreciar una deficiente formulación de la duda de constitucionalidad, tal y como ha puesto de manifiesto el Fiscal General del Estado, incurriendo el Auto de planteamiento en algunos de los defectos observados ya en el que dio lugar al Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, anteriormente aludido. Conviene recordar que el deber de concretar los preceptos constitucionales que han resultado infringidos a juicio del órgano judicial promotor, y que le impone el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no supone tan sólo que el Auto en que se plantee la cuestión contenga la cita de tales preceptos, sino que es preciso también que el órgano judicial exteriorice el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma; de modo que no puede el Juez limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan, ya que la decisión del Tribunal Constitucional únicamente es posible como respuesta a las razones por las que los órganos judiciales vienen a dudar, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de ley (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 126/1987, de 16 de julio, FJ 3; 245/2004, de 16 de diciembre de 2004, FJ 3; y 224/2006, de 6 de julio de 2006, FJ 5; y Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, de 26 de febrero de 2013, FJ 3).

Basándose en la doctrina anterior, debe descartarse en primer lugar la suficiencia de la invocación del artículo 2.1 del protocolo núm. 7 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales pues, aun reconociendo la obligación hermenéutica derivada del artículo 10.2 de la Constitución Española, el Convenio Europeo no se convierte en sí mismo en canon de constitucionalidad del precepto cuestionado, pues las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales; en consecuencia, sólo se podrá declarar su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de

tales derechos y libertades (Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5; Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2010, de 26 de octubre de 2010, FJ 4; Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, de 26 de febrero de 2013, FJ 3). Sin perjuicio del hecho de que el supuesto regulado en el artículo 2 del Protocolo núm. 7 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que se afirma infringido, no coincide con el que regula la disposición adicional cuestionada, pues en aquél la norma establece el derecho a que la Sentencia de condena penal sea revisada por un Tribunal superior, mientras que en éste se regula tan solo el régimen de recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de vigilancia penitenciaria, cuyo contenido en ningún caso es equiparable al de la Sentencia de condena penal.

A parecida conclusión debe llegarse en relación con la denunciada vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española. El Auto de 8 de abril de 2013 dedica a este motivo su fundamento jurídico décimo, en el cual, partiendo de una serie de acuerdos adoptados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y recopilados por el Consejo General del Poder Judicial, se contienen una serie de recomendaciones sobre la necesidad de promover la interpretación uniforme de la disposición adicional que ahora se cuestiona, apoyándose para ello en la doctrina establecida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Auto de 14 de junio de 2005, en el sentido de que el órgano que resuelva el recurso de apelación no debe ser del mismo nivel que el que dictó la resolución apelada. Nos encontramos aquí con una argumentación que no cuestiona la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino la interpretación que de la misma se hace, pero sin especificar en qué se entiende vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución Española por el hecho de que del recurso de apelación conozca un Tribunal u otro. Tampoco se razona, como sostiene el Fiscal General del Estado, la afirmada infracción de los principios de independencia e imparcialidad judicial como consecuencia de la decisión dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de remitir el conocimiento del recurso de apelación al Juzgado de lo Penal, como Tribunal sentenciador.

En conclusión, no resulta posible identificar la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva concernida, por lo que en relación con dicho pre-

cepto constitucional hemos de considerar radicalmente incumplido el deber de formular adecuadamente la duda de constitucionalidad.

Cuarto

En lo que atañe a la eventual lesión del artículo 14 de la Constitución Española, también cabe apreciar una defectuosa formulación de la duda de constitucionalidad, pues, más allá de no concretarse cuál de los criterios discriminatorios que contempla el artículo 14 de la Constitución Española está en la base de la pretendida situación de desigualdad, se observa una completa carencia de argumentación específica acerca de la incompatibilidad de la propia disposición legal cuestionada con el artículo 14 de la Constitución Española, ya que el reproche de inconstitucionalidad formulado se dirige contra la existencia de interpretaciones divergentes realizadas por diversas Audiencias Provinciales, que producen, a juicio del órgano judicial, desigualdad entre los justiciables.

Lo cierto es que, como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no estriba en resolver controversias interpretativas sobre la legalidad o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal, para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de otros cauces. El examen del Auto del Juzgado de lo Penal por el que se promueve la presente cuestión de inconstitucionalidad apunta a que el reproche de constitucionalidad se dirige, no contra la disposición adicional cuestionada, sino contra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que, en interpretación de esta norma, atribuye la competencia al órgano judicial promotor, materia que queda fuera del ámbito objetivo de las cuestiones de inconstitucionalidad.

Lo mismo cabe sostener en referencia a la denunciada incompatibilidad existente entre dos Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que interpretan de forma divergente la norma. Al margen del hecho de que la alegación nos sitúa de nuevo fuera del terreno de las cuestiones de inconstitucionalidad, la tesis del órgano promotor conduce a la errónea conclusión de que la jurisprudencia de los Tribunales no pueda ser revisada o modificada, aunque así se justifique debidamente. Teniendo además en cuenta que la Audiencia de Barcelona se limita a seguir una determinada línea jurisprudencial, lo que se aduce es un supuesto aparta-

miento o mejor, una falta de seguimiento de lo que, se afirma, constituye la actual jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Como se declaró en la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, FJ 3, “cuando a pesar de las instituciones procesales destinadas a evitarlas o corregirlas se producen divergencias interpretativas, éstas no entrañan, sin embargo, en sí mismas, una quiebra del principio de igualdad ante la ley, pues la ley diversamente interpretada por los diversos jueces, o incluso por un mismo juez, en diversos momentos, es aplicada, sin embargo, por igual siempre que en tal aplicación no se tomen en consideración, ... diferencias personales a las que la ley misma no conceda relevancia”.

En definitiva, y como dijimos en el Auto del Tribunal Constitucional 59/2013, la cuestión de inconstitucionalidad “no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución” [Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2 b)]. En particular, hemos afirmado reiteradamente que la interpretación de las normas sobre competencia de los órganos judiciales corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria, sin que deba trasladarse al Tribunal Constitucional el problema de la determinación del Juez del caso, cuyo discernimiento no le compete (Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero, FJ 3; 93/1988, de 24 de mayo, FJ 2; 224/1993, de 1 de julio, FJ 3; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 4; y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5). Y es también reiterada nuestra doctrina afirmando que la disparidad de criterios interpretativos de los órganos judiciales carece por sí misma de relevancia constitucional, pues es fruto de la independencia judicial en la interpretación y aplicación de las leyes; sólo es apreciable la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) cuando un mismo órgano judicial resuelve de manera contradictoria casos sustancialmente iguales, sin ofrecer justificación para apartarse de sus propios precedentes (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3), situación ajena al presente caso.

Quinto

El Auto de 8 de abril de 2013 considera vulnerado específicamente el derecho al Juez predeterminado por la ley del artículo 24.2 de la Constitución Española como consecuencia del cambio de criterio del Tribunal Supremo en la interpretación de la disposición cuestionada. Dejando al margen que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no es la interpretación del Tribunal Supremo sobre la disposición adicional, sino esta disposición adicional en cuanto tal, las consideraciones anteriores ponen de manifiesto una defectuosa formulación de la duda de constitucionalidad: en cuanto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el Auto realiza una definición parcial de este derecho fundamental sin apoyo en ninguna resolución de este Tribunal Constitucional, dando por supuesto que la atribución del conocimiento del asunto al Tribunal que la ley dice es contrario al derecho fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española, una afirmación apodíctica que constituye una petición de principio y que, sin argumentación alguna, no pone de manifiesto más que la discrepancia del órgano promotor con el resultado a que conduce una norma que respeta las exigencias de generalidad, objetividad, rango legal y predeterminación exigibles, conforme con la doctrina constitucional, de las normas que establecen los criterios de competencia de los órganos judiciales.

Por lo hasta aquí expuesto, procede la inadmisión a limine de la cuestión de inconstitucionalidad planteada

Por todo lo expuesto, el Pleno

Acuerda

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 2800-2013.

135.- SENTENCIA 98/2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 29 DE FECHA 27/03/13

Localización permanente. No procede modalidad agravada de cumplimiento en Centro Penitenciario.

Antecedentes De Hecho

Con fecha 26 de octubre de 2012 se dictó sentencia en Procedimiento de Juicio de Faltas de referencia por el Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“Que debo de condenar como condeno a T., como autor responsable de una falta del artículo 617 del Código Penal a la pena de seis días de localización permanente a cumplir en el establecimiento penitenciario próximo a su domicilio y costas”

Y como Hechos Probados se hacían constar:

“Que el día 3 de septiembre de 2012, el denunciado Torcuato, que tiene numerosos antecedentes por delitos contra la propiedad, fue sorprendido por la vigilante de seguridad del establecimiento “Bershka, sito en la calle Monforte de Lemos de Madrid, Centro Comercial “La Vaguada”, llevándose en una bolsa diversas prendas a las que había quitado la alarma, valoradas en 129,95 euros que fueron recuperadas.”

Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por el denunciado T., con el fundamento que se expresa en el escrito en que se deduce el mismo.

Admitido a trámite, se dio traslado del escrito a las partes, quienes impugnaron el recurso en los términos dichos; tras lo cual se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso, siendo registradas al número de rollo 42/2013 RJ.

Hechos Probados

Se aceptan íntegramente los hechos probados de la sentencia recurrida, los cuales se tienen aquí por reproducidos.

Fundamentos de derecho

Se interpone recurso de apelación por el denunciado y condenado citado contra la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid, de 26 de octubre de 2012, por la que se condena a dicho recurrente como autor de una falta de hurto, alegando como primer y único motivo de su alzada la vulneración del principio acusatorio en la sentencia recurrida, en el particular de determinar la forma de ejecución de la pena impuesta (seis días de localización permanente) al establecer su cumplimiento en Centro Penitenciario, no habiendo sido solicitada tal modalidad agravada de cumplimiento de la pena por ninguna de las acusaciones personadas en el acto del juicio.

En efecto, a la vista del acta del juicio oral resulta haber solicitado la parte denunciante la condena a pena de multa, mientras el Ministerio Fiscal, solicitó la pena luego impuesta de seis días de localización permanente, sin otra matización.

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado y la pena impuesta se cumplirá en su forma normal de cumplimiento domiciliario, en atención a dos órdenes de argumentos.

- En primer lugar, lo alegado por el recurrente, pues no interesando las acusaciones el cumplimiento de la pena de localización permanente en su modalidad agravada de cumplimiento en centro penitenciario durante los fines de semana (artículo 37,1 del Código Penal) la decisión del juez a quo supone una agravación objetiva de la solicitud de condena deducida en forma en juicio, quebrando así el principio acusatorio al imponer penalidad más gravosa que la mayor de las solicitadas.

- En segundo lugar, el tenor literal de los artículos 37.1 y 623.1 del Código Penal, condicionan la posibilidad de acordar el cumplimiento en centro penitenciario de esta pena, a los supuestos de “perpetración reiterada de esta falta”, y en el caso de autos, el juez

a quo no incluye entre los hechos probados de su resolución la constatación de esta reiteración en la infracción penal y su brevísima argumentación al respecto (Fundamento Jurídico cuarto) elude la afirmación de esa reiteración limitándose a señalar que cabe “suponer que este individuo se dedica habitualmente a realizar esta conducta delictiva”. Y si el juez a quo tiene que “suponer” esa reiteración, ello sólo es explicable en el caso de que carezca de acreditación de la misma, por lo que en ningún caso resulta admisible esa presunción (suposición) contra reo, por lo que procede estimar el recurso.

Las costas de esta alzada se declaran de oficio (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) al no apreciarse motivos de temeridad o mala fe en la interposición del recurso, máxime a la vista de su estimación.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fallo

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Torcuato contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2012 recaída en el procedimiento juicio de faltas nº 1000/2012 del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid, se revoca dicha resolución en el particular relativo a la forma de ejecución de la pena de localización permanente impuesta, que lo será en el domicilio del condenado, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la misma y declarando de oficio las costas de esta alzada.

136.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 22/08/13

Nulidad de la inclusión en el fichero FIES por falta de motivación.

I. Hechos

Por la letrada, en defensa de A.S.A., se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena que desestimaba el recurso de queja formulada por el interno por su inclusión en el FIES.

De dicho recurso se confirió traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso a su estimación, elevándose a esta Sala los testimonios que las partes tuvieron por conveniente al amparo de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fundamentos jurídicos

El auto impugnado confirma la resolución de la autoridad penitenciaria que dispuso la inclusión del interno A.S.A. en el FIES, sobre la base de falta de motivación del acuerdo.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 anulaba aspectos de la instrucción 21/1996, de 16 de diciembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por cuanto incidía en un exceso al invadir materia reservada a la ley o el reglamento, en la medida que afectaba a derechos y situaciones de los internos, cuyas circunstancias deben estar concretadas por elementos con rango normativo, rango del que carecen las meras instrucciones. En la actualidad, el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se reforma el Reglamento Penitenciario, da la suficiente cobertura normativa a los ficheros de esta naturaleza modificando el artículo 6 del Reglamento al introducir el apartado 4º que habilita la creación de los mismos, subrayando que “En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda

En definitiva, subraya el criterio que desde antiguo venía estableciendo el Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuyo Auto de fecha 8 de marzo de 2007 se concretaba: “Lo relevante para los Tribunales es que la inclusión en el fichero no puede llevar asociada por sí misma ninguna consecuencia desfavorable para el interno en los ámbitos de régimen y tratamiento penitenciario ; la adopción medidas restrictivas exige acudir a la vía contemplada en el Reglamento Penitenciario lo que implica la motivación individualizada del acuerdo y la dación de cuenta al Juez de Vigilancia a efectos del control de su legalidad y procedencia.

La mera inclusión del interno en el fichero no supone alteración de su situación penitenciaria, ni restricción específica de derecho alguno, ni merma en sus expectativas regimentales, pues obedece a criterios de seguimiento y control. Por consiguiente, la inclusión, de suyo, no le infiere perjuicio alguno, tal como han entendido los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2009, y 9 de mayo de 2007, y debe ratificarse en esta resolución.

Por su parte la Instrucción 12/2011/TGP, de 29 de julio, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, define cuáles son los internos que pueden ser objeto de inclusión en este fichero y, concretamente, en lo que se refiere al apelante que fue inicialmente incluido en el colectivo FIES-2, posteriormente calificado en el FIES-5, al apreciar de oficio la administración penitenciaria que no reunía las características del anterior, se refiere al colectivo FIES-5 CE (Características Especiales), de la siguiente manera:

“Se incluyen diversos grupos de internos que por sus características criminológicas o penitenciarias, precisan de un especial seguimiento.

Estos son:

- Internos con un historial penitenciario de alta conflictividad
- Autores de delitos muy graves que hayan generado una gran alarma social.
- Pertenecientes o vinculados a grupos violentos de carácter racista o xenófobo.

- Internos que sin estar procesados o condenados por terrorismo islamista destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad al ideario terrorista y por liderar ó integrar grupos de presión o captación en el Centro penitenciario.
- Condenados por el Tribunal Penal Internacional
- Colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales”.

Seguidamente la instrucción señala los requisitos que la administración penitenciaria debe observar para incluir a los internos al detallar:

“2.2.2 Alta y baja en el fichero

1. El alta y la baja en el Fichero se producirá por decisión del Centro Directivo a la vista de los informes que se posean, de oficio o a propuesta de los responsables de los Centros.
2. Este acuerdo se anotará en el expediente personal del interno.
3. A tal fin, cuando se tenga constancia de ingreso procedente de libertad de internos que reúnan algunas de estas características, deberá proponerse la inclusión, remitiéndose los datos al Centro Directivo.
4. Una vez se reciba en el Centro Penitenciario el acuerdo sobre inclusión en el fichero, se procederá a informar al interno, de forma que quede constancia de la misma de los siguientes aspectos:
 - De la inclusión de sus datos en el fichero.
 - De la posibilidad de ejercer el derecho de rectificación y demás derechos que establece la Ley Orgánica de Protección de Datos.
 - De que el responsable del tratamiento de los datos es la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Teniendo en cuenta las competencias que la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en el mismo documento se informara de la posibilidad de plantear queja ante estos órganos judiciales”.

En definitiva, aun cuando la inclusión no comporte lesión actual de derechos regimentales, en cuanto supone un uso más intensivo de sus datos personales y una especial observación en cuanto al tratamiento, la inclusión debe proyectarse no respecto de cualquier interno, sino sólo de los que reúnan un perfil de peligrosidad concreto y debe comunicarse al propio interno la citada inclusión, así como la posibilidad de interponer queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria lo cual evidencia que la propia administración le concede un gravamen aunque sea mínimo a tal inclusión.

Por ello, el acuerdo de inclusión deberá individualizar unos aspectos mínimos, como es el de concretar la pertenencia a uno de los grupos específicos a que hace referencia la instrucción, como exigencia necesaria de razonamiento que proscriba la arbitrariedad de incluir a cualesquiera internos en el fichero, tal como demanda con carácter general el artículo 9.3 de la Constitución,

En el caso que se examina, el acuerdo no señala a qué grupo pertenecería el interno cuya inclusión se discute, limitándose a indicar su incorporación, lo que le impide conocer la motivación que tiene que discutir en cuanto a su cualidad personal para hacerse acreedor de tal circunstancia, por lo que, procede estimar el recurso, disponiendo la nulidad de la inclusión en el FIES por falta de motivación, sin perjuicio de la facultad de la Administración Penitenciaria de proponer su inclusión, en su caso, siempre que cumpla con su obligación de motivar.

Parte dispositiva

La sala acuerda: estimar el recurso de apelación interpuesto por la Letrada en defensa de A.S.A., contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena de fecha 3 de mayo de 2013 que desestima la queja formulada por el interno por la inclusión del mismo en el FIES-5; auto que se revoca, en el sentido de anular la citada inclusión del penado en el indicado registro con declaración de las costas de esta alzada de oficio.

137.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CASTELLÓN DE FECHA 29/04/13

Suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave (artículo 60 del Código Penal)

Hechos

El presente expediente, incoado tras mantener entrevista por la que suscribe en el Centro Penitenciario de Castellón II con el interno A.N.V., tiene por objeto de aplicarle la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad prevista en el artículo 60 del Código Penal.

A la vista del expediente, se acordó que el penado fuera reconocido por el Médico Forense, y una vez practicado, se confirió traslado al Ministerio Fiscal, que informó en el sentido que es de ver en autos.

Razonamientos jurídicos

El artículo 60 del Código Penal, tras la modificación; operada en el Código penal de 1995 por la Ley Orgánica 15/2003, establece que “1.- Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias”.

Y en el presente caso, tal como informa el Médico Forense, A.N.V., en la actualidad interno en el Centro Penitenciario de Castellón II, presenta un diagnóstico de trastorno de la personalidad mixto con rasgos antiso-

ciales, trastorno de la tourette, trastorno obsesivo compulsivo, trastorno psicótico, trastorno relacionado con sustancias por consumo de cocaína, cannabis y alcohol; que no le permiten conocer el sentido de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Valencia, ejecutorias 675/2011, 676/2011, 573/2012 y 38/2012, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 60 del Código Penal procede acordar la suspensión ejecución de la pena, Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto, y atendiendo al tenor del informe médico forense, así como al hecho de que el interno se halla judicialmente incapacitado, habiendo sido atribuida la tutela a la Generalitat Valenciana, así como a la existencia de una medida de alejamiento respecto de su madre, procede imponer a A.N.V. la medida de seguridad de internamiento en el Centro de deshabitación de referencia, que en ningún caso podrá ser de duración superior a la pena privativa de libertad que en la actualidad se halla cumpliendo, y sin perjuicio de la procedencia de poner fin a la misma en caso de restablecimiento de la salud del penado.

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

Parte dispositiva

Se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a A.N.V. por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Valencia, ejecutorias 675/2011, 676/2011, 573/2012 y 38/2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal y se impone a A.N.V. la medida de seguridad de interinamiento en el Centro de deshabitación de referencia.

ÍNDICE ANALÍTICO

Acumulación

Acumulación de condena impuesta en España con la impuesta en EE.UU., debiendo cumplirse de manera simultanea, fijando como límite máximo de cumplimiento 240 meses.: § 8

Acumulación de condena impuesta por un Tribunal Europeo. Anula Auto de la Audiencia Nacional que declaró no haber lugar a incluir en la acumulación la condena impuesta por el Tribunal Correccional de París de 1999 y ya cumplida en Francia.: § 9

Aplicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y puesta en libertad del penado. Análisis de la legitimación de las partes personadas para intervenir en los procedimientos de aprobación de las redenciones abonables. Voto particular.: § 4

Derogación de la Doctrina Parot. Ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-10-2013: § 2

Derogación de la Doctrina Parot. Ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-10-13: § 3

Derogación de la Doctrina Parot: § 1

Desestima recurso. No adaptación de condena impuesta a un español por un Tribunal extraeuropeo (EE.UU.): § 7

Inadmisión del recurso de casación frente al Auto dictado en ejecución de sentencia por el que se acuerda aplicación del artículo 78 del Código Penal.: § 10

Posibilidad de acumulación aún cuando en alguna de las sentencias acumulables la pena privativa de libertad hubiese sido ya cumplida.: § 5

Procede la inclusión en la acumulación, en su caso, de una condena impuesta por un Tribunal extranjero al operar sobre ella el Convenio de Estrasburgo.: § 6

Clasificación

Artículo 86.4. Instalación de medio telemático a fin de potenciar la participación en su vida familiar.: § 17

Clasificación en tercer grado ponderando la edad (78 años) y el estado de salud pese a la no evolución favorable en el tratamiento penitenciario.: § 13

Continuidad en segundo grado. El Juzgado considera que el principio intimidatorio de toda pena conlleva la necesidad de un periodo mínimo (mitad de la condena): § 19

El penado estaba en tercer grado por clasificación ejecutiva. Anula acuerdo de la Junta y Resolución de Servicios Centrales de clasificación inicial en segundo grado. Debió mantener el tercer grado o proceder a su regresión.: § 16

Estima recurso contra el acuerdo de regresión al haberse dictado auto de sobreseimiento en las diligencias penales motivo de la regresión.: § 18

Progresión a tercer grado, sin tener extinguida la 1/4 parte de la condena. La totalidad de variables, salvo la extensión de la pena (10.06.00) son favorables.: § 11

Progresión a tercer grado de acuerdo con la propuesta de la Junta de Tratamiento.: § 14

Progresión a tercer grado. La Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en su resolución de mantenimiento en segundo grado artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, se excedió de las competencias que se le atribuyen

por el Reglamento Penitenciario, siendo la propuesta de la Junta de progresión tercer grado.: § 15

Tercer grado. Estudio del requisito de la Responsabilidad Civil.: § 12

Comunicaciones

Autoriza la comunicación con su compañera, por motivos humanitarios, mientras está hospitalizado, sin que quede sin efectos la restricción general acordada tras mal uso de un vis a vis.: § 35

Autoriza la comunicación con una línea telefónica aun si acreditación documental. En casos excepcionales establece el criterio de dos líneas extranjeras aun sin acreditación documental.: § 31

Desestima la demanda de amparo. Confirma la decisión previa de la Administración Penitenciaria que excluye a los primos de régimen de comunicaciones familiares vis a vis.: § 20

Desestima la queja contra la orden del centro de limitar latas de bebidas y prohibir alimentos en vis a vis.: § 23

Desestima la queja de celebrar comunicación con su pareja, dado que la comunicación autorizada era familiar con su pareja y sus dos hijos.: § 30

Desestima la queja de comunicación con una prima segunda, familiar lejano (cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2013 de 3 de julio). Debe acomodarse a la comprobación propia del régimen de los allegados.: § 21

Desestima la queja de hacer fotos a los familiares en los vis a vis.: § 24

Desestima la queja por denegación de comunicaciones vis a vis al no constar acreditación alguna de la condición de allegados de las personas con quienes solicita la comunicación.: § 29

Desestima la queja sobre exigencia a los familiares de presentar DNI de los menores de 12 años.: § 22

Desestima la queja sobre obligación de acreditar la titularidad de los teléfonos.: § 32

Desestima recurso contencioso-administrativo contra Circular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 30 de octubre de 2009: § 37

Entrevistas entre abogado y preso preventivo deben realizar sin barreras físicas. Su control es competencia del Juez de Instrucción: § 36

Estima la queja autorizando la comunicación telefónica con el número que el interno indique sin necesidad de acreditar previamente su titularidad.: § 33

Estima la queja y permite una comunicación con efectos retroactivos, ya que la misma no pudo celebrarse por causas ajenas al interno (traslado):. § 28

Estima la queja. Comunicaciones vis a vis entre internos en Centros Penitenciarios en distinta localidad.: § 27

Estima parcialmente la queja en el sentido de instar al Centro Penitenciario a que de forma progresiva aumente la frecuencia de las comunicaciones de convivencia hasta equipararlas a las familiares e íntimas.: § 25

Estima recurso del Fiscal frente al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que estimaba la queja sobre comunicaciones entre internos en distintos centros penitenciarios al no haber resolución previa de la Administración y por falta de competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre traslados.: § 26

La implicación del interno en un delito contra la salud pública de connotación internacional y su inclusión en FIES, son razones insuficientes para justificar una prórroga de la intervención de las comunicaciones.: § 34

Expulsión Administrativa y Judicial

Anula resolución de expulsión. La pena impuesta no supera el año de prisión.: § 39

Estima recurso frente a resolución de expulsión (artículo 57.2 de la LOEX), ponderando las circunstancias del artículo 57. 5 de la LOEX): § 40

Expulsión judicial a las 3/4 partes a petición de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.: § 43

La expulsión de condenada argentina, madre de una niña de nacionalidad española, no vulnera el derecho a la intimidad familiar ni las libertades de circulación y residencia. Voto particular.: § 38

No cabe la sustitución por la expulsión cuando el penado ha empezado a cumplir la pena de prisión de manera consolidada.: § 49

No ha lugar a la sustitución de la pena por la expulsión (artículo 89.5 del Código Penal) de penada clasificada en tercer grado.: § 47

No ha lugar a la sustitución por expulsión: § 46

No ha lugar sustitución por expulsión al no tener cumplidas las 3/4 partes ni encontrarse en tercer grado.: § 48

Revocación de la resolución de expulsión. Extranjero con permiso de larga duración.: § 41

Sustitución de la pena por expulsión al haber cumplido las 3/4 partes de una condena de 5 meses.: § 45

Sustitución de la pena por expulsión para el caso de que le fuera concedido el tercer grado, previa solicitud de la Dirección General de la Policía.: § 44

Sustitución por expulsión al haber accedido al tercer grado penitenciario.: § 42

Libertad Condicional

Aceptación de renuncia por parte del penado a la Libertad Condicional: § 69

Auto estimatorio de la apelación del Ministerio Fiscal, revocando la libertad condicional por insuficiente pago de responsabilidad civil.: § 68

Libertad Condicional adelantada. La Administración está obligada a contestar de forma expresa la instancia del interno relativa a la libertad condicional adelantada, a su estudio y motivación.: § 50

Recurso contra denegación de libertad condicional. Corresponde al Juez o Tribunal Sentenciador, según la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.: § 51

Revocación por comisión de delito con recomendación de continuidad en tercer grado.: § 53

Revocación por imposición de medidas cautelares de alejamiento de la persona que tenía la acogida.: § 63

Revocación por indocumentación.: § 65

Revocación por no presentación en el consulado de España en Cartagena de Indias (Colombia): § 66

Revocación por nueva condena (delito anterior a la libertad condicional):. § 59

Revocación por presunta comisión de delito.: § 52

Revocación por prisión preventiva que “torna el pronóstico en desfavorable”.: § 54

Revocación por prisión sobrevenida basada en indicios sólidos que implican incumplimiento de las normas elementales de buena conducta.: § 55

Revocación por situación de irregularidad, sin permiso de residencia y trabajo.: § 67

Suspensión por imputación por quebrantamiento de condena de medida cautelar de alejamiento. Advertencia y reingreso en tercer grado.: § 58

Suspensión por nueva causa penada, instando nueva refundición y propuesta de libertad condicional.: § 62

Suspensión por nueva causa pendiente y ampliación, que se hará efectiva en la nueva fecha de cumplimiento de las 3/4 partes.: § 60

Suspensión por nueva condena que se alzarán automáticamente al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena.: § 61

Suspensión por pérdida de acogida y reinicio en el consumo. Continuidad en tercer grado.: § 64

Suspensión por prisión preventiva.: § 56

Suspensión por prisión preventiva.: § 57

Liquidación

Compensación de la obligación de comparecencia conforme al artículo 59 del Código Penal.: § 71

Compensación de los días que hubo de comparecer (obligación apud acta de comparecencia) con la pena privativa de libertad impuesta. Voto particular.: § 70

Se incluyen los días de permiso ya disfrutados y posteriormente revocados al resolver recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.: § 72

Permisos

Concesión a extranjero al tener arraigo en España.: § 75

Concesión en atención al esfuerzo rehabilitador, sincero y expresivo de una transformación (penado por delitos de terrorismo): § 74

Concesión en base a la valoración global positiva.: § 76

Desestima recurso en cuanto a conceder nuevos permisos y lo estima en el sentido de permitir el disfrute de los ya concedidos.: § 79

Desestima la queja. Análisis del sistema de cupos.: § 77

No autoriza permiso extraordinario para valoración de discapacidad.: § 83

No concesión al no mejorar su aptitud en el programa de asistencia a la escuela a lo que se condicionaba la continuación de las salidas.: § 78

No son un “derecho” reconocido en la legislación española o en el Convenio. Inaplicación del artículo 6.1 Convenio.: § 73

Permiso extraordinario para reconocimiento médico por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades.: § 82

No autoriza permiso extraordinario para la renovación del permiso de residencia. Se adjunta escrito del Director acerca de que “el trámite debe de ser realizado inexorablemente de forma presencial”.: § 84

Revoca la suspensión acordada por consumo no prescrito de un medicamento no psicotrópico (TCA): § 80

Se deja sin efecto el permiso por la vinculación fraternal con interno que ha quebrantado el permiso.: § 81

Prescripción

El efecto interruptivo de la prescripción de la pena a raíz de la revocación de la suspensión condicional de los artículos 88 y ss., ha

sido declarado sin una motivación constitucionalmente admisible.: § 86

La medida cautelar de suspensión, ya sea por solicitud de indulto, ya sea adoptada en proceso de amparo, no interrumpe la prescripción de la pena.: § 85

Prisión Preventiva

Aplicación de la doctrina de abono de la prisión preventiva sufrida a otra causa cuyos hechos son posteriores a la medida cautelar, pero anteriores a la Sentencia absolutoria.: § 88

Orden Europea de Detención y Entrega. La medida de “prisión provisional diferida” no tiene cobertura legal y transgrede los principios de excepcionalidad, previsibilidad y proporcionalidad.: § 87

Redención

Desestima queja sobre abono de redenciones en el periodo que estuvo preventivo en EEUU. No basta estar dado de alta en redención es necesario que se den las condiciones objetivas para su obtención.: § 92

La ausencia de resoluciones de alta y baja y su eventual falta de notificación, no conlleva sin más a un derecho del interno.: § 89

La omisión de la propuesta y resolución judicial de baja en redención no puede salvarse meses o años después de la cancelación de las faltas.: § 90

Redenciones extraordinarias: desestima queja dado que los estudios universitarios realizados en los periodos reclamados no se con-

sideran encaminados a la reeducación y reinserción social del interno.: § 91

Régimen Disciplinario

Acumulación de sanciones.: § 108

Anula la calificación jurídica “no deben castigarse como coacciones las advertencias, o el inicio de actos de autolesión o huelga de hambre”, salvo en determinadas circunstancias.: § 100

Autolesiones, no sancionables.: § 101

Deja sin efecto la sanción al cometerse el hecho en el seno de una correspondencia privada. Libra testimonio al Juzgado de Instrucción por si el hecho fuera constitutivo de infracción penal.: § 94

Deja sin efecto la sanción al declarar exento de responsabilidad al interno que actuó en estado de “brote psicótico agudo”.: § 105

Deja sin efecto la sanción al no constar en el relato acusatorio los datos jurídicos esenciales.: § 104

Deja sin efecto la sanción. El consumo se produjo durante un permiso y fuera del ámbito de la prisión.: § 96

Deja sin efecto la sanción. La falta de divulgación de noticias o datos falsos exige la intención de menoscabar la buena marcha regimental.: § 106

Deja sin efecto las sanciones porque los hechos rebasan el ámbito puramente disciplinario.: § 97

Deja sin efecto las sanciones impuestas por hechos cometidos en los calabozos de los Juzgados al rebasar el ámbito puramente disciplinario.: § 98

Estima la queja del interno sobre nueva incoación de Expediente Disciplinario por los mismos hechos que dieron lugar a otro expediente disciplinario anterior archivado por caducidad.: § 110

Modera la sanción. “Huelga de patio”.: § 107

No sanciona el consumo de alcohol al regresar de un permiso, toda vez que se produce fuera del Centro Penitenciario.: § 95

No sanciona la negativa a realizar limpieza de las zonas comunes.: § 99

Otorga el amparo y anula la sanción impuesta, por violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en la obtención de la prueba.: § 93

Rebaja la calificación, sancionando por desobediencia leve, dado que finalmente se cumplen las órdenes dadas.: § 103

Rebaja la gravedad de la infracción. El artículo 109-i utiliza el término “uso” en una interpretación “favor rei” hay que entender sancionable sólo el abuso.: § 102

Recurso verbal no requiere la presencia física del Juez de Vigilancia Penitenciaria.: § 109

Responsabilidad Patrimonial

Agresión sexual cometida en libertad provisional.: § 111

Declara la Responsabilidad Civil Subsidiaria de la Administración Penitenciaria por una tentativa de homicidio en el Centro Penitenciario.: § 114

Establece la responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria con un intento de suicidio cuando el interno cumplía una sanción de aislamiento en celda.: § 113

Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Delito cometido por jóvenes que se hallaban en libertad condicional uno y en libertad provisional otro.: § 112

Sanitaria

Estimación parcial de la queja a fin de que se proporcione al interno la prótesis que requiere, si se encuentra en el catálogo general de material ortoprotésico del SACYL: § 116

Tratamiento médico forzoso.: § 115

Seguridad Establecimiento

Deniega la exploración radiológica al no considerarla imprescindible ni necesaria.: § 118

Estima queja sobre retención de fotografías.: § 120

Estima recurso del Fiscal frente a Resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que estimaba la queja en cuanto a limitación de aparatos de TV a uno por celda.: § 121

Objetos prohibidos. Estimación parcial de la queja sobre forma de fotografiar.: § 119

Otorga el amparo al haberse realizado cacheos integrales sin hacer mención de los motivos de seguridad concretos y específicos.: § 117

Trabajo en Beneficio de la Comunidad

Califica el hecho como delito de quebrantamiento y no falta de desobediencia (no acude a las citas con lo que impide el inicio de la ejecución).: § 123

La ejecución se inicia cuando se notifica el plan de cumplimiento, a partir de este momento, la ausencia injustificada, supondrá un verdadero quebrantamiento de condena.: § 126

No se exige coincidencia aritmética entre el número de jornadas impuestas y el número de sesiones formativas o actividades del Taller o programa.: § 122

Quebrantamiento de condena. Inasistencia injustificada del penado ante el Servicio de Gestión de Penas para la elaboración del plan de ejecución.: § 125

Quebrantamiento por no comparecer a elaborar el plan de ejecución o por negativa expresa a cumplir.: § 124

Traslados

Conflicto de Jurisdicción entre el Juzgado Vigilancia Penitenciaria y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. El traslado de interno de centro es competencia de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.: § 127

Desestima recurso al atender el traslado de centro al objetivo prioritario del tratamiento de su toxicofilia.: § 128

Desestima recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales al considerar las infracciones alegadas como cuestiones de legalidad ordinaria.: § 129

Estima el recurso ante la ausencia total de motivación o justificación de la denegación del traslado.: § 131

Estima el recurso por falta de acreditación del fundamento de la resolución denegatoria del traslado de centro.: § 130

Estima el recurso por falta de motivación de la limitación temporal del traslado.: § 132

Estima la queja de traslado de Televisión.: § 133

Otros

Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad. Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La interpretación de las normas sobre competencia de los órganos judiciales corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.: § 134

Localización permanente. No procede modalidad agravada de cumplimiento en Centro Penitenciario.: § 135

Nulidad de la inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento por falta de motivación.: § 136

Suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave (artículo 60 del Código Penal): § 137