

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2017**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2017

I.^a edición
Septiembre de 2018



MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

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

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

Elaboración y Comentarios:

Marta Jiménez López
Jurista de la Central Penitenciaria de Observación

Tratamiento Informático:

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

Catálogo 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 DE LA EETPFE.

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

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

Depósito Legal: M-25670-2012



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

PRÓLOGO

La Central Penitenciaria de Observación, un año más a través de la presente publicación de “Jurisprudencia penitenciaria”, ha procedido a recopilar aquellas resoluciones judiciales que más trascendencia han podido tener en el ámbito de la ejecución penal, muchas de ellas versan sobre materias que han sido reformadas por la Ley orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, que aun habiendo entrado en vigor ya el 1 de julio de 2015, todavía da lugar a resoluciones relativas a cuestiones de interpretación jurisprudencial sobre el alcance de dichas reformas. Precisamente, una de las novedades introducidas por la mencionada Ley, es la figura de la “prisión permanente revisable”, pena cuya ejecución está dando sus primeros pasos y, eso se traduce en la escasez de resoluciones sobre la misma, aunque el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algún aspecto de esta figura, y sobre su forma de aplicación. Me consta por mi experiencia profesional como Juez de Vigilancia penitenciaria la utilidad que para todos los profesionales relacionados con el sistema penitenciario tiene este tipo de trabajos.

Siguiendo con las consecuencias de la reforma operada en el año 2015, y precisamente en materia de acumulación jurídica, podemos observar la continuidad en la aplicación de la llamada “doctrina de bloques”, pudiendo proceder a la aplicación del bloque más favorable entre todas las alternativas posibles que observen las exigencias del artículo 76.2 del Código Penal.

En el apartado de “derechos”, nos encontraremos con resoluciones de muy diversa índole destacando, las relacionadas con el uso del “hiyab” por parte de los internos en el centro penitenciario; aspecto que si bien no es novedoso, ha dado lugar a resoluciones con distinto resultado respecto a las dictadas en el pasado año 2016.

En materia de expulsión, se destacan algunas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que el alto tribunal interpreta la legislación europea (Directivas 2003/19 y 2004/38). Además, en esta Edición hay dos apartados novedosos respecto a las recopilaciones de años anteriores: el primero de ellos es el que se ha denominado “Elementos y consideraciones del delito contra la salud pública cometido en Centro Penitenciario” en relación a la interceptación de sustancias estupefacientes en cacheos realizados en comunicaciones o en los diversos controles de entrada al Centro penitenciario. Y, el segundo lleva por título “Liquidaciones de condena”, que versa sobre la imposibilidad de la modificación de una liquidación de condena que ha devenido firme, y la repercusión que esto tiene en la figura de la refundición de condenas, y por ende, en las fechas de cumplimiento del penado.

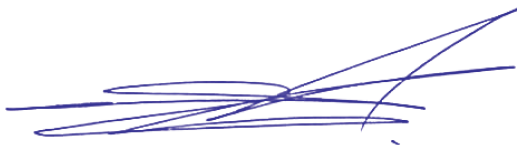
Todo ello va a permitir a los estudiosos del derecho penitenciario profundizar en el conocimiento científico de la actividad penitenciaria, a través del elenco de resoluciones administrativas que suscitan estas resoluciones judiciales comentadas, bien por la vía ordinaria o de impugnación.

Para finalizar, quiero agradecer el esfuerzo del trabajo de la Central Penitenciaria de Observación en el desarrollo de sus cometidos; en particular quiero hacerlo a la autora de la presente Edición, Marta Jiménez López, y a Vicente Fernández Fernández, encargado de los trabajos de preparación de la publicación, ha-

ciendo extensivo este agradecimiento a los distintos profesionales de los Centros penitenciarios, que han aportado las resoluciones judiciales que en esta Edición se comentan.

Por mi parte, como Secretario General, asumo el compromiso de seguir impulsando esta publicación de la Central de Observación, en aras a procurar una mayor la difusión del conocimiento jurídico penitenciario.

Madrid a 6 de noviembre de 2018

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping, fluid strokes that form a complex, cursive shape.

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

SUMARIO

SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo	7
Sumario	13
Comentarios	17
Capítulo I: Acumulación	65
Capítulo II: Beneficios	141
Capítulo III: Clasificación	185
Capítulo IV: Comunicaciones.....	235
Capítulo V: Derechos	259
Capítulo VI: Elementos y consideraciones del delito CSP en los Centros Penitenciarios.....	287
Capítulo VII: Expulsión	337
Capítulo VIII: Libertad condicional	383
Capítulo IX: Liquidaciones de condena	409
Capítulo X: Medidas de seguridad	497
Capítulo XI: Permisos.....	513
Capítulo XII: Prisión permanente revisable.....	555
Capítulo XIII: Prisión preventiva	565
Capítulo XIV: Reconocimiento mutuo de resoluciones penales	587
Capítulo XV: Refundición de condenas.....	595
Capítulo XVI: Régimen disciplinario.....	607
Capítulo XVII: Responsabilidad patrimonial	639
Capítulo XVIII: Sanitaria	673
Capítulo XIX: Seguridad Establecimiento	679
Capítulo XX: Suspensión de la condena	691
Capítulo XXI: Trabajo en Beneficio de la Comunidad	721

Capítulo XXII: Trabajo penitenciario	759
Capítulo XXIII: Traslados	779
Capítulo XXIV: Otros	839
Índice analítico	883

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

Un año más hemos recopilado las resoluciones de Jueces y Tribunales en materia penitenciaria de mayor interés que se han dictado en este pasado 2017.

Como podremos observar, algunas de ellas versan sobre materias que han sido reformadas por la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal, que aun habiendo entrado en vigor el 1 de julio de 2015, todavía da lugar a resoluciones relativas a cuestiones de interpretación y de la determinación del alcance de dichas reformas.

Precisamente, una de las novedades introducidas por la mencionada Ley, es la figura de la “prisión permanente revisable”. Pena por tanto, cuya ejecución está dando todavía sus primeros pasos y eso se traduce en la escasez de resoluciones sobre la misma.

No obstante, como detallaremos más adelante, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algún aspecto de esta figura, y sobre la forma de aplicación de la misma. Concretamente, en la sentencia 298/2017 de 27 de abril de 2017, en el contexto de determinar la ley penal más favorable para el condenado, en contraste con la figura de la acumulación de condenas, hace mención a su duración indeterminada: *“la pena impuesta, después del establecimiento de un límite de cumplimiento, queda establecida en un máximo de cuarenta años, mientras que la prisión permanente revisable, no está limitada en su extensión temporal. Por ello, considerada taxativamente, resulta de mayor gravedad que la anterior. Y, aunque pueda tener una duración menor en privación efectiva de libertad, esa posibilidad depende de la decisión del Tribunal, que habrá de valorar las circunstancias del penado, las cuales, en la medida en que dependen de cada caso concreto, no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la determinación de la disposición más favorable, según las reglas antes expuestas”*.

Siguiendo con las consecuencias de la reforma operada en 2015, y precisamente en materia de acumulación, podemos observar la continuidad en la aplicación de la llamada “doctrina de bloques” y de la posibilidad de reutilización de las condenas integradas en bloques “no fructíferos”, pudiendo proceder a la aplicación del bloque más favorable entre todas las alternativas posibles que observen las exigencias del artículo 76.2 del Código Penal, tal y como recuerda la sentencia de 3 de octubre de 2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En el apartado de “Derechos”, nos encontraremos con resoluciones de muy diversa índole destacando, como luego veremos en el apartado correspondiente, sendos pronunciamientos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y de la Audiencia Nacional respectivamente, en relación a la autorización para el uso del hiyab por parte de los internos en el centro penitenciario. Aspecto que si bien es cierto no es novedoso en cuanto a su controversia, ha dado lugar a resoluciones con distinto resultado respecto a las dictadas en el pasado año 2016.

En materia de Expulsión, destacamos dos resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que este órgano judicial interpreta la legislación europea (directivas 2003/19 y 2004/38) destacando en una de ellas la especial protección de los nacionales de un tercer estado con la condición de residentes de larga duración frente a la expulsión, y en la segunda delimitando el concepto de “amenaza real y actual”, presupuesto ineludible para la adopción de una resolución de expulsión de un ciudadano de la Unión Europea.

Queremos también hacer mención en esta introducción previa al desglose por materias, a dos apartados novedosos respecto a las recopilaciones de años anteriores.

El primero de ellos es el que hemos denominado “Elementos y consideraciones del delito contra la salud pública cometido en Centro Penitenciario”. Hemos considerado conveniente la inclusión de varias sentencias que analizan, principalmente, si en distintos supuestos concurren los elementos del subtipo agravado de realización de la conducta típica en establecimientos penitenciarios (artículo 369.1 7ª del Código Penal) en relación a la interceptación de sustancias estupefacientes en cacheos realizados en comunicaciones o en los diversos controles de entrada al Centro.

El segundo lleva por título “Liquidaciones de condena”. Como el lector podrá observar incluimos tres autos del Juzgado Penal de Santander número 2, que afectan a distintos Centros Penitenciarios.

La razón de su inclusión es el pronunciamiento que el magistrado realiza y reitera en resoluciones de distintas fechas sobre la imposibilidad de la modificación de una liquidación de condena que ha devenido firme, y la repercusión que esto tiene en la figura de la refundición de condenas, y por ende, en las fechas de cumplimiento del penado (autos que analizaremos con mayor profundidad en el apartado correspondiente).

ACUMULACIÓN

Siguiendo con el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal sección 1ª, de 3 de octubre de 2017 a la que hemos hecho referencia anteriormente, y que sigue la doctrina establecida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2016 para la unificación de criterios, a parte de la idea de la llamada “reutilización de condenas”, hay que destacar la idea de que el tribunal que efectúe la acumulación pueda proceder a la elección de la ejecutoria que sirva de base a la misma.

A la vista de esta premisa, se hace alusión a que el texto legal predica la observancia del requisito cronológico para la formación de la pieza de acumulación, pero no plantea ninguna exigencia más allá de esta condición.

Por lo tanto, a tenor de lo establecido en el apartado segundo del artículo 76 del Código Penal en el que se fijan los requisitos para su aplicación, y en cuanto a la elección de la sentencia que debe servir de referencia para efectuar la acumulación, aclara que *“ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso”*.

Resaltamos también la sentencia de fecha 17 de mayo de 2017 (también del Tribunal Supremo) que delimita la competencia de los Juzgados de Instrucción en materia de acumulación de condenas. Despejando las dudas que se hubieran podido suscitar de la siguiente forma: *“(…) se distingue entre las sentencias dictadas en el trámite de conformidad en el Juzgado de Guardia por el Juez de Instrucción, donde, conforme a las previsiones*

del artículo 801.4 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede se remita la sentencia al Juzgado de lo Penal que corresponda “que continuará su ejecución”, y las sentencias condenatorias dictadas en un Juicio de Faltas. En estos casos, dice la Fiscalía General del Estado, el Juzgado de Instrucción tiene plena jurisdicción en fase de ejecución, no pudiendo deducirse su incompetencia del tenor del artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que “se refiere al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”.

La última resolución que figura en este apartado versa sobre la posibilidad de incluir en el trámite de acumulación condenas cuya ejecución se encuentra en periodo de suspensión. Concretamente hablamos de la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2017, que en su fundamento jurídico cuarto, argumenta la inclusión de las penas suspendidas en base a la idea de que lo que constituye un beneficio no puede convertirse en un perjuicio obstaculizando el trámite de acumulación.

Únicamente en los casos en los que la pena suspendida fuera la que determinara la fijación del límite máximo de cumplimiento, favorecería al penado que no se acumulara y que prosiguiera el régimen de suspensión.

Circunstancia que no se da en el caso objeto de estudio y por tanto, no supone para el penado un incremento del periodo de cumplimiento que será el mismo en el caso de que se incluyan en la acumulación.

Termina el Alto Tribunal su argumentación haciendo mención a que la exclusión de las penas suspendidas podría incitar al penado al incumplimiento de las condiciones de la suspensión con la finalidad de que ésta quede sin efecto y así posibilitar la inclusión de esa pena en la futura acumulación *“Con lo cual, parece obvio que los fines de reinserción social y de reeducación del penado a que tiende la suspensión de la pena dejarían de cumplirse y ésta obtendría un resultado contrario al que se pretende. Por último, no deja de resultar contradictorio que la jurisprudencia de esta Sala admita que operen en una nueva acumulación las condenas ya cumplidas o ejecutadas (Sentencias del Tribunal Supremo 297/2008, de 15-5; 434/2013, de 23-5; y 172/2014, de 5-3, entre otras) y que en cambio se rechace la acumulación de las sentencias cuya ejecución se halle suspendida por la aplicación de lo previsto en los artículos 80 y ss. del Código Penal”.*

BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Este apartado versa principalmente sobre la figura de la redención. Pese a que en la legislación actual ya no se contempla, seguimos contando con varias resoluciones en esta materia debido, como bien es sabido, al elevado número de penados a los que todavía les puede afectar este beneficio.

Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 en la que se estima el recurso de casación interpuesto por la representación del penado contra el auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional referente al cómputo de redenciones ordinarias y extraordinarias.

Dicho auto denegaba la práctica de una nueva liquidación de condena con inclusión de los periodos de redención contemplados en una liquidación aprobada en una fecha anterior, haciendo saber a la defensa del penado que dicha liquidación no tenía validez por haber sido modificada.

La parte recurrente argumenta que dichos periodos que aparecían en la liquidación de condena anterior, son por tanto, periodos de redención con reconocimiento por resolución judicial firme y de obligado cumplimiento en cuanto son derechos obtenidos por el interno.

El Tribunal pese a apreciar que “ *todo deja entrever que hubo errores en la primera liquidación, y también lo es que se omitió el trámite de la aprobación de la propuesta del Centro Penitenciario de Castellón 2 por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, ignorándose las razones por las que se omitió ese trámite y por qué se realizó la liquidación sin que fuera cumplimentado*”, puntualiza después que al dejar sin efecto una providencia que había adquirido firmeza y revocando “de facto” el periodo de redención concedido en dicha resolución “*es patente que se incumplió una resolución judicial firme y se dejaron sin efecto en perjuicio del penado los días que se le habían concedido como redención de penas*”.

Termina su argumentación admitiendo que aunque los días de redención no se ajustan a los realmente trabajados por el penado, esa resolución no puede quedar sin efecto una vez que es firme y a tenor de la preclusividad de los recursos y de las garantías que impone el principio de seguridad jurídica, máxime cuando afecta al derecho a la libertad.

En este apartado nos encontraremos con más resoluciones relativas a la redención (tanto ordinaria como extraordinaria), y por último, haremos

mención al auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 16 de enero de 2017 en materia de indulto. Dicho auto estima el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, al apreciar la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, haciendo constar que el informe del Director del Centro Penitenciario carecía de suficiente motivación en relación a la decisión de no tramitar la solicitud de indulto del interno.

La Sala acuerda revocar el auto impugnado para que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie sobre la pretensión del recurrente, añadiendo que si lo estima oportuno, solicitará los informes pertinentes al Centro Penitenciario en cumplimiento de las exigencias dimanantes del artículo 24 de la Constitución española.

CLASIFICACIÓN

En este apartado nos encontramos con resoluciones tanto estimatorias como desestimatorias de los recursos interpuestos en materia de clasificación.

En primer lugar, incluimos varias resoluciones judiciales que se pronuncian sobre la procedencia o no de la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

Destacamos en este sentido, el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 8 de noviembre de 2017, que estima parcialmente el recurso del interno interpuesto contra la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de mantenimiento en segundo grado. El órgano judicial acuerda el mantenimiento en segundo grado pero con la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario en relación al artículo 82 del mismo.

En este caso en concreto, el interno ha renunciado de forma explícita a la organización terrorista ETA *“se comprueba en un plano subjetivo con un sincero arrepentimiento de los hechos delictivos y una plena asunción del daño y sufrimiento causado a las víctimas”*

Por todo ello, se accede a la modalidad del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, debiendo concretarse la modalidad de flexibilización en tercer grado a la espera de constatar una oferta laboral en el exterior.

Siguiendo la línea de pronunciamientos sobre esta cuestión, destacamos dos resoluciones de Audiencias Provinciales, esta vez no autorizando la aplicación del mencionado precepto.

La primera de ellas emana de la Audiencia Provincial de Albacete que en su auto de fecha 15 de mayo de 2017 profundiza en los fines y objetivos que el citado artículo persigue, incidiendo en la necesidad de que concurran una serie de requisitos que permitan y justifiquen su aplicación, no siendo suficiente la existencia de una situación laboral favorable: *“Ciertamente, puede estimarse que la posibilidad contemplada en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario sea especialmente útil para los supuestos en los que el acceso al régimen abierto esté impedido por algún factor negativo que coexista con otros positivos. Sin embargo, en el caso presente la situación se aprecia como distinta por cuanto que se trata lisa y llanamente de adelantar el disfrute del régimen abierto con los únicos fundamentos que se derivan de una situación laboral favorable y la buena adaptación al régimen del centro penitenciario sin tener en cuenta otros factores, como la duración de las penas impuestas ni abordar rigurosamente la concurrencia de otros factores que justifiquen la atribución de responsabilidades más grandes que impliquen un mayor margen de libertad”*.

En la misma línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Guadalajara en su auto de fecha 14 de septiembre de 2017, que recordando la naturaleza excepcional del régimen contemplado en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, hace especial hincapié en la necesidad ineludible de la existencia de un programa específico que justifique la aplicación del llamado régimen de flexibilización: *“La aplicación de este precepto tiene carácter excepcional; facultativo, toda vez que va a dar lugar a un modelo de ejecución de naturaleza mixta, en el que se van a combinar aspectos propios de los diferentes grados penitenciarios; y específico y reglado del modelo de ejecución, con sujeción un programa muy concreto en el que es condición sine qua non esa combinación de aspectos atinentes a uno u otro grado, teniendo la Junta de Tratamiento la exclusiva legitimación para postular la aplicación del régimen mixto, toda vez que requiere la presentación de un programa específico, concreto y adaptado de forma individual al interno, no pudiendo ser éste quien, unilateral e interesadamente, proponga la aplicación de ese régimen específico*.

Ya sólo por estas consideraciones el recurso del interno debe ser desestimado, porque ni la Junta de Tratamiento ni la Subdirección propone programa específico alguno conforme a lo establecido en el referido precepto, siendo ello, como se ha dicho, uno de los requisitos esenciales de dicho régimen mixto. Pero es que, además, en el recurrente concurren los factores anteriormente detallados que desaconsejan por ahora la aplicación del referido régimen mixto o combinado”.

Finalmente, queremos terminar este apartado haciendo mención a la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito “sine qua non” para acceder al régimen de tercer grado.

Sirva de ejemplo el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid número 5 de fecha 8 de junio de 2017, que tras exponer las exigencias contempladas en los artículos 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en referencia al pago de la responsabilidad civil, hace mención a las modulaciones y matizaciones a una rigurosa aplicación de estos preceptos, llegando a la conclusión de que a la hora de valorar una posible progresión a tercer grado, no sólo hay que considerar el pago de la deuda civil, sino también las circunstancias concurrentes de la situación y conducta del penado, además de la naturaleza del hecho cometido, todo ello para ponderar si el incumplimiento del pago de la responsabilidad civil excluye el acceso al tercer grado. En el caso objeto de estudio, concluye el órgano judicial que pese a disponer de cierta cantidad de dinero en su peculio y al hecho de haber suscrito un compromiso de pago (de 20 euros al mes) no consta que haya efectuado hasta el momento ningún pago.

Todo lo cual se considera por parte del juzgador como insuficiente “*pues aun en el caso de que lo cumpliera a partir de ahora, y teniendo en cuenta que el importe de la responsabilidad civil es de 2.000 euros, tardaría 8 años y 4 meses en el pago íntegro, eso sin tener en cuenta los intereses devengados, y además no consta que ese pago aplazado haya sido aprobado por el Tribunal Sentenciador.*

En estas circunstancias no puede entenderse cumplido el requisito referente al pago de la responsabilidad civil, por lo que procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal, recuperando el interno la anterior clasificación”.

COMUNICACIONES

En este apartado, como veremos, nos encontramos de nuevo con resoluciones en la línea de las de años anteriores, como por ejemplo las relativas a la exclusión de la llamadas a los abogados del cupo semanal máximo autorizado (véase auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 19/04/2017), o las de acotar el término de “allegado” (auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 12/12/2017: *“El término “allegados” que utilizan los artículos 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 45 del Reglamento Penitenciario, requiere una relación de íntima proximidad, cercanía a inmediatez en la convivencia que lo asemeja al vínculo parental. Así procede distinguir los meros amigos de los allegados exigiéndose a estos últimos un mayor grado de vinculación con el interno debiendo expresarse 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 otro orden de cosas, destacamos el auto de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 24 de febrero de 2017, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que valida el acuerdo del Centro Penitenciario de limitación de las comunicaciones de un interno incluido en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES 5).

La Dirección del Centro Penitenciario acuerda la limitación de las comunicaciones por tiempo de seis meses (dos cartas o telegramas por semana) excluyendo de esta restricción las orales y escritas con su abogado y procurador. La Audiencia Provincial considera que el recurso debe ser desestimado por estar el acuerdo suficientemente motivado y haberse realizado un adecuado juicio de proporcionalidad en la adopción de dicha medida. Concretamente, argumenta el órgano judicial que el acuerdo ha sido tomado en base al seguimiento por el interno del ideario de grupos integristas de índole religioso y su posible relación con movimientos extremistas de origen islámico, poniendo de manifiesto que *“No se trata de que haya sido incluido en el archivo FIES 5 y por ese solo motivo se haya acordado la restricción de sus comunicaciones escritas en el modo ya indicado, sino que son sus particulares circunstancias personales, antes mencionadas, las que, al margen de que la Administración penitenciaria haya decidido así clasificarlo, justifican la medida en cuanto aquellas, objetivamente*

consideradas, suponen unos concretos peligros que pueden incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento”.

Terminamos este capítulo destacando el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 9 de enero de 2017. Dicha resolución estima la queja interpuesta por el interno contra el acuerdo del Centro Penitenciario que no autoriza una comunicación por teléfono, por no acreditar la titularidad del mismo.

Se argumenta que la Administración Penitenciaria viene intentando en los últimos tiempos no sólo mejorar las condiciones de las comunicaciones de los internos con el exterior, sino también establecer controles que faciliten dentro de lo posible la identificación del comunicante.

No obstante, prosigue el auto, la acreditación previa de los titulares de los teléfonos no garantiza que el comunicante real sea la persona previamente identificada (existe la posibilidad de pasarse los aparatos en el momento de la comunicación y además el avance de la tecnología posibilita de tal forma la comunicación que se hace imposible la constatación previa de la persona interlocutora), concluyendo que la Administración Penitenciaria debe *“buscar fórmulas alternativas para garantizar el necesario control, mediante comprobaciones simultáneas 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”.*

DERECHOS

En este capítulo se recogen resoluciones de muy diversa índole, siempre teniendo como objeto de controversia la posible existencia de vulneración de los derechos de los que son titulares los internos en Centros Penitenciarios.

Comenzamos con una cuestión que ya ha provocado el pronunciamiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en años anteriores: la autorización para llevar un pañuelo islámico o “hiyab”.

Tal como se recogía en la recopilación de Jurisprudencia correspondiente al 2016, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictó un auto con fecha 19 de diciembre de 2016 en el que estimaba la queja de la interna por discriminación religiosa motivada por la prohibición del uso del pañuelo musulmán *“pues la salvaguarda del derecho a la libertad religiosa (...) es perfectamente compatible con las exigencias de seguridad interior y orden invocadas por el Centro Penitenciario”*.

No obstante, contra dicha resolución se interpone recurso de apelación, y precisamente el auto resolutorio del mismo es el que recogemos en primer lugar en este apartado.

Dicho auto (Audiencia Nacional Sala de lo Penal sección 1ª de fecha 17/07/2017), estima el recurso del Ministerio Fiscal, revocando la resolución anteriormente mencionada en el sentido de considerar que es procedente en derecho la prohibición del uso del hiyab. El argumento sobre el que se sustenta dicha resolución no es sólo una cuestión de seguridad sino también el uso que la interna hace del mismo *“con carácter reivindicativo de su posición yihadista”* actuando por tanto, y según la Audiencia Nacional, en detrimento de la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de la pena.

Recordamos también que respecto a este auto se emite un voto particular discrepante con el criterio mayoritario de la Sala, considerando que la prohibición impuesta supone una injerencia en un derecho fundamental que no se justifica por razones de seguridad y que a su vez, no puede considerarse como parte del tratamiento que no procede respecto a una persona que se encuentra cautelarmente privada de libertad.

Siguiendo con las resoluciones que tienen como objeto el derecho a la libertad religiosa, recogemos el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 1/02/2017 en el que se desestima la queja interpuesta por el interno contra el acuerdo por el que no se autoriza la realización de rezos en el patio ni portar vestiduras tradicionales musulmanas, concretamente una chilaba.

Argumenta el órgano judicial que dado su grado de clasificación (1º grado) y dadas las características de la prenda que pretende portar (una chilaba con capucha) por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, no se permite su uso en el Módulo en el que se ubica el interno, que sí que podría portar una chilaba tradicional sin capucha, prenda que ya obra de hecho en las vestiduras tradicionales que tiene y usa.

En cuanto a la cuestión de la autorización para realizar los rezos en el patio se arguye que *“Los patios, pasillos, circulaciones, escuelas, talleres, etc., son espacios comunes utilizados por todos los internos sin distinción; autorizar la práctica en ellos de actividades de culto o ritos supondría en cierta forma obligarles a participar de los mismos (extremo éste prohibido expresamente en el artículo 230.2 del Reglamento Penitenciario) afectando sin duda al ejercicio de otros derechos por el uso de espacios comunes con actividades incompatibles entre sí, a interrumpir actividades programadas, etc. Del mismo modo, la prohibición de realizar este tipo de prácticas religiosas en espacios comunes puso fin a situaciones potenciales de riesgo para la seguridad y buen orden del Centro, así como acciones más coactivas de internos extremadamente ortodoxos en la práctica religiosa sobre otros más laxos en la misma”*.

Finaliza determinando que no se ha producido una vulneración del derecho a la libertad religiosa puesto que el Centro ha puesto a disposición de los internos un lugar de culto colectivo o ha permitido la estancia en la celda a todos aquellos internos que de manera íntima y privada desean realizar sus ritos religiosos.

Para finalizar este capítulo, hacemos mención a la providencia del Juzgado de Instrucción de Granada número uno de fecha 24 de marzo de 2017, en la que se determina la obligación legal que tienen los internos seleccionados de participar en la diligencia de rueda de reconocimiento, apercibiéndoles de que la negativa a formar parte de este trámite puede constituir un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial.

Destacamos esta providencia puesto que tiene una clara relación con una resolución incluida en la recopilación de jurisprudencia penitenciaria del 2016. Concretamente, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de fecha 4/10/16 en la que dispone que *“en los supuestos en que los juzgados de instrucción acuerden requerir al Centro Penitenciario la proposición de excarcelación de determinados internos de características similares a las especificadas por el órgano requirente para participar en una rueda de reconocimiento, la proposición de los internos a excarcelar habrá de contar con el consentimiento de los mismos, y caso, de no obtener dicho consentimiento, habrá de notificarse así al órgano requirente a los efectos que el mismo estime oportunos”*.

ELEMENTOS Y CONSIDERACIONES DEL DELITO CSP EN CENTROS PENITENCIARIOS

Tal y como adelantábamos en la introducción a estos comentarios, en esta edición de la recopilación de jurisprudencia hemos creído conveniente introducir un nuevo apartado relativo a las especiales connotaciones del delito contra la salud pública cuando tiene lugar en las instalaciones de un establecimiento penitenciario.

Como bien es sabido, con la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 se produjo un agravamiento de las penas a imponer cuando la conducta punible tenga lugar en establecimientos penitenciarios, entre otros.

Asimismo, se modificó la redacción de dicha agravante, puesto que si antes de la reforma procedía su aplicación cuando las sustancias tóxicas se introducían en un establecimiento penitenciario, ahora se amplía la conducta típica incluyendo en ella las conductas que se realizan en los centros penitenciarios o en sus proximidades.

De todas las sentencias que contiene este capítulo, destacamos dos de ellas.

La primera, la dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 20/4/2017 en la que se estima parcialmente el recurso de casación al no apreciar la concurrencia de ese subtipo agravado al que venimos haciendo mención.

Partiendo de que al interno (al salir de una comunicación vis a vis) se le detectó en el cinturón que portaba, dos paquetes que contenían heroína, el Alto Tribunal sostiene que no se puede aplicar el subtipo agravado de la conducta típica, argumentando que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los internos. Considera por el contrario que tuvo lugar un peligro general pero ya cubierto por el tipo básico. Determina que *“en caso de vender o facilitar la droga “en los alrededores” del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación. No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta”*.

Finalmente, establece que existen alternativas a la hipótesis que justificó la aplicación del subtipo agravado, incluyendo la posibilidad de que la droga estuviera ya en la habitación olvidada o perdida con ocasión de una comunicación anterior.

La segunda sentencia a la que queremos hacer mención es la dictada por la Audiencia Provincial de Almería el 13/11/2017. En este caso se condena como autores de un delito contra la salud pública al interno y a su compañera sentimental, tras habersele incautado hachís a esta última en un cacheo antes de realizar la comunicación, argumentando que *“ese concierto de voluntades determina que se repute al mismo como autor del delito. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de doce de marzo de dos mil trece, en relación con supuesto de entrega de droga por correo u otro sistema de transporte, como podría ser el actual, donde un tercero transporta la droga hasta el interior del centro penitenciario, que “es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida”*.

EXPULSIÓN

Teniendo siempre en cuenta que el conocimiento de la situación administrativa en España de las personas sujetas a una pena privativa de libertad es una cuestión que cobra vital importancia a la hora de valorar la concesión de posibles beneficios penitenciarios, hemos creído conveniente incluir en este apartado varios tipos de resoluciones.

Queremos comenzar este capítulo haciendo mención a dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en el ejercicio de sus competencias de interpretación de la legislación en el ámbito europeo, procede a analizar dos directivas que inciden de lleno en el ámbito de las resoluciones administrativas de expulsión del territorio nacional.

La primera que mencionamos es la dictada el 7/12/2017, en la que en el contexto de una cuestión prejudicial, dictamina que la directiva 2003/109/CE debe interpretarse en el sentido de que deben aplicarse mecanismos que doten de una especial protección a un nacional de un tercer estado residente de larga duración, respecto a todas aquellas decisiones administrativas de expulsión, independientemente de la naturaleza o modalidad jurídica de la misma.

Continuando con la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta vez en relación a la directiva 2004/38, destacamos la sentencia de fecha 13 de julio de 2017.

Se parte de una resolución administrativa de expulsión dictada por la Subdelegación de Gobierno de Álava en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 apartado 1 letra c) del Real Decreto 240/2007 con prohibición de entrada en España durante diez años, debido a que el interno había sido condenado en virtud de tres sentencias a doce años de prisión por reiterados delitos de abusos sexuales a menores.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, para resolver el recurso de apelación, eleva una cuestión prejudicial sobre si el penado en cuestión representa una amenaza real y actual, requisito ineludible para que tenga lugar la expulsión. El tribunal europeo finalmente determina que la directiva *“debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, no excluye que su conducta constituya, en su caso, una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida”*.

Ya en un ámbito estrictamente penal, destacamos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 29 de marzo de 2017 (reproduciendo aquí únicamente los fundamentos relativos a la cuestión de la expulsión).

En su argumentación, expone de manera exhaustiva los distintos supuestos en los que puede operar el mecanismo previsto en el artículo 89.3 del Código penal, es decir, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, después de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

Recuerda el Tribunal Supremo que debe evitarse cualquier tipo de automatismo en la adopción de la medida de expulsión, debiendo realizarse por

el contrario un estudio pormenorizado de cada caso concreto, ponderando con cautela los derechos fundamentales en conflicto.

Incluimos también la sentencia de 7 de marzo de 2017 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que no se accede a la petición de la sustitución inmediata de la pena por la expulsión, en este caso en concreto, por considerar que daría lugar a una sensación de impunidad que anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena.

Se apunta que es necesario tomar en consideración factores tales como el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con su conducta delictiva. *“Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico”*.

Finalizamos el capítulo con el auto del Juzgado Penal de Córdoba número 5, de fecha 1 de agosto de 2017. En este caso, pese al consentimiento del penado para la sustitución de la pena privativa de libertad, al tratarse de un ciudadano comunitario, y dada la redacción actual del artículo 89 del Código Penal, únicamente es posible llevar a cabo dicha sustitución cuando represente una amenaza grave para el orden o la seguridad públicos, recordando el carácter excepcional de la medida.

LIBERTAD CONDICIONAL

Esta materia, como sabemos, sufrió una importante modificación con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pasando a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena.

Recordemos que uno de los principales cambios introducidos, recogido en el apartado 5 del artículo 90 del Código Penal, es que el plazo de la suspensión de la ejecución de la pena será de dos a cinco años.

Y precisamente respecto a esto último, se pronuncia la primera resolución incluida en este apartado. El auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de febrero de 2017 interpreta el precepto mencionado, y realiza un análisis sintáctico de la redacción del párrafo en cuestión, llegando a la conclusión de que en los supuestos en que la pena que quede por cumplir

sea superior a cinco años, la suspensión abarcará como mínimo el resto que quede por cumplir de la misma, sin la limitación antes mencionada.

Destacamos también el auto del Juzgado Penal número 12 de Madrid de fecha 14/02/2017, sobre la imposibilidad de aplicar de forma retroactiva el artículo 90 del Código Penal (en la redacción vigente a día de la fecha) por no resultar más favorable al penado.

Recordemos que esta cuestión no ha sido resuelta de forma pacífica por los tribunales, existiendo dos posturas completamente distintas en relación a la irretroactividad o no en la aplicación de esta disposición.

El Juzgado Penal número 12 de Madrid hace mención a que la sentencia del Tribunal Supremo de 12/06/2016 (en relación al periodo de seguridad para acceder al tercer grado establecido en la Ley Orgánica 7/2003) debió ser aplicable a esta cuestión, a falta de una Disposición Transitoria en la Ley Orgánica 1/2015 referida a esta materia.

Recogemos también en este capítulo dos resoluciones que hacen mención a las previsiones contenidas en el artículo 91 del Código Penal. En este caso, se trata de dos autos que tienen por objeto la desestimación de la concesión de la libertad condicional.

El auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Las Palmas de fecha 30/08/2017 pone el foco de atención en la distinción entre una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables y las denominadas enfermedades crónicas. En este caso, el órgano judicial determina que se trata de este último supuesto y que al no precisar cuidados excepcionales no es posible la concesión de la libertad condicional por esta vía.

Siguiendo con esta temática, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de fecha 18/9/2017 desestima la queja interpuesta por el interno solicitando la libertad condicional, arguyendo que aunque efectivamente, existe una enfermedad grave e incurable, ésta tiene un pronóstico favorable a corto plazo, para su tratamiento no resulta inadecuado el ambiente del Centro Penitenciario encontrándose en un módulo de vida normal y pudiendo hasta el momento cuidar de sí mismo.

Para cerrar los comentarios de este capítulo, queremos hacer mención a dos autos en concreto.

El primero de ellos es el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena de fecha 28/09/2017 en el que deniega la petición del Centro Penitenciario de libertad condicional de un interno comunitario (por la vía de aplicación del artículo 197 del Reglamento Penitenciario) al entender que las peticiones de cumplimiento en el país de origen deben acogerse a lo dispuesto en la Ley 23/2014 exceptuando los casos de los países en los que dicha norma no se hubiera implantado o si al penado le restasen más de seis meses de condena.

Cuestión esta que como veremos, también será objeto de controversia de otras resoluciones contenidas en el apartado de “Reconocimiento mutuo de resoluciones penales”.

Finalizamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Baleares de fecha 15/11/2017 en el que acuerda no revocar la libertad condicional pese al incumplimiento de una de las reglas de conducta impuestas, al haber tenido lugar un consumo de cannabis. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria hace suyos los argumentos de la Junta de Tratamiento que no estima procedente variar el pronóstico de integración social dada la proximidad de la fecha de licenciamiento definitivo y “la nula utilidad terapéutica del regreso del liberado al régimen ordinario”.

LIQUIDACIONES DE CONDENA

En este capítulo, exceptuando el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que comentaremos más adelante, todas las resoluciones que se incluyen son autos del Juzgado Penal número 2 de Santander.

Aunque efectivamente, como veremos, las resoluciones incluidas en este capítulo tienen incidencia directa sobre aspectos de las refundiciones de condena, habrá otro apartado dedicado exclusivamente a esa materia; consideramos que los autos aquí contenidos establecen un criterio lo suficientemente novedoso como para justificar su inclusión en un capítulo diferenciado.

Son autos de los meses de marzo, abril y mayo referidos a penados que se encuentran en distintos Centros Penitenciarios. Todos ellos tienen como objeto la relación entre las liquidaciones de condena y la figura de la refundición.

Se parte del supuesto de que el Centro Penitenciario “devuelve” la liquidación de condena por considerarla incorrecta en relación a la fecha de inicio del cumplimiento de la pena, puesto que la misma está incluida en un proyecto de refundición.

A través de los distintos autos, el Magistrado deja constancia de su criterio de no efectuar una nueva liquidación de condena sustentándose en el argumento de que ya existe una previa refundición de condenas que dejaría sin efecto cualquier liquidación practicada en la causa en cuestión.

Cerramos el capítulo con el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona anteriormente mencionado, de fecha 1/02/2017 que tiene como objeto la resolución del recurso de apelación contra una providencia por la que se deniega la petición del Centro Penitenciario de rectificación de liquidación de condena de una pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, para su cumplimiento sucesivo respecto a otra pena de análoga naturaleza impuesta en otra sentencia.

La Audiencia Provincial, citando un auto de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2012, estima el recurso al considerar que una pena privativa de derechos puede cumplirse de manera simultánea con una pena privativa de libertad, pero no con una pena de la misma naturaleza, donde sólo cabría el cumplimiento sucesivo.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Queremos comenzar este capítulo con el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 1 de marzo de 2017.

Dicho auto tiene por objeto la aclaración del fallo de la sentencia dictada por la misma autoridad judicial; fallo en el que se recoge, entre otros aspectos, la imposición de *“la pena de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable por el delito de asesinato con la aplicación de los artículos 101.2, 92 y 78 bis todos ellos del Código Penal, en la ejecución de la pena y a la medida por el delito de homicidio de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo de 13 años, 9 meses y 1 día”*.

El Ministerio Fiscal solicita que el tiempo máximo de internamiento no exceda por ambos delitos de 25 años.

La Audiencia Provincial pone de relieve que a día de la fecha no existe una solución legal en el Código Penal a esta cuestión, puesto que en nuestro texto normativo no se recoge la duración máxima de la medida de internamiento cuando ésta proviene de una pena de prisión permanente revisable. Recuerda el órgano judicial que el internamiento no podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad, pero en este caso concreto, estamos hablando de una pena que no tiene una duración determinada.

Termina su argumentación estableciendo un límite en favor del reo de 25 años para que se lleve a cabo una revisión completa del estado mental del internado, sin perjuicio de que las que se puedan efectuar en periodos inferiores, que determinarán si el sujeto está en condiciones de poder hacer vida en libertad con normalidad.

En este apartado, se recogen también autos de sustitución de una medida privativa de libertad por la de tratamiento ambulatorio externo (véase auto del Juzgado Penal número 5 de Granada de fecha 18/04/2017) y de suspensiones de la ejecución de la pena privativa de libertad y sustitución por medida de seguridad (autos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife y Granada de 23/4/2017 y 9/5/2017, respectivamente).

PERMISOS

En este capítulo nos encontraremos con numerosos autos de Audiencias Provinciales tanto estimatorios como desestimatorios de recursos de apelación que versan sobre la concesión de permisos ordinarios de salida.

Comenzamos comentando el auto de la Audiencia Nacional de la Sala de lo Penal, sección 1º de fecha 30/03/2017 en el que se estima el recurso de apelación interpuesto por el interno contra el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria denegatorio de permiso ordinario de salida.

En su argumentación destaca la Audiencia que el permiso es un instrumento para la preparación de la vida en libertad y neutralizar las consecuencias de la prisionización.

Continúa indicando que dado el periodo de cumplimiento en el que se encuentra el penado (fecha de licenciamiento definitivo prevista para el 2/12/2017) *“es irrelevante el título de condena, porque el cuarto del*

tiempo de la pena que prevé la norma resulta indisponible y marca la finalidad de prevención general y de retribución de la privación de libertad”.

Por todo ello, termina argumentando que “Los permisos de salida, debe recordarse, conceden al interno una facultad de actuación que pretende responsabilizarle por sus decisiones, le impone concretos deberes de reincorporarse al centro en el plazo señalado y de observar las reglas acordadas. Si incumpliere, podrá ser sancionado penalmente (por quebrantamiento de condena, artículo 468 del Código Penal) y se tendrá en cuenta esa conducta para la posible denegación de nuevos permisos. De esa manera los permisos permiten comprobar de modo riguroso la evolución del condenado y el avance del tratamiento. Por todo ello, debe accederse al recurso de apelación y conceder al interno I.V.C. un permiso ordinario de tres días, con las medidas de seguridad que la Junta estime procedentes. Y a partir de este momento, mientras no cambien las circunstancias, la Junta deberá regularizar sus permisos conforme a los cupos legales”.

Destacamos también el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23/01/2017 en el que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que acordaba la revocación de un permiso ordinario concedido con anterioridad.

Dicha revocación se fundamentaba en un informe del Centro Penitenciario que explicaba el posterior conocimiento de una orden de alejamiento adoptada en el marco de unas Diligencias Previas por presunto delito de violencia de género.

Por parte del interno afectado se alegaba que la existencia de la orden era conocida y que existían otras con la misma víctima.

La Audiencia señala que aunque efectivamente, se trate de un hecho nuevo y desconocido hasta el momento, cuestión diferente es si supone una modificación relevante de las circunstancias que propiciaron la concesión del permiso. Por ello, estima parcialmente el recurso limitando la revocación originaria a una suspensión de carácter provisional hasta que se esclarezcan las circunstancias que motivaron la revocación (imputación y estado del procedimiento).

Finalizamos señalando dos últimos autos.

El primero de ellos proviene de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 3/10/2017 que estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno contra el auto denegatorio del permiso.

La denegación se fundamentaba, principalmente, en la existencia de una analítica con resultado positivo al regreso de un permiso anterior. Comparte la Audiencia el criterio de que resulta adecuada en estos casos la interrupción de los permisos durante lo que denomina “un periodo prudencial de cuatro meses” para consolidar la abstinencia y constituir un refuerzo negativo asociado al incumplimiento de las reglas de conducta impuestas durante el disfrute de un permiso. No obstante, señala a continuación, que dicha interrupción no puede traducirse en una indefinida denegación de los permisos, pues ello supondría *“la imposición de una sanción tácita por una conducta, en definitiva, no ilícita en el exterior del recinto penitenciario”*.

El segundo es el auto de la Audiencia Provincial de Cuenca que desestima el recurso de apelación contra el auto denegatorio de un permiso ordinario de salida.

Fundamenta la desestimación en varios elementos haciendo alusión al efecto intimidatorio de la pena, a la peligrosidad que denota el delito cometido (agresión sexual a menor), al abandono de forma voluntaria del programa específico de tratamiento y a la total ausencia de intención de abono de la responsabilidad civil pese a haber desempeñado durante algún tiempo un destino remunerado en prisión.

PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Tal y como adelantábamos en la introducción a estos comentarios, incluimos este apartado como novedad.

Recordemos que la prisión permanente revisable es una figura incluida muy recientemente en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí la escasez de resoluciones sobre la misma.

No obstante, hemos creído oportuno incluir la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de fecha 27 de abril de 2018 con motivo de la necesidad de determinar la norma más favorable para el penado, tal y como ya hemos hecho mención al comienzo de la Introducción.

Con motivo de la interposición de un recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema, determinando en primer lugar que a la hora de valorar qué disposición es la más favorable, *“habrá que prescindir de las particularidades que resultarían del caso particular de cada penado en la ejecución de las penas, solamente podrán ser valoradas a estos efectos aquellas normas de aplicación ineludible, no dependientes de las particularidades de la situación individual de cada penado, que afecten a la duración efectiva de la pena”*.

Seguidamente pasa a analizar que, mientras que en el supuesto de aplicación de la limitación establecida en el artículo 76.2 del Código Penal, la duración máxima de la pena queda establecida en 40 años (en el caso concreto objeto de estudio por parte del Tribunal), en el caso de la prisión permanente revisable no está limitada su extensión temporal.

Adentrándonos en el caso en concreto, se analiza y compara cómo y cuándo se accedería a los beneficios penitenciarios en el supuesto de aplicación de la prisión permanente revisable o por el contrario, de la acumulación de condenas. Finalmente determina, que dado lo anterior, no procede la aplicación retroactiva de la nueva regulación por no resultar más favorable al caso que se estudia.

PRISIÓN PREVENTIVA

En este capítulo plasmamos un auto y dos sentencias del Tribunal Supremo.

El auto se dicta en fecha 16/02/2017 por el que se declara no haber lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto contra la resolución en la que se le denegaba al recurrente su solicitud de que se le abonasen dos días de prisión por cada uno de los que sufrió prisión provisional en Colombia mientras estaba pendiente de que se ejecutara la extradición a España.

Sustenta esta petición alegando que sufrió un trato vejatorio e inhumano en el Centro Penitenciario en el que estuvo recluido.

Tras poner de manifiesto que no existe un fundamento legal que permita la introducción de una variable valorativa de *“la intensidad de la privación de libertad”* y que si bien *“el Alto Comisionado de la ONU subraya en sus informes más recientes (2015 y 2014) la situación general de hacina-*

miento en las cárceles colombianas, de mayor o menor entidad, según el centro de que se trate, y demanda medidas para evitarlo, no apunta lesión relevante a otros bienes jurídicos, ni la existencia de torturas o atentados contra la dignidad o integridad de los internos”.

Dispone finalmente que no procede un abono del doble dicho tiempo atendiendo a la aflicción que puedan producir las condiciones de la prisión preventiva en el lugar en el que se produce.

Continuamos con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2017 por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó que no procedía realizar una nueva liquidación de condena en la que se abonase el tiempo en el que el recurrente sufrió prisión preventiva en Portugal.

Se desestima el recurso de casación aduciendo que, siendo una cuestión ya resuelta por la jurisprudencia, no procede acumular la prisión preventiva sufrida en otro país con la prisión impuesta y sufrida en España.

Parte del supuesto de hecho de que el recurrente el 2 de junio de 2002 inició el cumplimiento de la condena en España obteniendo la libertad condicional, no presentándose el 9 de marzo de 2007 y siendo detenido posteriormente en Portugal el 27 de julio de 2007 (iniciándose el tiempo de prisión provisional) recayendo una nueva condena allí de 24 años y 3 meses de prisión.

Por todo ello, se desestima el recurso al no haber simultaneidad para poder aplicar la doctrina del doble cómputo del Tribunal Constitucional (sentencia 57/2008).

La sentencia que cierra el capítulo es también del Tribunal Supremo, de fecha 13/12/2017, en la que esta vez estima parcialmente el recurso de casación acordando practicar nueva liquidación de condena incluyendo los días en que la recurrente estuvo privada de libertad en Turquía a la espera de ejecutar una Orden Internacional de Detención.

La principal controversia en este caso radica en la causa que provocó la detención. Puesto que mientras que el Ministerio Fiscal sostiene que la privación de libertad se llevó a cabo para garantizar la puesta a disposición de las autoridades turcas para ejecutar una orden de expulsión, la recurrente alega que los días de detención fueron debidos a las actuaciones penales seguidas en España y de la ejecución de una Orden Internacional de Detención.

Finalmente, dadas las circunstancias de la detención (desde el 9/1/2015 las autoridades turcas debían haber acordado su detención para su entrega a España en virtud de la orden anteriormente mencionada) se estima la petición de la penada puesto que el hecho de que hayan optado finalmente por expulsarla de Turquía no puede producir efectos en contra de la recurrente.

RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES

Recordemos que con la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, se pretende agilizar el procedimiento mediante el cual una resolución condenatoria dictada en un Estado pueda ser ejecutada en otro Estado miembro facilitando así la reinserción social del penado.

En este capítulo incluimos dos autos; uno en el que se deniega la transmisión de condena a otro Estado, y otro en el que se procede a transmitir una resolución de libertad condicional.

En el primero de los casos, nos referimos al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Córdoba de 18/07/2017.

En este caso concreto, el Ministerio Fiscal se opone a la transmisión de la condena a Países Bajos, puesto que el penado tiene pendiente la celebración de un juicio oral en el 2019.

Considera el Juzgado que dada la existencia de un procedimiento pendiente, el traslado solicitado *“podría enturbiar el éxito de las causas penales que tiene pendientes en España”*, llegando a valorarse que pueda estar usando el procedimiento previsto en la Ley 23/2014 para intentar eludir la acción de la justicia española.

A continuación, incluimos dos autos que tienen el mismo objeto: la transmisión a Rumanía de la libertad condicional (auto de 28/02/2017) y la aceptación de la adaptación efectuada por la autoridad rumana en relación a la duración de las medidas de libertad condicional (auto de fecha 24/11/2017).

Antes de continuar con el análisis, creemos conveniente dar a conocer, por orden cronológico, las resoluciones que anteceden a estos dos autos que mencionamos más arriba.

En primer lugar, el 10/10/2016 se dicta auto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 6 de Madrid por el que se acuerda la concesión de los beneficios de la libertad condicional, al interno I.L.B en su país de origen (Rumanía).

En el fundamento jurídico número sexto de la resolución, la Magistrada-Juez argumenta que *“no ha lugar a iniciar los trámites para la transmisión de las reglas de conducta impuestas en el presente auto, conforme a las disposiciones de los Títulos I y IV de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, pues siendo únicamente tal regla, cumplir la libertad condicional en el país de origen sin posibilidad por tanto de retornar al territorio español, y comunicar los cambios de domicilio al CIS, las mismas puede ser cumplimentadas y controladas, sin la intervención de organismos o autoridades de Rumania, a través de las fuerzas de seguridad españolas encargadas del control de fronteras, y ello, al margen de la demora que pudiera llevar aparejada la ejecución de la libertad condicional, ya acordada y de próximo vencimiento, caso de ponerse en marcha la indicada tramitación, que como sea dicho no se estima precisa”*.

Contra dicho auto, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación que se estima parcialmente, acordándose por auto de fecha 9/12/2016 que se inicien los trámites previstos en la Ley 23/2014 en relación a la libertad condicional ya aprobada.

Por tanto, por auto de fecha 28/02/2017 (este sí, incluido en la recopiliación), se acuerda la transmisión a Rumanía de la ejecución de la libertad condicional y medidas impuestas para el disfrute de la misma, dado que el penado ha manifestado su voluntad de regresar a su país de origen y su familia reside en Rumanía, país donde tiene casa propia y mayores posibilidades de encontrar trabajo.

Por parte de las autoridades rumanas, concretamente del Tribunal de Bihor, se procede a reconocer y a adaptar a la legislación rumana la resolución de la libertad condicional.

Se imponen las medidas de no abandonar el territorio de Rumanía y no regresar a España hasta el 2020, estableciéndose la obligación de comparecer ante el tribunal en las fechas determinadas por el mismo y anunciar con antelación cualquier cambio de vivienda y de desplazamiento que supere los 5 días.

El tribunal rumano dispone un límite temporal para la ejecución de dichas medidas no superior a dos años.

Y es a través del último auto incluido en este capítulo de fecha 24/11/2017 por el que se estima adecuada la adaptación efectuada por la autoridad rumana en cuanto a la duración temporal de las medidas anteriormente referidas.

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Destacamos en primer lugar el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de fecha 13/02/2017. En este caso en concreto, el interno se encontraba cumpliendo seis ejecutorias cuyo licenciamiento definitivo tuvo lugar el 20/11/2011. No obstante, a día de la fecha el interno continuó en prisión en condición de preventivo en virtud de unas Diligencias Previas que posteriormente derivarían en una nueva Ejecutoria.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria accede a la petición del interno de que se tengan en cuenta las causas ya licenciadas a efectos del cómputo de beneficios penitenciarios, dado que el licenciamiento de las mismas tuvo lugar cuando el interno se encontraba preventivo, siendo la estancia en prisión de forma ininterrumpida desde el 18/03/2008.

A continuación encontramos el auto de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 30/06/2017. Versa sobre el mismo asunto que el anterior, la posibilidad de incluir causas ya cumplidas y licenciadas en un proyecto de refundición de condenas.

En este caso el penado interpone recurso de apelación frente a la resolución del recurso de reforma formalizado contra la previa resolución desestimatoria de la petición del interno. Según el Ministerio Fiscal se pretende la anulación del licenciamiento de tres ejecutorias para posibilitar su inclusión en el proyecto de refundición.

Sostiene que los licenciamientos son correctos puesto que tuvieron lugar mientras el recurrente ostentaba la condición de preventivo en la causa que ahora cumple, por lo que no era posible esperar otra actuación por parte de la Administración Penitenciaria.

Tal y como recalca el auto la cuestión es *“si una vez extinguido el cumplimiento de determinadas condenas por licenciamiento definitivo, cabe*

efectuar una posterior refundición de todas esas responsabilidades extinguidas, con un nuevo y posterior pronunciamiento condenatorio, a los solos efectos de esa valoración y ejecución unitaria de las distintas condenas temporalmente coincidentes de que parte el Reglamento Penitenciario de cara a la libertad condicional y demás efectos temporales considerados en la legislación penitenciaria”.

Según argumenta la Audiencia, no cabe duda de que en el momento en que llega la fecha de extinción debe acordarse el licenciamiento definitivo, con independencia de que el interno permanezca en prisión en condición de preventivo. La cuestión radica en si con esto se cierra cualquier posibilidad a una refundición futura, siempre y cuando recaiga sentencia condenatoria firme en la causa por la que estaba preventivo.

Para la resolución del caso objeto de estudio, el órgano judicial lleva a cabo un paralelismo entre la refundición y la acumulación de condenas, figuras que como todos sabemos, en ocasiones se confunden en la denominación pero que constituyen conceptos totalmente diferenciados.

Pues bien, utilizando esa comparación, se llega a la conclusión de que la interpretación de los preceptos que regulan la acumulación y la refundición debe hacerse compatible con todos los fines que persigue la pena (reinserción del penado, pero también la función preventiva general y especial).

Rescatamos un extracto del auto que resume cuál es la solución que adopta finalmente la Audiencia Provincial, que ya adelantamos, estima el recurso de apelación interpuesto por el interno.

“Sin duda, si la condena se ha extinguido no podría en ningún caso prorrogarse su situación, pero, al igual que ha establecido el Tribunal Supremo en los supuestos de acumulación jurídica, nada imposibilita que esa misma ficción puede efectuarse en el caso presente. Es cierto que existe un interregno en que el interno solo es preso preventivo, pero una vez pronunciada sentencia firme ejecutoria de condena, no parece que haya argumentos de peso para impedir la refundición temporal de todas las condenas de manera conjunta, siempre que no existan datos que obliguen a modificar la expectativa individualizada de tratamiento. Aunque referida como hemos señalado a la determinación de la fecha de extinción de cara a la cancelación de antecedentes, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 885/2016 de 24 de noviembre nos ha indicado que la ficción de la extinción global no debe impedir que se individualicen extinciones de

cara a los plazos diferenciados de cancelación o reincidencia, en sentido contrario, también podemos afirmar, que no siendo el licenciamiento definitivo una resolución con carácter firme, en especial cuando de generar una situación definitiva contra el reo se trate, nada se opone en supuestos como el presente (hechos sentenciados anteriores al último ingreso) a que pueda verificarse una valoración enlazada de todas las condenas, incluso las extinguidas mientras era preventivo. Por ello, si temporalmente cabría plantearse la acumulación jurídica de todas las condenas, no puede existir óbice para el enlazamiento penitenciario a efectos de considerar los distintos hitos temporales con especial repercusión penitenciaria”.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Queremos comenzar los comentarios en esta materia con el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 31/03/2017 por el que se declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el penado contra los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Zaragoza.

La Audiencia Provincial determina que los criterios jurisprudenciales que operan en la figura de la acumulación de condenas (artículo 76 del Código Penal) son perfectamente aplicables al derecho penitenciario, siempre teniendo en cuenta los límites legales evitando dar al penado un “cheque en blanco” que le permitiera cometer más infracciones que no se sancionarían.

Continuamos con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava de fecha 20/10/2017. La razón de su inclusión en este capítulo es la argumentación que realiza la Audiencia con relación a si puede operar el principio “non bis in ídem” con respecto a una posible condena en el ámbito penal y una sanción de carácter administrativo.

Más concretamente, si sería posible una condena por quebrantamiento una vez que se ha cumplido la sanción impuesta por la comisión de la falta tipificada en el artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario de 1981 (el interno no regresó de un permiso de salida, permaneciendo en esa situación desde el 05/02/2015 hasta el 08/05/2015).

Poniendo de relieve la doctrina constitucional existente en este tema, la Audiencia Provincial dictamina que en este caso, *“una sanción leve como la impuesta no puede compararse a la pena en su caso a imponer por el delito de quebrantamiento”* por lo que no cabe apreciar en este caso la vulneración del principio “non bis in ídem”, sin perjuicio de tener en cuenta los días que le fueron impuestos en virtud de sanción administrativa a la hora de la realización de la liquidación de condena correspondiente.

Queremos destacar el auto del Juzgado de Vigilancia de Pamplona de fecha 01/02/2017 en el que se estima el recurso interpuesto contra el acuerdo sancionador impuesto al interno por la comisión de una falta muy grave tipificada en el artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario de 1981. En este caso, el interno habiendo salido al exterior con ocasión del disfrute de un permiso ordinario, no se reincorporó al Centro en la fecha prevista.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria considera que dicha conducta no encaja en la descrita en el artículo anteriormente mencionado, por considerar que no se trata de un caso de evasión o fuga al entender que esas expresiones se refieren a los casos en los que el interno que se encuentra dentro de la prisión desafía de una manera radical, no sólo la decisión judicial que determinó su ingreso, sino también las barreras de vigilancia y control establecidas por la Administración Penitenciaria, poniendo en riesgo la seguridad del establecimiento.

Considera que la figura del “no reingreso de permiso” tiene que tener sus consecuencias tanto en el ámbito penal (delito de quebrantamiento de condena) como penitenciario. Pero utilizando otros mecanismos como la suspensión y revocación de permisos, regresión de grado u otros que se estimen convenientes y proporcionados a los hechos cometidos.

Por último, queremos hacer mención a dos autos de Juzgados de Vigilancia que tienen por objeto dilucidar si son sancionables conductas llevadas a cabo por los internos en el exterior del Centro Penitenciario.

Comenzamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Baleares de fecha 23/02/2017 que desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo sancionador impuesto por la comisión de una falta tipificada en el artículo 109 a) del Reglamento Penitenciario de 1981.

En este caso, se sanciona la conducta llevada a cabo por la interna, afirmando en un medio de comunicación de gran difusión *“que los actos de*

maltrato son continuos y generalizados en la prisión de Palma. Dejando en evidente indefensión a los funcionarios que trabajan en la misma puesto que no se concretan conductas, ni personas ni fechas, de forma que su actuar cae en descrédito público y el principio de autoridad en el establecimiento penitenciario resulta fuertemente lesionado”.

El segundo de ellos es el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón de fecha 21/03/2017.

En este caso, estima el recurso de alzada interpuesto contra la sanción impuesta al interno por desobedecer las órdenes recibidas a su salida del Centro, fumando en los calabozos del Palacio de Justicia. Considera el juzgador que la actuación del interno fuera de los muros del centro no constituye ninguna sanción disciplinaria, puesto que las acciones llevadas a cabo fuera del centro penitenciario no pueden afectar en modo alguno a la seguridad o buen orden del establecimiento.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Recogemos en este capítulo dos sentencias de la Audiencia Nacional de la sala de lo Contencioso Administrativo y una del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 3.

Se reproducen por orden cronológico.

La primera de ellas es la dictada el 08/02/2017 en la que se determina que no procede acceder a la indemnización reclamada en base a los perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de su hijo en el Centro Penitenciario.

La parte actora alega que el fallecimiento del interno vino provocado por la deficitaria atención a la salud del interno, principalmente porque durante su estancia en prisión aumento en 115 kilogramos su peso padeciendo una obesidad mórbida que no se trató en el centro falleciendo como consecuencia de un edema de pulmón originado por su obesidad mórbida y una combinación de la medicación que estaba tomando con el consumo de droga la noche anterior.

Considera el tribunal que no ha existido un anormal funcionamiento que pueda derivar en una responsabilidad patrimonial de la Administración

Penitenciaria, puesto que la obligación de velar por la vida y la salud de los internos es de actividad y no de resultado.

Hace especial hincapié en que el acceso a las sustancias psicotrópicas y medicamentosas que determinaron la muerte, se realizó por la propia voluntad del penado y a través de sus exclusivos y personales medios de acceso a las misma, sin que a la Administración Penitenciaria se le pueda exigir *“un acierto total y absoluto en las medidas de prevención al ingreso de drogas o sustancias estupefacientes, al ser esta una obligación de actividad no de resultado, es decir no se impone una efectividad al cien por cien, porque ello es contrario a la propia razón de las cosas”*.

Y en relación a la imputación por un deficiente funcionamiento de los servicios médicos en orden a tratar la obesidad mórbida, aprecia el tribunal que la pretensión debe decaer puesto que fue diagnosticada en prisión y se pautaron dietas dirigidas a su tratamiento.

La segunda sentencia de fecha 2/3/2017 también desestima la petición de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración. En esta ocasión, la solicitud se fundamenta en los perjuicios ocasionados por la información incorrecta, según el recurrente, que sobre sus redenciones de pena había sido facilitada a la Audiencia Nacional por parte del Centro Penitenciario.

Concluye el órgano judicial que *“basta para definir que el daño efectivo no es el que siente o percibe el interesado a través de un resentimiento psicológico por lo que entiende es el modo de proceder de la Administración demandada, sino el producido con ocasión de un comportamiento objetivo que pueda ingresar, como hecho antijurídico provocado por la Administración, en el patrimonio del interesado y que no tenga el deber de soportar. Pese a las abundantes alegaciones formuladas por la parte demandante no se deduce en modo alguno que el daño moral, efectivo, tomado en este sentido objetivo y antijurídico, pueda ser reconocido de alguna manera”*.

Concluimos capítulo con la sentencia de 28/06/2017 en la que se estima procedente la indemnización solicitada al observar dejadez de los servicios penitenciarios en su obligación de velar por la vida del interno.

Distingue la sentencia entre dos supuestos a la hora de dilucidar si existe responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

No existirá responsabilidad si el fallecimiento es fruto de una libre decisión suicida, pero por el contrario sí la habrá si la decisión es consecuencia de un proceso que hubiera sido evitable si se hubieran tomado las medidas preventivas y terapéuticas pertinentes frente al riesgo de suicidio.

Se retoma aquí la idea de que no se puede exigir a la Administración una efectividad en esas medidas del cien por cien porque eso sería contrario a la propia razón de las cosas, pero sí que es necesario analizar si hubo una actitud pasiva o inactiva de la Administración.

Aprueba el órgano judicial que han de ponderarse de manera conjunta todos los datos que conforman el caso, principalmente el historial del interno, sus anteriores intentos de suicidio, su amenaza de hacerlo de nuevo y *“las medidas cautelares adoptadas en el Centro Penitenciario de procedencia, la ausencia de alguna de estas medidas en el Centro de Tránsito, pese a la advertencia de que se debían extremar las medidas de control y vigilancia sobre su persona, al objeto de evitar posible incidencias”*

Esto, continúa la sentencia *“patentiza, según se ha dicho, un punto de anormalidad en el funcionamiento de los servicios penitenciarios, generador de responsabilidad patrimonial al reunirse los requisitos exigidos para el nacimiento de tal responsabilidad”*.

SANITARIA

Incluimos en este apartado el auto de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 24 de enero de 2017 por el que se confirma el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que autoriza la administración forzosa de medicación al penado. Según diagnóstico psiquiátrico padece esquizofrenia residual y politoxicomanía con sintomatología aguda y nula conciencia de la enfermedad.

El interno sostiene, por el contrario, que puede ejercer sin restricciones la autonomía de su voluntad.

Finalmente, se confirma la autorización de la administración forzosa de medicación al considerar que el interno no tiene suficientes facultades mentales, por una disfunción mental, para prestar un consentimiento válido y que la enfermedad que padece comporta peligro para la vida del paciente y de terceros.

No obstante, puntualiza que la Administración Penitenciaria deberá informar periódicamente sobre la necesidad de la persistencia en el tratamiento, fundamentalmente si según criterio médico ha recuperado sus facultades para decidir sobre la administración del mismo.

SEGURIDAD DEL ESTABLECIMIENTO

Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de Palencia del 6/9/2017 que desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación del interno en relación a las circunstancias en las que se realizó “una revisión ordinaria” de su celda.

Considera la Audiencia que *“nada dice la normativa penitenciaria sobre la forma en que ha de llevarse a cabo el registro y las revisiones en celda, si bien es cierto que la presencia del interno cuando se hace el registro es el medio deseable de informarle del acto, pero es suficiente la posterior información del resultado del registro para preservarle de sus legítimos derechos”*.

A continuación incluimos el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 28/04/2017 en el que se desestima la queja interpuesta por realización de un cacheo con desnudo integral.

Considera que se ha cumplido con la exigencia legal de que la adopción de la medida esté suficientemente justificada y motivada y la realización del cacheo ha tenido lugar observando todas las previsiones legales.

Por último citamos el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra de 19/12/2017 por el que se desestima la queja interpuesta por el interno en relación a las condiciones de realización del recuento de pie en el patio, en la celda y por obligarle a comer en el comedor.

Concluye el auto que *“no existe prescripción médica ni cuestión de grado penitenciario alguno que le exima total o parcialmente del cumplimiento de las obligaciones regimentales genéricas como el acceder al comedor durante las horas señaladas para ello, por lo que la exigencia a la que el interno hace referencia debe encenderse como correcta. Por último tampoco el recuento de tarde atenta, en manera alguna, contra la dignidad del interno y se realiza en el patio o en la sala para interferir lo menos posible en el desarrollo de actividades o disfrute del tiempo libre, ya que*

se trata de un recuento rápido y eficaz, respetando siempre lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 65 y 67 del Reglamento Penitenciario”.

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

Recordemos que la suspensión de condena, regulada en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, es una de las figuras que sufrió una importante modificación con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

El objetivo era dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida, a la par que dotar de un grado mayor de discrecionalidad a los jueces en el momento de decidir sobre la procedencia o no de la concesión de la suspensión.

Esta circunstancia ha tenido como consecuencia resoluciones en las que, como podremos observar, se ponderará si los antecedentes penales con los que cuenta el penado tienen relevancia a la hora de valorar la peligrosidad del mismo.

Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 1 de junio de 2017 por el que se establece que procede acordar la suspensión de la ejecución de la pena pese a la existencia de tres condenas previas. Fundamenta su decisión en la antigüedad de los hechos delictivos (fueron cometidos cuatro años atrás), en que todas las penas se contextualizan en el ámbito de violencia de género y en que la propia víctima firma un escrito posicionándose a favor de la suspensión.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba del 13 de febrero de 2017 que desestima el recurso de apelación interpuesto y por ende, no concede los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena al considerar que el penado tiene la condición de delincuente habitual y que cuando se ha sometido a tratamientos de deshabituación lo ha hecho con la voluntad de obtener los efectos suspensivos de la pena más que por la voluntad de desintoxicarse.

Seguidamente encontramos el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 3 de marzo de 2017 según el cual, pese a la comisión de nuevo delito durante el plazo de suspensión, no procede la revocación de la misma.

Argumenta, que dada la nueva redacción del artículo 80 del Código Penal, solo se ordena la revocación de la suspensión “*cuando el nuevo delito ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspenderle la condena anterior, ya no puede ser mantenida*”.

Siguiendo esta misma línea, comentamos el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de julio de 2017 que argumenta que en caso de comisión de delito durante la suspensión, únicamente caben dos posibilidades: o la revocación de la misma o mantenerla con idénticas condiciones a la que preexistían, pero no procede prorrogar su duración.

Finalizamos el capítulo con el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 27 de octubre de 2017 que deja sin efecto la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En este caso en concreto, una de las condiciones de la suspensión consistía en la participación en un programa terapéutico.

Reproducimos a continuación un extracto del auto que expone el problema principal del supuesto de hecho:

“El penado, que reconoció los hechos y se conformó con la pena solicitada, no se ha negado a participar en el programa, pero son las terapeutas las que, dadas sus capacidades cognitivas, lo consideran inviable, como decimos, tras una única primera sesión, máxime cuando esto acarrea un serio perjuicio al interno pues automáticamente lleva consigo la revocación de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad. En este caso, obviamente, lo que ha fracasado es la actividad que es posible desarrollar con las condiciones por este tipo de delito de conformidad con los actuales Programas Terapéuticos, que no son capaces de adaptarse a determinados perfiles de agresores, como el que nos ocupa”

La Audiencia considera que dado que no es voluntad del penado el incumplimiento de la condición impuesta, el juzgador deberá analizar la posibilidad de alzar o modificar el deber de someterse a tratamiento de la forma que se impuso en la sentencia.

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

En este capítulo nos centraremos principalmente en distintos tipos de resoluciones que exploran la naturaleza de las consecuencias de la no com-

parecencia para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o incluso para la elaboración de su plan de ejecución.

Comenzamos con la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de julio de 2017 dictada con motivo de la resolución de un recurso de amparo, que considera que se ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad de la recurrente.

Pone de manifiesto que los órganos judiciales que han conocido de la causa en anteriores instancias, han entendido que la recurrente había incumplido de manera voluntaria la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como consecuencia de una incidencia muy determinada como es la falta de comparecencia a la cita que había concertado el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas.

No obstante, entiende el Tribunal Constitucional que no existen elementos de juicio suficientes para inferir de esta circunstancia la voluntariedad del incumplimiento de la pena. Por esta razón, se estima el amparo solicitado pero declarando que no procede retroacción en las actuaciones puesto que la pena de prisión originariamente impuesta ya había sido declarada prescrita.

Continuamos ahora con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de junio de 2017, en la que se determina que hacer caso omiso a las múltiples citaciones del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para cumplir la condena de trabajos en beneficio de la comunidad supone *“una auténtica burla a la Autoridad Judicial no solo una desobediencia grave”*.

Por ello, desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado contra la sentencia por la que se le condenaba como autor de un delito de desobediencia grave.

Sin embargo, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 13 de noviembre de 2017 se considera que *“tanto la inasistencia injustificada a la citación de los servicios sociales penitenciarios para elaborar el plan de cumplimiento de la pena como el incumplimiento del plan una vez fijado, aprobado e iniciado, darían lugar al delito de quebrantamiento de condena. Ello porque, una vez impuesta la pena, no se puede dejar al albur de la voluntad del penado el cumplimiento de la misma, y dicho cumplimiento pasaría tanto por la definición y fijación del*

plan -sin ello no se puede pasar a la siguiente fase- como por su concreta ejecución. En consecuencia, esta alzada, coincide con el apelante, en que los hechos, de constituir delito, lo serían, en todo caso, de quebrantamiento de condena del artículo 468.1”.

Sobre esta misma cuestión se pronuncia la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de enero de 2017, llegando a la conclusión de que el supuesto que venimos comentando no puede calificarse como constitutivo de delito de desobediencia ni de quebrantamiento de condena.

Distingue el órgano judicial entre dos supuestos: que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sea una pena sustitutiva o por el contrario principal.

En el primero de los casos, si se da una incomparecencia no justificada, procedería acordar la rehabilitación y cumplimiento de la pena originariamente impuesta.

Por el contrario, si fuera pena principal, procedería *“acordar su detención tal y como sucede en el supuesto de que se requiera judicialmente a un penado para ingresar en prisión a cumplir la pena impuesta privativa de libertad, y si incumple dicho requerimiento la solución es la de que la autoridad judicial acuerde la detención e ingreso en prisión del penado siempre que se le encuentre, pero en ninguno de los dos casos puede generarse una imputación por desobediencia o quebrantamiento”.*

TRABAJO PENITENCIARIO

En este capítulo incluimos dos resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia y una del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Destacamos una de ellas, en la que principalmente se recuerda que la figura del despido no se contempla entre las causas de extinción de la relación laboral de carácter especial.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16/11/2017 se hace referencia en este asunto a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2006, y dado que es uno de los principales fundamentos en los que se apoya, reproducimos aquí un extracto de la misma: *“el despido es una figura de derecho material o sustantivo y regulado en los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, aunque la*

Ley de Procedimiento Laboral, además de regular la modalidad procesal correspondiente, en sus artículos 103 y siguientes, reproduzca en parte el contenido de Ley sustantiva.- Por otra parte, el artículo 152 del Reglamento Penitenciario contiene diversas causas de extinción de esta relación laboral especial, entre las que no figura el despido.- Y tal como resulta del artículo 144 del Reglamento Penitenciario, es a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, (órgano dependiente del Ministerio del Interior, cuya composición y funciones se regulan en los artículos 272 a 275 de dicho Reglamento), y no al Organismo Autónomo empleador, a quien corresponde decidir la asignación a un recluso de un trabajo directamente productivo, que genera automáticamente el nacimiento de esa relación laboral especial, (adjudicación que se realiza en función de los criterios previstos en ese mismo artículo). Y es también esa Junta de Tratamiento a quien corresponde decidir si, por razones técnicas, debe darse de baja a un penado del puesto de trabajo que ocupe, con la consiguiente extinción de la relación laboral especial, en los términos y por las causas contempladas en el artículo 152 del mismo texto reglamentario. Por lo tanto, no puede imputarse la extinción de esa relación laboral especial derivada de un acuerdo de la Junta de Tratamiento a la voluntad unilateral del Organismo Autónomo que ocupa la posición de empleador”.

TRASLADOS

Hemos traído a colación cuatro resoluciones en las que el tema principal es el traslado de los internos a otro centro penitenciario para continuar con el cumplimiento de su condena.

Como veremos, nos encontraremos con resoluciones tanto estimatorias como desestimatorias de los recursos interpuestos por los internos en esta materia.

Abrimos capítulo con el auto del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2017, por el que se inadmite el recurso de amparo por considerar que no existe vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar pese a la denegación de solicitud de traslado al centro penitenciario más cercano al domicilio familiar.

Después de hacer mención a diversas sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumenta que “*de cuanto antecede*

podemos extraer la conclusión de que de acuerdo con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la asignación de plaza penitenciaria es una facultad discrecional de la Administración, y en modo alguno un derecho del preso derivado de su derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Sólo constituiría una injerencia ilegítima en los casos en los que no se evalúen las circunstancias personales del interno o cuando se ignore la necesidad de un mínimo grado de vinculación familiar.

En este caso en concreto, se aprecia que ni la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar, ni las características del desplazamiento hacen equiparable este caso a los otros objeto de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que se mencionan como antecedentes.

Continúa el auto como sigue *“En definitiva, cabe concluir que las resoluciones objeto de este recurso de amparo no solo han dado adecuada respuesta a la petición del recurrente desde la perspectiva de la Constitución Española que, como ya se ha razonado en el fundamento jurídico 3 de esta misma resolución, no incluye en el derecho fundamental a la “intimidad personal y familiar” (artículo 18.1 de la Constitución Española) el derecho a la “vida familiar” del artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que también, partiendo de premisas diferentes, han llegado a una solución concordante con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia”.*

Antes de finalizar con el análisis de este auto, debemos destacar el voto particular que se emite por un magistrado del Tribunal Constitucional (y al que se adhieren otros dos) mediante el que manifiesta su discrepancia con la fundamentación jurídica y fallo de la resolución que a su juicio, debió de ser de admisión del recurso.

Este voto particular pivota principalmente sobre dos argumentos. Por un lado, la necesidad de reconsiderar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad familiar para evitar las paradojas de su contenido (se considera que debe revisarse la renuencia de la jurisprudencia constitu-

cional a reconocer como contenido del derecho a la intimidad familiar, la convivencia y contacto de los miembros de una familia).

En segundo lugar, el otro argumento esgrimido por la parte discrepante, es la existencia de una lesión del derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española) configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Del desarrollo de estas dos ideas, concluye el voto particular que “ (...) *tampoco desde esta perspectiva aparece como constitucionalmente justificada una injerencia en la vida familiar del recurrente como la que supone denegar que el cumplimiento de su pena privativa de libertad se desarrolle en un centro penitenciario más cerca de su domicilio para enervar las especiales dificultades que supone para mantener los vínculos ordinarios con determinados familiares directos aquejados de dificultades de movilidad y desplazamiento por motivos de salud. Esto hubiera debido resultar determinante para concluir que, en este caso, habría existido una vulneración de su derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española), configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*”.

En la misma línea que el auto anterior, destacamos la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2017, que desestima un recurso de casación aduciendo que la Ley Orgánica General Penitenciaria no contiene un derecho de los penados a elegir el centro de cumplimiento. No obstante, esto no quiere decir que esta cuestión quede al mero arbitrio de la Administración, pues al adoptar la resolución deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso, los criterios asentados por la legislación penitenciaria y la orientación constitucional mencionada anteriormente.

Pasamos ahora a analizar dos resoluciones que estiman los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas que determinan de una forma u otra el centro penitenciario en el que los internos cumplirán su condena.

Destacamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 14 de febrero de 2017 en el que se anula la resolución de traslado de centro penitenciario por considerarla el tribunal contraria a derecho.

Nos vamos a centrar en los elementos de la resolución que se refieren expresamente al traslado.

Pero, para que el lector cuente con todos los antecedentes necesarios, expondremos brevemente el supuesto de hecho. Con ocasión de la resolución de una propuesta de clasificación inicial de un penado, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias acuerda la clasificación inicial en primer grado y su traslado para continuar el cumplimiento de condena, al Centro Penitenciario de Valladolid (el interno se encontraba en el Centro de Las Palmas II y la Junta de Tratamiento había propuesto mayoritariamente la clasificación inicial en segundo grado). El interno recurre dicha resolución al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que estima la petición y acuerda la revocación del acto impugnado y la clasificación en segundo grado.

La Administración Penitenciaria mantiene su decisión en cuanto al traslado al Centro Penitenciario de Valladolid se refiere. Y es esta resolución el objeto del recurso contencioso administrativo que aquí nos ocupa.

En este sentido, la sentencia que aquí reseñamos, se remite a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 9 del Reglamento Penitenciario, haciendo alusión a que la redistribución geográfica de los penados debe estar encaminada a evitar el desarraigo social de los mismos.

Pasamos a reproducir textualmente un extracto de la argumentación final de la citada sentencia: *“(...) Evidentemente, en el presente caso, la inexplicable decisión -u ocurrencia- de la Administración Penitenciaria fomenta justo lo contrario, esto es, el desarraigo del interno. Y, naturalmente, resulta ocioso recordar que este tipo de traslados son inconstitucionales, en cuanto colisionan frontalmente con uno de los propósitos que el artículo 25.2 de la Constitución Española anuda a las penas privativas de libertad: la reinserción social. Este mandato -reproducido en el artículo 1 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria- exige considerar que las personas condenadas a penas privativas de libertad no son seres eliminados de la sociedad -como aquí, siquiera tácitamente, mantiene la Administración- sino que son personas que deben continuar formando parte activa de la comunidad social. En suma, a la vista de lo actuado, la decisión administrativa de alejar a don Epifanio de su tierra, de su mujer, hijos, hermanos, etc., supone un inaceptable plus de aflicción en el conte-*

nido de la pena, un castigo añadido ilegal, no decidido por ningún Juez ni Tribunal; una medida arbitraria basada en no se sabe qué criterio y que, por todo eso, clama su urgente desaparición.”

Finalizamos capítulo con el auto de la Audiencia Provincial de Mallorca de 2 de noviembre de 2017 que estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno dejando sin efecto el traslado de éste, considerándolo nulo de pleno derecho al no constar en el expediente ni el acuerdo del traslado del interno ni la notificación al mismo, constatándose así la vulneración de los derechos fundamentales al observarse indefensión.

OTROS

En este capítulo recogemos todas aquellas resoluciones que no tienen un encaje claro en otros apartados de esta recopilación.

Tienen por objeto pronunciamientos principalmente de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sobre cuestiones de diversa índole.

Procedemos a destacar alguna de ellas a continuación.

Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 6 de noviembre de 2017 en el que se abona el tiempo que el interno permaneció en régimen cerrado en “Proyecto Hombre” al cumplimiento de la pena privativa de libertad, atendiendo a la compensación por la pérdida de derechos sufrida a la que equivale el periodo de internamiento.

Continuamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Almería de 19 de enero de 2017 en el que se desestima la queja interpuesta por el interno en la que solicitaba que se dejara sin efecto su inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento. La resolución se sustenta en que la inclusión en dicho fichero no supone una limitación de derechos y que no es exigible una especial justificación para la incorporación al mismo, puesto que se puede considerar una *“prolongación de su expediente personal penitenciario”*.

Incluimos también el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de fecha 13 de Marzo de 2017 en el que se desestima la queja que tenía por objeto el coste de la revisión de los aparatos electrónicos,

aduciendo que dicho coste debe ser abonado por el interno dado el carácter excepcional de la autorización de dichos aparatos.

Encontraremos también en este capítulo el auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 11 de octubre que desestima la queja interpuesta por no retirar la aplicación del protocolo de Seguimiento de Sobredosis y Programa de Drogodependencias (SSPD), la propuesta que se dirige por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena relativa a la duración del Programa de Control de la Agresión Sexual y el auto de ese mismo órgano por el que se eleva la propuesta de los términos de cumplimiento de la medida de libertad vigilada en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 del Código Penal.

Para finalizar, queremos destacar dos últimos autos. El primero de ellos es el que dicta el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de fecha 5/6/2017, por el que determina que un interno clasificado en tercer grado debe ser destinado a un centro de régimen abierto.

La singularidad de este auto radica en que el interno está clasificado en tercer grado para posibilitar su expulsión del territorio nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal.

Recuerda el auto que el interno no puede ser progresado de grado con la única finalidad de ser expulsado de España, y por lo tanto, sin que le sea aplicada la modalidad de vida propia de su clasificación.

Por ello, y dado que en el centro penitenciario en el que se encuentra actualmente no dispone de sección abierta, ordena su traslado a un centro de régimen abierto.

El segundo auto lo dicta también el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada de fecha 4/5/2017.

En este caso, el interno plantea una queja contra la decisión del Centro Penitenciario de no realizar una contra analítica al haber dado resultado positivo a consumo de sustancias tóxicas. La razón esgrimida por la Administración Penitenciaria se justifica en la no disposición de dinero en su cuenta de peculio para sufragar el pago de dicha analítica.

El juzgador considera que esta premisa supone un trato discriminatorio, fundamentándolo de la siguiente manera: *“el penado que aun consciente de haber consumido sustancias tóxicas pese a su prohibición, solicita la contra analítica y ésta ratifica el resultado de la tira reactiva, ha de satis-*

facier el coste de la misma. Pero es igualmente justo, que aquel que careciendo de medios económicos y bajo una relación de especial sujeción con la administración, sabe que no ha consumido tales sustancias y por error ha dado un falso positivo, pueda acceder a la realización de la contra analítica no viéndose así privado de forma injusta, de aquellos elementos tratamentales o beneficios que con tanto trabajó alcanzó”.

Por ello, conmina a la Administración Penitenciaria a la adquisición del material necesario para realizar una contra analítica a los internos que carezcan de recursos y se muestren disconformes con el primer resultado obtenido.

Finaliza el auto elevando una propuesta a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para que arbitre un sistema que garantice la realización de una contra analítica externa a aquellos internos que no tengan recursos, sin perjuicio, de que confirmado el resultado, la Administración Penitenciaria pueda resarcirse de dicho importe una vez el penado tenga en su peculio los ingresos suficientes.

CAPÍTULO I

ACUMULACIÓN

1.- SENTENCIA 353/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 17/05/17

Delimitación de la competencia de los Juzgados de Instrucción en materia de acumulación de condenas.

I. Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Salamanca, en el expediente de acumulación de ejecutorias nº 190/2015, seguido contra D. Isidro, con fecha 10 de Noviembre de 2016, procedente del Juicio de Faltas nº 725/15; dictó Auto conteniendo los siguientes Hechos: “Primero.- El presente Juicio de Faltas se ha seguido en este Juzgado en virtud de denuncia por lesiones contra I., habiéndose dictado sentencia condenatoria e incoada la correspondiente ejecutoria.

Segundo.- Por resolución de fecha 18 de Diciembre de 2015 se acordó imponer al condenado I., como responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, la pena de privación de libertad por tiempo de quince días, a aplicar y cumplir en Centro Penitenciario.

Tercero.- Por dicho condenado, mediante escrito de 18 de febrero de 2016, se solicitó la acumulación de condenas por aplicación del artículo 76.1 del Código Penal, habiendo dado traslado al Ministerio Fiscal y a su Letrado, nombrado al efecto de oficio.”

SEGUNDO.- Dicho órgano judicial de instancia; (Juzgado de Instrucción nº 4 de Salamanca), en el auto anteriormente aludido, hizo constar la siguiente Parte Dispositiva: “No ha lugar a la REFUNDICIÓN DE CONDENAS interesadas por I., por no ser competente el Juzgado de Instrucción a tal fin, debiendo dirigirse el Sr. I. al Órgano Judicial que dictó la última sentencia con pena de prisión.”

TERCERO.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley por el penado D. I., 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.- El recurso interpuesto por la representación del citado acusado se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 76.1 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesó la revocación del Auto dictado por el Juez de Instrucción nº 4 de Salamanca de fecha 10-11-2016, y se dicte sentencia en la que se acuerde la competencia de dicho Juzgado para la acumulación de condenas interesada por el penado.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 10 de Mayo de 2017.

II. Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El primero y único motivo del recurrente se formula al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se basa en infracción de ley, y de los artículos 76.1 Código Penal y 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. El recurrente afirma que la resolución recurrida aplica un criterio que no tiene en cuenta que el último Juzgado que dictó una sentencia de condena, es el que se ha declarado incompetente para la refundición. Y que dicho juzgado yerra cuando cita en su apoyo la Circular 1/2014 de la Fiscalía General del Estado, dado en que en su punto III, Reglas de Competencia, párrafo final, expone expresamente que: “También suscita dudas la cuestión de si podría ser competente un Juzgado de Instrucción para resolver el incidente de acumulación cuando hubiera dictado la última sentencia condenatoria en un juicio de faltas. La respuesta en este caso ha de ser positiva, siempre que se hubiera impuesto una pena privativa de libertad, sea localización permanente, sea responsabilidad personal subsidiaria por

impago de multa (artículo 35 Código Penal). En estos casos el Juzgado de Instrucción tiene plena jurisdicción en fase de ejecución, no pudiendo deducirse su incompetencia del tenor del artículo 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal., que se refiere al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia. En este mismo sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial Córdoba, Secc. 3ª, nº 127/2006, de 1 de junio.”

En el presente supuesto, la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Salamanca en los autos de origen, de fecha 18 de diciembre de 2015, acordó imponer al condenado Isidro, como responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, la pena de privación de libertad por tiempo de quince días, a aplicar y cumplir en Centro Penitenciario, con lo que tiene total encaje con el criterio de dicha circular.

2. Ciertamente, por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Salamanca se dictó auto de fecha 10-1-2016, en Juicio de Faltas 725/2015, por el que se deniega la refundición de condenas solicitada por el penado Isidro, señalando en su parte dispositiva que es “por no ser competente el Juzgado de Instrucción a tal fin, debiendo dirigirse el penado al órgano judicial que dictó la última sentencia con pena de prisión.”

El Juzgado razona en su FJ. Segundo, entre otras cosas que “a los Juzgados de Instrucción, la ley no les atribuye competencia para conocer de causas, y por ello para dictar sentencia con pena de prisión, salvo en los supuestos de enjuiciamiento rápido. Y que en el plano de las consecuencias, la atribución de competencia al Juzgado de Instrucción para REFUNDIR CONDENAS por pena de PRISIÓN, conlleva una cierta perversión, por cuanto el último Juez o Tribunal, si fuera el Juzgado de Instrucción, debería ejecutar de facto, penas dictadas en JURADOS, SUMARIOS O JUZGADOS DE LO PENAL; consecuencia que no parece conforme a las reglas de ejecución a la vida de su solo enunciado.

Conllevaría v.gr. que un Juzgado de Instrucción que hubiera impuesto una pena de LOCALIZACIÓN PERMANENTE de 10 días, tuviera que ejecutar penas de PRISIÓN, de por ejemplo 30 años, 20, 15, 10, dictadas por su superior jerárquico funcional, o por AUDIENCIAS PROVINCIALES de otras Comunidades Autónomas.

No se precisan más argumentos para concluir lo irrazonable de tales consecuencias, y lo contradictorio con las reglas generales de ejecución y

de competencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial:”

Y en su FJ. Tercero, apunta como argumentos complementarios, que:

- En la tramitación del incidente de Refundición de condenas es preceptiva la asistencia Letrada.

En los juicios y ejecución de los Delitos Leves (únicos sobre lo que conoce el Juzgado de Instrucción), no es preceptiva la asistencia Letrada (artículo 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal., y 962 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal)

- El incidente de REFUNDICIÓN de CONDENA tiene previsto (artículo 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal) como medio de “impugnación” al acceso al RECURSO DE CASACIÓN por INFRACCIÓN DE LEY.

El acceso a la casación es propio como regla general de las resoluciones de las Audiencias Provinciales -cuando proceda-

Que una resolución del Juez de Instrucción acceda a la casación es contradictorio con las reglas generales de los recursos, y es un argumento más para concluir que tal incidente no es competencia del Juez de Instrucción.

No parece aceptable que la Localización Permanente o la Responsabilidad Personal Subsidiaria (excepcionales, contingentes, y modificables) en régimen de los recursos.

- La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014 se dedica a la ACUMULACIÓN DE CONDENAS, no menciona en ninguno de sus puntos, ni siquiera indirectamente a los Juzgados de Instrucción, y si, y sólo a las Audiencia Provinciales, y Juzgados de lo Penal.

No menciona a los Juzgados de Instrucción.

En un estudio pormenorizado y monográfico sobre la cuestión, da por supuesto que el Juzgado de Instrucción “no es competente.”

Y finaliza en el FJ. Cuarto, señalando que “En el caso, además, nos encontramos en un Juicio de Faltas”.

3. En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso, el Ministerio Fiscal, apoyó el recurso, entendiendo que en el presente caso el Juez de Instrucción de Salamanca no actuó por delegación del Juez de lo Penal (artículo 801,4 inciso último) en la celebración de un juicio rápido de

los artículos 795 y ss, sino dentro de sus plenas competencias en la celebración de un juicio de faltas, en la que impuso una pena de multa, habiendo acordado por auto de fecha 18-12-2015 la responsabilidad personal subsidiaria, por impago de la pena de multa, la pena de 15 días de privación de libertad en Centro Penitenciario, que de conformidad con el artículo 35 del Código Penal, es pena de prisión junto a la prisión permanente revisable, prisión y localización permanente.

Por ello la competencia viene atribuida al “Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia”, siendo en el caso de autos el Juzgado de Instrucción en el que se dictó al parecer la última sentencia condenatoria.

Como señala el recurrente, la Circular 1/2014 de la Fiscalía General, Sobre Acumulación de Condenas, de 5-12-2014, afirma que la cuestión de si el Juez de Instrucción puede ser competente para resolver el incidente de acumulación cuando se hubiera dictado la última sentencia condenatoria en un juicio de faltas, ha de resolverse positivamente.

4. En el presente caso, la cita que realiza el auto recurrido respecto de la Circular es incorrecta. Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal invocan adecuadamente el texto de la Fiscalía General del Estado, donde efectivamente se distingue entre las sentencias dictadas en el trámite de conformidad en el Juzgado de Guardia por el Juez de Instrucción, donde, conforme a las previsiones del artículo 801.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede se remita la sentencia al Juzgado de lo Penal que corresponda “que continuará su ejecución”, y las sentencias condenatorias dictadas en un Juicio de Faltas. En estos casos, dice la FGE, el Juzgado de Instrucción tiene plena jurisdicción en fase de ejecución, no pudiendo deducirse su incompetencia del tenor del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que “se refiere al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”

SEGUNDO.- Las objeciones que, por otra parte, apunta el Juzgado de Instrucción, no pueden compartirse. La acumulación de condenas que corresponde efectuar a los Juzgados de instrucción es una realidad cotidiana. La asistencia letrada, aunque no es exigible, es admisible en el trámite de Juicio de Faltas -hoy de Delitos Leves-.Y el acceso a la Casación de este tipo de resoluciones al Tribunal Supremo, a través de la casación, igualmente se constata, a la vez que es cada vez más amplio, sirviendo para ejemplo el recién estrenado recurso por infracción de ley, en asuntos

enjuiciados en primera instancia, por un Juzgado de lo Penal ex artículo 847.1.b) Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo ya exclusivo de las resoluciones dictadas en única instancia por la Audiencia Provincial.

TERCERO.- Consecuentemente debe ser revocado el Auto dictado por el Juez de Instrucción nº 4 de Salamanca, de fecha 10-11-2016, dado que -en principio- se entiende que posee la competencia para la acumulación de condenas interesadas por el penado.

CUARTO.- Las costas del recurso deben declararse de oficio, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1º) ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación del penado D. I., contra el Auto dictado por el Juez de Instrucción nº 4 de Salamanca, de fecha 10-11-2016, el cual se deja sin efecto, entendiéndose que -en principio- posee la competencia dicho Juzgado para resolver la petición del recurrente de refundición de las condenas sobre aquél recaídas.

2ª) DECLARAR de oficio las costas que se deriven del recurso.

2.- SENTENCIA 475/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 26/06/17

Desestimación de recurso de casación. No procede la acumulación de una condena impuesta y cumplida en Francia con otras penas impuestas en España.

I. Antecedentes de hecho

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria nº 67/2006, seguido contra D. J. I., con fecha 22 de julio de 2016, dictó

Auto conteniendo los siguientes Hechos: “PRIMERO.- Mediante escrito fechado el 05/11/2014 por el Procurador D. J. C. R. en nombre y representación del condenado J. I., solicita se dicte resolución en el sentido de acordar la ampliación del auto de 23/01/2009 incluyéndose los 5 años de prisión cumplidos en Francia por la condena impuesta en sentencia de fecha 21/02/2006 dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, al límite máximo de cumplimiento de condena de 30 años, de conformidad con los artículo 17.5 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Que el penado J. I. fue condenado en la presente causa mediante sentencia de fecha 11/10/2006 como autor de un delito de asesinato terrorista, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 25 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; como autor de diecisiete delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 11 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; por un delito de estragos terroristas, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 14 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; como autor de un delito de robo de vehículo, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, y como autor de un delito de falsedad documental con fines terroristas, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años de prisión y multa de 12 meses con cuotas diarias de 3 euros e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, y costas procesales.

TERCERO.- Que dado traslado al Ministerio Fiscal de la petición del condenado relativa a la acumulación de la condena francesa, emitió informe de fecha 15/12/2014 por el que se opone a dicha petición en base a las consideraciones que son de ver en el escrito presentado, y conferido a su vez traslado del citado informe para alegaciones a la representación procesal del condenado, ha presentado escrito el 8/06/2016 por el que se reitera en su petición de acordar la ampliación del auto de 23/01/2009 incluyéndose los 5 años de prisión cumplidos en Francia al límite máximo de cumplimiento de 30 años de privación de libertad con las manifestaciones que el mismo contiene.”

SEGUNDO: El órgano judicial de instancia hizo constar la siguiente Parte Dispositiva: “DESESTIMAR la acumulación de la pena que le fue impuesta al condenado J. I. en sentencia de fecha 21/02/2006 dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París.

Notifíquese el presente auto a las partes, con indicación de que contra el mismo cabe recurso de casación, en término de cinco días, a contar desde la última notificación. “

TERCERO: Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley por el penado D. J. I., 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.- El recurso interpuesto por la representación del citado acusado se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero: Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de los artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución Española, en los que se establece los principios de legalidad, jerarquía normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica, en relación a los artículos 96 de la Constitución Española y 70 del Código Penal de 1973, y a los artículos 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI aplicando de manera manifiestamente errónea el artículo 70.2 del antiguo Código Penal y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo: Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, artículo 14 de la Constitución Española y artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos .

Tercero: Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 54 Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. por vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica (artículo 93 y 251 de la Constitución Española y 7 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamen-

tales) en relación con el Derecho a la libertad (artículo 17 Constitución Española, 5 y 7.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y 9.1, 5 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 de la Constitución Española y artículo 6.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), y el artículo 25.2 de la Constitución Española en relación con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos (elaboradas en el 1er Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra 1955) y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

Cuarto: Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 18.1 y 2 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 y 24.1 Constitución Española, tutela judicial efectiva, sin que quepa indefensión, en relación con el derecho a la libertad establecido en el artículo 17 de la Constitución Española.

Por otrosí, el recurrente solicita a este Alto Tribunal que formule cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación al alcance de la Decisión Marco 2008/675/JAI y la LO 7/2014, de 12 de noviembre.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista, para su resolución e interesó su inadmisión y subsidiariamente impugnación, por las razones expuestas en su informe de fecha 21 de marzo de 2017.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 20 de junio de 2017.

II. Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó la petición de acumulación de condenas impuestas en Francia al penado, hoy recurrente.

Recurre en casación la representación procesal del condenado, que formaliza cuatro motivos de contenido casacional que pretenden el cómputo del tiempo pasado en prisión en Francia (Sentencia de 21 de febrero de 2006) por el recurrente para su acumulación al referido límite de los 30 años de prisión, alegando la Decisión Marco 2008/675 /JAI y la Sentencia de esta Sala Casacional número 186/2014, además de la Constitución española, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto a la supuesta vulneración de diferentes derechos fundamentales.

SEGUNDO.- La cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en Pleno, en Sentencia del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015, mediante la cual, como ya dijimos en la Sentencia del Tribunal Supremo 592/2014 y Sentencia del Tribunal Supremo 593/2014, ambas de 24 de julio, que el recurso de casación cumple la misión de determinar el sentido de la interpretación de la ley, por lo que los tribunales deben atenerse a los pronunciamientos de esta Sala Casacional en materia penal. También hemos indicado en la Sentencia del Tribunal Supremo 768/2014, de 11 de noviembre, que la casación tiene un alcance que trasciende al caso concreto: homogeneizar la interpretación de la ley, dado que la función nomofiláctica es una de las funciones genuinas y más clásicas del recurso de casación.

Por lo demás, se han resuelto ya recursos similares en otras Sentencias ya dictadas, como por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015, de 24 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo 179/2015, de 24 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo 235/2015, de 23 de abril; o en la Sentencia del Tribunal Supremo 333/2016, de 20 de abril, entre las más recientes.

TERCERO.- Con la Sentencia del Tribunal Supremo 178/2015, y también, por ejemplo con la nº 832/2016, de 03 de marzo, desarrollamos esa doctrina con la exposición de los instrumentos normativos relacionados con la posibilidad de acumulación de sentencias dictadas en el extranjero y la jurisprudencia que los interpreta de manera cronológica:

1.- Hasta la publicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

Como indicábamos, en la sentencia de 27 de enero de 2015, esta Sala ha tratado la cuestión de la acumulación de condenas en el extranjero en diver-

sas resoluciones, como son la Sentencia del Tribunal Supremo 1129/2000, de 27 junio; Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 diciembre; Sentencia del Tribunal Supremo 926/2005, de 30 de junio; y la Sentencia del Tribunal Supremo 368/2013, de 17 de abril.

La primera resolución es la Sentencia del Tribunal Supremo 1129/2000, de 27 junio; donde se acepta la acumulación de condenas impuestas por tribunales extranjeros, cuyo cumplimiento tiene lugar en España en virtud de un tratado internacional sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales. Por ello, indica:

«3. La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por tribunales extranjeros con penas de tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los artículos 70.2 del Código Penal 1973 ó 76 del Código Penal son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los artículos 70 del Código Penal 1973 y 76 del Código Penal pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras.

4. La cuestión, sin embargo depende de lo establecido en el Tratado sobre Cooperación en materia de Ejecución de Sentencias, que es también aplicable. El Tratado Hispano-Tailandés contiene dos normas que conciernen a este caso. El artículo 4, que reserva a la jurisdicción del Estado trasladante “decidir sobre cualquier petición destinada a revisar la sentencia y pueda por tanto modificarla conmutando la pena o reduciéndola”. El artículo 5, por su parte, establece que “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 afec-

ten 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”.

La misma Sección de la Audiencia Nacional que dictó el auto ahora recurrido, había considerado al dictar el auto de 7-5-97, en el que aplicó el artículo 76 del Código Penal a la pena impuesta por el Tribunal tailandés, que la cuestión de los límites de la pena privativa de la libertad estaba regida por el artículo 5 del Tratado. Sin embargo, sin expresar las razones del cambio, en el auto recurrido entendió que la aplicación del artículo 70 del Código Penal 1973 ó 76 del Código Penal quedaba excluido por lo dispuesto en el artículo 4 del mismo Tratado. Esta Sala entiende que las disposiciones referentes a la limitación de la ejecución de las penas de los artículos mencionados son normas que regulan la reducción de la duración de la pena privativa de la libertad, en el sentido del artículo 5 del Tratado y que no implican una revisión de la sentencia en el sentido del artículo 4 del mismo. En efecto, la sentencia se mantiene en sus términos originales y la pena impuesta no es conmutada por otra, sino limitada según reglas previamente establecidas por el legislador para la ejecución».

En definitiva, admite la acumulación de una condena impuesta por un Tribunal extranjero, pero cuyo cumplimiento y ejecución, no se ha producido en el extranjero, sino en nuestro país, en virtud de un tratado internacional, que remite su ejecución física y jurídicamente a España. Por tanto, proclama que las reglas contenidas en los artículos 70 del Código Penal de 1973 y 76 del Código Penal de 1995 pueden ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras; pero ello, no como principio absoluto, sino que se procederá así “en principio” y añade que ello dependerá de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias, que es también aplicable.

La segunda resolución citada, la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 diciembre, resuelve un supuesto similar al presente: acumulación de una pena de siete años de reclusión impuestos por sentencia de la jurisdicción francesa, que ya ha sido cumplida en Francia antes de que el recurrente fuera extraditado a España. En este caso, se niega tal posibilidad, con los siguientes argumentos:

«Quiere el recurrente, como acabamos de decir, que la pena de siete años de prisión impuesta por la jurisdicción francesa se integre con esas otras de los diferentes procesos seguidos en España para formar un todo al

que se aplique ese máximo de treinta años que se estableció con relación a las acordadas por los tribunales españoles.

Esta petición fue rechazada en la instancia y nosotros ahora en casación hemos de considerar conforme a derecho lo allí resuelto, simplemente porque esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes.

No se trata de un simple obstáculo procesal, como ocurre cuando en tribunales de la misma jurisdicción nacional no se celebra un solo juicio sino varios para conocer de los diferentes delitos que podrían haber sido objeto de un solo procedimiento. Es que el hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas que ahora nos interesa.

El Estado francés ejerció su soberanía en este caso sometiendo a juicio y castigando a quien había cometido unos delitos en Francia. Es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio. No existe un Derecho Penal transnacional, aunque haya normas en convenios internacionales sobre cooperación procesal y policial, concretamente en el ámbito de Europa (Eurojust, Euroorden y entrega temporal, como bien cita el escrito de recurso). Y aunque haya proyectos de unificación para determinados delitos, esto no impide ni limita el ejercicio de las propias jurisdicciones nacionales respecto de los cometidos en el propio territorio, como una manifestación, repetimos, del principio de soberanía nacional de cada estado. Principio que ahora tenemos que aplicar nosotros en España para excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa.

Caso distinto es el examinado en nuestra anterior sentencia de 27-6-2000 que contempla un supuesto en el que sí había un convenio entre Tailandia y España en virtud del cual se entregó a un súbdito español que había delinuido en aquel país para cumplir aquí la pena allí impuesta. Por

virtud de un acuerdo internacional hubo una voluntaria limitación de los derechos de soberanía de aquel país extranjero en favor de la soberanía de España, que se consideró razón suficiente para integrar la condena penal extranjera en una refundición de penas junto con las condenas españolas. En el caso presente los poderes del estado español quedaron totalmente ajenos a la mencionada condena en Francia».

La tercera resolución citada, la Sentencia del Tribunal Supremo 926/2005, de 30 de junio, aborda el siguiente supuesto: el órgano deniega la acumulación, en una sola, de la condena privativa de libertad impuesta al penado en sentencia dictada por la jurisdicción española con la impuesta en el expediente de cumplimiento de condena por la Audiencia Nacional derivado de sentencia dictada por el Tribunal Penal de la provincia de Chonburi de Tailandia. La resolución de esta Sala, estima el recurso «atendiendo a que todos los hechos ocurrieron en 1997 y a que la primera sentencia no fue dictada sino años después, debe afirmarse que, además de existir conexión temporal, no se puede entender aplicable la restricción a la que nos venimos refiriendo. Conviniendo hacer referencia a que, con arreglo al artículo 23.4 f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluso el hecho cometido en Tailandia pudo haber sido enjuiciado en España». Por lo que revoca la resolución que denegó la acumulación de las condenas.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo 368/2013, de 17 de abril, que incluimos en esta inicial época porque no afecta a sentencia dictada por Estado miembro de la Unión Europea y por ende no se analiza Decisión Marco alguna, trata de una acumulación de condenas, en la que se incluye una impuesta por un Tribunal extranjero. En tal sentido, indica:

«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 Cortes 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 coopera-

ción 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 ejecución 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 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».

Es decir, la atribución jurisdiccional para ejecutar esa sentencia en España provenía de otro Convenio, en este caso del Consejo de Europa. Como se observa, todas las resoluciones indicadas que permiten la acumulación, tienen en común que se trata de una acumulación de condenas en la que concurren condenas impuestas en España con condenas dictadas en el extranjero; en virtud de un Convenio internacional que determina su ejecución en España y la aplicación de la normativa española a esa ejecución. Es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo 1129/2000, 926/2005 y 368/2013. Pues el artículo 76.2 del Código Penal (o el anterior 70-2ª del Código Penal/1973) y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no permitían sin el complementario Convenio internacional que atribuía proyectar la normativa española a la ejecución de la sentencia extranjera, desplegar sus efectos sobre estas ejecutorias.

Mientras que, cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya han sido cumplidas, la acumulación se deniega; es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, en relación con una ejecutoria francesa.

2.- Publicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DOUE L 220, de 15.8.2008), con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

Esta Decisión establece el principio de equivalencia entre las condenas de otro Estado miembro y las propias, cuando estas tuvieran algún efecto o fueran consideradas en un nuevo proceso penal: Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal

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

Además, explicitaba que dicho principio, en las términos referenciados, se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución (artículo 3. 2).

Consecuentemente, a expensas de la ulterior concreción en la incorporación legislativa que finalmente fuera objeto de aprobación, sus consecuencias resultaban potencialmente ponderables en nuestro ordenamiento, no sólo para delimitar el problema de la eficacia de las condenas a efectos de acumulación, sino en otros fenómenos jurídicos, como:

a) Posibilitar la situación de prisión provisional, en delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a dos años (artículo 503.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b) Determinar la calidad y cantidad de la fianza mediante la que eludir la situación de prisión provisional (artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) Aplicar la agravante de reincidencia, si el anterior delito fuera de igual naturaleza y así se declarara positivamente la equivalencia de su ubicación normativa (artículo 22.8ª del Código Penal).

d) Individualizar judicialmente la pena, al integrar un elemento relevante de su personalidad (artículo 66.6ª del Código Penal).

e) Denegar la aplicación de la suspensión de la ejecución de condena (artículo 81.1ª del Código Penal).

f) Valorar la concesión de la suspensión de la ejecución de condena cuando hubiere delinquido por razón de su adicción (artículo 87.2 del Código Penal).

g) Limitar la aplicación de la sustitución de la pena, si la condena anterior determina la habitualidad (anterior artículo 88 del Código Penal en relación con el artículo 94).

h) Cuantificar el límite de cumplimiento efectivo de pena, para no traspasar el triplo de la mayor condena o el total de 20, 25, 30 ó 40 años, que fijan los diversos supuestos del artículo 76 del Código Penal.

i) Determinar el plazo para cancelar los antecedentes penales (artículo 136.2.2º).

Con respecto a las reglas del límite de cumplimiento efectivo de la pena, en la Decisión no resultaba no exigible en los términos del artículo 3.5, pues, con carácter general, «La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este objetivo supone que la información relativa a las resoluciones condenatorias pronunciadas en los Estados miembros pueda tenerse en cuenta fuera del Estado miembro de condena, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal» .

En este ínterin, aprobada y publicada la Decisión Marco, cuya incorporación a los ordenamientos internos de los Estados miembros, debía haberse realizado a más tardar el 15 de agosto de 2010, esta Sala dicta la Sentencia 186/2014, de 13 de marzo.

Esta resolución, se refiere a un supuesto como el de autos, que, en el trámite de acumulación de condenas, se acepta la posibilidad de la inclusión de una condena impuesta en Francia. Como señala esta resolución, el recurrente, condenado en numerosas causas por delitos de terrorismo, solicitó al órgano de instancia que se incluyera en la acumulación de condenas, y dentro del límite máximo de cumplimiento, las condenas de prisión impuestas y cumplidas en Francia. La Sala denegó la acumulación, argumentando, entre otras razones, 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. Esta era la solución por la que había optado esta propia Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 diciembre.

La Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo, estima el recurso interpuesto y niega 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. A tal efecto, cita la Sentencia del Tribunal Supremo 2117/2002, de 18 diciembre, así como la Sentencia del Tribunal Supremo 1129/2000, de 27 junio, y entiende que la posición mantenida en esta última resolución «(...) 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 », transcribiendo a continuación el contenido del artículo 3 de la citada Decisión Marco.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo 186/2014, de 13 de marzo, añade también con inclusión en su argumentación de significativa locución, que destacamos subrayada:

«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».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras la doctrina Pupino, efectivamente obligaba a la denominada “interpretación conforme” de nuestro ordenamiento para lograr la finalidad prevista en la norma comunitaria, incluso en defecto de ley (*praeter legem*); en este

caso, la consecución de la asimilación de las condenas de otros Estados Miembros a las condenas nacionales, cuando tuvieran eficacia en un nuevo proceso.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03, caso Pupino), en síntesis, así desarrollaba su doctrina sobre la interpretación conforme:

a) El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 de la Constitución Española, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional (apartado 34 de la Sentencia).

b) Ha de reconocerse a los particulares el derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (apartado 38 de la Sentencia).

c) El principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco, por lo que al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión Marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b) (apartado 43 de la Sentencia).

d) Sin embargo, la obligación del juez nacional tiene límites, que son:

d.1) Los límites impuestos por los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad (apartado 44 de la Sentencia). Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la Decisión Marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (apartado 45 de la Sentencia).

d.2) La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una Decisión Marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha Decisión Marco. En otros términos, el principio de interpretación

conforme no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Decisión Marco (apartado 47 de la Sentencia citada).

En consecuencia, corresponde al juez nacional verificar si, en el asunto concreto, es posible una interpretación conforme de su Derecho nacional (apartado 48 de la Sentencia citada).

Por ello, la sentencia del Tribunal de Justicia concluye, contestando a la cuestión prejudicial planteada, que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco.

Estas consideraciones no sólo se predicán de las decisiones marco, sino también de las Directivas. En efecto, el principio de «interpretación conforme» se formuló por el Tribunal de Justicia en relación con las Directivas, ya en la Sentencia de 10 de abril de 1984 (asunto 14/83, caso Von Colson y Kamann). Como aplicación más reciente, contamos con la Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04, caso Adeneler y otros), en la que se indica que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva, cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (apartado 110); que esta obligación general nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva (apartado 115); y que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (apartado 121).

En su consecuencia, se concluye a través de interpretación praeter legem, a la luz de la Decisión Marco 2008/675/JAI, la posibilidad de acumular la sentencia de un Tribunal francés en la ejecutoria española, siempre que los datos que puedan ser obtenidos permitan esta aplicación, por lo que

estima el recurso, pero sin pronunciarse concretamente sobre la solicitud del recurrente.

3. - Publicación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014), que entró en vigor el 3 de diciembre de 2014 (Disposición Final Cuarta).

Dicha Ley Orgánica, en su Disposición Adicional Única, dispone que: “En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010”.

La literalidad del precepto en correspondencia con la temporalidad de la condena francesa que se pretende acumular, impide la estimación de este recurso. El imperio de la ley que resulta del contenido del artículo 117 de nuestra Carta Magna nos determina nuestra decisión conforme a un sistema constitucional de separación de poderes.

CUARTO.- En nuestra Sentencia del Tribunal Supremo 235/2015, de 23 de abril, tomábamos en consideración, para asumirlas, las tesis del Ministerio Fiscal. En este caso, el Fiscal apoya el Auto recurrido y solicita la desestimación del recurso de J. I. Nos remitimos a lo que declarábamos en tal resolución judicial, dándolo aquí por reproducido.

QUINTO.- La excepción que se preceptúa en la Decisión Marco viene a evitar consecuencias poco asumibles por el ordenamiento jurídico español, en el ejemplo que pone la Sentencia del Tribunal Supremo 235/2015, de 23 de abril: «trata de evitar que un sujeto en un país de la Unión haya extinguido unas penas por delitos cometidos y juzgados con posterioridad a los cometidos previamente en España, que alcancen, por ejemplo, un total de 25 ó 30 años, de tal suerte que cuando se fueran a juzgar en España un conjunto de asesinatos terroristas cometidos antes de haber sentenciado aquéllos esta Sala no podría imponer pena alguna, ya que las ya cumplidas cubrirían hasta el límite de cumplimiento las posibles condenas terroristas».

SEXTO.- Por las razones expuestas, y estando la cuestión traída a conocimiento de esta Sala suficientemente tratada, es por lo que el recurso no puede prosperar, debiendo el recurrente ser condenado en costas procesa-

les por imperativo de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1º) NO HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal del condenado D. J. I., contra Auto de fecha 22 de julio de 2016, dictado en la Ejecutoria núm. 67/2006 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2º) CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso. Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

3.- SENTENCIA 504/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 03/07/17

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no aumenta la pena privativa de libertad a efectos del artículo 76 del Código Penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- «Por escrito de fecha 13 de junio de 2016 el penado T. solicitó la acumulación de sus condenas al amparo del artículo 76.1 del Código Penal.

Dado traslado a su representación procesal, por escrito de fecha 27-07-16 se interesó argumentadamente la acumulación.

Solicitada certificación del Centro Penitenciario sobre las causas por las que está efectivamente cumpliendo el penado, resultan ser las siguientes:

EJECUTORIA	FECHA SENTENCIA	JUZG. SENT.	FECHA HECHO	DELITOS/ FALTAS	PENAS
1.- 492/2016	21-01-16	JP Nº 13 Barcelona	15-07-2009	Salud pública	1 año prisión
2.- 232/2011	18-10-10	JJ Nº 17 Barcelona	23-06-2010	Falta hurto	20 días rps
3.- 76/2011	19-11-10	SECC 8ª AP Barcelona	27-11-2009	Salud pública	4 años, 6 meses y 1 día
4.- 101/2010	19-11-10	SECC 3ª AP Barcelona	27-09-2008	Salud pública	3 años y 20 días rps
5.- 1473/2013	05-11-12	JP Nº 17 Barcelona	21-03-2009	Lesiones	3 años prisión
6.- 3166/2011	04-02-11	JP Nº 8 Barcelona	30-09-2009	Salud pública	2 años prisión
7.- 202/2011	19-04-10	JP Nº 9 Barcelona	06-09-2009	Salud pública	2 años prisión, 45 días rps
8.- 1195/2011	31-01-11	JP Nº 7 Barcelona	22-08-2009	Robo	2 años prisión
9.- 2207/2009	31-07-09	JJ Nº 20 Barcelona	29-07-2009	Salud pública	8 meses prisión 20 días rps
10.-13/2015	12-01-15	JP Nº 2 Mataró	11-08-2009	Atentado y lesiones	7 meses prisión, 45 días rps
11.- 1858/2010	03-11-09	JP Nº 3 Barcelona	20-02-2009	Salud pública	18 meses prisión y 20 días rps

SEGUNDO.- Incoada pieza separada sobre acumulación de condenas, se interesó certificación del estado de cumplimiento de las penas, testimonio de las sentencias y hoja histórico penal del Registro de Penados; pasando a continuación las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en fecha 26-9-16 no oponiéndose a la acumulación de un primer grupo estableciendo como límite máximo de cumplimiento nueve años y dos meses de prisión, el triple de la pena más grave (3 años y 20 días de prisión)».

TERCERO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la solicitud del penado Teofilo se acuerda la aplicación del artículo 76 del Código Penal a referido penado en las ejecutorias señaladas en el primer grupo fijándose como límite

máximo de cumplimiento la pena de NUEVE AÑOS Y SESENTA DÍAS DE PRISIÓN, debiendo cumplir de manera separada las penas impuestas en el resto de las ejecutorias.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, así como resto de partes personadas y comuníquese a los Tribunales de las causas efectivamente acumuladas, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y cabe interponer, de conformidad con el artículo 988 III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, in fine, recurso de casación por infracción de Ley, mediante escrito suscrito por Abogado y procurador, y dentro del plazo de cinco días, desde la última notificación».

CUARTO.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por T. que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de T.

Motivo primero.- Por infracción de ley por indebida aplicación del artículo 76 del Código Penal en relación con el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 14 y 24 de la Constitución Española (derecho a la tutela judicial efectiva, y principio de igualdad ante ley).

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto adhiriéndose al mismo e interesando su estimación parcial; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 20 de junio de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se ataca el Auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº 12 de Barcelona de 11 de octubre de 2016 (Ejecutoria 492/2016) por el que se accede solo

parcialmente a la acumulación jurídica de algunas de las condenas que componen la biografía delictiva del recurrente.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega infracción del artículo 76 del Código Penal, en relación con el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El segundo motivo amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es tributario del anterior: se limita a presentar bajo revestimiento constitucional la misma infracción de ley. Solo si asiste la razón al recurrente en la primera de sus quejas podría hablarse de forma indirecta de afectación de la tutela judicial efectiva. Pero si la decisión se ajusta a la legalidad decae necesariamente el segundo motivo: no hay igualdad, ni tutela judicial efectiva en contra o al margen de la legalidad. Las reglas del artículo 76 del Código Penal se aplican por igual a todos los penados. Que los resultados sean desiguales dependiendo de la situación de cada uno y el número de condenas y fechas de sentencias no supone discriminación prohibida por la ley.

SEGUNDO.- El impugnante expone la doctrina jurisprudencial sobre la acumulación en términos muy generales. Con esa base y sin una específica proyección al caso concreto solicita la refundición de todas las condenas.

Subsidiariamente reclama extender la acumulación a un segundo grupo.

El Fiscal apoya el motivo parcialmente solo en el segundo punto en lo que se puede catalogar como recurso adhesivo.

Tenemos que analizar ambas pretensiones.

El impugnante busca enmendar los criterios manejados por el auto del Juzgado de lo Penal exquisitamente motivado y bien trabajado y elaborado.

No yerra el órgano judicial. Sí el recurrente.

Las limitaciones temporales a la acumulación de diversas penas, únicos condicionantes que subsisten tras las reformas del Código Penal de 2003 y 2015, que no han hecho más que llevar a la letra de la ley lo que ya se había implantado por vía jurisprudencial, obedecen a una premisa irrenunciable: mantener (a nivel conceptual: no significa que en concreto haya de valorarse eso) la eficacia disuasoria de prevención esencial a toda pena. La amenaza de una pena que quien idea delinquir sabe que no va a empeorar en nada su situación es inútil y estéril. No tiene capacidad desin-

centivadora. En esa consideración descansa el fundamento de la limitación cronológica: si se suprime se producirían situaciones en que la amenaza de pena no actuaría como mecanismo de inhibición para ciertos sentenciados.

Cuando se han cometido delitos pero no ha llegado la condena, el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código Penal no anula conceptualmente esa eficacia disuasoria: mientras no ha recaído condena puede subsistir la esperanza -más o menos fundada- de eludir la pena correspondiente: el delito ya cometido puede no ser descubierto; quizás no se recaben pruebas suficientes; o tal vez emerjan otras imprevisibles causas de exclusión de la condena (prescripción, desaparición de las pruebas o imposibilidad de practicarlas...). Por eso la amenaza de la pena sigue constituyendo un freno (quizás menor, pero freno en último término) para la comisión de un nuevo delito pues siempre supondrá incrementar el riesgo de ser condenado o de incrementar el rigor de una eventual condena (aunque a la postre resulte que ese delito, dado el historial delictivo, no eleva realmente la condena: antes de la primera sentencia ese es dato incierto). Se preserva así el efecto preventivo de la pena.

Cuando ya ha recaído condena, sin embargo, se confirma lo que hasta ese momento era solo una posibilidad. A partir de ese instante (condena, que no juicio) se debe entender bloqueada la acumulabilidad de penas anudadas a hechos nuevos. Si no se hiciese así, quedaría abierta la puerta a la comisión de delitos con plena garantía de impunidad (fuesen o no descubiertos).

El recurrente al solicitar la acumulación de todas las condenas no respeta esa limitación proclamada claramente por el artículo 76.2 del Código Penal. Pretende refundir penas impuestas por hechos sucedidos cuando ya otras penas con las que se pretende la acumulación estaban establecidas por sentencia. Eso no es admisible. Viene prohibido expresamente por el artículo 76 del Código Penal.

No tiene razón en su argumento el recurrente. El motivo fracasa.

TERCERO.- No obstante hemos de proseguir nuestro escrutinio sobre la resolución impugnada, analizando la petición subsidiaria respaldada por el Fiscal.

Se detecta en ella, de una parte, una incorrección en la forma de fijar el máximo de cumplimiento que no es apuntada en el recurso pero que

queda abarcada por la pretensión impugnativa. La pena más grave de las acumuladas es de tres años; y no de tres años y veinte días. Se impuso una pena conjunta de prisión y multa. El impago de la multa activa la responsabilidad personal subsidiaria. Pero eso no representa un incremento de la pena privativa de libertad principal. Ésta sigue siendo de tres años de prisión. Supone otra pena conjunta, pero diferente. El triplo de la pena más grave ha de formarse atendiendo en exclusiva a los tres años de prisión sin engrosarla con los días de responsabilidad personal subsidiaria que constituyen otra pena distinta conjunta sustitutiva de la de multa. Por tanto el máximo de cumplimiento ha de ser nueve años y no nueve años y sesenta días (como ha señalado el juzgado). Esto que está claro en la literalidad del artículo 76 del Código Penal puede encontrar un argumento de refuerzo (aunque innecesario) en el artículo 53.3 del Código Penal.

CUARTO.- Recurrente y Fiscal plantean la posibilidad de formar un segundo bloque de penas acumulables en los términos previstos por el auto (grupo segundo: condenas números 3, 6, 7, 8 y 10) pero extrayendo la condena dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que fija una pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión por un delito contra la salud pública en fecha 27 de noviembre de 2009 (condena 3). Es esa la sentencia que neutraliza el eventual efecto favorable de la acumulación de ese segundo bloque de penas refundibles en abstracto por fechas: la multiplicación de esa duración por tres da un resultado muy superior al derivado de la suma aritmética de todas las condenas. Eso hace que la acumulación no sea fructífera. Para que sea beneficiosa e impugnante proponen orillar esa concreta condena.

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

No podemos, sin embargo, acoger esa solicitud pese al apoyo del Fiscal en casación.

El sistema de acumulación constituye un remedio para corregir las consecuencias del enjuiciamiento separado de infracciones que arrastra la imposibilidad en muchos casos de aplicar en la sentencia las reglas penológicas del concurso real (artículo 76 del Código Penal).

Este mecanismo diferido y subrogado de fijación de la pena (artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76.2 del Código Penal) no puede degenerar en una forma de burlar o transformar la regla legal que obliga a calcular el triplo de la pena más grave de las asignadas a los delitos cometidos en régimen de concurso real. No queda a disposición del intérprete ignorar algunas condenas acumulables para obtener un resultado más beneficioso.

Si en una misma sentencia recae condena por varias infracciones y hay que aplicar el artículo 76 del Código Penal, no es admisible hacer abstracción de la condena más grave para acumular las restantes y obtener así una penalidad mitigada. Eso contraría la norma del artículo 76 del Código Penal. La más grave de las penas es la más alta de las penas acumulables; y no la más grave siempre y cuando beneficie al reo, pudiendo acudirse en otro caso a la siguiente más grave y así sucesivamente. Esa voluntarista exégesis traiciona el mandato del artículo 76 del Código Penal. El respeto a la literalidad de la ley obliga a estar al resultado de multiplicar por tres la pena privativa de libertad más alta. No puede obviarse ese criterio legal a través de una creativa fórmula consistente en apartar del grupo de sentencias acumulables la pena más grave para hacerla cumplir por separado. Si esa condena impide la acumulación, excluye la de todas las refundibles. Hacer abstracción de esa única condena supondría desobedecer el mandato legal. Lo pone de manifiesto el hecho de que si estuviésemos ante condenas dictadas en una única sentencia no se admitiría esa operación que entra en flagrante contradicción con lo que dispone el artículo 76.

Que Ministerio Fiscal y recurrente de consuno postulen esa interpretación en casación sin oposición de ninguna parte en el recurso no es obstáculo para rechazarla (Sentencias del Tribunal Constitucional 123/2005, de 8 de junio y 183/2005, de 4 de julio y Sentencias del Tribunal Supremo 859/2013, de 21 de octubre y 205/2015, de 10 de marzo).

Así pues hay que estimar parcialmente el recurso en los términos expresados.

QUINTO.- Estimándose el recurso de casación, aún solo parcialmente, procede declarar de oficio el pago de las costas procesales (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por T. contra el Auto de fecha 11 de octubre de 2016 dictado por el Juzgado de lo Penal nº 12 de Barcelona y recaído en la causa Ejecutoria nº 492/2016-3, por estimación del motivo primero de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicho Auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº 12 de Barcelona.

2.- DECLARAR de oficio las costas recaídas en este recurso.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 3 de julio de 2017

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de lo Penal número 12 de Barcelona en ejecutoria nº 492/2016-3; contra T.; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. A. M. G.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan los del auto recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la anterior sentencia resulta procedente mantener la acumulación en los términos fijados por el auto impugnado aunque estableciéndose como máximo de cumplimiento un total de nueve años.

FALLO

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

Se sustituye el máximo de cumplimiento fijado en el auto respecto de las condenas acumuladas (nueve años y 60 días) por el de NUEVE AÑOS de prisión.

En el resto (cumplimiento de las condenas no acumuladas por separado) se mantienen los pronunciamientos del auto de instancia.

4.- SENTENCIA 563/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 13/07/17

Se estima recurso de casación; se fija límite máximo de cumplimiento sometándose la ejecución al Código Penal de 1995, renunciando expresamente a beneficios derivados del Código Penal de 1973

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, Ejecutoria 40/2012, Rollo de Sala 30/2003, Sumario 10/2003, dictó auto con fecha 29 de noviembre de 2016 que contiene los siguientes Antecedentes de hecho: “ÚNICO.- Mediante escrito de la representación legal del penado se interesó la acumulación de las condenas recaídas con respecto del indicado.

Constan unidas a la presente ejecutoria las sentencias dictadas con respecto del citado penado y la ficha histórico-penal del mismo.

Igualmente, se ha dado traslado de la petición al Ministerio fiscal quien se opuso a la referida pretensión”.

Igualmente contiene los siguientes Fundamentos de Derecho: A los efectos de responder a la acumulación interesada, debe comprobarse, en primer lugar, si concurren los requisitos legales, es decir, si los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un mismo proceso, lo que impide que las sentencias recaídas en los sucesivos procedimientos hayan sido dictadas en fechas anteriores a los hechos que se pretenda acumular, lo cual exige la comprobación de las fechas de los hechos y de las sentencias dictadas en cada proceso y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta la doctrina

jurisprudencial recaída sobre el particular y que gira en torno a lo acordado en el Pleno no jurisdiccional de 12/02/1999, que ha sido aplicado, entre otras ocasiones, en las Sentencia del Tribunal Supremo de 21/01(sic)/2001 y 22/07/2015, que determinan la imposibilidad de acumulación de penas correspondientes a dos códigos diferentes, con límites de cumplimiento también distintos, por cuanto según se recoge en la última de las sentencias dictadas, el nuevo marco previsto en el artículo 76 del Código Penal de 1995, que establece un máximo ordinario de cumplimiento de 20 años sólo será aplicable a los supuestos en que todos los delitos sobre los que pudiera operar tal límite temporal se hayan cometido bajo vigencia del actual código o, si se hubiesen cometido bajo vigencia del anterior, las penas impuestas se hayan revisado y adaptado al vigente.

SEGUNDO.- De acuerdo a las citadas premisas y en relación a la concurrencia del primer requisito, se indica que las resoluciones dictadas son las siguientes:

1º.- Sentencia 7/2011 de 15/02, de la sección primera en la que se condenó al penado, como autor de un delito de daños terroristas a la pena de 3 años de prisión en aplicación del código de 1995, habiendo ocurrido los hechos en marzo de 2000.

2º.- Sentencia 72/2007, de 13/12, de la sección tercera que absolvió al penado de los hechos ocurridos en la primavera de 1995 del delito de detención ilegal, sentencia que tras recurrirse en casación fue revocada por el Tribunal Supremo que en sentencia de 30/03/2009 condenó al citado a una pena de 7 años de prisión mayor, aplicando el código de 1973.

3º.- Sentencia 9/2010, de 02/02, de la sección segunda, en la que se condenó al citado penado por delito de estragos a una pena de 3 años y 9 meses de prisión, ocurriendo los hechos en 1998, y con aplicación del código de 1995 y

4º.- Sentencia nº 41/2012 de 01/10, en la que el citado fue condenado a una pena de estragos a 17 años de prisión por hechos ocurridos en 1998, siendo de aplicación el código de 1995.

TERCERO.- Pues bien, teniendo en cuenta que los hechos enjuiciados tienen lugar entre el 1995 y el 2000 y la primera de las sentencias fue dictada el 13/12/2007, en principio, todos los delitos podían haber sido enjuiciados en aquella fecha.

Ahora bien, en relación al cumplimiento del segundo requisito de origen jurisprudencial, de las 4 resoluciones que pretenden acumular, tres han aplicado el Código de 1995, la sentencia dictada por la sección tercera de 2/2007(sic), revocada por la del Tribunal Supremo ya citada aplicó a los hechos el Código de 1973.

Pues bien, habida cuenta que no consta en las actuaciones que esta última resolución haya sido objeto de revisión conforme a las pautas del código de 1995, pues ello supondría dejar sin efecto el beneficio de redención de penas que el código de 1973 otorgaba al peticionario, se extrae la conclusión de no ser procedente al caso la acumulación de penas interesada por la representación legal del penado.

En consecuencia y conforme a lo expuesto, no ha lugar a la acumulación de penas interesada”.

SEGUNDO.- La Audiencia Nacional, Sección Cuarta, con fecha 29 de noviembre de 2016 dictó el siguiente pronunciamiento: EL TRIBUNAL ACUERDA: Desestimar la solicitud de acumulación de condenas interesada por el Procurador, en representación legal del penado I.”

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de I., 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

ÚNICO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley al haberse aplicado indebidamente el artículo 76.1 del Código Penal

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 16 de junio de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 4 de julio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El recurrente pretende la revocación del Auto de 29 de noviembre de 2016 que denegó la acumulación de las cuatro condenas que conforman el historial delictivo de quien recurre. Tanto la Audiencia, como el recurrente y el Ministerio Fiscal, están de acuerdo en que las cuatro condenas podrían ser acumuladas a la más antigua, la que identificamos como la de fecha 13 de diciembre de 2007, aunque en realidad es la dictada por esta Sala de fecha 30 de marzo de 2009, a la que serían acumulables las restantes condenas por hechos acaecidos en 1998, dos condenas y en marzo de 2000. La pena resultante sería el triple de la más grave la de 17 años, con la corrección expuesta en el número 1º a) del artículo 76 que prevé un límite de 25 años. Sin embargo, tanto la Audiencia Nacional, como el Ministerio fiscal en esta instancia se oponen a la acumulación porque la condena contenida en la sentencia de 12(sic) de diciembre de 2007 aplicó el Texto Refundido de 1973, y de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala, a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 12 de febrero de 1999, no es posible la acumulación de penas dictadas con arreglo a dos bloques normativos, precisamente porque una de las diferencias de ambos bloques radica en la concurrencia de la redención de penas por el trabajo que conforma una distinta forma de ejecución de las condenas. Es por ello que el Ministerio fiscal sugiere en su informe que para obviar esa situación de la concurrencia de los dos Códigos penales, la solución es la de solicitar primero la revisión de esa condena, y una vez revisada, la acumulación en los términos que el recurrente solicita. Esa propuesta ha sido dispuesta por el recurrente que comunica a esta Sala “el callejón sin salida en el que se encuentra” pues al interesar esa revisión la Sala de la Audiencia Nacional le comunica que la condena no es revisable, pues era imponible de acuerdo a uno y otro Código y concurrir, además, la redención, lo que no la haría más favorable. En ese callejón se encuentra porque, aun siendo cierto, el argumento, el recurrente propone la revisión porque la resultante, una vez revisada, siempre le saldría más favorable al poder ser acumulada. Es por ello que en escrito dirigido a esta Sala, que ha de ser considerado como trámite de audiencia a tenor de lo dispuesto en la Transitoria 2ª, reitera su pretensión de acumulación y “solicita el sometimiento de todas las condenas en su ejecución exclusivamente a las normas del Código Penal de 1995”, lo que incorpora una expresión de mayor favorabilidad del Código de 1995 que ha de ser tenido en cuenta para conformar el régimen de la

acumulación que insta y en la que todos, el órgano jurisdiccional, el recurrente y el Ministerio fiscal, están de acuerdo en su procedencia, lo que por otra parte constatamos toda vez que la sentencia más antigua podía haber enjuiciado todos los hechos enjuiciados en las otras sentencias. Además, el límite previsto en el artículo 76.1, de 25 años es más favorable que la condena resultante de apartarla de la acumulación.

En consecuencia, procede acumular a la condena impuesta en la sentencia más antigua, las condenas recaídas en las otras sentencias, fijando como límite máximo de cumplimiento el de 25 años, sometiéndose la ejecución a las normas previstas en el Código penal de 1995, al considerarse más beneficioso para el reo y haber renunciado expresamente, a beneficios derivados de un sistema de ejecución al que expresamente ha renunciado.

FALLO

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

Estimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de D. I., contra auto dictado el día 29 de noviembre de 2016. Declarar de oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

5.- SENTENCIA 650/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 03/10/17

Interpretación de la redacción dada al artículo 76.2 del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. Viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada en la Ejecutoria núm. 40/2016 (Acumulación de Condenas) contra el

penado D. Ó., dictó Auto en fecha 8 de febrero de 2017, cuyos hechos son los siguientes:

«Primero.- Por el interno Ó. en fecha 6 de mayo de 2016 se interesa acumulación de penas.

Segundo.- Recabada la hoja histórico-penal del solicitante, los testimonios de sentencias condenatorias y certificación del Centro Penitenciario donde redime condenas acerca de la relación de éstas que se halla en estos momentos en fase de cumplimiento enlazado, resulta que el condenado solicitante ha sido condenado y se halla actualmente cumpliendo condena, en las siguientes causas:

1.- Ejecutoria de esta Sala, Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada, número 40/2016, con fecha de Sentencia 3 de marzo de 2016 fecha de los hechos abril de 2008 y pena de 3 años, 8 meses y 135 días de prisión.

2.- Ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 5 de Málaga número 56/2016 con fecha de Sentencia 20 de enero de 2016, fecha de hechos 17 de diciembre de 2009 y pena de 6 meses de prisión.

3.- Ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 5 de Granada número 171/2012 con fecha de Sentencia 7 de marzo de 2012, fecha de hechos noviembre de 2008 y año 2009 y pena de 10 meses y 82 días de prisión.

4.- Ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 4 de Granada número 29/2012 con fecha de Sentencia 4 de noviembre de 2011, fecha de hechos 26 de febrero de 2001 y pena de 1 año, 13 meses y 16 días de prisión.

5.- Ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 2 de Motril número 9/2012 con fecha de Sentencia 20 de diciembre de 2011, fecha de hechos 5 de mayo de 2006 y pena de 1 año y 9 meses de prisión.

6.- Ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 5 de Granada número 340/2008 con fecha de Sentencia 18 de enero de 2008, fecha de hechos 10 de julio de 2006 y pena de 10 meses de prisión.

7.- Ejecutoria de esta Sala, Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada número 44/2006, con fecha de Sentencia 23 de diciembre de 2005, fecha de hechos 30 de enero de 1998 y pena de 21 meses de prisión.

8.- Ejecutoria de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén número 12/2009 con fecha de Sentencia 31 de marzo de 2009, fecha de hechos 7 de junio de 2006 y pena de 1 año y 12 meses de prisión.

9.- Ejecutoria de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada número 31/2007 con fecha de Sentencia 15 de mayo de 2006, fecha de hechos 10 de septiembre de 2003 y pena de 28 meses y 41 días de prisión.

10.- Ejecutoria de la Audiencia Provincial de Granada Sección 1ª número 6/2010 con fecha de Sentencia 21 de enero de 2009, fecha de hechos 22 de marzo de 2004 y pena de 24 meses de prisión.

Tercero.- Pasada la ejecutoria, en relación a la petición planteada, a informe del Letrado de la defensa del solicitante, por el mismo no se efectuó manifestación alguna, y por el representante del Ministerio Fiscal, en fecha 20 de enero de 2017, se dice que no se opone a la refundición».

SEGUNDO.- Dicha Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento:

«ESTIMAMOS LA ACUMULACIÓN JURÍDICA interesada por el penado Ó. respecto de las ejecutorias de esta Sala, Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada, número 40/2016, con fecha de Sentencia 3 de marzo de 2016 fecha de los hechos abril de 2008 y pena de 3 años, 8 meses y 135 días de prisión, ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 5 de Málaga número 56/2016 con fecha de Sentencia 20 de enero de 2016 fecha de hechos 17 de diciembre de 2009 y pena de 6 meses de prisión, ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 5 de Granada número 171/2012 con fecha de Sentencia 7 de marzo de 2012, fecha de hechos noviembre de 2008 y año 2009 y pena de 10 meses y 82 días de prisión, ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 4 de Granada número 29/2012 con fecha de Sentencia 4 de noviembre de 2011, fecha de hechos 26 de febrero de 2001 y pena de 1 año, 13 meses y 16 días de prisión, ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 2 de Motril número 9/2012 con fecha de Sentencia 20 de diciembre de 2011 fecha de hechos, 5 de mayo de 2006 y pena de 1 año y 9 meses de prisión, ejecutoria del Juzgado de lo Penal número 5 de Granada número 340/2008 con fecha de Sentencia 18 de enero de 2008, fecha de hechos 10 de julio de 2006 y pena de 10 meses de prisión, ejecutoria de esta Sala, Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada número 44/2006, con fecha de Sentencia 23 de diciembre de 2005, fecha de hechos 30 de enero de 1998 y pena de 21 meses de prisión, ejecutoria de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén número 12/2009 con fecha de Sentencia 31

de marzo de 2009, fecha de hechos, 7 de junio de 2006 y pena de 1 año y 12 meses de prisión, ejecutoria de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada número 31/2007 con fecha de Sentencia 15 de mayo de 2006, fecha de hechos 10 de septiembre de 2003 y pena de 28 meses y 41 días de prisión, y ejecutoria de la Audiencia Provincial de Granada Sección 1ª número 6/2010 con fecha de Sentencia 21 de enero de 2009, fecha de hechos 22 de marzo de 2004 y pena de 24 meses de prisión, con máximo de cumplimiento por todas ellas de DIECISÉIS (16) años, SIETE (7) meses y TRESCIENTOS CUARENTA (340) días de prisión, declarando extinguidas aquellas penas en lo que exceda de dicho límite».

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado, teniéndose 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo Único.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la indebida aplicación del artículo 76, Párrafo 1º y 2º del Código Penal, todo ello en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso y subsidiariamente su desestimación en base a lo expresado en su escrito de fecha 26 de abril de 2017; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 27 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En su único motivo, formulado por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la indebida aplicación del artículo 76, Párrafo 1º y 2º del Código Penal,

todo ello en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pretende el recurrente que se proceda a la acumulación de todas sus condenas y se establezca como tiempo máximo de cumplimiento de la condena el de 12 años y 4 días de prisión, que se corresponde con el triplo de la pena impuesta en la Ejecutoria 40/2016 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada (Ejecutoria nº 10), por ser la condena más grave de la impuestas.

Además de alguna cita jurisprudencial, argumenta que conforme al artículo 76 del Código Penal el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triplo de la duración de la más grave de las impuestas, debiendo declararse extinguido el exceso; y la jurisprudencia por razones de índole humanitaria ha hecho abstracción de la naturaleza de los delitos a los que se refieren las condenas, dejando reducida la cuestión a un mero problema de conexidad, la cual entiende justificada en su condición de toxicómano que motiva la pluralidad delictiva, haciendo que resulte procedente la acumulación instada.

Recabado en el expediente la hoja histórica-penal del penado y testimonio de todas las sentencias condenatorias reseñadas, las condenas resultantes fueron:

1 Ej. 44/2006 Sección 1ª A.P. Granada. Sentencia: 23/12/2005. Hechos: 30/01/1998. Pena: 21 meses.

2 Ej. 31/2007 Sección 2ª A.P. Granada. Sentencia: 15/05/2006. Hechos: 10/09/2003. Pena: 28 meses y 41 días.

3 Ej. 340/2008 J. Penal Nº 5 Granada. Sentencia: 18/01/2008. Hechos: 10/07/2006. Pena: 10 meses prisión.

4 Ej. 6/2010 Sección 1ª A.P. Granada. Sentencia: 21/01/2009. Hechos: 22/03/2004. Pena: 24 meses.

5 Ej. 12/2009 Sección 1ª A.P. Jaén. Sentencia: 31/03/2009. Hechos: 07/06/2006. Pena: 1 año y 12 meses.

6 Ej. 29/2012 J. Penal Nº 4 Granada. Sentencia: 04/11/2011. Hechos: 26/02/2001. Pena: 1 año, 13 meses y 16 días.

7 Ej. 9/2012 J. Penal Nº 2 Motril. Sentencia: 20/12/2011. Hechos: 05/05/2006. Pena: 1 año y 9 meses.

8 Ej. 171/2012 J. Penal N° 5 Granada. Sentencia: 07/03/2012. Hechos: Noviembre 2008. Pena: 10 meses y 82 días.

9 Ej. 56/2016 J. Penal N° 5 Málaga. Sentencia: 20/01/2016v 17/09/2009. Pena: 6 meses.

10 Ej. 40/2016 Sección 1ª A.P. Granada. Sentencia: 03/03/2016. Hechos: Abril 2008. Pena: 3 años, 8 meses y 135 días.

La Audiencia Provincial, con adecuado método inicial, en el auto impugnado parte de tres bloques. El primero formado por las Ejecutorias n° 1, 2, 4 y 6 (Ejecutorias 7, 4, 9 y 10 de la relación del auto). En este caso la acumulación le es favorable al ser la suma aritmética de las condenas superior (1 año, 86 meses y 57 días, o, lo que es igual 8 años, 2 meses y 57 días) al triple de las más grave (28 meses y 41 días x 3= 84 meses y 123 días, o, lo que es igual a 7 años, 4 meses y 3 días).

Los otros dos bloques están formados, uno, por las Ejecutorias n° 3, 5 y 7 (Ejecutorias 6, 5 y 8 de la relación del auto), y, el otro, por las Ejecutorias 8, 9, 10 (Ejecutorias 3, 1 y 2 de la relación del auto). Pero ninguna de las dos le es más favorable al recurrente por ser la suma aritmética inferior al triple de la más grave, ya que en el segundo bloque el total de las condenas supone un tiempo de cumplimiento de 2 años y 31 meses, o, lo que es lo mismo 4 años y 7 meses, y el triple de las más grave (1 año y 12 meses) es de 3 años y 36 meses, o, lo que es igual 6 años en total. En el tercer bloque también el cumplimiento separado de cada una de las condenas es inferior (3 años, 24 meses y 217 días, lo que es igual a 5 años, 7 meses y 7 días) al triple de la más grave (9 años, 24 meses y 405 días -3 años, 8 meses y 135 días x 3).

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de la solución que se otorgará, conviene describir el evolutivo criterio de la Sala, en búsqueda de soluciones que con observancia de la normativa en cada momento vigente, permita ampliar el ámbito de la acumulación.

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 al tiempo máximo de cumplimiento efectivo en los supuestos de condenas diferentes por varios delitos, según los límites que vienen establecidos en el artículo 76.1 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, en veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según las excepciones alternativamente especificadas en esa norma.

Esta Sala Segunda ha señalado con reiteración, la relevancia de la fijación del límite de cumplimiento de condenas, pues “la necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. La doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (artículo 89.2), 1928 (artículo 163.1), 1932 (artículo 74) y 1944 (artículo 70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el artículo 76.1 del vigente del Código Penal” (Sentencia núm. 14/2014, de 21 de enero con cita de otras varias).

Consecuentemente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido matizando su jurisprudencia gradualmente para flexibilizar los requisitos exigibles en toda acumulación, en especial la conexidad, que se interpreta como presupuesto exclusivamente relacionado con el momento de comisión de los hechos delictivos. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 909/2013, de 27 de noviembre, -concordante con la anterior redacción del artículo 76.2 del Código Penal-, impera la denominada «conexidad temporal», de modo que resulta pacífica la aplicación de este régimen de acumulación a condenas que hubieren sido impuestas en procesos distintos, con la única exigencia de que los hechos a que las mismas se refieran hubieren podido enjuiciarse en un solo procedimiento (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 31/1999, de 14 de enero).

Al tiempo, se advertía que este criterio expansivo, favorecedor de la acumulación jurídica de condenas, no permite entender que en cualquier

caso, sea cual fuere la fecha de comisión de los hechos y su conexión con otros que ya han sido objeto de enjuiciamiento, los límites fijados en el artículo 76.1 del Código Penal operarían como límites absolutos; al contrario, tanto la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, como el vigente artículo 76.2 cuando se interpone el recurso, condiciona la posibilidad de la acumulación en relación a penas impuestas en distintos procesos a que los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; consecuentemente ni los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado ni los hechos posteriores a la última sentencia que determina dicha acumulación.

Por tanto, como indica la sentencia ya citada núm. 14/2014, de 21 de enero, en observancia de la redacción normativa vigente en esa fecha, son dos los criterios a ponderar en aplicación de estas normas:

“a) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular («ratione materiae»), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos, pudieron haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no todos fueron enjuiciados en una misma causa, cabrá acumular la totalidad de las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos impuestos por las referidas normas sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión expresamente exigida en nuestras normas penales.

b) En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno solo» («ratione temporis»). Cuando

hay una sentencia condenatoria es claro, que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal sentencia, no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya ésta había sido dictada; limitación en la peligrosidad que existiría como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: solo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria”.

TERCERO.- En la formación de los posibles bloques, se partía en la jurisprudencia de esta Sala, como explica la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 222/2016, de 16 de marzo, de la consideración, de que cada sentencia debería representar un punto y aparte en el historial delictivo. En el momento de la sentencia, el condenado ha de adquirir conciencia de que todos los delitos cometidos hasta entonces, hayan sido o no enjuiciados, solo podrán refundirse con la condena ya recaída. Y habría de ser consciente de que la comisión de un nuevo delito abrirá otro “capítulo” en su historial delictivo y en la forma de cumplir sus consecuencias. Este sistema implicaba estar a la sentencia más antigua y efectuar las operaciones con todas las que versen sobre hechos anteriores. Si son acumulables entre sí se procederá así; y a continuación se reiniciaría la operación con las más antigua de las que resten y así sucesivamente. Si no son acumulables, sin embargo, no cabría rescatar ninguna de ellas para nuevas combinaciones. Habría que efectuar la operación a partir de la más antigua de las restantes pero sin tomar ya en consideración las descartadas.

Método que venía favorecido por la redacción del artículo 76.2, que persistía en una conexidad, aunque fuere espiritualizada, entre las condenas del penado: la limitación (prevista en el artículo 76.1) se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; pero la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, otorga una nueva redacción donde se prescinde ya de cualquier tipo de conexión y

se atiende a criterios estrictamente cronológicos: la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar; que como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 139/2016 de 25 de febrero, ha suscitado la reinterpretación del alcance de la acumulación cuando se trata de penas impuestas en distintos procesos, aunque ciertamente algunas resoluciones ya abogaban por el criterio ahora adoptado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016, celebrado por esta Sala Segunda al amparo del artículo 264 Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se acuerda:

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

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

Es decir, en la formación de bloques, como es tradicional, una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme al criterio cronológico establecido (por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar), habrá de determinarse si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 Código Penal (20 años -excepcionalmente en los supuestos previstos 25, 30 ó 40, en su redacción actual-; o el triple de la pena más grave), beneficia al penado; en definitiva, si resulta inferior a la suma aritmética de las condenas impuestas en las ejecutorias integrantes del bloque, pues solo en este caso, se acumularán tales condenas, sustituyendo la suma aritmética, por el referido límite (Sentencias del Tribunal Supremo 854/2006, de 12 de septiembre; 1293/2011, de 27 de noviembre; y 13/2012, de 19 de enero, entre otras). Pues si el resultado que ofrezca esa comparación, le perjudicara, no procedería acumulación alguna en cuanto a las penas integradas en ese bloque.

Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo n° 706/2015, de 19 de noviembre, “aunque la redacción del precepto pudiera haber sido más clara, ha de interpretarse en el sentido de que la acumulación deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las demás sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia”.

Pero ahora, el Acuerdo del Pleno, adiciona la posibilidad de reutilización de las condenas integrantes de bloques no fructíferos, porque los límites previstos en el 76.1, excedieran en su magnitud a la suma aritmética de las que integran el bloque; de modo que es viable la formación de bloques donde se incorporen condenas ya ponderadas en bloques previos donde el cotejo comparativo aritmético frustró la acumulación.

Como adelantaba la Sentencia del Tribunal Supremo 706/2015 citada, “si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello”.

CUARTO.- Pero además de esta reutilización, en un escalón evolutivo jurisprudencial más, en la interpretación favorable al penado, a partir de la reconsideración del artículo 76.2 propiciada por su nueva redacción sobre la locución utilizada en referencia restringida a las condenas que integren el objeto de la efectiva acumulación, permite atender en modificación de una jurisprudencia anterior (p.e. Sentencia del Tribunal Supremo 408/2014, de 14 de mayo, ciertamente distante de ser pacífica, que era el criterio también seguido en la Circular Fiscalía General del Estado 1/2014) a la viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación, en cuanto el texto normativo predica la exigencia del requisito cronológico de los que fueren objeto de acumulación, pero ninguna exigencia más a cómo debe formarse ese bloque, ni que la exigencia cronológica además de observarse internamente entre las ejecutorias que integren el bloque, también suponga que no existe posibilidad de bloques acumulativos con condenas de fechas precedentes.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 139/2016 de 25 de febrero, tras incidir en que la interpretación sustantiva del sistema de acumulación jurídica no puede prescindir de determinados valores constitucionales como

son los principios proclamados en el artículo 15 de la Constitución Española relativo a las penas inhumanas, el artículo 25 que proclama que las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y el propio artículo 10.2 que obliga a la interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (así, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 49.3, proclama que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción); destaca que el enjuiciamiento de los hechos pende en muchas ocasiones de circunstancias o contingencias aleatorias y por ello ajenas a la responsabilidad de los propios penados y que incluso pueden conculcar el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y si bien no puede corregirse absolutamente, cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria se reducirá el margen de aleatoriedad.

Y tras contemplar en el supuesto concreto analizado, que resultaba la posibilidad de acumular formando bloques a partir de la primera de las sentencias ordenadas en atención de su antigüedad del cuadro de ejecutorias, pero también resultaba posible la formación de un bloque a partir de la segunda, que resulta más beneficioso aunque dejaba fuera del bloque a esa primera sentencia, siendo que todas las así acumuladas en esta segunda alternativa cumplimentan las exigencias del artículo 76.2, concluye: teniendo en cuenta lo señalado en el fundamento precedente, esta alternativa combinatoria, que es evidentemente más favorable para el penado y cumple las reglas fijas señaladas en el mismo, pues todos los hechos son anteriores a la sentencia de referencia y ninguno de ellos ha sido sentenciado con anterioridad, no es incompatible con la regla 2ª del artículo 76 del Código Penal tal como hemos señalado. Siendo ésta la opción más favorable para el penado y comprendiendo las sucesivas operaciones de acumulación la totalidad de las ejecutorias pendientes debemos acoger la misma, lo que equivale a estimar solo parcialmente el motivo del Ministerio Fiscal por cuanto frente a lo resuelto por el Juzgado de ejecutorias la sentencia de fecha más antigua debe quedar fuera del bloque acumulado y cumplirse independientemente.

Conclusión que parte del enunciado de que cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba

ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables, sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso.

De igual modo la Sentencia del Tribunal Supremo 142/2016, de 25 de febrero, coincidente con este criterio interpretativo del artículo 76.2, indicaba:

“La esencia de esta interpretación consiste en la búsqueda de la solución combinatoria que más beneficio objetivo represente para el penado. Siempre que se adecue al canon legal, pero advirtiendo que éste no se dirige a imponer un método de formulación de combinaciones que parta necesariamente de la más antigua de las sentencias de entre todas las que condenaron al penado. Esa fecha de sentencia que es relevante es la de la más antigua de aquéllas que efectivamente se incluye en el listado de cualquiera de las combinaciones. Es decir la Ley Orgánica 1/2015 no ha querido fijar prioritariamente un método de cálculo para componer la acumulación obligando a comenzar por las acumulaciones posibles a la más antigua de las sentencias condenatorias sufridas por el penado. Lo que pretende es imponer un límite al resultado de todas y cada una de las combinaciones que efectivamente se puedan llevar a cabo.

Otra interpretación supone, contra reo, transformar lo que es la voluntad legal dirigida a ampliar la autorización que implique una disminución del tiempo de condena en una imposición restrictiva que se traduzca en mayor tiempo de cumplimiento.”

También, la Sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo, concurrente con el anterior pronunciamiento, establece cual es el criterio determinante de la elección entre las diversas alternativas que los diferentes bloques formados a partir del conjunto de las ejecutorias del penado, con observancia de las exigencias del artículo 76, posibilitan: siendo posible establecer más de un bloque de condenas a refundir, deben valorarse también las condenas que deben ser cumplidas separadamente por el penado, para determinar la combinatoria más favorable al mismo.

Criterio en el que abunda, la Sentencia del Tribunal Supremo 153/2016, de 26 de febrero, cuando afirma que cabría rechazar cualquier acumulación cuyo resultado fuera menos favorable que otra posible; la interpretación de la nueva regulación no debería impedir que, tras un primer intento de acumulación, (o varios, en su caso), se acuda a otras distintas posibilidades, si

resultan más favorables para el penado, criterio que resultaría aplicable en atención a la finalidad de la norma, orientada a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal. Siempre respetando el límite antes mencionado, es decir, siempre que todos los hechos por los que han recaído las distintas condenas sean anteriores a la sentencia más antigua de las que concretamente se acumulan.

De modo, que en esa búsqueda de la acumulación con resultado más favorable, el criterio cuantitativo del cotejo, no es, en cada caso, el límite resultante de los bloques efectivamente acumulados, sino de esa cifra más la suma de las penas que deban ser cumplidas independientemente; es decir el tiempo total que tras la combinación elegida el penado deba cumplir .

Claro está, siempre que se cumpla que los hechos de las sentencias que se acumulan sean anteriores a la fecha de la sentencia que sirve de base a la acumulación; sentencia base que a su vez es de fecha anterior a las sentencias que a ella se acumulen.

QUINTO.- En subsunción de esta doctrina al caso de autos, aunque el criterio seguido por la Audiencia es correcto, desde la aplicación de los anteriores parámetros, existe aún una posibilidad más beneficiosa para el reo.

Dada la viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación, siempre que se cumpla el requisito cronológico exigido de que las penas acumuladas fueran por hechos anteriores a la sentencia más antigua de las acumuladas (paráfrasis del tenor legal por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar); en autos, existe la posibilidad de formar un bloque partiendo de la ejecutoria núm. 3 del cuadro, con las número 4, 5, 6 y 7:

3.- 340/2008. J. Penal Nº 5 Granada. Sentencia: 18/01/2008. Hechos: 10/07/2006. Pena: 10 meses prisión.

4.- 6/2010 Sección 1ª A.P. Granada. Sentencia: 21/01/2009. Hechos: 22/03/2004. Pena: 24 meses.

5.- 12/2009 Sección 1ª A.P. Jaén. Sentencia: 31/03/2009. Hechos: 07/06/2006. Pena: 1 año y 12 meses.

6.- 29/2012 J. Penal N° 4 Granada. Sentencia: 04/11/2011. Hechos: 26/02/2001. Pena: 1 año, 13 meses y 16 días.

7.- 9/2012 J. Penal N° 2 Motril. Sentencia: 20/12/2011. Hechos: 05/05/2006. Pena: 1 año y 9 meses.

Determina un máximo de cumplimiento de 3 años 39 meses y 48 días, el triple de la más grave, la ejecutoria 29/2012 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Granada, la ordinal 6 del cuadro; que sumadas a las penas de las ejecutorias 1, 2, 8, 9 y 10, que deben ser objeto de cumplimiento independiente, alcanza la cifra de 6 años, 112 meses y 306 días (5.846 días), inferior a la que resulta del cómputo global en la resolución recurrida (expresada sin convertir a doce meses en un año, pues al cifrarse estos en treinta días, media una diferencia de cinco días en el cómputo anual): 5 años, 139 meses y 340 días (6.310 días).

Consecuentemente, siendo ésta la alternativa más beneficiosa, que cumple las exigencias normativas con su resultado corresponde estimar parcialmente el motivo formulado.

SEXTO.- Ello implica, la estimación parcial del recurso y consecuentemente conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de las costas de oficio.

FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de D. Ó. contra auto dictado en fecha 8 de febrero de 2017 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada en la Ejecutoria núm. 40/2016, CASANDO Y ANULANDO el mismo, con declaración de oficio las costas del recurso.

6.- SENTENCIA 667/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 11/10/17

Se estima recurso de casación. Sí procede la acumulación de la pena de arresto de fines de semana.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el Auto de 10-02-2017 dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares, casándolo y anulándolo en el sentido expuesto en el fundamento octavo de la presente Resolución.

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10.769/2016-P interpuesto por D. S. representado por el procurador D. J.A.P.M., bajo la dirección letrada de D. J.M.N.Z. contra auto dictado en fecha 10 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Penal número 2 de Alcalá de Henares.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. A. P. A.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares en la Ejecutoria núm. 410/2004 contra el penado D. S., dictó Auto en fecha 10 de noviembre de 2016, cuyos hechos son los siguientes:

PRIMERO.- Por la representación procesal de Don S. se ha presentado escrito en fecha 28 de julio de 2016 solicitando la incoación de expediente de acumulación de condenas del artículo 76 del Código Penal.

Aportada la ficha penitenciaria por parte del centro penitenciario, la hoja histórico penal, la hoja de cumplimiento remitida por el centro penitenciario, así como testimonio de las diferentes sentencias, resultan las siguientes ejecutorias:

1) Ejecutoria n° 410/2004, del Juzgado de lo Penal n° 2 de Alcalá de Henares, derivada de sentencia dictada en fecha 24 de marzo de 2004, por la que se condenó al penado a la pena de 32 fines de semana de arresto, por la comisión de un delito de robo con violencia, en relación con unos hechos cometidos en fecha 2 de abril de 2000.

2) Ejecutoria n° 111/2002, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, derivada de sentencia dictada en fecha 19 de febrero de 2001, por la que se condenó al penado a la pena de 25 años de prisión, por la comisión de un delito de asesinato, así como por la comisión de un delito de robo con violencia, en relación con unos hechos cometidos en fecha 13 de febrero de 1999.

SEGUNDO.- Conferido traslado del presente incidente al Ministerio Fiscal, ha emitido informe en fecha 28 de octubre de 2016, en el sentido de «oponerse a la acumulación jurídica solicitada por el penado».

Dicho Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento:

«Se acuerda denegar la acumulación de condenas impuestas al penado Don S.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes, así como al propio penado en forma personal y comuníquese al Juzgado de ejecución de la causa efectivamente acumulada.

Una vez firme esta resolución remítase testimonio al centro penitenciario para su constancia en el expediente del interno».

Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado, teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la inaplicación del artículo 76 del Código Penal.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal impugnó el recurso solicitando su desestimación de conformidad con lo manifestado en su escrito de fecha 4 de abril de 2017; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 5 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el primer y segundo motivos del recurso, la parte recurrente alega, al amparo de los artículos 852 y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por aplicación incorrecta del artículo 76 del Código Penal; por cuanto se le deniega la acumulación de una pena de arresto de fin de semana, a otras de prisión.

Dos son las ejecutorias que se contemplan en la hoja histórica de antecedentes penales del recurrente:

- La primera y más antigua (Ejecutoria 410/2004), impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Alcalá de Henares, en sentencia de fecha 24 de marzo de 2004, impuso la pena de 32 fines de semana de arresto por la comisión de un delito de robo con violencia el 2 de abril de 2000.

- La segunda (Ejecutoria 111/2002), impuesta por la Sección 15ª de la AP de Madrid en Sentencia de 19 de febrero de 2001, impuso las penas de 20 años de prisión, por delito de asesinato y 5 años de prisión por robo con violencia, realizados el 13 de febrero de 1999.

Es decir:

Órgano Judicial, Ejecutoria, Sentencia, Hechos, Pena

1/ AP de Madrid (Sección 15ª) N° 111/02 19/02/2001 13/02/1999 20-00-00, 05-00-00

2/ JP núm. 2 de Alcalá de Henares N° 359/12 24/03/2004 02/04/00 32
finés de semana

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 al tiempo máximo de cumplimiento efectivo en los supuestos de condenas diferentes por varios delitos, según los límites que vienen establecidos en el artículo 76.1 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, en veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según las excepciones alternativamente especificadas en esa norma.

Esta Sala Segunda ha señalado con reiteración, la relevancia de la fijación del límite de cumplimiento de condenas, pues “la necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. La doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (artículo 89.2), 1928 (artículo 163.1), 1932 (artículo 74) y 1944 (artículo 70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el artículo 76.1 del vigente Código Penal” (Sentencia núm. 14/2014, de 21 de enero con cita de otras varias).

Consecuentemente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido matizando su jurisprudencia gradualmente para flexibilizar los requisitos exigibles en toda acumulación, en especial la conexidad, que se interpreta como presupuesto exclusivamente relacionado con el momento de comisión de los hechos delictivos. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 909/2013, de 27 de noviembre, -concordante con la anterior

redacción del artículo 76.2 del Código Penal -, impera la denominada «conexidad temporal», de modo que resulta pacífica la aplicación de este régimen de acumulación a condenas que hubieren sido impuestas en procesos distintos, con la única exigencia de que los hechos a que las mismas se refieran hubieren podido enjuiciarse en un solo procedimiento (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 31/1999, de 14 de enero).

Al tiempo, se advertía que este criterio expansivo, favorecedor de la acumulación jurídica de condenas, no permite entender que en cualquier caso, sea cual fuere la fecha de comisión de los hechos y su conexión con otros que ya han sido objeto de enjuiciamiento, los límites fijados en el artículo 76.1 del Código Penal operarían como límites absolutos; al contrario, tanto la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, como el vigente artículo 76.2 cuando se interpone el recurso, condiciona la posibilidad de la acumulación en relación a penas impuestas en distintos procesos a que los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; consecuentemente ni los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, ni los hechos posteriores a la sentencia que determina dicha acumulación.

Por tanto, como indica la sentencia ya citada núm. 14/2014, de 21 de enero, en observancia de la redacción normativa vigente en esa fecha, son dos los criterios a ponderar en aplicación de estas normas:

“a) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular («ratione materiae»), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos, pudieron haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no todos fueron enjuiciados en una misma causa, cabrá acumular la totalidad de las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos impuestos por las referidas normas sustanti-

vas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión expresamente exigida en nuestras normas penales.

b) En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno solo» («ratione temporis»). Cuando hay una sentencia condenatoria es claro, que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya ésta había sido dictada; limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: solo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria”.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, se prescinde ya de cualquier tipo de conexión y se atiende a criterios estrictamente cronológicos: la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar; que como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 139/2016, de 25 de febrero ha suscitado la reinterpretación del alcance de la acumulación cuando se trata de penas impuestas en distintos procesos, aunque ciertamente algunas resoluciones ya abogaban por el criterio ahora adoptado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016, celebrado por esta Sala Segunda al amparo del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se acuerda:

La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las

otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes.

Además en agotamiento de esta interpretación favorable al reo, se contempla expresamente en el Acuerdo, la posibilidad de reutilización de las condenas integrantes de bloques no fructíferos; pero también, la jurisprudencia ulterior al acuerdo, afirma la viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación, en cuanto el texto normativo predica la exigencia del requisito cronológico de los que fueren objeto de acumulación, pero ninguna exigencia más a cómo debe formarse ese bloque, ni que la exigencia cronológica además de observarse internamente entre las ejecutorias que integren el bloque, también suponga que no existe posibilidad de bloques acumulativos con condenas de fechas precedentes.

En definitiva, tal como expresa el Auto recurrido, con miras y en desarrollo del artículo 25.2 de la Constitución Española, opera la fijación de límites cuantitativos a la imposición de la condena privativa de libertad previstos en el artículo 76 del Código Penal, ya fueren impuestas en un mismo proceso o en varios procesos; funcionalidad que determina la evolución descrita de la interpretación jurisprudencial expansiva de su ámbito, en beneficio del condenado, concorde la regulación vigente en cada momento; criterio interpretativo que igualmente debe proyectarse sobre la solución de este supuesto.

- En autos, el requisito cronológico se cumple, pues los hechos enjuiciados en segundo lugar, son de fecha anterior a la data de la primera sentencia.

Pero entre la resolución del Juzgado que niega la acumulación y en el escrito de impugnación del recurso, se contienen dos objeciones a la consecución de la acumulación:

a) La pena de localización permanente que, por sustitución de la de arresto de fin de semana, pretende acumularse, aunque privativa de libertad (artículo 35 del Código Penal), y aunque se considerara acumulable, dada su diferente naturaleza y sobre todo, la posibilidad de cumplimiento

simultáneo (artículo 75 del Código Penal) solo debería ser acumulada en su caso, a otras penas de localización permanente y no a las de prisión o de responsabilidad personal subsidiaria por multa convertida.

b) Además, no conlleva favorabilidad o ventaja del cumplimiento del triple de la pena más grave de las penas a refundir, sobre el cumplimiento separado de todas ellas.

Debemos afirmar sin embargo, el obvio beneficio de la acumulación interesada.

La limitación que impone el artículo 76.2, es la referida en el artículo 76.1, siempre determinada por la más ventajosa de la doble alternativa prevista:

i. no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido;

ii. la cual a su vez, no podrá exceder de veinte años; o excepcionalmente:

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.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

En autos, la condena que existe es por asesinato, del artículo 139. 1ª, conminado en el Código Penal, en el momento de condena, con la pena de

prisión de quince a veinte años, luego el límite máximo de cumplimiento, conforme al artículo 76.1.a), sería de 25 años, más beneficiosa que 25 años y 32 fines de semana.

La otra objeción, aunque se admite que la jurisprudencia no es unívoca, es que no cabe acumular la pena de localización permanente a las penas de prisión.

Efectivamente, en la práctica habitual, son objeto de acumulación (ad exemplum: Sentencias del Tribunal Supremo 129/2017, de 1 de marzo; 874/2016, de 21 de noviembre; 572/2016, de 29 de junio), pero cuando es objeto específico del tema cuestionado, son varias las resoluciones que deniegan esta posibilidad: Sentencias del Tribunal Supremo 319/2016, de 15 de abril; 321/2016, de 18 de abril; 355/2016, de 26 de abril, ó 207/2014, de 11 de marzo entre otras), especialmente cuando la pena de localización permanente, es la única impuesta en la ejecutoria cuya posibilidad de acumulación se contempla (Sentencia del Tribunal Supremo 866/2016, de 16 de noviembre); aunque también existen resoluciones que ninguna objeción encuentran a la acumulación de la pena de localización permanente con penas de prisión, como la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2015, de 15 de abril:

“(…) tratándose de la pena de localización permanente lo cierto es que el artículo 76 no la excluye y no puede olvidarse que el Código Penal la califica, en el artículo 35, junto a la prisión y a la responsabilidad personal subsidiaria, como una de las penas privativas de libertad. De ahí que deba considerarse su inclusión entre las penas que pueden acumularse a tenor de lo previsto en el artículo 76 del Código Penal, por lo que debe considerarse correcta la inclusión en este bloque 2º de aquellas sentencias en las que se impuso una pena de localización permanente, como así se ha hecho en el Auto recurrido”.

Por otra parte, los argumentos invocados para denegar la acumulación estriban bien en la diversa naturaleza de las penas, bien en la posibilidad de su cumplimiento “simultáneo”. Posibilidad ésta cuya concreción no es fácil, al tratarse de una pena que, como el resto de las penas privativas de libertad, exige la presencia física del penado en un determinado lugar del que no se puede ausentar, privado consecuentemente de su libertad ambulatoria; en todo caso resta sin explicar cómo lograr esa simultaneidad, quizás se contemplara el denominado cuarto grado o período de libertad

condicional, pero esta etapa no siempre acontece, de forma que como premisa general no resulta válida. Ya la Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, advertía de las disfunciones que podía generar el optar por el inicio del cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión.

Más recientemente, la propia Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014, de 5 de diciembre, sobre acumulación de condenas al analizar la posibilidad de acumulación de la pena de localización permanente con la pena de prisión, aboga por atender a cada caso concreto promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, no oponiéndose a la refundición cuando la misma pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado.

Conclusión reforzada tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introduce la posibilidad de cumplimiento de la localización permanente en centro penitenciario.

En autos, es obvio el beneficio de la acumulación y es interesado por el propio penado.

En cuanto a la naturaleza, dado que tanto localización como prisión, son privativas de libertad susceptibles de cumplimiento en una misma localización (el centro penitenciario), si las circunstancias determinaran su carácter favorable para el penado, ningún impedimento, material ni formal, conlleva su acumulación.

- Pero en autos, ni siquiera se trata de una condena a pena de localización permanente, sino a pena de 32 fines de semana de arresto, donde la identificación con la pena de localización permanente que se contiene en el Auto recurrido, no deriva de una efectiva revisión, sino de mera aclaración doctrinal sobre la funcionalidad de ambas penas.

Y la pena de arresto de fin de semana, igualmente es privativa de libertad, se preveía en la normativa vigente en el momento de su imposición su cumplimiento penitenciario, y su equivalencia era de dos días de prisión. También favorece este entendimiento, el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 29 de noviembre de 2005 -ciertamente, en previsión de diverso tema-, al indicar que al arresto de fin de semana, den-

tro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal.

Cuando se imponía asociada a penas de prisión, se entendía pacíficamente la conveniencia de su cumplimiento continuado (así también la Consulta Fiscalía General del Estado 1/1998, de 31 de marzo, sobre la ejecución continua del arresto de fines de semana) y además sucesivo con la de prisión, por lo que nada objeta a su acumulación.

En definitiva, no era discutida tal posibilidad y la práctica diaria de los Tribunales lo refrendaban. De igual modo, esta Sala Segunda, no se cuestiona tal posibilidad e incluso atiende a su acumulación expresa con penas de prisión; y así las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 53/2012, de 3 de febrero; 565/2010, de 7 de junio; 24/2008, de 24 de enero; 1261/2002, de 2 de julio; ó 35/2002, de 18 de enero.

- Todavía restaría el impedimento esgrimido como última razón en el Auto recurrido, derivado de que el cumplimiento del arresto de fin de semana, debía de ser en centro psiquiátrico; pero debemos precisar, en primer lugar que se trata de la imposición de una pena privativa de libertad y no una medida de seguridad; donde además, se ha argumentado con una elipsis significativa, pues el centro psiquiátrico, es en todo caso, como se contiene en la ejecutoria, “penitenciario”, habiendo ya informado la propia Administración Penitenciaria de la imposibilidad de un tratamiento eficaz, dado el corto tiempo del arresto, así como que fuere singularizado respecto del que es susceptible de recibir en el centro penitenciario donde ya cumple condena como consecuencia de la otra ejecutoria.

Por ende, el motivo debe ser estimado, pues opera el límite del artículo 76.1 a) que determina un límite máximo de cumplimiento, de 25 años, más beneficioso que la adición aritmética de 25 años y 32 fines de semana.

FALLO

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

ESTIMAR el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de D. S. contra auto dictado en fecha 10 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares, en la Ejecutoria

núm. 410/2004, CASANDO Y ANULANDO el mismo, con declaración de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra el auto de acumulación de condenas de fecha 10 de febrero de 2017 dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares en la Ejecutoria núm. 410/2004 contra el penado D. S., y que ha sido casado y anulado por sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. A.P..A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho del Auto recurrido así como los de la primera Sentencia de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

De conformidad con los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia casacional, debemos fijar la acumulación de condenas en los términos más favorables al penado, tal como resulta reflejada en los fundamentos jurídicos sexto y siguientes de esa resolución.

FALLO

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

Declarar HABER LUGAR A LA ACUMULACIÓN de las ejecutorias pendientes de cumplimiento del penado

- 111/2002, de la Sec. 15ª de la AP de Madrid proveniente de sentencia de 19 de febrero de 2001, que impuso las penas de 20 años de prisión y de 5 años de prisión.

- 410/2004, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alcalá de Henares, proveniente de sentencia de fecha 24 de marzo de 2004, que impuso la pena de 32 fines de semana de arresto.

Y fijamos en 25 años, el tiempo máximo de cumplimiento de la acumulación declarada.

7.- SENTENCIA 780/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 30/11/17

Recurso de casación. Procede incluir en la acumulación condenas en periodo de suspensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla dictó en la Pieza de acumulación de condenas dimanante de la ejecutoria 25/2014, auto de acumulación de condenas impuestas a S. de fecha 20 de octubre de 2016 con los siguientes antecedentes de hecho:

«Primero.- En virtud de escrito se interesa por S. acumulación jurídica de condenas al amparo del artículo 76 del Código Penal.

Segundo.- Recabada la hoja histórico-penal del solicitante, los testimonios de sentencias condenatorias y certificación del Centro Penitenciario donde redime condenas acerca de la relación de éstas que se halla en estos momentos en fase de cumplimiento enlazado, resulta que S. ha sido condenado, y se halla actualmente cumpliendo condena, en las siguientes causas:

1º.- Ejecutoria 359/2011 del Juzgado de lo Penal Nº 15 de Sevilla con fecha de sentencia el 08/09/2011, hechos ocurridos el 04/06/2011, y pena de 13 meses de prisión.

2º.- Ejecutoria 460/2013 del Juzgado de lo Penal N° 6 de Sevilla con fecha de sentencia el 25/10/2013, por hechos de 26/09/2010, y pena de 1 año de prisión.

3º.- Ejecutoria 539/2010, con fecha de sentencia de 16/09/2010 del Juzgado de lo Penal N° 2 de Sevilla, por hechos de 15/08/2010 y pena de 4 meses de prisión.

4º.- Ejecutoria 291/2011, con fecha de sentencia de 31/10/2012 del Juzgado de lo Penal N° 8 de Sevilla, por hechos 02/10/2010 y pena de 12 meses de multa.

5º.- Ejecutoria 192/2012 del Juzgado de lo Penal N°8 de Sevilla, con fecha de sentencia el 05/09/2012, por hechos de 08/07/2010 y pena de 6 meses de multa.

6º.- Ejecutoria 495/2012 del Juzgado de lo Penal n° 10 de Sevilla, con fecha de sentencia de 20/09/2012, por hechos de 9 y 10/07/2010 y pena de 1 año de prisión.

7º.- Ejecutoria 405/2010 del Juzgado de lo Penal N° 10 de Sevilla, con fecha de sentencia de 12/07/2010, por hechos de 11/07/2010 y pena de 14 meses de prisión.

8º.- Ejecutoria 315/2012 del Juzgado de lo Penal N° 15 de Sevilla, con fecha de sentencia de 21/06/2012, por hechos de 14/10/2010 y pena de 1 año y 5 meses de prisión.

9º.- Ejecutoria 25/2014 del Juzgado de lo Penal N° 5 de Sevilla, con fecha de sentencia de 22/01/2014, por hechos de 9 y 10/08/2010 y pena de 18 meses de prisión.

Tercero.- Pasada la ejecutoria al Ministerio Fiscal por plazo de cinco días a fin de que informara sobre la petición del condenado, aquél informó, quedando el expediente «para resolver».

El Juzgado de lo Penal n° 5 de Sevilla en el referido auto dictó la siguiente parte dispositiva:

“Desestimar la acumulación jurídica interesada por el penado Sixto.

Esta resolución no es firme, pues contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley, a preparar en este Juzgado para ante la Sala

2ª del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del condenado”.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por S. 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: Único.- Se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender que se ha producido infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 76 del Código Penal en relación con el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Jurisprudencia aplicable al respecto.

Instruido el Ministerio Fiscal apoya parcialmente el único motivo del recurso; 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 14 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla dictó en la ejecutoria 25/2014 (Pieza de acumulación de condenas) un auto con respecto a S., de fecha 20 de octubre de 2016, en cuya parte dispositiva acordó desestimar la acumulación jurídica de condenas interesada por el referido penado.

Contra la precitada resolución interpuso su defensor recurso de casación, al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal.

En el único motivo del recurso que formula la parte recurrente denuncia, por el cauce procesal del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del artículo 76 del Código Penal puesto en relación con el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la jurisprudencia aplicable al caso. Y solicita la acumulación de todas las condenas pendientes de cumplimiento, fijando como límite máximo el de 54 meses

de prisión correspondiente al triple de la pena de mayor gravedad, entendiéndose por tal la de 18 meses impuesta en la Ejecutoria 25/2014.

Las sentencias objeto de refundición son, por orden de antigüedad, las siguientes:

1) Ejec. 405/2010, del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla. Sentencia de 12 de julio de 2010, por delito cometido el 11 de julio de 2010. Se impuso la pena de 6 meses de prisión por un delito de robo con fuerza en grado de tentativa y 8 meses de prisión por el delito de atentado.

2) Ejec. 539/2010, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sevilla. Sentencia de 16 de septiembre de 2010, por delito cometido el 15 de agosto de 2010. Se impuso la pena de 4 meses de prisión por un delito de amenazas.

3) Ejec. 359/2011, del Juzgado de lo Penal nº 15 de Sevilla. Sentencia de 8 de septiembre de 2011, por delito cometido el 4 de junio de 2011. Se impuso la pena de 13 meses de prisión por un delito de atentado contra agentes de la autoridad.

4) Ejec. 315/2012, del Juzgado de lo Penal nº 15 de Sevilla. Sentencia de 21 de junio de 2012, por delito cometido el 14 de octubre de 2010. Se impuso la pena de 1 año de prisión por el delito de robo con violencia y la pena de 5 meses de prisión por un delito de amenazas.

5) Ejec. 437/2012, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla. Sentencia de 5 de septiembre de 2012, por delito cometido el 8 de julio de 2010. Se impuso la pena de 6 meses multa por un delito de daños, convertida en tres meses de responsabilidad personal subsidiaria.

6) Ejec. 495/2012, del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla. Sentencia de 20 de septiembre de 2012, por delito cometido el 9 y 10 de julio de 2010. Se impuso por el delito de daños la pena de 6 meses multa y por el delito de atentado 1 año de prisión.

7) Ejec. 537/2012, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla. Sentencia de 31 de octubre de 2012, por delito cometido el 2 de octubre de 2010. Se impuso la pena de 12 meses multa por un delito de quebrantamiento de condena, convertida en 180 días de prisión.

8) Ejec. 460/2013, del Juzgado de lo Penal nº 6 de Sevilla. Sentencia de 25 de octubre de 2013, por delito cometido el 26 de septiembre de 2010.

Se impuso la pena de 1 año de prisión por un delito de atentado y la pena de 6 meses de multa por un delito de daños.

9) Ejec. 25/2014, del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla. Sentencia de 22 de enero de 2014, por delito cometido el 9 y 10 de agosto de 2010. Se impuso la pena de 6 meses de prisión por el delito de amenazas, 6 meses de prisión por el delito de atentado a la autoridad y 6 meses de prisión por el delito de robo con violencia.

1. Para dirimir el motivo del recurso conviene recordar que, en lo que respecta a la acumulación de condenas, se tiene establecido en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, conforme a los artículos 76.2 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para fijar un límite máximo de cumplimiento las sentencias cuya acumulación se pretenda deben punir hechos que pudieran haber sido objeto de enjuiciamiento conjunto en un único proceso. Esto sólo podrá entenderse así cuando las condenas lo fueran con relación a hechos que no estuvieren sentenciados al tiempo de cometer otros sobre los que también haya recaído sentencia cuya acumulación se interese; de modo que sólo serían susceptibles de acumulación las condenas referidas a aquellos hechos próximos o lejanos en el tiempo que no se encuentren separados por una sentencia. Una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme a este criterio general, habrá de determinarse si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 Código Penal, es superior o inferior a la suma aritmética de todas las condenas impuestas, pues sólo en este último caso, cuando fuera inferior, procedería la acumulación (Sentencias del Tribunal Supremo 854/2006, de 12-9; 954/2006, de 10-10; 1293/2011, de 27-11; y 13/2012, de 19-1, entre otras).

Dicho con otras palabras, deben excluirse las sentencias relativas a los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, esto es, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; y, en segundo lugar, también han de ser excluidas las sentencias relativas a hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación. Y ello porque en ninguno de ambos casos los hechos podían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

También se tiene advertido de forma clara por esta Sala que la flexibilidad y amplitud con que se viene interpretando el criterio de la conexión procesal por razones sustantivas o materiales (artículos 17 y 300 del Có-

digo Penal) no ha de ser extensible a la conexión de índole temporal. De modo que ha de operarse con un criterio estricto en cuanto a la exigencia expresamente requerida en el Código Penal de que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno solo» («ratione temporis»). Cuando hay una sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal sentencia no pudieron ser objeto de aquel proceso anterior en que fue dictada. El criterio adoptado obedece al riesgo que existiría de que se facilitara la comisión de nuevos delitos cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites punitivos legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo como épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria (Sentencia del Tribunal Supremo 14/2014, de 21 de enero, y las que en ella se citan).

En el caso de que no se observe esa interpretación restrictiva de la norma, se acabaría propiciando la constitución de lo que se ha denominado un patrimonio punitivo que permitiría a los sujetos condenados incurrir en nuevas conductas delictivas que no resultarían penadas, o que, aun siendo castigadas, la pena a imponer resultara sustancialmente reducida debido a la acumulación.

Por último, y en lo que se refiere a la fecha de las sentencias a que ha de atenderse para realizar el cómputo, conviene remarcar que, según doctrina reiterada de esta Sala, ha de estarse a la fecha de las sentencias iniciales y no a la de la firmeza que eventualmente podría alcanzarse días, semanas o meses después. Partir de la fecha de firmeza acarrea un alargamiento del periodo en el que cabe agrupar las condenas recaídas. Potencialmente es más beneficioso para el condenado; pero no puede ser acogido a tenor del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29/11/2005, pues una vez que se haya dictado sentencia, subsiguiente al plenario, ya no resulta posible la acumulación debido a la inviabilidad de enjuiciamiento conjunto. Ha de atenderse por tanto a la fecha de la prime-

ra sentencia (y no la de apelación/casación) a los efectos de cálculos y entrecruzamiento de datos cronológicos para decidir sobre la viabilidad de la acumulación (Sentencias del Tribunal Supremo 240/2011, de 16-3; 671/2013, de 12-9; 943/2013, de 18-12; y 155/2014, de 4-3).

2. La regla general de cumplimiento de las penas privativas de libertad viene establecida en el artículo 75 del Código Penal, que dispone lo siguiente: “cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”. Esta regla general tiene su limitación en el apartado 1 del artículo 76 del mismo texto legal, que dice así: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años”, estableciéndose a continuación unos plazos especiales más extensos.

El apartado dos del artículo 76, que ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2015, complementa al apartado primero en los siguientes términos: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”

El 3 de febrero de 2016 esta Sala ha adoptado el siguiente Acuerdo de Pleno no jurisdiccional al efecto de unificación de criterios:

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

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

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

3. La jurisprudencia posterior de la Sala, dictada a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2016, impone de forma insoslayable como norma sustantiva de fondo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 76.2 del Código Penal, la de que deben excluirse de la acumulación las sentencias relativas a los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, esto es, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; y, en segundo lugar, también han de ser excluidas las sentencias relativas a hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación. Requisito impuesto por el legislador que cumplimenta el objetivo razonable de evitar que los penados puedan llegar a constituir lo que se ha denominado un “patrimonio punitivo” que les permitiría incurrir en nuevas conductas delictivas que no resultaran penadas, o que, aun siendo castigadas, la pena a imponer resultara sustancialmente reducida debido a la acumulación.

Una vez observada esa regla de aplicación ineludible, toda la mecánica o la metodología de acumulación debe ir orientada a obtener la combinación que más favorezca al reo, en el sentido de obtener una acumulación punitiva que le lleve a reducir en la mayor medida posible el remanente punitivo que tenga que cumplir. De modo que aunque, lógicamente y con el fin de facilitar la labor acumulativa, se comience el cálculo por la sentencia más antigua en el tiempo y ello nos lleve a ir formando distintos bloques, esa primera labor debe ser complementada con los ajustes necesarios para ir comprobando que los intercambios de sentencias incluibles en distintos bloques permitan llegar a un resultado punitivo que sea el más favorable para el reo. Operando de esta forma se evitará que el sistema de bloques punitivos acabe siendo un obstáculo formal para que el penado pueda acumular el mayor número de condenas posibles en orden a la reducción de la pena a cumplir (Sentencias del Tribunal Supremo la 139/2016, de 25-2; 361/2016, de 27-4; 142/2016, de 25-2; 144/2016, de 25-2; 153/2016, de 26 de febrero; 347/2016, de 22 de abril; y 531/2016, de 16-6).

Se compatibilizan así los intereses generales del sistema que impone la regla ineludible del artículo 76.2 del Código Penal con los fines preventivos de la pena que favorecen la reinserción del penado.

1. En el caso que ahora nos ocupa, el examen de las nueve sentencias cuya acumulación se interesa nos permite configurar un bloque de siete sentencias acumulables, que son las que hemos reseñado en el fundamento precedente con los números 3 al 9, por lo que sólo quedan excluidas las números 1 y 2. Estas dos sentencias deben excluirse de la acumulación con las siguientes porque los hechos que corresponden a aquéllas ya habían sido sentenciados cuando se ejecutaron los hechos correspondientes al bloque formado por las restantes. En cambio, ese obstáculo no concurren entre las del bloque integrado por las comprendidas entre los números 3 y 9, a lo que ha de sumarse que ninguna de ellas se refiere a hechos posteriores a la fecha de la sentencia que determina la acumulación (la nº 3).

Por consiguiente, sólo quedarían excluidas de la acumulación las sentencias dictadas el 12 de julio de 2010 (ejecutoria 405/2010, del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla); y la sentencia de 16 de septiembre de 2010 (ejecutoria 539/2010, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sevilla).

2. En las ejecutorias que figuran con los números 4 (ejec. 315/2012, sentencia 21 de junio de 2012) y 8 (ejec. 460/2013, sentencia 25 de octubre de 2013) el Juzgado tiene acordada la suspensión de condena, según consta en la documentación que obra unida a la pieza. Sin embargo, ello no impide que se puedan acumular a las otras cinco, pues si con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal concurren los requisitos para su acumulación, es claro que un beneficio como es la suspensión de condena no puede convertirse en un perjuicio para el penado obstaculizando la acumulación.

En efecto, si la suspensión de condena es considerada como un beneficio que favorece al penado, difícilmente ese beneficio puede operar con respecto a una pena que procede declarar cumplida por el procedimiento de la acumulación. A no ser que entendamos que la suspensión de la pena supone un beneficio para el penado mayor que la propia extinción, supuesto que se daría si la pena suspendida fuera la que determinara la fijación del triple de la pena más grave, en cuyo caso si favorecería al penado que no se acumulara y que prosiguiera en vigor su régimen de suspensión. Pero esa circunstancia no se da aquí, toda vez que las penas suspendidas no son las que determinan directamente el tiempo máximo de cumplimiento y tampoco suponen para el recurrente un incremento del periodo de cumplimiento, que será el mismo en el caso de que se incluyan en la acumulación.

Frente a ello no puede admitirse el artificioso argumento -mucho más retórico y formal que real o sustantivo- de que la suspensión de la pena no es un supuesto de ejecución sino de mera suspensión. Primero, porque se trata de una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que en la práctica puede conllevar varios condicionamientos o cargas (artículos 83 y 84 del Código Penal) que implican para el penado la restricción del derecho a la libertad, la realización de cierto tipo de programas de reeducación, la prohibición de alguna categoría de derechos relevantes o el cumplimiento de prestaciones laborales. Es decir, que se le pueden imponer unas condiciones que convierten a la suspensión en un beneficio bastante más gravoso que la acumulación de la condena, ya que ésta sólo le beneficia.

En segundo lugar, la suspensión de condena suspende el plazo de prescripción de la pena (artículo 134 del Código Penal), efecto que obviamente no genera la acumulación.

En tercer lugar, la tesis de excluir la acumulación por hallarse suspensa la ejecución de la pena puede determinar una incitación al incumplimiento de las condiciones o cargas que se le imponen con la suspensión con el fin de que ésta quede sin efecto y se inicie el régimen ordinario de ejecución. Con lo cual, parece obvio que los fines de reinserción social y de reeducación del penado a que tiende la suspensión de la pena dejarían de cumplirse y ésta obtendría un resultado contrario al que se pretende.

Por último, no deja de resultar contradictorio que la jurisprudencia de esta Sala admita que operen en una nueva acumulación las condenas ya cumplidas o ejecutadas (Sentencias del Tribunal Supremo 297/2008, de 15-5; 434/2013, de 23-5; y 172/2014, de 5-3, entre otras) y que en cambio se rechace la acumulación de las sentencias cuya ejecución se halle suspendida por la aplicación de lo previsto en los artículos 80 y ss. del Código Penal.

Por lo demás, debe rechazarse la aplicación analógica del criterio utilizado en las disposiciones transitorias de algunas reformas legislativas de excluir de la revisión de sentencias aquellos procedimientos en los que la pena se encuentre ya totalmente ejecutada o bien suspendida, pues se trata de una interpretación analógica que perjudica al reo y que ya ha sido excluida en materia de acumulación de condenas por las sentencias citadas en el párrafo anterior y en otros precedentes de esta Sala.

3. Así las cosas, las sentencias acumulables son las correspondientes a los números 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, esto es: las dictadas el 8 de septiembre de 2011; 21 de junio de 2012; 5 de septiembre de 2012; 20 de septiembre de 2012; 31 de octubre de 2012; 25 de octubre de 2013; y 22 de enero de 2014.

Y en cuanto a la pena a imponer como resultado de la acumulación de las siete condenas se fija en 39 meses, que es el triple de la pena de prisión impuesta en la condena acumulada con el nº 3, dictada el 8 de septiembre de 2011 (ejec. 359/2011). Esta sentencia es la que tiene asignada una pena más elevada de las siete sentencias acumuladas, 13 meses de prisión, y el triple de esta pena resulta claramente inferior a la suma de las penas de las sentencias acumuladas.

Finalmente, conviene aclarar que si bien en el auto recurrido del Juzgado de lo Penal se afirma que en la sentencia dictada el 22 de enero de 2014 (ejecutoria 25/2014) se impone una pena de 18 meses de prisión, una vez compulsada esa resolución se observa que se imponen en ella tres penas de seis meses de prisión, cada una por un delito distinto, circunstancia que impide que opere esa sentencia para fijar en la acumulación el límite máximo de cumplimiento. El Juez de lo Penal incurre, pues, en un error: tomar como referencia la suma de las penas impuestas en una sentencia y no la pena más alta aisladamente considerada, tal y como ordena el artículo 76 Código Penal. Ese error lo han arrastrado la parte recurrente y también el Ministerio Fiscal en su informe.

Se estima, en consecuencia, parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de S., al que se adhirió en parte el Ministerio Fiscal, contra el auto de acumulación de condenas dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Sevilla, en la ejecutoria 25/2014, el 20 de octubre de 2016, resolución que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACIÓN (P) núm.: 10282/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. A.J.B.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. J.A.R.F.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

En Madrid, a 30 de noviembre de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto el auto recurrido y acumular las siete condenas reseñadas en la sentencia de casación, con imposición total de una pena de 39 meses de prisión.

FALLO

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

1º) Acumular las siete siguientes sentencias condenatorias dictadas contra el penado S.: sentencia de 8 de septiembre de 2011 (ejecutoria 359/2011 del Juzgado de lo Penal nº 15 de Sevilla); sentencia de 21 de junio de 2012 (ejecutoria 315/2012 del Juzgado de lo Penal nº 15 de Sevilla); sentencia de 5 de septiembre de 2012 (ejecutoria 437/2012 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla); sentencia de 20 de septiembre de 2012 (ejecutoria 495/2012 del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla); sentencia de 31 de octubre de 2012 (ejecutoria 537/2012 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla); sentencia 25 de octubre de 2013 (ejecutoria 460/2013 del Juzgado de lo Penal nº 6 de Sevilla); y sentencia de 22 de enero de 2014 (ejecutoria 25/2014 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla).

2º) El quantum de la pena total resultante de la acumulación se cifra en 39 meses de prisión, a los que deberán añadirse las penas correspondientes a las dos ejecutorias que no procede acumular: sentencia de 12 de julio de 2010 (ejecutoria 405/2010), en la que se impuso una pena total de 14 meses de prisión; y la sentencia de 16 de septiembre de 2010 (ejecutoria 539/2010), en la que se impuso una pena de 4 meses de prisión.

CAPÍTULO II

BENEFICIOS

8.- SENTENCIA 330/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 10/05/17

Existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No pueden modificarse liquidaciones de condena que contemplan periodos de redención una vez que devienen firmes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Servicio Común de Ejecutorias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, dictó en la Ejecutoria 37/2001 dimanante del Rollo de Sala 120/1988, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5 Sumario 74/1988 auto de fecha 29 de noviembre de 2016 sobre condenas impuestas a A. en el que constan los siguientes antecedentes de hecho:

«Primero.- En rollo de Sala 120-1988, de esta Sección Segunda ejecutoria 37-2001, fue dictada diligencia de ordenación de fecha 1 de septiembre de 2016 en la que se acordó estar a la liquidación de condena aprobada por providencia de fecha 27 de marzo 2015, haciendo saber a la defensa del penado que la anterior practicada el 5 de febrero de 2014 no tenía validez por haber sido modificada.

Segundo.- Interpuesto recurso de reposición frente a dicha diligencia, del que fue dado traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso a su estimación, fue dictado, con fecha 3 de noviembre de 2016, Decreto en el que se estimó en parte el recurso; acordando pasar las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver sobre la solicitud presentada por la defensa del penado con fecha 8 de agosto de 2016 y dar cuenta del informe emitido por el Ministerio Fiscal».

SEGUNDO.- El Servicio de ejecutoria de la Audiencia Nacional dictó el siguiente pronunciamiento en el referido auto:

«Denegar la práctica de nueva liquidación de condena con inclusión de los periodos de redención contemplados en la aprobada con fecha 13 febrero de 2014; Debiendo estar a lo acordado en la aprobada con fecha 27 de marzo de 2015.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación del condenado».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por A. que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Se formula al amparo de lo establecido en el artículo 849 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto el artículo 100 del Código Penal -Texto refundido de 1973-, al no computarse para la liquidación de condena de redenciones reconocidas en una resolución judicial firme. Segundo.- Se formula al amparo de lo establecido en el artículo 5 párrafo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial al entender que se ha vulnerado el precepto constitucional establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el artículo 9.3. de la Constitución Española y 25 de la Constitución Española y el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la seguridad jurídica y principio de legalidad, todas ellas en relación a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Tercero.- Se formula al amparo de lo establecido en el artículo 5 párrafo 40 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) al entender que se ha vulnerado el precepto constitucional establecido en el artículo 17 de la Constitución Española y artículos 5 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 9.1, 5 y 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho fundamental a la libertad, al conllevar la resolución recurrida una prolongación de la estancia en prisión del Sr. A..

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 19 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó en la Ejecutoria 37/2001, dimanante del Rollo de Sala 120/1988, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sumario 74/1988, el auto de fecha 29 de noviembre de 2016 sobre liquidación de condenas impuestas a A., en cuya parte dispositiva acordó lo siguiente:

«Denegar la práctica de nueva liquidación de condena con inclusión de los periodos de redención contemplados en la aprobada con fecha 13 febrero de 2014; debiendo estar a lo acordado en la aprobada con fecha 27 de marzo de 2015».

Esa resolución, en la que se emitió un voto particular por uno de los magistrados, fue recurrida en casación por la defensa de A., oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones.

SEGUNDO.- 1.- En el primer motivo denuncia la defensa del penado, con sustento procesal en el artículo 849 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del artículo 100 del Código Penal -Texto refundido de 1973-, al no computarse para la liquidación de condena redenciones reconocidas en una resolución judicial firme.

Alega la defensa que la resolución recurrida deniega de facto el cómputo de redenciones ordinarias y extraordinarias para la liquidación de la condena de su representado que previamente habían sido computadas en resolución judicial firme acordada en providencia de 13 de febrero de 2014.

Argumenta al respecto que el referido precepto establece que 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: 1º Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito. 2º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena.

Cita después la parte recurrente la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2012, de 29 de marzo, y en concreto recoge en el recurso el contenido del voto particular que emite una magistrada de ese Tribunal, en el que se examina el contenido del referido artículo 100 del Código Penal y la relevancia que ha tenido como singularidad propia del sistema penal español desde 1944 hasta la entrada en vigor del nuevo código de 1995, incidiendo en que todavía proyecta sus efectos sobre el cumplimiento de las penas impuestas por delitos cometidos antes de esa fecha. Y resalta la aplicación de los nuevos parámetros más acordes con la finalidad preventivo-especial de reinserción social de los penados, finalidad que la Constitución de 1978 eleva a rango de principio informador del cumplimiento de las penas privativas de libertad (artículo 25.2 de la Constitución Española).

Igualmente destaca la parte, a través de ese voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional, que la redención por el trabajo implicaba la asunción natural de la constante diferenciación entre la duración nominal y la duración real de la pena, lo que formaba parte del cálculo que podía efectuar el Juez para adecuar la respuesta punitiva al delito en cuestión, y generaba una expectativa en el condenado, fundada en un parámetro consolidado de cómputo, sobre el tiempo real de la condena. Esa diferencia entre duración nominal y duración efectiva se proyectaba asimismo de forma incuestionada sobre las previsiones recogidas en el artículo 70.2 de aquel Código, como queda documentado constantemente en la práctica penitenciaria y en su reflejo jurisprudencial, así como en las propias disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 relativas a la revisión de las condenas y en circulares y directrices referidas a la aplicación de éstas. Y se enfatiza que el carácter preceptivo del abono del tiempo redimido por trabajo, que se proclama con carácter objetivo y general, con un módulo fijo de medida, indica que estamos ante una institución de rasgos bien diferenciados respecto a otras instituciones que también se agrupan genéricamente como «beneficios penitenciarios» -régimen abierto, libertad condicional,

permisos de salida- y a los que se puede acceder durante el cumplimiento de la condena y que conllevan una suavización de la intensidad del control de la privación de libertad.

Remarca la defensa del penado con letra negrita que el Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante una doctrina celosa de la seguridad jurídica en las numerosas resoluciones dictadas en materia de redención de penas por el trabajo, declarando la intangibilidad de los reconocimientos de los días redimidos por trabajo aun ante supuestos errores detectados con posterioridad (Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre), y el mantenimiento del tiempo de redención consolidada incluso para acortar las penas impuestas conforme al nuevo Código de 1995 por resultar más favorables (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo).

A continuación recoge el recurso algunos de los apartados de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, referentes al Caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013, § 101. En concreto, y de forma especial, los párrafos relativos a cuando establece que 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 Luxemburgo [GC] [JUR 2012, 122542], núm. 37575/04, aps. 98-99, Convenio Europeo de Derechos Humanos 2012, y Macedo da Costa contra Luxemburgo (déc.), núm. 26619/07, 5 de junio de 2012).

Y también subraya la defensa que 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 con-

cedidas se entendían cumplidas y formaban parte de la situación jurídica ya adquirida por el preso (aps. 26 y 45 anteriores).

Sobre la base jurisprudencial que se acaba de exponer alega la parte recurrente que se pueden establecer dos conclusiones: i) la primera, que la aplicación de redenciones ordinarias no está condicionada a apreciaciones discrecionales del Juez y que por lo tanto su cómputo deriva de la mera aplicación de los supuestos recogidos en la ley; ii) la segunda, que dichas redenciones en la medida que afectan al cumplimiento de la condena deben formar parte de la liquidación de condena del reo, toda vez que es ésta la que permite al mismo establecer su horizonte penitenciario.

Y centrándose ya en el caso que nos ocupa, esgrime la parte que el motivo del presente recurso se deriva del hecho de que la resolución ahora recurrida deniega la práctica de una liquidación de condena en la que se recogían todos los periodos de redención ordinaria y extraordinaria reconocidos al penado en la providencia de 13 de febrero de 2014, dictada por la propia Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En ella se reconocieron dos periodos de redenciones ordinarias comprendidos entre el 14/01/2004 y el 22/11/2006, y del 16/03/2008 en adelante, periodos propuestos por la Administración Penitenciaria y computados para el cumplimiento de la condena del recurrente.

Por lo tanto, periodos de redención con reconocimiento por resolución judicial firme y de obligado cumplimiento en cuanto son derechos obtenidos por el interno.

2. Al responder a las alegaciones formuladas por la parte recurrente, hemos de centrarnos en la cuestión capital relativa a la firmeza e inmodificabilidad de la providencia el 13 de febrero de 2014, mediante la que se ratificó una liquidación de condena de 5 de febrero de 2014, suscrita por el Secretario Judicial (sic), en la que se reconoció al penado A. un periodo de redención ordinaria de 2.844 días y otro de redención extraordinaria de 753 días, además de los 1.351 días de prisión preventiva, fijándose como fecha de cumplimiento de condena el 18 de enero de 2018.

En el auto recurrido, dictado el 29 de noviembre de 2016, se deniega la firmeza de esa resolución y del reconocimiento de los referidos periodos de redención ordinaria y extraordinaria con diferentes argumentos.

Se afirma, en primer lugar, que con posterioridad a la providencia de 13 de febrero de 2014 se dictó otra el 27 de marzo de 2015 que aprobaba una nueva liquidación, en la que no se reconocían los periodos de redención ordinaria y extraordinaria establecidos en la primera providencia dictada, sino otros diferentes: 524 días en concepto de redenciones ordinarias y 695 días como redenciones extraordinarias, fijándose como fecha prevista para el licenciamiento definitivo el 23 de julio de 2024.

Según el auto impugnado, esa segunda liquidación es la correcta pues en la primera ni siquiera aprobó la liquidación el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2.c de la Ley Orgánica General Penitenciaria), por lo que entiende que la primera liquidación es nula de pleno derecho por manifiesta incompetencia del Tribunal sentenciador para acordarla.

La segunda liquidación se fundamentó en una propuesta de 26 de febrero de 2015, en la que se detallan, acompañándolas a la misma, las diversas resoluciones dictadas durante la ejecución, en ninguna de las cuales se efectuó la aprobación de los periodos cuya adición se interesa; puntualizando que no llegaron a formularse por Instituciones Penitenciarias las propuestas por cuanto el recluso se negó a trabajar desde 15 enero 2004. Todo ello llevó a que se practicara una nueva liquidación de condena, que fue aprobada por providencia de fecha 27 marzo 2015, adquiriendo firmeza por no haber sido impugnada en ningún momento por la defensa ni por el interesado.

Se argumenta también en el auto impugnado que es reiterada la jurisprudencia sobre la naturaleza no definitiva de las liquidaciones de condena, de forma que las resoluciones judiciales que aprueban las mencionadas liquidaciones efectuadas al penado tienen carácter provisional, careciendo de los efectos propios de la cosa juzgada. Y cita al respecto algunas sentencias de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo 638/2014, de 30-9; 343/2011, de 3-5; 1090/2011, de 27-10; y 1076/2009, de 29-10). También hace hincapié en que el expediente histórico-penal del recluso ha de considerarse vivo en tanto no recaiga auto de licenciamiento definitivo y éste adquiera firmeza, ya que ese auto tiene la importante función de verificar la forma en que se cumplen las penas acumuladas, el cómputo de éstas y la manera de efectuarse ese cómputo (Sentencia del Tribunal Supremo 734/2008).

3. Centrado en los términos que se acaban de exponer el debate sustancial del recurso, es patente que la cuestión crucial sobre la que recae el núcleo de la decisión a adoptar es la relativa a la inmodificabilidad o intangibilidad de la providencia dictada el 13 de febrero de 2014, en la que se efectuó la primera liquidación de los días de redención ordinaria y extraordinaria que habrían de computársele al recurrente.

Concretando más todavía la cuestión clave a dirimir, puede afirmarse que para la mayoría del Tribunal de instancia el hecho de que no haya aprobado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria los días de redención correspondientes, así como la corrección o no del cálculo efectuado por el Secretario Judicial son los factores determinantes para dilucidar la validez de la nueva decisión adoptada en la providencia de 27 de marzo de 2015 y en el auto ahora recurrido de 29 de noviembre de 2016.

Según la tesis de la Audiencia, ambos factores son suficientes para dejar sin efecto la providencia de 13 de febrero de 2014, que no fue recurrida en su día por el Ministerio Fiscal, ya que mostró expresamente su conformidad con esa liquidación de condena.

En cambio, a criterio de la parte recurrente, al haber adquirido firmeza la providencia de 13 de febrero de 2014 sobre el cómputo de los días de redención ordinaria y extraordinaria a que tenía derecho el penado, no cabía que con posterioridad se realizara una nueva liquidación sobre los días de redención que le correspondían al penado, máxime cuando la modificación se produjo con motivo de presentar el propio penado un escrito solicitando que se incrementara el número de días de cumplimiento de condena computando los que había estado como preso preventivo fuera de nuestro país.

4. Para resolver la cuestión suscitada es importante comenzar consignando los párrafos más relevantes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre, por haber resuelto una contienda con aspectos parejos a los que ahora se tratan.

En esa sentencia del Tribunal constitucional se establece que 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».

Tras establecer el sistema de recursos viables contra una resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre esa materia y de la firmeza de una decisión de esa índole que no haya sido recurrida, afirma el Tribunal Constitucional que, con arreglo a lo que se dispone en la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acerca de la preclusividad, una resolución no recurrida en su momento deviene necesariamente firme salvo disposición expresa en contra, lo que no es sino expresión de un principio básico de derecho procesal que responde a exigencias de la seguridad jurídica. Es, en efecto, indiscutible que resulta contrario a la seguridad jurídica que una resolución judicial cualquiera pueda ser modificada sin más en cualquier momento. La inseguridad generada a quienes resulten afectados por una resolución que en ningún caso adquiere firmeza es todavía más condenable cuando afecta a derechos fundamentales sustantivos, como sucede con las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria relativas a la redención de penas por el trabajo.

En efecto, dicho beneficio afecta directamente a la libertad personal, derecho fundamental del que se encuentra transitoriamente privado un penado en aplicación de la Ley penal, ya que el período de privación depende en definitiva de diversos factores, entre los que está, en el sistema penal español, la redención de penas por el trabajo contemplada por el artículo 101 Código Penal (anterior al Código de 1995). Y no resulta admisible que la cuantía total del citado beneficio que concretamente corresponda a un penado, en aplicación de lo dispuesto por la Ley, esté siempre pendiente de una ulterior modificación, ya sea por subsanación de presuntos errores o por variación de criterios del Juez responsable.

Destaca después el Tribunal Constitucional (refiriéndose siempre al texto legal anterior al de 1995) que tampoco el beneficio de redención de penas por el trabajo está legalmente configurado como un beneficio condicional que pueda ser revocado en determinados casos. Antes al contrario, si bien hay supuestos en los que el penado queda inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afecta a los días ya redimidos. En efecto, el artículo 100 Código Penal prevé que el quebrantamiento de condena -o el intento frustrado-, así como la mala conducta reiterada, impide la redención de penas por el trabajo. Dicha previsión es reiterada por el artículo 65.3 Reglamento de los Servicios de Prisiones, vigente por obra de lo dispuesto en

el Reglamento Penitenciario -disposición adicional 2^a.a)-, que especifica que incurre en la segunda causa de inhabilitación el recluso que cometa nueva falta grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores. De la dicción de ambos preceptos se deduce sin duda alguna que se trata de una previsión de futuro y no de una sanción de pérdida de días redimidos. Así el artículo 100 Código Penal dice que “no podrán redimir...”, expresión reiterada en el artículo 65.3 Reglamento de los Servicios de Prisiones.

Y, todavía con más claridad, el artículo 73 del citado Reglamento de los Servicios de Prisiones, tras señalar la pérdida del beneficio por las dos causas legalmente previstas y contemplar la posibilidad de rehabilitación en caso de que la pérdida se deba a la mala conducta, incluye un inciso final que taxativamente establece que “los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo, se remite en alguno de sus fundamentos a la sentencia que se acaba de reseñar, y trata de una cuestión que versa sobre la ejecución de una pena privativa de libertad y la aplicación o no de los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo que el recurrente había obtenido con anterioridad a la revisión de la condena afecta directamente a la libertad personal, puesto que el periodo de privación depende del cómputo o no de dichos beneficios penitenciarios (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre). En consecuencia, la cuestión consiste en determinar si los Autos impugnados, que no aplican, para la liquidación de la condena revisada, los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo que el recurrente había obtenido con anterioridad y que habían sido reconocidos por Autos firmes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona, vulneran o no el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española) en relación con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Señala la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo en relación con la redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos que preveía el artículo 100 del derogado Código Penal -Texto refundido de 1973-, que es doctrina de este Tribunal, sentada a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, la de que el reconocimiento de dicho beneficio penitenciario, que afecta directamente a la libertad de los penados, corresponde en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria para ser tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sen-

tenciador para la liquidación de condena, y que un Auto del Juez en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, salvo que sea recurrido o sea revisado en los supuestos legales en que así se prevea, deviene firme e intangible. El beneficio de redención de penas por el trabajo no aparecía legalmente configurado como un beneficio condicional que podía ser revocado en determinados casos, puesto que incluso en los supuestos en los que el penado quedaba inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afectaba a los días ya redimidos. Por ello, en principio, la modificación o inejecución de los Autos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, sin base legal para ello, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende, conforme a constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la ejecución e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes (Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre, antes citada, y 67/1991, para las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

5. Al examinar el caso concreto que ahora nos ocupa, figuran como datos relevantes que el 5 de febrero de 2014 el Secretario Judicial de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional practicó una liquidación de condena con un total de 2.844 días de redención ordinaria y 753 de redención extraordinaria, estableciéndose como fecha de cumplimiento el 18 de enero de 2018. Esa liquidación le fue trasladada al Ministerio Fiscal, que emitió informe el 12 de febrero siguiente, interesando su aprobación en los términos en que venía formulada. Y al día siguiente, 13 de febrero de 2014, la Sección Segunda de la Audiencia Nacional aprobó mediante providencia la referida liquidación, sin que esta resolución judicial fuera recurrida, por lo cual el beneficio de los días de redención concedidos adquirió firmeza.

Pese a ello, y tal como ya se anticipó, como el propio penado solicitara por escrito redactado manualmente que se le computaran como tiempo de redención unos periodos que especifica en su escrito, se procedió a una nueva liquidación, como consecuencia de la cual, al margen de la petición concreta que había formulado, se procedió a una nueva liquidación en la que se redujeron los días de redención ordinaria que ya tenía concedidos a un total de 524 y los de redenciones extraordinarias a 695, fijándose como fecha de cumplimiento la de 23 de julio de 2024, con base a la nueva documentación e informes que se unieron al expediente. Esa nueva liquidación lleva fecha de 12 de marzo de 2015, y fue aprobada por providencia de la

Sección Segunda de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional el 27 de marzo de 2015.

Así pues, transcurridos más de 13 meses desde la concesión al penado de 2.844 días de redención ordinaria y de 753 de redención extraordinaria se dejan sin efecto esos periodos de redención y se sustituyen por otros sustancialmente inferiores, a pesar de que había adquirido firmeza la providencia de 13 de febrero de 2014 hacía más de un año.

Es cierto que todo deja entrever que hubo errores en la primera liquidación, y también lo es que se omitió el trámite de la aprobación de la propuesta del Centro Penitenciario de Castellón 2 por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, ignorándose las razones por las que se omitió ese trámite y por qué se realizó la liquidación sin que fuera cumplimentado. Sin embargo, al dejar sin efecto una providencia que había adquirido firmeza y revocar de facto el periodo de redención concedido por esa resolución, es patente que se incumplió una resolución judicial firme y se dejaron sin efecto en perjuicio del penado los días que se le habían concedido como redención de penas.

Se incumplió así la doctrina que tiene establecida el Tribunal Constitucional en la referida sentencia 174/1989 y también en otras sentencias posteriores en que es citada. Pues el Tribunal Constitucional sentó como criterio, según se expuso supra, que resulta contrario a la seguridad jurídica que una resolución judicial cualquiera pueda ser modificada sin más en cualquier momento. La inseguridad generada a quienes resulten afectados por una resolución que en ningún caso adquiere firmeza es todavía más condenable cuando afecta a derechos fundamentales sustantivos, como sucede con las resoluciones relativas a la redención de penas por el trabajo. Y también afirmó que dicho beneficio afecta directamente a la libertad personal, derecho fundamental del que se encuentra transitoriamente privado un penado en aplicación de la Ley penal, ya que el período de privación depende en definitiva de diversos factores, entre los que estaba, en el sistema penal español, la redención de penas por el trabajo contemplada por el artículo 101 Código Penal. Y no resulta admisible que la cuantía total del citado beneficio que concretamente corresponda a un penado, en aplicación de lo dispuesto por la Ley, esté siempre pendiente de una ulterior modificación, «ya sea por subsanación de presuntos errores o por variación de criterios del Juez responsable».

Al parecer, los días de redención concedidos no se ajustan a los realmente trabajados por el penado. Sin embargo, ese error u otro que pudiera concurrir en una concesión que había adquirido firmeza desde hacía más de un año no puede quedar sin efecto a tenor de la preclusividad de los recursos y también de las garantías que impone el principio de seguridad jurídica en toda clase de resoluciones jurídicas que adquieren firmeza, máxime cuando afecta al derecho a la libertad y además se trata de un beneficio concedido que no está sometido a condicionamientos posteriores.

A ello ha de sumarse el criterio erróneo que se aplica en el auto recurrido al tratar de la materia relativa a la redención de penas por el trabajo y a los beneficios penitenciarios prácticamente automáticos que conlleva. El Tribunal de instancia habla de una provisionalidad inherente a todas las resoluciones relacionadas con la liquidación de condena, siendo lo cierto que ello no es así, habida cuenta que los beneficios referentes a la redención de penas por el trabajo, una vez aprobados por una resolución firme carecen de la provisionalidad o interinidad que afecta a otro tipo de beneficios penitenciarios, como la libertad condicional, permisos de salida y régimen abierto. Y lo mismo puede decirse de las acumulaciones de condena, que también quedan sujetas a posibles modificaciones provisionales que repercuten en el cumplimiento de la pena. Sin embargo, ello no tiene nada que ver con la consolidación de los beneficios derivados de la redención de penas por el trabajo y la firmeza de las resoluciones en que se apruebe.

La otra cuestión relevante que suscita el auto recurrido es la falta de intervención en el expediente del Juez de Vigilancia Penitenciaria con motivo de la concesión de la redención ordinaria y extraordinaria concedida por providencia judicial de 13 de febrero de 2014. Sin embargo, esa omisión no puede ser solventada en cualquier momento en que afluere. En este caso, se constató más de un año después de que la resolución judicial hubiera adquirido firmeza, y su descubrimiento se debió precisamente a una nueva petición que realizó el penado con respecto a unas redenciones que no le habían sido computadas.

Lo cierto es que es la misma Sala la que dicta la providencia de 13 de febrero de 2014, que devino firme, y la que dicta después la providencia de 27 de marzo de 2015 que dejó sin efecto la redención ordinaria y extraordinaria admitida en aquélla. Sin que ni siquiera consten explicaciones claras relativas a los errores que pudieron concurrir en la primera, ni sobre las razones por las que se hizo una liquidación el 5 de febrero de 2014 sin

que conste la aprobación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, omisión que ahora pretende solventarse con una nueva liquidación, en contra del principio de seguridad jurídica y de la firmeza de las resoluciones judiciales. Máxime cuando la primera resolución favorecía claramente al penado, pese a lo cual se acaba dejando sin efecto por la omisión de un trámite no solventada por el Tribunal antes de dictar la providencia, ni tampoco por el Ministerio Fiscal, que dio el visto bueno a la tramitación del expediente y después tampoco recurrió la providencia, que devino así firme.

Por consiguiente, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la intangibilidad e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, se estima el primer motivo del recurso y se deja sin efecto el auto recurrido así como la providencia dictada el 27 de marzo de 2015, con los efectos que se expondrán en su momento.

SEGUNDO. 1. En el segundo motivo, formulado al amparo de lo establecido en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la vulneración de los artículos 24.1 de la de la Constitución Española y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativos al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española, así como el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referentes a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, todas ellas en relación a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Alega la parte recurrente que la resolución ahora recurrida incumple lo establecido en una resolución judicial -Providencia de 13 de febrero de 2014- dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en relación a los periodos de redención ordinaria y extraordinaria computables para el cumplimiento de su condena que le han sido reconocidos al recurrente, retrasando con ello en seis años la fecha de licenciamiento definitivo.

Señala la defensa que la resolución ahora recurrida, al denegar el cómputo de los periodos de redención ordinaria y extraordinaria reconocidos en la liquidación de condena realizada en 2014, aprobada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por Providencia de 13 de febrero de 2014, incumple lo establecido en una resolución judicial firme.

Cita después la parte recurrente diferente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y su obligado cumplimiento por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de

la potestad jurisdiccional, considerándola como una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 15/1986, 151/2001 y 15/2006).

Y destaca de forma especial el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2012, de 29 de marzo, en la que se establece que «constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 219/2000, de 18 de septiembre; 151/2001, de 2 de julio; 163/2003, de 29 de septiembre; 200/2003, de 10 de noviembre; 15/2006, de 16 de enero; 231/2006, de 17 de julio; y 62/2010, de 18 de octubre. En tal sentido hemos dicho que “No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución Española, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto” (Sentencias del Tribunal Constitucional 58/2000, de 25 de febrero; 219/2000, de 18 de septiembre; 151/2001, de 2 de julio; 163/2003, de 29 de septiembre; 15/2006, de 16 de enero; 231/2006, de 17 de julio; y 62/2010, de 18 de octubre)».

Y añade a continuación la misma sentencia del Tribunal Constitucional que «el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos».

2. Tras exponer la referida doctrina jurisprudencial y otra complementaria, la aplica la parte recurrente al caso concreto y argumenta que la Audiencia Nacional libró oficio a la Administración Penitenciaria (Centro Penitenciario de Albocasser, Castellón 2) para que, en relación al penado ahora recurrente, realizara propuesta de liquidación de condena con inclusión de las redenciones que tuviere aprobadas.

El Centro Penitenciario de Albocasser (Castellón 2) remitió el día 17 de diciembre de 2013 a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional una hoja de cálculo en la que se establecen como redención ordinaria abonable 2844 días, en los siguientes periodos: 18/12/1999 a 20/07/2000; 05/10/2001 a 22/11/2006; y 16/03/2008 a 18/01/2018. Y como redención extraordinaria 753 días, estableciendo como fecha de licenciamiento definitivo el día 18/01/2018.

Sobre la base de la documentación remitida por el Centro Penitenciario, la Sección Segunda previo el dictamen favorable del Ministerio Fiscal aprobó por providencia de 13 de febrero de 2014 la liquidación de condena practicada y estableció como fecha de licenciamiento definitivo el 18/01/2018, resolución que adquirió firmeza al no ser recurrida.

La principal consecuencia de dicha firmeza, es que la misma resulta de obligado cumplimiento, y por lo tanto, inalterable en la medida en la que reconoce unos derechos al penado A.

Remarca la parte recurrente que en modo alguno puede producirse modificación respecto a los periodos ya transcurridos y reconocidos, como serían aquellos previos a la resolución judicial, que se ven amparados por la firmeza de una resolución judicial fruto de la propuesta de la administra-

ción penitenciaria, que goza del visto bueno del Ministerio Fiscal y que se convierte en garantía de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica, deviniendo así inalterable, incluso si ésta no se ajustase a la legalidad pero beneficiara al reo tal y como establece el propio Tribunal Constitucional en las referidas resoluciones. Y es que se le ha generado una expectativa al penado en su horizonte penitenciario que deviene inalterable.

3. Este segundo motivo del recurso, tal como puede constatarse con la lectura de su contenido, incide en los puntos clave ya tratados en el fundamento anterior, al que nos remitimos, por lo que debe reiterarse que la modificación de la liquidación de condena realizada por providencia de 27 de marzo de 2015, ratificada en el auto ahora impugnado, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la intangibilidad de las resoluciones firmes y también conculca el principio de seguridad jurídica.

CUARTO.- 1. En el tercer motivo invoca el impugnante, con cita procesal del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la vulneración del artículo 17 de la Constitución, los artículos 5 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y también los artículos 9.1, 5 y 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho fundamental a la libertad, al conllevar la resolución recurrida una prolongación de la estancia en prisión del penado A.

En este sentido, recuerda la defensa que el Tribunal Constitucional ha dejado ya bien sentado, a través de numerosos pronunciamientos, que la cuestión de la aplicación o no, la procedencia o no de los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo, afecta directamente al derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), pues incide de forma directa en el tiempo de privación de libertad del condenado a una pena de prisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo, y 76/2004 de 26 de abril).

Es evidente, pues, que la resolución dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que se recurre, al denegar el cómputo de las referidas redenciones y confirmar la liquidación de condena de 2015, entran de pleno en la esfera del derecho fundamental a la libertad del recurrente. Se produce así -resalta la defensa- una afectación de ese derecho fundamental derivada directamente de la expectativa de libertad del penado, al suponer un alargamiento del tiempo que deberá permanecer en prisión, obviamente más dilatado del previsto por el reconocimiento de

las redenciones ordinarias, y todo ello por el incumplimiento de una resolución judicial que devino firme.

2. También en lo que se refiere a este punto le asiste la razón a la parte recurrente, a tenor de lo argumentado en el fundamento primero de esta resolución, al quedar directamente vulnerado el derecho fundamental a la libertad del penado por no haberse respetado los días que le fueron concedidos en resolución firme al penado por una resolución judicial que había adquirido firmeza.

Se estima, pues, también en ese extremo el recurso de casación.

3. En virtud de lo argumentado en los fundamentos precedentes, se estima el recurso de casación al considerarse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la intangibilidad de las sentencias firmes, puesto en relación con el derecho a la libertad y con el principio de seguridad jurídica.

Dado lo cual, se deja sin efecto el auto recurrido y la providencia de 27 de marzo de 2015, debiendo procederse a practicar una nueva liquidación de condena partiendo de las redenciones concedidas en la liquidación aprobada por la providencia dictada el 13 de febrero de 2014.

Se declaran de oficio las costas del recurso (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de norma constitucional interpuesto por la representación de A. contra el auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2016, que confirmó la providencia dictada el 27 de marzo de 2015, referente al cómputo de redenciones ordinarias y extraordinarias concedidas al penado, resolución que queda así anulada.

Procédase a practicar una nueva liquidación de condena en la que se reconozcan los días de redención ordinaria y extraordinaria concedidos en

la providencia dictada el 13 de septiembre de 2014 por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

9.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 18/05/17

Estimación de recurso reconociendo derecho a redención ordinaria por trabajo intelectual.

ANTECEDENTES DE HECHO

El pasado 20/02/2017, en el expediente reseñado relativo al interno X.U.G., se dictó auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en que estimaba parcialmente el recurso de reforma formulado contra auto de fecha 26/01/2017, en el sentido de que el número de días de redención ordinaria abonables en el periodo examinado y por la realización de estudios universitarios a distancia, “es de un total de 80 días, en lugar de los 46 que fueron propuestos”.

Por la representación procesal de interno se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se discute la procedencia de abono de redenciones ordinarias por estudios del 1-10-2015 al 30-9-2016, curso en que estuvo matriculado en Filología Hispánica superando tres asignaturas con notable de puntuación (el recurrente afirma que fueron cuatro las asignaturas aprobadas, no consta certificación de la Universidad).

El artículo 100 del Código penal de 1973 establecía el derecho a redimir penas por el trabajo, una vez firme la sentencia a pena de prisión, abonándose un día por cada dos de trabajo; solo están excluidos de la redención ordinaria quienes quebrantaren o intentaren quebrantar la condena o quienes observaren reiteradamente mala conducta (dicha previsión sigue vigente para los condenados conforme a aquel código, según la disposición transitoria 2ª del nuevo código). El artículo 65 del Reglamento de los Servicios de prisiones de 1956 reproduce el contenido de dicho precepto y aclara que se entenderá por mala conducta la comisión de nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación (cancelación) de las anteriores. El beneficio se pierde exclusivamente por las causas que establece el artículo 73 del Reglamento, que reproduce las dichas, pudiendo ser rehabilitado una vez invalidadas las sanciones. El trabajo de los penados podrá ser retribuido o gratuito, intelectual o manual, dentro o fuera del establecimiento, con la única condición que fuere útil (artículo 68 del Reglamento mencionado).

Por lo tanto, basta que el condenado manifieste su voluntad de redimir penas por el trabajo y que la Junta le haya atribuido una actividad (en este caso estudios universitarios reglados de Filología Hispánica), para que sea aplicable el régimen alternativo de cumplimiento, sin necesidad de autorización judicial. No depende de otras circunstancias, ni siquiera de integrarse el trabajo en un programa de tratamiento. Desde luego, solo se requiere que el trabajo sea útil, algo que se supone de un curso universitario, pero no laboriosidad, disciplina o rendimiento, salvo que se incurra en infracciones al régimen disciplinario.

Como hemos resuelto en otras decisiones de la Sala, cuando la discusión se contrae a la cuantía de la redención ordinaria en materia de estudios reglados, debe entenderse de aplicación la pauta de traducción que establece la ley de un día por cada dos trabajados (o de estudios, trabajo intelectual), porque no es un máximo que permita a la Administración su ponderación y valoración, como se propone en el caso y acepta la resolución recurrida (45 días de abono por un año académico), sino un criterio fijo, como reclama el recurrente. En efecto, el artículo 100 del Código Penal de 1973 y el Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956 establece un criterio imperativo, el abono de un día por cada dos de trabajo, ya que el texto legal no dice que se pueda abonar, sino que se abonará.

La posibilidad de ponderar el trabajo o estudio se encuentra recogida en los artículos 71 y 72 del Reglamento, pero contienen un plus sobre las posibilidades de redención establecidas con carácter general, permitiendo un incremento sobre la pauta de abono. No se trata de aminorar las redenciones ordinarias establecidas, sino lo contrario. Como hemos dicho en los autos anteriores, esta interpretación es la que se ha venido manteniendo con carácter general durante la vigencia del Código penal de 1973, y no encuentra este tribunal razones para su modificación.

Procede estimar el recurso y aplicar al periodo de 1-10-2015 al 30-9-2016 el criterio legal de abono de redenciones ordinarias por trabajo intelectual en estudios universitarios, es decir un día por cada dos.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR el recurso planteado por X.U.G. contra el auto de fecha 20/02/2017, que se deja sin efecto, y reconocerle el derecho al abono de redenciones ordinarias por trabajo intelectual en el periodo de 1-10-2015 al 30-9-2016, pautando 1 día de redención por cada 2 días de estudios.

10.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 23/02/17

Se estima parcialmente el recurso de reforma. Para la redención ordinaria se tendrá en cuenta el número de asignaturas matriculadas y el rendimiento obtenido.

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 25/01/2017, se recibió en este Juzgado escrito de la letrada del interno J.I.A.R. interponiendo Recurso de Reforma contra el Auto de fecha 19/1/2017.

Dado traslado al Ministerio Fiscal que informó en el sentido que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Examinado el Recurso de Reforma formulado por el interno contra el Auto de éste Juzgado de fecha 19/1/2017 de aprobación de propuesta de redención ordinaria formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Córdoba de fecha 1/12/2016 y vistos los fundamentos del mismo, y una vez revisado el expediente, procede tener presente los siguientes extremos:

- Que obra en el expediente informe del Coordinador de formación del Centro Penitenciario que, previo examen de las bases de datos informáticos de la UNED, señala que constan aprobadas 6 asignaturas en el curso académico 2015/2016; 3 del Tercer curso de Psicología y 3 del Cuarto curso.

- Que no obstante lo alegado en el recurso, cuando la actividad que da lugar al abono de redenciones ordinarias no es una actividad laboral, sino intelectual, resultan admisibles elementos de ponderación y valoración a efectos de la cuantificación de la redención ordinaria abonable, y así se establece en el artículo 72 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956.

Ello es razonable, pues no resultaría equitativo que al interno que no se matricula de todas las asignaturas del curso académico o que obtiene un nulo o bajo rendimiento, se le abonaran el mismo número de días que a aquel otro interno que se matricula del curso completo y aprueba todas las asignaturas, como tampoco lo sería en relación a aquel interno que realiza una actividad laboral toda la semana y que exige la dedicación de un elevado número de horas.

Se estima, por tanto, que si el máximo de redención ordinaria abonable es de un día por cada dos días de trabajo, procede aplicar lo mismo de modo proporcional en atención al número de asignaturas matriculadas y aprobadas y, en definitiva, al esfuerzo realizado y al rendimiento obtenido, con exclusión del concepto de asistencia, al tratarse de formación a distancia. Es decir, 0 días por asistencia sobre un máximo de 15 al trimestre; 15

días por el hecho de realizar estudios y otro máximo de 15 días por rendimiento o resultado.

Teniendo presente lo expuesto y una vez revisada la propuesta realizada por el Centro Penitenciario de Córdoba, debe partirse de que en el periodo (curso 2015/2016) el interno se matriculó de 6 asignaturas pertenecientes a los cursos Tercero y Cuarto del Grado de Psicología, aprobando las 6; por lo que le corresponderán 15 días de redención ordinaria al trimestre, por matriculación y realización de estudios y, atendido el número de asignaturas matriculadas y el rendimiento obtenido, 15 días más por trimestre; esto es un total de 120 días de redención ordinaria por el referido curso académico (salvo error u omisión).

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimación parcial del Recurso de Reforma formulado por el interno J.I.A.R., contra el Auto de este Juzgado de fecha 19/1/2017, en el sentido de que el número de días de redención ordinaria abonables en el periodo examinado y por la realización de Estudios universitarios a distancia, es de un total de 120 días, en lugar de los 110 que fueron propuestos.

11.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 07/03/17

Desestimación de queja sobre abono de redención extraordinaria.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.A.E.A. del Centro Penitenciario de Soria formulando queja en solicitud de abono 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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, el interno formuló queja en solicitud de abono de redenciones extraordinarias en relación a 2 periodos:

- 2º trimestre de 1999 por destino de deportes/manualidades.
- Curso 1998/1999 por pruebas de acceso a la Universidad del País Vasco.

En relación a la primera petición, consta en el expediente que en su día la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Nanclares de Oca formuló propuesta de 25 días de redención extraordinaria correspondiente al 1.º trimestre de 1999 por el concepto Deportes/manualidades que fue aprobada por auto de 9/09/15.

No consta, sin embargo, propuesta relativa al 2º trimestre de 1999 reclamado, lo que puede obedecer, bien a que el interno ya no desempeñó tales actividades en dicho periodo, bien a que la Junta de Tratamiento no consideró concurrentes, por desempeño de las mismas en ese 2º trimestre, los requisitos de especial laboriosidad, disciplina y rendimiento exigidos en el artículo 71.3 del Reglamento de los Servicios de Prisiones.

En todo caso, y puesto que en el presente expediente no ha quedado acreditado ni que el interno desempeñara dicha actividad en el 2º trimestre de 1999 ni que, de haberlo desempeñado, haya supuesto especiales

condiciones de laboriosidad, disciplina y rendimiento, no cabe la estimación de la primera pretensión deducida; máxime cuando tratándose de redención extraordinaria, y según ha venido sosteniendo la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, tales actividades o tareas deben ser valoradas como integrantes de un proceso de reeducación o reinserción social, conforme a los artículos 203 y 204 del Reglamento Penitenciario.

Por lo que respecta a la reclamación de abono de redención extraordinaria, en relación al curso 98/99, por haber realizado las pruebas de acceso a la Universidad del País Vasco, se deduce de lo actuado que dicho interno tiene ya abonada la redención ordinaria por dicho concepto y así lo refleja la hoja de cálculo del SIP (sistema de información penitenciaria) por lo que la procedencia de abono de redención extraordinaria requeriría un plus en dicha actividad que pusiera de manifiesto unas condiciones de especial laboriosidad, disciplina y rendimiento que, desde luego, no constan acreditadas; pero es que, además, y teniendo presente que, a tenor de lo informado por el Centro Penitenciario de Soria, no consta que el interno solicitante haya mostrado rechazo a los delitos cometidos, arrepentimiento o desvinculación de la banda terrorista ETA, y de conformidad con la doctrina ya expresada en numerosas ocasiones por la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, tampoco es posible considerar que dicha actividad se haya realizado en un contexto de esfuerzo y objetivo rehabilitador directamente relacionado con la actividad delictiva y, por tanto, no puede ser valorada como integrante de un proceso de reinserción social, conforme al artículo 204 del Reglamento Penitenciario.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno J.A.E.A. del Centro Penitenciario Soria en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

12.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/05/17

Desestimación de queja. Los días de redención ordinaria serán los que correspondan a los días efectivamente trabajados.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.A.E.A. del Centro Penitenciario de Soria 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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.A.E.A. en solicitud de abono de redención ordinaria en relación a la pena de prisión cumplida conforme el Código Penal de 1973, según el cómputo de un día de redención ordinaria por cada dos de trabajo, y visto lo informado por el Centro Penitenciario de Soria, procede su desestimación, tal y cómo ha interesado el Ministerio Fiscal, pues se señala que el interno cumple una condena de 2 años por el Código Penal de 1973 y otra pena de 10 años por el Código Penal vigente, indicando respecto del criterio de abono de la redención ordinaria en la pena genérica de 02-00-00 que el cálculo aplicable se efectúa conforme a la suma de días cumplidos más días redimidos hasta totalizar los 730 días a extinguir. Esto es, el

interno ha de permanecer en prisión durante 486 días obteniendo una reducción de 243 días para totalizar 730 días (duración de la pena redimible de 02-00-00).

Se estima errónea la consideración que efectúa el interno sobre la posibilidad de redimir durante 2 años en el tiempo (no respecto de la pena).

Ajustando tal criterio a la realidad concreta de aplicación sobre tal pena de 02-00-00, puede distinguirse abonada, y período redimido en el que se incluye una redención extraordinaria de 25 días.

En efecto, tal y como señala el Ministerio Fiscal, no puede ampararse la pretensión del penado, quien parte de la base de que el mero hecho de ser penado por sí solo genera el derecho a redimir y por tanto que una condena de 2 años de prisión, equivalente a 730 días, da lugar automáticamente a una redención ordinaria de 365 días, olvidando que la redención debe computarse desde el momento en que el interno hubiera desempeñado un trabajo o actividad útil, que genera dicho derecho, de modo que los días de redención ordinaria aplicable serán los que correspondan a los días efectivamente trabajados.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno J.A.E.A. del Centro Penitenciario Centro Penitenciario de Soria.

13.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 18/10/17

Desestimación de queja. No procede abono de redención ordinaria, ya que no realiza ninguna actividad.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.M.S.P.B. del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha formulando queja en reclamación de abono de redención ordinaria desde el 1-1-16.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno en reclamación de abono de redenciones ordinarias en el periodo correspondiente al 1-1-16 en adelante, y visto lo actuado en el presente expediente, lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal de 1973 y artículos 65 y ss. del Reglamento de los Servicios de Prisiones, procede tener presente para su resolución:

1º.- Que, desde el 1-1-16 existe adjudicación específica de puesto de trabajo de limpieza del módulo donde reside el interno, por lo que dicho trabajo de limpieza ya no es desempeñado por el mismo.

2º.- Que el Centro Penitenciario dispone de un catálogo de puestos de trabajo, de carácter público, de modo que los internos interesados en desempeñar actividad laboral pueden solicitar, además de participar en cualquiera de las actividades programadas en el Centro Penitenciario. Si se tiene presente que el abono de redención ordinaria, exige el desempeño o realización de actividad laboral, formativa o tratamental que fundamente la misma, ya que no resulta admisible la denominada “redención de patio”, y que el interno, pudiendo hacerlo, no consta que haya solicitado la realización de ningún tipo de actividad -laboral o de otra naturaleza-, procede la desestimación de la queja formulada, y ello por cuanto, aun cuando el interno alega el auto de la Sección 1ª Sala Penal 340/17; en este concreto caso examinado, el Centro Penitenciario si oferta actividades alternativas al trabajo de limpieza que el interno dejó de desempeñar el 1-01-16, sin que conste que el interno, no ya desempeñe ninguna otra, sino que ni tan siquiera ha formulado solicitud de realizar actividad (laboral, formativa o tratamental) alguna que pueda servir de base o fundamento, al abono de redención ordinaria.

(En efecto, no cabe olvidar que el no estar de baja en redención no es suficiente para redimir, pues éste es tan solo el presupuesto que puede dar lugar a la obtención de redenciones concretas, lo que exige el desempeño o realización de actividad laboral, formativa o tratamental) o, al menos, la constancia del interés y solicitud del interno para desempeñarlas, aun cuando no pudiera hacerse efectivo por causas ajenas a su voluntad; circunstancias que no concurren en el caso examinado).

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g 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 J.M.S.P.B. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

14.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE FECHA 16/01/17

Indulto. Se estima recurso de apelación. Es necesario motivar y fundamentar la decisión de no tramitar la solicitud.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria, se dictó en fecha 2 de septiembre de 2016 , Auto por el que se acordaba desestimar la queja interpuesta por el interno don L. por la negativa a la tramitación de un indulto particular solicitado atendiendo a los antecedentes e informes aportados y conforme al artículo 206 del Reglamento Penitenciario (principio de legalidad, norma de derecho necesario, taxatividad y no sugerencia del legislador), ya que la propuesta de indulto particular debe partir de la Junta de Tratamiento que es la que debe entender que concurren los requisitos y no el penado y toda vez que la Junta no ha solicitado a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria ningún indulto particular para el penado a propuesta del Equipo Técnico.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto, por la representación procesal de don Luciano se interpuso recurso de reforma y, subsidiario de apelación, interesando que se dejase sin efecto la citada resolución y se procediera a solicitar el indulto particular.

Recurso de reforma que fue desestimado por dicho Juzgado por Auto de fecha 13 de octubre de 2016 , tramitándose el recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario, el cual ha motivado la incoación del presente rollo de apelación.

TERCERO.- Oído el Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre el Auto dictado con fecha 2 de septiembre de 2016 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria,

por el que se acordaba desestimar la queja interpuesta por el interno don L. por la negativa a la tramitación de un indulto particular solicitado atendiendo a los antecedentes e informes aportados y conforme al artículo 206 del Reglamento Penitenciario (principio de legalidad, norma de derecho necesario, taxatividad y no sugerencia del legislador), ya que la propuesta de indulto particular debe partir de la Junta de Tratamiento que es la que debe entender que concurren los requisitos y no el penado y toda vez que la Junta no ha solicitado a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria ningún indulto particular para el penado a propuesta del Equipo Técnico.

El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Planteado el objeto del recurso en la forma anteriormente expuesta, la Sala, tras examinar con detenimiento las presentes actuaciones, entiende que procede revocar el Auto dictado en fecha 2 de septiembre de 2016 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria.

El recurrente fundamenta su pretensión en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, que bajo la rúbrica “indulto particular”, establece que:

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

a) Buena conducta.

b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.

c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen».

A la vista de la pretensión planteada en el presente recurso no podemos dejar de recordar la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 septiembre de 2002 que se refiere a un supuesto

muy parecido y cuyos razonamientos hacemos propios en esta resolución para motivarla en los términos previstos en el artículo 120.3 de nuestra Constitución dada su concreción, precisión y detalle. En dicha resolución se razona que:

«3. Delimitado de esta forma el objeto de la pretensión de amparo resulta necesario efectuar todavía una segunda precisión, relativa a la configuración jurídica del “indulto particular” regulado en los artículos 202 y ss. del Reglamento penitenciario, y cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 202. “1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento.

2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.”

Artículo 203. “Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”.

Artículo 204. “La propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción”.

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

2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen.”

Del tenor literal de las disposiciones reglamentarias reproducidas se obtiene que el indulto particular se configura, por propia decisión de la norma que lo regula, como un beneficio penitenciario (artículo 202.2 del Reglamento Penitenciario) y que, como consecuencia de ello, se vincula a la reeducación y reinserción social de los internos en cuanto fin principal de la pena privativa de libertad (artículo 203 del Reglamento Penitenciario); de modo que se trata de una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio recogido en el artículo 25.2 de la Constitución Española. De otra parte, la regulación reproducida atribuye la competencia para la tramitación del indulto al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a solicitud de la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico del Centro Penitenciario (artículo 206.1 del Reglamento Penitenciario). En caso de ser adoptada dicha decisión por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, esto es, la decisión de tramitar el indulto, esta tramitación se regula por lo dispuesto en la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia (artículo 206.2 del Reglamento Penitenciario). La tramitación del indulto particular conoce así dos fases claramente diferenciadas: la que finaliza con la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es la ordenada por los artículos 202 y ss. del Reglamento Penitenciario, y la que se inicia con dicha resolución y es regulada, según dispone el artículo 206.2 del Reglamento penitenciario, conforme a la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia.

Pues bien, el presente recurso de amparo se dirige contra las resoluciones dictadas en aquella primera fase y bajo la cobertura de la legislación penitenciaria. Por ello, no es necesario, para su resolución, analizar la alegación del Abogado del Estado relativa a la cuestión de si el indulto “su concesión o denegación” es o no revisable por la jurisdicción. Como ya ha quedado expuesto, la legislación penitenciaria configura como beneficio penitenciario la mera tramitación del indulto por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a solicitud de la Junta de Tratamiento y previa propuesta del Equipo Técnico. Y es este beneficio penitenciario, con dicho limitado contenido, el que solicitó el recurrente al centro penitenciario y respecto de cuya denegación acudió al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para conocer las razones en virtud de las que el Equipo Técnico rechazó

proponer la tramitación de su indulto a la Junta de Tratamiento y al que, en relación con la actuación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Provincial, ciñe su pretensión de amparo.

4. Efectuadas las anteriores consideraciones estamos ya en condiciones de analizar la queja del recurrente, comenzando por recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial “exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente” (Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Y, si bien el deber de motivación se satisface, en principio, cuando las resoluciones judiciales exteriorizan las razones que fundamentan la decisión, siempre que el razonamiento que en ellas se contiene constituya la aplicación no arbitraria de las normas al caso (por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; y 82/2002, de 22 de abril, FFJJ 7 y 8), no obstante, existen diversos supuestos en los que se exige un específico y reforzado deber de motivación (por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Así sucede, en lo que ahora interesa, en los casos en que la resolución judicial decide sobre una materia conectada con otros derechos fundamentales o libertades públicas o incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. En particular, resulta afectada la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico cuando las resoluciones judiciales adoptan decisiones sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (Sentencia del Tribunal Constitucional 79/1998, de 1 de abril, FJ 4), o sobre los permisos de salida (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3), o la suspensión de la ejecución de la pena (Sentencias del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2).

En estos supuestos, en los que el órgano judicial cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para la concesión o denegación del beneficio solicitado, hemos declarado, en primer término, que “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma

justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por los demás, vendría prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución “ (Sentencias del Tribunal Constitucional 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; y 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2), Y, en segundo lugar, que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 6; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; y 8/2001, de 15 de enero, FJ 3).

5. En aplicación de dicha razón de decidir se ha de otorgar la razón al recurrente, pues, como bien argumenta el Ministerio Fiscal, las resoluciones judiciales aquí impugnadas carecen absolutamente de motivación. La mera lectura de dichas resoluciones evidencia, en el sentido señalado por el Ministerio Fiscal y el recurrente, que nos encontramos ante una auténtica denegación de tutela por parte de los órganos judiciales, pues el fundamento de las decisiones reside en que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria carece de competencia para pronunciarse sobre la cuestión, bien porque se sostiene que quien ha de formular la propuesta es el Equipo Técnico del Centro Penitenciario y éste ha apreciado que el interno no reúne los requisitos exigidos en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario (Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 25 de octubre y 15 de noviembre de 2000), bien porque se afirma que la adopción de una decisión por el centro penitenciario no es fiscalizable por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por su carácter “potestativo” o discrecional (Auto de la Audiencia Provincial de 12 de febrero de 2001). Adicionalmente el Auto de la Audiencia Provincial señala que, en todo caso, el interno siempre tiene expedita la vía general para acudir directamente al Ministerio de Justicia en solicitud de indulto. Pues bien, ninguna de las razones expuestas puede considerarse ajustada a las exigencias del derecho fundamental invocado.

En primer término, la apelación a la competencia del Equipo Técnico para la apreciación de la concurrencia de los requisitos del artículo 206 del Reglamento Penitenciario, o su concurrencia en grado de “extraordinario”, no puede considerarse fundamentación suficiente, pues, 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 54.1.f Ley de Procedimiento Administrativo Común prescribe que los actos administrativos “que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales” deberán motivarse, y el recurrente alegó ante el 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.

Finalmente, la remisión a la existencia de otra vía para que el interno solicite el indulto como fundamento de la negativa judicial “en este caso, de la Audiencia Provincial” a revisar la denegación del indulto particular tampoco alcanza caracteres mínimamente razonables, pues implica negar la especificidad y autonomía que el Reglamento Penitenciario ha dispensado a la solicitud de indulto particular en su configuración como beneficio penitenciario.

6. Cuanto antecede conduce a la estimación del amparo solicitado al haberse producido la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente, debiendo anularse las resoluciones de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y retrotraerse las actuaciones al momento anterior al de dictarse el Auto de 25 de octubre de 2000 con el fin de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie sobre la pretensión del recurrente, con petición, en su caso, de los informes al centro penitenciario que estime oportunos, de forma que, en cumplimiento de las exigencias dimanantes del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el valor de la libertad (artículo 1 de la Constitución Española) y los principios reconocidos en el artículo 25.2 de la Constitución Española, pondere los valores y bienes jurídicos en conflicto y los fines que la legislación penitenciaria y la norma constitucional atribuyen a este beneficio penitenciario y a la pena privativa de libertad».

Esta doctrina, esbozada en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 163/2002 ha sido perfilada por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 226/2015, de 2 de noviembre, al señalar que:

«Dicho en otros términos, la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del

artículo 24.1 de la Constitución Española, ya que se trata, en definitiva, de “comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3).

En este sentido, hemos tomado como paradigma de resolución que infringe el deber reforzado de motivación aquella que se limita a incluir una motivación estereotipada, inadecuada, por definición, para plasmar las circunstancias particulares propias del caso (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, FJ 5; y 2/1997, de 13 de enero, FJ 4). Hemos afirmado, en particular, que incumple el canon de motivación reforzada la mera constatación apodíctica de que “no se cumplen las circunstancias” que la ley exige (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, FJ 5). Y en el caso específico de propuesta de indulto del artículo 206 del Reglamento Penitenciario, que es el que ahora nos ocupa, hemos afirmado inequívocamente que el órgano judicial no puede limitarse a aseverar que las circunstancias legales no concurren “en el grado extraordinario requerido” por el precepto aplicado (Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4).

Hemos añadido, finalmente, que el órgano del Poder Judicial tampoco puede escudarse, para justificar sus déficits de argumentación, en el carácter discrecional de la potestad que ejerce (Sentencias del Tribunal Constitucional 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8), pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente, lo que exige en todo caso exteriorizar de algún modo la ratio decidendi que ha llevado a actuar en un determinado sentido (Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3). Hemos trasladado, igualmente, esta afirmación al ámbito específico que ahora nos ocupa, que es el de la propuesta de indulto que corresponde formular al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme al citado artículo 206 del Reglamento Penitenciario (Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4)

5. De acuerdo con la doctrina transcrita, resulta evidente que las dos razones genéricas -que las circunstancias requeridas no concurren “en grado extraordinario” y que el órgano judicial tiene la facultad, y no la obligación, de proponer la concesión del indulto- comprendidas en el Auto de 25 de junio de 2013, dictado por el Juzgado Central de Menores (con funcio-

nes de vigilancia penitenciaria), no pueden considerarse suficientes por sí mismas para cumplir con el deber reforzado de motivación derivado de la afectación del valor libertad tal y como manifestamos ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre (FJ 4). Debemos, por ello, coincidir con el recurrente en que el citado Auto no se ajusta al deber cualificado de motivación derivado de la lectura conjunta de los artículos 24.1, 17.1 y 25.2 de la Constitución Española.

Descartado, pues, por remisión a lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre, que las dos razones aludidas en el Auto de 25 de junio de 2013 puedan considerarse compatibles con el artículo 24.1 de la Constitución Española, hemos de examinar, a continuación, si los argumentos adicionales puestos de manifiesto en los posteriores Autos de 30 de octubre de 2013 y de 5 de febrero de 2014, resolutorios de los recursos de reforma y de apelación, cumplieron, en cambio, con las exigencias derivadas del canon constitucional aludido, subsanando la omisión detectada en la resolución recaída en un principio.

Debemos advertir, en este punto, que es la presencia de esas razones adicionales la que confiere al asunto su especial trascendencia constitucional, pues nos da la oportunidad de perfilar la doctrina que iniciamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre, sobre la aplicación del deber reforzado de motivación al supuesto concreto de la proposición discrecional de indulto. A estos efectos, teniendo en cuenta que, como se ha expuesto, dicho canon de motivación reforzada constituye, en esencia, un test cualificado de razonabilidad que exige comprobar la “concordancia de las razones” dadas por el órgano judicial con los “fines” de la norma aplicada, debemos ahora profundizar en el régimen normativo en el que se asienta la decisión judicial, pues ésta presenta particularidades que inciden, desde la óptica constitucional, en el tipo de argumentación que resulta exigible para cumplir con el deber reforzado de motivación.

6. El artículo 206 del Reglamento Penitenciario regula la propuesta de indulto particular que puede realizar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a instancias del centro penitenciario. En dicha regulación la Administración se limita a iniciar el trámite y el Juzgado ha de decidir, después, si efectúa o no la propuesta de indulto al Ministerio de Justicia. Resulta evidente que la norma en cuestión no contempla un supuesto en el que el órgano judicial resuelva directamente sobre la pervivencia o el cese de la situación de privación de libertad sufrida por el penado. Es patente, en realidad, que, en

el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, el órgano judicial no es prestador directo de una tutela que el justiciable pueda impetrarle a efectos de obtener su libertad. El referido precepto sólo contempla un cauce específico de tramitación del derecho de gracia, en el que hay un solo legitimado para iniciar el trámite -la Junta de Tratamiento a instancia del equipo técnico- del mismo modo que hay un solo legitimado -el Juzgado de Vigilancia- para formular la propuesta de indulto al Ministerio de Justicia. En suma, la norma regula un cauce procedimental que es completamente ajeno a la petición de indulto que, por su propia iniciativa, puede promover el penado, en cualquier momento, ante el órgano competente del Gobierno.

Se advierte, así, que la función que cumple el órgano judicial en la regulación del artículo 206 del Reglamento Penitenciario es la de decidir por sí mismo si existen razones cualificadas que aconsejan su intervención activa en la concesión del derecho de gracia. Se trata, en definitiva, de que el juez evalúe si debe convertirse en promotor de una petición que, de ordinario, puede realizar el propio afectado. Es obvio, en este punto, que una solicitud del penado tendente a que el juez promueva esta vía singular de indulto no altera el régimen normativo a que acaba de aludirse. Excluido el penado del régimen de legitimación y tratándose de una actuación de naturaleza discrecional, la incitación al órgano judicial a conducirse de un modo u otro se basa, en realidad, en la posibilidad general de dirigir peticiones al poder público competente, peticiones que, conforme a nuestra doctrina, no pueden ir acompañadas de un derecho paralelo a obtener una respuesta favorable (Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Estas peculiaridades de la normativa aplicable deben, pues, tenerse en cuenta a la hora de evaluar el deber reforzado de motivación exigible al órgano judicial, que debe entenderse cumplido si éste consigna la circunstancia concreta del asunto planteado que, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, le lleva a descartar, según su propia discreción, su intervención activa ante el Ministerio de Justicia, dejando que sea el penado el que asuma por sí solo la iniciativa en la petición de indulto».

TERCERO.- Pues bien, a la vista de la citada doctrina constitucional y teniendo en consideración el Informe del Director del Centro Penitenciario El Dueso de fecha 16 de agosto de 2016 en el que señala que “El Equipo Técnico correspondiente no consideró positivamente la solicitud del interno por no cumplir con los requisitos especificados en el artículo 206

del Reglamento Penitenciario”, emitido con posterioridad a la queja sin indicar siquiera qué requisitos no concurrían en el interno y sin motivación o razonamiento alguno acerca de por qué no consideró ni siquiera oportuno tramitar dicha solicitud y teniendo asimismo en consideración que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria no motivó tampoco en absoluto su decisión, la Sala, acuerda revocar el Auto impugnado para que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie sobre la pretensión del recurrente, con petición, en su caso, de los informes al centro penitenciario que estime oportunos, de forma que, en cumplimiento de las exigencias dimanantes del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con el valor de la libertad (artículo 1 de la Constitución Española) y los principios reconocidos en el artículo 25.2 de la Constitución Española, pondere los valores y bienes jurídicos en conflicto y los fines que la legislación penitenciaria y la norma constitucional atribuyen a este beneficio penitenciario y a la pena privativa de libertad.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Estimar íntegramente el recurso de APELACIÓN interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número 1 de Cantabria de fecha 2 de septiembre de 2016, por el que se desestimaba la queja interpuesta por el interno Don L. por la negativa a la tramitación de un indulto particular, que se revoca en su integridad para que se pronuncie en los términos expresados en el Fundamento jurídico tercero de esta Resolución.

CAPÍTULO III

CLASIFICACIÓN

15.- AUTO 109/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ DE FECHA 06/03/17

Desestimación de recurso contra regresión de grado. Mal uso del régimen abierto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 4 de Andalucía, con sede en El Puerto de Santa María, el día 14/11/2016, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: “Desestimar el recurso formulado por la Dirección Jurídica del interno del Centro Penitenciario de Puerto III, M. contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1 de septiembre de 2016, por el cual se acordaba la regresión del mencionado interno a segundo grado de tratamiento Penitenciario”.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de igual Juzgado de fecha 21/12/2016. Interpuso después recurso de apelación la representación del interno ya citado y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día de la fecha para la vista del recurso, donde asistieron las partes y expusieron sus alegaciones, quedando pendiente de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el Auto de fecha 21 de diciembre de 2016 que desestima el recurso de reforma formulado por

el interno M. contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones penitenciarias de fecha 1 de septiembre de 2016 que resolvió la regresión del interno a segundo grado, por la representación procesal del penado indicado del establecimiento Penitenciario Puerto III (Cádiz), interesando volver a restablecer a tercer grado al Sr. M., recurso éste que fue impugnado por el Ministerio Fiscal, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Que del examen de las actuaciones resulta que la motivación esgrimida por la Junta de Tratamiento en su decisión de acordar regresar a segundo grado a M. es “la evolución negativa en la conducta del interno, de la cual se desprende su incapacidad de continuar el cumplimiento en un régimen de semilibertad, al concurrir los siguientes factores: la involución tratamental y mal uso del régimen abierto por recaída en consumo de drogas y analítica positiva al consumo de drogas, que resulta incompatible con un régimen de vida en semilibertad”, y ello pese a que en fecha 21-6-2016 se promovió la revisión a tercer grado del mencionado interno por su buena evolución y buen uso del régimen abierto. Además, en fecha 12-8-16 cuando el interno ingresa en CIS de Jerez sobre las 04:30 horas se le practica prueba de consumo de sustancias prohibidas dando positivo en alcohol, admitiendo el interno su consumo. Pese a dar positivo a alcohol, cocaína y benzodiacepinas y no tener prescrito tratamiento con benzodiacepinas, se pone de manifiesto que su problemática tóxica está sin resolver. Si a ello le añadimos que el interno se desplaza a diario con su vehículo, se incrementa el riesgo significativo y grave para la seguridad vial. Tiene un pronóstico de reincidencia MUY ALTO, con tiempo de condena pendiente de cumplimiento, inadaptación social previa al ingreso en prisión y elevado riesgo de recaída en el consumo de drogas y de alcohol.

De la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable, que permita inferir una capacidad para llevar en lo sucesivo un régimen de vida en semilibertad previstas en el artículo 106.2 del Reglamento Penitenciario. Dicho interno fue condenado por delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud en fecha 3-9-2015, con inicio de cumplimiento en fecha 19-11-2015, habiendo cumplido dos tercios de la condena en fecha 5-1-2017 y 3/4 partes el día 30-4-2017, cumpliendo las 4/4 partes el día 10-4-2018.

El régimen de tercer grado implica una relajación de los mecanismos de controles de la vida del interno con mayor espacio de libertad, por lo que debe darse con mayores garantías de éxito, tanto en orden a la comisión

de nuevos delitos como al quebrantamiento de condena, apuntando otras circunstancias que actuarían como obstáculo para volver al grado tercero asignado, analizadas anteriormente, pues las mismas han determinado la pérdida de confianza en el disfrute de esa semilibertad, y en consecuencia, se revela necesaria la vuelta al segundo grado conforme a los artículos 65.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.3 del Reglamento Penitenciario.

TERCERO.- Además, en materia de progresión y regresión de grado, el artículo 65 de la Ley Orgánica núm. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, expresa que: “1. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.

4. Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado.

Cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la calificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la central de observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena”.

Y dispone el artículo 106 del Reglamento Penitenciario: “1. La evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno, con la correspondiente propuesta de traslado al Centro penitenciario adecuado o, dentro del mismo Centro, a otro departamento con diferente modalidad de vida.

2. 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.

3. 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.

4. Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos.

5. Para la resolución de las propuestas de progresión y de regresión de grado se observarán las mismas formalidades, plazo y posible ampliación del mismo que se prevén en el artículo 103 para la resolución de la clasificación inicial”.

En base a ello nos encontramos con que los argumentos esgrimidos por el Juez de Vigilancia para la regresión en grado con evolución desfavorable de la conducta e integración social, el corto tiempo de cumplimiento de la pena impuesta, que resulta un dato objetivo que no admite controversia junto con el resto de argumentaciones esgrimidas, avalan la ausencia de arbitrariedad en su pronunciamiento, sin perjuicio para que estas sean tenidas en cuenta y valoradas a la hora de llevar a cabo una nueva revisión de la clasificación del penado a los seis meses, tal y como dispone el art. 105 del Reglamento Penitenciario.

De todo lo expuesto y razonado, resultado de la valoración que se hace por esta Sala de toda la información contenida en la pieza separada remitida, llegamos a la conclusión de que la resolución judicial atacada, que a su vez avala la decisión en su día adoptada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Puerto III, debe ser plenamente ratificada en esta instancia, dados de acertados razonamientos que lejos de la arbitrariedad son el resultado de la correcta interpretación de la norma aplicable al caso, y que sirven de fundamento para desestimar el recurso de apelación planteado.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

Vistos los preceptos legales y de más de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la defensa letrada de M. contra el Auto de 21/12/16, CONFIRMAMOS la resolución recurrida en todos sus aspectos, declarando de oficio las costas de esta alzada.

16.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA DE FECHA 31/03/17

Desestimación de recurso de apelación denegando la aplicación del control por medida telemática.

HECHOS

En fecha de 10 de enero de 2017 la Ilma. Sra. Magistrada-Juez titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Palma de Mallorca dictó Auto por el que acordaba desestimar el recurso de queja interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Palma de Mallorca J.A.S.M.

El Letrado, en nombre y representación del interno J.A.S.M., presentó recurso de apelación contra la anterior resolución en el que solicita que se estime el recurso planteado y se le conceda el permiso de salida solicitado.

El Ministerio Fiscal, en informe de fecha 23 de febrero de 2017, se opuso al recurso de apelación planteado e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

Remitidas las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial para la resolución del recurso interpuesto, tras la oportuna deliberación al efecto, expresa el parecer del Tribunal el Ponente de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La representación procesal del Interno en el Centro Penitenciario de Palma de Mallorca J.A.S.M. recurre en apelación el Auto de 10 de enero de 2017, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Palma de Mallorca. Recurre la decisión por la que se acuerda no estimar la queja formulada por no adopción de medios telemáticos, en virtud del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario.

En anterior escrito, al que se refiere, alegó que solicita la pulsera telemática para poder tener mayor libertad de movimiento y horario y así consolidar un trabajo remunerado y sufragar las necesidades básicas de su familia y cuidar de su esposa, que se encuentra en un delicado estado de salud.

El Ministerio Fiscal, en su informe, se opone a la estimación de la queja formulada e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

Debe partirse de que para valorar las circunstancias concurrentes en el interno, como función revisora de la actuación administrativa, es necesario tomar como referencia el momento en que le fue denegada la solicitud que formuló. Esta Sala tiene declarado que la decisión que se adopta al resolver los recursos de apelación toma como elementos de decisión los que concurrían en el momento en que se dictó la resolución judicial o administrativa que origina el recurso. Y las razones que lo impiden son claras: la fijación del objeto del recurso, que no puede variar una vez fijado y el hecho de no contar con todos los elementos actualizados, sino únicamente los que puedan aportarse. Ello podría devenir en una decisión que se basaría en elementos incompletos.

El interno pretende la aplicación del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario que permite sustituir el tiempo de permanencia establecido con carácter general en el Centro Penitenciario por la vida en el exterior aceptando las medidas de control pertinentes y el tiempo de permanencia en el establecimiento que se fije en el programa de tratamiento.

En la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la que se desestima el recurso de queja, integrada por la que resuelve el recurso de reforma, se exponen los motivos por los que se deniega el permiso, lo cuales por razonados, se incorporan a la presente resolución. En síntesis alude

acertadamente la juez a quo que la queja se formuló cuando precisamente había iniciado su nueva actividad laboral el día 3/10/2016, dos días antes de que se adoptase la decisión administrativa (05/10/2016), considerándose por tanto que era preciso consolidar dicha relación laboral antes de establecer un régimen de cumplimiento más favorable. Justificaba que los alegados problemas de salud de la esposa del interno en nada incidían en esta situación laboral que era conveniente consolidar. La Junta de Tratamiento ponderó también para denegar la petición los avances en su evolución y el tiempo pendiente de cumplimiento de la condena, que no se producirá hasta el día 22/09/2019. Además remarcaba que el horario de que disponía el interno era de lunes a jueves de 6 a 21 horas y desde las 6:00 del viernes hasta las 21:00 horas del domingo, la cual no consideramos que sea precisamente una limitación excesiva de su libertad y movimientos. En relación a la esposa del interno únicamente se refiere por el Centro Penitenciario que habían indicado dificultades en una pierna pero sin justificar extremo alguno, lo cual tampoco ha sucedido con ocasión del presente recurso. Por otra parte, como acertadamente señaló la Magistrada-juez a quo, este extremo no incidiría en el principal motivo de denegación de la petición formulada, por cuanto su acreditación tampoco tendría virtualidad estimatoria de tal pretensión.

Y es que el artículo 83 del Reglamento Penitenciario establece que “la actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social”. Es decir que uno de los principios que debe presidir su integración en la sociedad es la progresividad, siendo de vital importancia consolidar los avances producidos, como es el caso que nos ocupa, en que la denegación se estima plenamente justificada en base a tal necesidad.

En definitiva, por las circunstancias concurrentes en J.A.S.M. se conviene con la juez de instancia en que procede la desestimación de la queja formulada. En consecuencia, por todo lo antes manifestado, se desestima el recurso de apelación planteado y se confirma la resolución recurrida.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado, en nombre y representación del interno J.A.S.M., contra el Auto de fecha 10 de enero de 2017, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de esta ciudad, en el Expediente de Peticiones y Quejas núm. 569/2016, resolución que se confirma en su integridad.

17.- AUTO 361/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE DE FECHA 15/05/17

No procede la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. No puede utilizarse como medio para minimizar los efectos perjudiciales que la pena pueda tener sobre el modo de vida anterior del penado.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 1 de Castilla La Mancha con sede en Ciudad Real, se dictó en fecha 30 de diciembre de 2016, Auto por el que se acordaba desestimar la queja interpuesto por el interno L. sobre mantenimiento en segundo grado.

Por escrito de 12 de enero de 2017 el interno interpuso recurso de reforma y subsidiaria apelación el cual fue admitido a trámite y desestimado en auto de 3 de febrero de 2017.

SEGUNDO.- Oído el Ministerio Fiscal, se opuso a la estimación del recurso.

TERCERO.- Elevados los autos a esta Audiencia Provincial, se formó el oportuno rollo de apelación, señalándose para deliberación y fallo el día 11 de mayo de 2017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Se plantea recurso de apelación contra el pronunciamiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desestima la queja planteada por el interno L. contra el acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias tomado el 5/9/2016 de mantenerlo en segundo grado. Mediante la interposición del recurso se solicita la aprobación de la progresión a segundo grado del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

Alega el interesado en su recurso de apelación que la Junta de Tratamiento acordó por mayoría y sin votos particulares el pase a la modalidad de segundo grado flexible y aprovecha esta resolución para referirse al auto dictado por esta Sección el 21 de diciembre de 2016 (recurso 1.170/2016), relativo también a una petición anterior de aplicación el artículo 100.2 de Reglamento Penitenciario. De todos modos, admite que el Centro Directivo se mostró contrario a dicho criterio en resolución que fue confirmada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Continúa haciendo hincapié en que no se trata de la concesión de un régimen de cumplimiento sino de continuidad en segundo grado si bien en su modalidad flexible. Dicha modalidad consiste en el traslado a un establecimiento de Alicante, salidas diarias a trabajar en dos empresas de las que es socio y en fines de semana de acuerdo con el régimen de visitas establecido en relación a sus descendientes menores de edad. En apoyo de su tesis cita varias resoluciones, si bien debe decirse que las citas no permiten conocer qué grado de coincidencia tienen los supuestos analizados con el particular del recurrente. Pasando al análisis de las motivaciones relativas a lejanía del cumplimiento de la pena y gravedad del hecho delictivo, se refiere el apelante a que el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario está reservado para supuestos en los que conviven factores desfavorables y favorables en el interno, de tal manera que se permita conjugar los diversos fines de la pena; igualmente cita resoluciones diversas en apoyo de su tesis. La tercera alegación que plantea el recurso incluye la referencia a su evolución durante el ingreso en el centro penitenciario: solicitud de ser admitido en un curso sobre violencia de género, buen comportamiento; también aduce como muestra de su capacidad para respetar las normas del régimen flexible su comportamiento durante el período de la instrucción en el que permaneció en libertad provisional. Concluye el recurso diciendo que no existe ningún impedimento legal o tratamental para que se acceda a lo solicitado, destacando que no

se trata de un grado intermedio entre el segundo y el tercer grado y que no constituye un beneficio penitenciario.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

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

La interpretación de este precepto ha de hacerse en relación con el apartado primero del artículo, en el que se alude a que el segundo grado es el ordinario y el tercero el régimen abierto. Del mismo modo, por lo que atañe al artículo 102.2 (“Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”). Por lo tanto, por más que se insista en que la propuesta del apelante no es un beneficio penitenciario ni entraña un régimen de semilibertad, lo cierto y verdad que, de hecho, supone el paso del penado a un régimen abierto. No hay más que comparar la propuesta que se realiza con los artículos 83 a 87 del Reglamento Penitenciario para comprobarlo. Y tal situación se pretende alcanzar obviando que la duración de la pena es uno de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar la clasificación y que la asunción de la responsabilidad penal es uno de los presupuestos necesarios para la evolución del tratamiento penitenciario. Es llamativo a este respecto que la mención que se hace en la resolución recurrida a la falta de constancia del cumplimiento de este requisito se eluda en el escrito de interposición del recurso de apelación. Ligado con lo anterior, se recordará que la reinserción social es el fin principal de la pena, pero junto a éste coexisten otras finalidades, como la retributiva y la prevención general y especial. Así, un comportamiento en el centro penitenciario respecto del que ninguna objeción pueda realizarse, pero que no se fundamenta en la asunción previa del

comportamiento delictivo, puede no ser más que el fruto del afán del interno por adelantar lo más posible el disfrute de los beneficios penitenciarios.

En el auto de esta misma Sección al que se ha hecho referencia anteriormente se indicó que la propuesta planteada se dirige, por encima de cualquier otra consideración, a minimizar los efectos perjudiciales que sobre el modo de vida anterior del penado conllevan las penas impuestas por los delitos que ha cometido. Esta afirmación ha de mantenerse en este momento por cuanto que la necesidad de salidas diarias para atender las obligaciones laborales no está sólidamente fundamentada ni en cuanto a su necesidad imperiosa ni al beneficio que ello pudiera reportar para el tratamiento penitenciario. A este respecto ha de ponerse de relieve que no se trata de conseguir una flexibilización del régimen que permita al interno acceder a una cualificación para mejorar su situación en el mercado laboral o no perder la que ya tenía, sino simplemente la atención a los negocios de los que es socio, sin constancia alguna de que esa misma labor pudiera ser desempeñada por otro, sea contratado o no.

Ciertamente, puede estimarse que la posibilidad contemplada en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario sea especialmente útil para los supuestos en los que el acceso al régimen abierto esté impedido por algún factor negativo que coexista con otros positivos. Sin embargo, en el caso presente la situación se aprecia como distinta por cuanto que se trata lisa y llanamente de adelantar el disfrute del régimen abierto con los únicos fundamentos que se derivan de una situación laboral favorable y la buena adaptación al régimen del centro penitenciario sin tener en cuenta otros factores, como la duración de las penas impuestas ni abordar rigurosamente la concurrencia de otros factores que justifiquen la atribución de responsabilidades más grandes que impliquen un mayor margen de libertad.

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de L. contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 1 de Castilla-La Mancha de fecha 30/12/2016, confirmado por otro de 3/2/2017, por el que se acordaba desestimar el recurso de queja interpuesto contra la Resolución del Subdirector

General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 5 de septiembre de 2016, resoluciones que se CONFIRMAN en su integridad.

18.- AUTO 268/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA DE FECHA 14/07/17

Desestimación de recurso. No concurrencia de suficientes factores positivos para la progresión a tercer grado ni programa específico que justifique la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

HECHOS

PRIMERO. Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid, con fecha 16 de marzo de 2017, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Se desestima el recurso del interno G. del Centro Penitenciario Madrid II (Alcalá-Meco) contra el acuerdo de la Dirección de fecha 09/02/17 manteniéndose en segundo grado de clasificación, que se mantiene íntegramente”.

SEGUNDO. Notificada dicha resolución a las partes personadas, por la representación letrada de D. G., se presentó recurso de reforma que fue desestimado por auto de 2 de junio de 2017, formalizándose a continuación recurso de apelación contra este último. Admitido que fue, puesta de manifiesto la causa a las demás partes, se remitieron las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, llevándose a efecto la deliberación y fallo en el día de la fecha.

TERCERO. En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los antecedentes del recurso de apelación. El recurso de apelación que nos ocupa se interpuso por D. G. contra el

auto dictado, el día 16 de marzo de 2017, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 6 de Madrid, que desestimó el recurso formulado por el mismo contra el Acuerdo de 9 de febrero de 2017, del Centro Penitenciario Madrid II (Alcalá-Meco), que acordaba la continuidad en segundo grado de tratamiento del interno.

La resolución recurrida expresa que tal clasificación es la más adecuada, atendiendo a la gravedad del delito (asesinato en el ámbito de la violencia de género), duración de la condena que tiene que cumplir el interno (22 años, 6 meses y un día) y la fecha definitiva de cumplimiento (12/06/2031), mencionando otras circunstancias concurrentes que impiden la progresión de grado como son: el pronóstico medio-alto de reincidencia y el encontrarse en la primera mitad de cumplimiento de la condena; aludiendo finalmente a las restantes finalidades de la pena privativa de libertad, retributiva y de prevención general y especial, que también deben ser atendidas en su ejecución.

Mediante el recurso se interesa la revocación del auto apelado y el dictado de otro que acuerde su progresión al tercer grado, o subsidiariamente al grado mixto previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, por cumplir los requisitos legales para ello, siendo ello adecuado y necesario para la progresiva reinserción del recurrente.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso e insta la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Regulación aplicable a la progresión de grado del interno. La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación del condenado, estando previsto a estos efectos un régimen de tratamiento penitenciario, consistente en un conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social basado en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad.

Para la individualización del tratamiento se sigue un sistema de clasificación en grados que exige que el interno sea observado y clasificado, estableciendo el artículo 102 del Reglamento Penitenciario como criterios generales de clasificación los de personalidad del interno, historial individual, familiar social y delictivo, 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; previéndose la progresión y regresión de grado en función de “la evolución del tratamiento penitenciario” (artículos 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106 del Reglamento).

La progresión dependerá (artículos 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.2 de su Reglamento) de la modificación positiva de aquellos factores o rasgos de la personalidad del interno directamente relacionados con la actividad delictiva, manifestada en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en él y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad. Tratándose de la progresión al tercer grado -pretensión del recurrente- conforme al artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario esta clasificación se aplicará únicamente a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad; por ello la progresión al tercer grado supone una 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, que, evidentemente, no debe hacerse si no es, con una cierta garantía de éxito en la utilización de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena.

A su vez, y atendiendo a que el recurrente igualmente solicita, con carácter subsidiario, se establezca un sistema mixto, debe señalarse que, conforme al artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, el Equipo Técnico “podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado”.

Con esta regulación, dependiendo la progresión y la regresión de la conducta o comportamiento del interno, entendida en su sentido psicológico, como “ cualquier actividad observable del interno “, debe advertirse que para resolver una cuestión como la aquí planteada, el órgano judicial se ve en la difícil posición de considerar o valorar variables subjetivas, en relación con las que no puede existir una certeza absoluta, sino indicios apreciables a partir de las manifestaciones del penado y de terceros

intervinientes en el proceso rehabilitador y reinsertativo, cuya evaluación determinará el sentido de la decisión (Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca nº 343/2011 de 4 de noviembre de 2011).

TERCERO.- Petición principal del recurso de apelación: se califique al interno en tercer grado. Expuesto lo anterior, anticipamos que la petición va a ser desestimada, por cuanto la Sala comparte los argumentos de la resolución recurrida y los que en su momento se tuvieron en cuenta por la administración penitenciaria y, en particular, por la Junta de Tratamiento que acordó, por unanimidad, mantener al interno en segundo grado, los cuales no aparecen desvirtuados por las alegaciones del recurso.

El recurrente alega, en apoyo de su pretensión, en síntesis, que ya ha cumplido la cuarta parte de la condena, no debiendo motivar la denegación del tercer grado en la tipología del delito o la duración de la pena, pues los mismos no están regulados en la ley como motivos, mostrando durante todo el tiempo una excelente actitud y comportamiento pues lleva desde mayo de 2009 ingresado en el módulo de respeto, habiendo sido propuesto por los funcionarios del centro para un indulto parcial, teniendo una oferta para trabajar en el exterior, abonando, en la medida de sus posibilidades, la responsabilidad civil a la que fue condenado y buscando su reinserción en la sociedad, para lo que cuenta con apoyos sociales y familiares en el exterior, por lo que resultaría aconsejable un régimen en semilibertad.

De la documentación obrante en las actuaciones, consistente principalmente en el Acuerdo de la Junta de Tratamiento, quien mejor conoce el desarrollo del tratamiento que está efectuando el interno, se constata que el mismo desarrolla una conducta adecuada al programa previsto y a las normas del Centro penitenciario desde su ingreso, el 30 de diciembre de 2008, cumpliendo sus tareas de forma correcta y puntual, estando destinado en el economato, lo que ha merecido notas meritorias y recompensas, sin ninguna sanción, siendo evaluada su intervención en las actividades de excelente. Igualmente consta que no es consumidor de ninguna sustancia y ha disfrutado en el último año de 11 permisos ordinarios, teniendo apoyos familiares, con comunicaciones continuas con los mismos, pudiendo acceder a ofertas de trabajo por tener negocios familiares. Asimismo, resulta acreditado que está abonando la responsabilidad civil en la medida de sus posibilidades, habiendo entregado el importe de 1.140 euros.

Pero estas circunstancias no son suficientes para concluir que aquél tenga capacidad para llevar en lo sucesivo un régimen de vida en semilibertad, por impedirlo un conjunto de elementos que se contraponen a aquellos, viniendo alguno de ellos reflejados en el mencionado acuerdo, como son:

A) La naturaleza y gravedad del delito por el que fue condenado, asesinato en el ámbito de la violencia de género, haciéndole merecedor de una penalidad grave, de 22 años, 6 meses y 1 día de prisión;

B) La lejanía de la fecha de cumplimiento definitivo de la pena (12.06.2031), así como de cumplimiento de las tres cuartas partes de la misma, para lo que faltan más de 8 años, sin que haya llegado a cumplir la mitad de la misma, faltando dos años y 8 meses;

C) La falta de asunción de su responsabilidad por los graves hechos cometidos y de percepción del daño causado por el delito. Pese a las manifestaciones que se vierten en su carta manuscrita, no se indica que se le aplicara en la sentencia atenuante de arrepentimiento o reparación del daño, constando haber abonado 1.140 euros de un total de 79.650,86 euros que se estableció en concepto de responsabilidad civil.

D) El pronóstico actual de reincidencia, que es medio-alto. Atendiendo a la naturaleza del delito por el que cumple condena y a que la Junta de Tratamiento refleja que no concurren, de momento, suficientemente cualificadas las circunstancias establecidas en el artículo 106.2 del Reglamento Penitenciario.

La valoración conjunta de tales datos conlleva que no podamos considerar acreditado que el interno esté aún capacitado para llevar un régimen de vida en semilibertad, siendo el paso al tercer grado solicitado una actuación prematura atendiendo a los factores de riesgo existentes, lo que determina que no quepa reputar errónea la decisión adoptada en el auto apelado. El régimen de segundo grado, en sentido estricto, es el más idóneo para el tratamiento del interno en este momento, siendo necesario un mayor periodo de intervención y conveniente la evaluación del desenvolvimiento durante los permisos de salida, entre otros datos, como base para la progresión al tercer grado, sin perjuicio que conforme vaya avanzando el tratamiento aquellos factores de riesgo se constaten desaparecidos y se considere por los Equipos Técnicos que es posible esa progresión de grado, o el establecimiento de un régimen mixto.

Diremos para finalizar, como también apunta la resolución recurrida que, si bien el régimen penitenciario ha de flexibilizarse para alcanzar el fin de reinserción previsto en la propia Constitución, no debemos olvidar las otras finalidades de la pena a las que también alude la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 2000, como son las de retribución y prevención general y especial.

Por lo expuesto, este Tribunal concluye que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ha hecho una ajustada valoración de las razones para la denegación del tercer grado, en aplicación de lo que al respecto dispone la Ley General Penitenciaria, en su artículo 65.2, y el Reglamento Penitenciario, en su artículo 106.2.

CUARTO.- Petición subsidiaria del recurso de apelación: se establezca respecto al interno el régimen mixto o combinado previsto en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

La aplicación de este precepto tiene carácter excepcional; facultativo, toda vez que va a dar lugar a un modelo de ejecución de naturaleza mixta, en el que se van a combinar aspectos propios de los diferentes grados penitenciarios; y específico y reglado del modelo de ejecución, con sujeción un programa muy concreto en el que es condición sine qua non esa combinación de aspectos atinentes a uno u otro grado, teniendo la Junta de Tratamiento la exclusiva legitimación para postular la aplicación del régimen mixto, toda vez que requiere la presentación de un programa específico, concreto y adaptado de forma individual al interno, no pudiendo ser éste quien, unilateral e interesadamente, proponga la aplicación de ese régimen específico.

Ya sólo por estas consideraciones el recurso del interno debe ser desestimado, porque ni la Junta de Tratamiento ni la Subdirección propone programa específico alguno conforme a lo establecido en el referido precepto, siendo ello, como se ha dicho, uno de los requisitos esenciales de dicho régimen mixto. Pero es que, además, en el recurrente concurren los factores anteriormente detallados que desaconsejan por ahora la aplicación del referido régimen mixto o combinado.

Por todo lo expuesto, la Sala no puede sino compartir la propuesta unánime de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Madrid II y la decisión del Subdirector de Tratamiento y Gestión Penitenciaria por el que se acordaba la continuidad en segundo grado, debiendo el interno

consolidar los factores positivos que presenta, al no ofrecer aún suficientes garantías de que pueda hacer un buen uso de dicho régimen mixto, máxime cuando su licenciamiento aún está lejano en el tiempo, de ahí que no serviría al fin que le es propio que no es otro que la preparación para la vida en libertad.

QUINTO.- Pese a dicho pronunciamiento, al no haber intervenido más parte apelada que el Ministerio Fiscal, declararemos de oficio las costas causadas en esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

La SALA ACUERDA: DESESTIMAR el Recurso de Apelación interpuesto a instancia de la defensa de D. G., confirmando en su integridad el auto de 16.03.2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 6 de Madrid, así como el de 2 de junio de 2017, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el anterior, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta alzada.

19.- AUTO 283/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LOGROÑO DE FECHA 31/07/17

Desestimación recurso de apelación. La enfermedad grave e incurable no varía el pronóstico de reincidencia alto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el expediente referido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palencia se dictó Auto en fecha 31-3-2017 por el que se acordaba lo siguiente:

“Se desestima el recurso interpuesto por el interno E. contra la resolución de la DGIP de fecha 3-2-2017 por la que se acuerda el mantenimiento en segundo grado de tratamiento, manteniendo en su consecuencia el expresado acuerdo, sin perjuicio de futura valoración en atención a su evolución...”.

Contra tal Auto se interpuso recurso reforma por la representación procesal de E. al que se opuso el Ministerio Fiscal dictándose Auto el 2-5-2017 en el que se desestimaba el recurso de reforma.

Contra tal Auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de E. dándose al mismo el curso legal, oponiéndose al mismo el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de, se alegaba, en esencia error en la valoración de las circunstancias para la aplicación del art. 104.4 del Reglamento Penitenciario, para concluir interesando que previos los trámites legales se dicte resolución en la que:

“Revocando el Auto recurrido y en su lugar se declare estimada la petición del interno para su progresión de destino de clasificación como interno de tercer grado de tratamiento...”.

Por el Ministerio Fiscal se opuso a tales argumentos interesando la confirmación de las resoluciones recurridas.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial se acordó formar el correspondiente rollo de apelación para la substanciación de este tipo de recurso, y tras notificar el turno de registro a las partes se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 27-7-2017, siendo designado ponente D. R.M.G.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Respecto de la alegación de error en la valoración de las circunstancias para la aplicación del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario.

Resulta necesario señalar por un lado que el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario establece que:

“Los enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de los variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”.

Junto con ello cabe señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25-3-1996 en la que al respecto se indica que:

“El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre que lleva en si todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria en cuestión, incorporada hoy al Código Penal. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario.

Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal.

Así pues, solo una enfermedad grave, en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquella, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal”.

Tal como se desprende del expediente, la Junta de Tratamiento en sesión de 15-12-2016 formuló la propuesta de continuación en segundo grado de E.

Las circunstancias del cumplimiento de la pena impuesta a E. ponen de relieve que se encuentra cumpliendo en la Ejecutoria 32/16 de esta Audiencia Provincial por agresión sexual y violencia de género con falta de lesiones en violencia de género a la pena de 10 años por el delito y de 12

días por la falta, y por otra parte en la Ejecutoria 10/2010 la pena de 1 año por delito de estafa, 11 meses por delito de hurto y 15 días por falta.

De esta manera iniciado el cumplimiento el 30-1-2006 la 1/4 se cumplió el 17-1-2012, los 2/3 el 12-1-2014, los 3/4 el 11-1-2015 y los 4/4 el 5-1-2018.

En la causa aparecen diversos informes médicos de los que se desprende la existencia de diversas enfermedades que se recogen en el informe del médico forense, en el que se recoge el accidente sufrido el año 2005 y el grave traumatismo craneo-encefálico padecido y por lo que le ha quedado:

“... déficit motor, y hemidoloroso de hemicuerpo izquierdo, una artrosis en muñeca derecha (por fractura radiocarpiana), artrosis acrimio-clavicular (hombro) derecho y escoliosis derecha en su columna vertebral...”

Junto con ello se indica que hernia de hiato, duodenitis péptica, granuloma calcificado en hígado, degeneración en ambos meniscos de rodilla derecha, dislipemia mixta, aneurisma de aorta abdominal e hipertensión arterial.

Junto con ello y como patología principal se indica que desde hace unos 3 años presenta una clínica neuro-muscular que ha requerido de varios ingresos hospitalarios, que le causa una gran debilidad muscular, lo que se traduce en torpeza motora para desplazarse, disfagia, disfonía y desartria, ptosis de ambos párpados, atrofas musculares faciales y generales.

Las pruebas realizadas no han conseguido filiar el tipo de enfermedad, catalogándose de “distrofia oculo-faríngea” enfermedad “rara”, pendiente de sucesivos estudios.

Su evolución ha sido a una paulatina mayor debilidad muscular, ptosis palpebral, alteraciones en la deglución, en el habla, en los desplazamientos, a lo que se ha unido un trastorno de la personalidad derivado de los procesos descritos.

Se indica que antes de este proceso “muscular” tenía concedida una minusvalía del 55% la cual, sin duda, se ha visto incrementada.

Concluye el informe del médico forense indicando que:

“... se trata de una enfermedad permanente, incurable, grave y sin tratamiento médico específico amén de progresivamente evolutiva e incapacitante”.

Junto con lo anterior resulta forzoso señalar la propia conducta del interno quien ha rechazado la posibilidad de realizar programa de violencia de género tanto en el año 2013 como en el año 2014 y junto con ello se indica que.

“... la actitud que mantiene el interno hacia el delito de agresión sexual, es de negación de los hechos, con constantes mecanismos de defensa, basados en la culpabilización y acusación de la víctima. Esta respuesta forma parte de su peculiar personalidad, que hace que el mismo oculte conductas contrarias a sus intereses, autoengaño. Mantiene una peculiar autopercepción lo que justifica su actitud, como merecedor de derechos y beneficios manteniendo un elevado sentido de valía”.

Se indica desde el centro la existencia de un pronóstico de reincidencia alto, indicándose que “la fuerte rigidez cognitiva y conductual del interno lleva a este a mantener modos de afrontamiento respondiendo con modos de funcionamiento disfuncionales” y que llevan a concluir:

“... el ciclo iniciado por el interno con resistentes ideas de daño y fuerte hostilidad, hacia el sistema, tras la no obtención de sus objetivos, alejando a este más de los objetivos que demanda el tratamiento”.

Pues bien, con estas consideraciones se constata lo acertado de los razonamientos esgrimidos en la resolución combatida, en cuanto ciertamente no cabe sostener con dichos antecedentes médicos que el mantenimiento en prisión del penado perjudica el curso de sus padecimientos, los agrava o impide su adecuado tratamiento.

Junto con el aspecto objetivo de la enfermedad o padecimiento que sufra el interno también ha de valorarse el aspecto subjetivo, es decir la previsibilidad acerca del comportamiento del penado, de modo que, aun mediando la causa objetiva, podrá denegarse la libertad cuando no exista la razonable impresión de que el penado no delinquirá, circunstancia esta concurrente en la medida en que se está indicando, con soporte justificativo, la existencia de un pronóstico de reincidencia alto.

Señalado lo anterior no cabe sino concluir desestimando el recurso de apelación interpuesto dado que no concurren los requisitos previstos en

el artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, por tanto, no procede acceder a la libertad condicional que se solicita por razón de enfermedad o razones humanitarias, pues las dolencias del penado, como se desprende del informe médico y lo resuelto en las resoluciones recurridas, pueden ser tratadas en el centro penitenciario. Y junto con ello, como aprecia la Juez de Vigilancia Penitenciaria su situación no ofrece las debidas garantías, de modo que se mantienen los autos impugnados y se rechaza el recurso de apelación.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto a través de su representación procesal por E. contra el Auto de fecha 2-5-2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2-5-2017, que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 31-3-2017 del mismo Juzgado en el expediente nº 67/17 en él seguido y del que trae causa el presente rollo de apelación nº 323/17, debiendo confirmar y confirmando dichas resoluciones.

Se declaran de oficio las cosas causadas en esta apelación.

Notifíquese y cúmplase al verificarlo lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de Procedencia, interesando acuse de recibo.

Así, por este auto, lo acuerdan mandan y firman los/as Sres/as. arriba referenciados.

**20.- AUTO 402/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ
DE FECHA 14/09/17**

Desestimación de recurso: no satisfacción de la responsabilidad civil. Riesgo de reincidencia y no haber cumplido la 1/4 parte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria del JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 2 DE MADRID, CON SEDE EN MADRID, el día 24/4/17, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: “Que se desestima el recurso del interno A. del Centro Penitenciario de MADRID V (SOTO DEL REAL) contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 1/03/17 clasificándole en segundo grado de tratamiento, que se mantiene íntegramente”.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de igual Juzgado de fecha 13/6/17. Interpuso después recurso de apelación la representación del interno ya citado y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día de la fecha para la vista del recurso, donde asistieron las partes y expusieron sus alegaciones, quedando pendiente de resolución.

El Ponente expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid de 13 de junio de 2017 por el que se desestima el recurso interpuesto por el interno contra la resolución de clasificación de 31 de mayo adoptada por la Junta de Tratamiento por la que se acuerda la clasificación inicial en segundo grado y ello al estimar que el penado está en condiciones de llevar un régimen de vida en semilibertad.

Se insiste en las razones anteriormente aducidas en el recurso de reforma, y así alega que la responsabilidad civil resultó casada en sentencia del Tribunal Supremo al dejar sin efecto la impuesta en su día en la sentencia

de primera instancia con lo que no se puede condicionar la progresión de grado al cumplimiento de las responsabilidades civiles, estimando improcedente la valoración del cumplimiento de la responsabilidad contable establecida por el Tribunal de Cuentas.

Consecuencia de ello sería según el recurrente que al no existir responsabilidad civil no puede valorarse dicha circunstancia como impeditiva de un tratamiento individualizado resultando la resolución dictada en definitiva arbitraria.

Añade que la propuesta de grado formulada por el centro penitenciario establece todos los pronunciamientos favorables salvo una serie de circunstancias o factores que en absoluto tienen repercusión para la no concesión del tercer grado que se solicita.

Así se alega que no se precisa haber cumplido la cuarta parte de la condena, ya que los hechos objeto de la condena se remontan al periodo 1998 a 2001, anterior en consecuencia a la Ley Orgánica 7/2003.

Se añade que el penado ha pasado 260 días preso en cárceles mexicanas con la consiguiente penosidad y castigo adicional, que ha asumido la responsabilidad delictiva aunque haya aclarado a la psicóloga que no hay responsabilidades civiles declaradas, que no existe riesgo de reincidencia, dado que ha sido inhabilitado en sentencia para cargo público y destacando que el resto de factores valorados por el equipo son favorables.

SEGUNDO.- El recurso no puede prosperar y la resolución de instancia debe ser confirmada por sus propios y aceptados fundamentos. Los factores valorados por el equipo del centro penitenciario como desfavorables para la clasificación del interno en tercer grado resultan acertados y en tales circunstancias no debe procederse a la clasificación del interno en tercer grado.

No es cierto que los hechos delictivos por los que el penado ha sido condenado no den lugar a responsabilidades civiles, evidentemente que de los mismos se han derivado responsabilidades de esta naturaleza así como resulta palmario que el penado no está dispuesto a asumir.

La sentencia de casación en su último fundamento in fine expresa, “debemos eliminar del fallo la condena al abono de la cantidad de 235.513 € señalada como responsabilidad civil, debiendo estarse a lo establecido por el Tribunal de Cuentas en la determinación de la responsabilidad contable”.

No es consiguientemente que no se hayan derivado responsabilidades civiles de los hechos por los que ha sido condenado, es que en cuanto a estas, habrá que estarse a las declaradas como responsabilidad contable por el Tribunal de Cuentas y ello se hace como bien expresa la sentencia en su fundamento 49 a fin de “respetar la cuantificación de los daños realizada por el Tribunal de Cuentas”. No consta que el penado las haya asumido, ni haya realizado esfuerzo alguno en orden a su efectiva satisfacción.

Se alude así mismo a la irretroactividad de la Ley de 2003 y la imposibilidad de aplicación a hechos anteriores en el tiempo y aun siendo ello cierto, no lo es menos que lo que no puede es sustraerse de la valoración del tribunal el tiempo de pena ya cumplido en relación con el total de la condena a cumplir siendo evidente que no alcanzando siquiera la cuarta parte, ha de extremarse el rigor en la valoración de los demás parámetros a considerar.

Basta pues considerar las anteriores circunstancias junto con el riesgo apreciado de reincidencia, el cual no se disipa por efecto de la inhabilitación para cargo público o la imposibilidad de obtener subvenciones, pues no resulta desdeñable la experiencia del penado en el mundo mercantil y la posibilidad de alcanzar los mismos objetivos a través de sociedades interpuestas o mediante testaferros, para concluir en el sentido anticipado debiendo por ello el recurso, como se anunció, ser desestimado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación general.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado Anselmo contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Madrid de 13 de junio de 2017 por el que se desestima el recurso de reforma contra el de 24 de abril de 2017 interpuesto por el interno contra la resolución de clasificación de 1 de marzo de 2017 adoptada por la Junta de Tratamiento por la que se acuerda su clasificación inicial en segundo grado.

21.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 DE MADRID DE FECHA 23/11/17

Desestimación recurso de apelación por ínfima satisfacción de la responsabilidad civil y pronóstico de comportamiento futuro en libertad.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- La defensa del interno C.J.O.R., interpuso recurso de apelación contra el auto de 20 de octubre de 2017 desestimatorio del recurso de reforma planteado frente al auto de 5 de septiembre de 2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, que rechazó la queja formulada contra la resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 20 de junio de 2017, por el que se mantenía al interno en el segundo grado penitenciario. Del recurso se ha dado traslado al Ministerio fiscal, que ha informado en el sentido de solicitar la confirmación de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Competencia. Es competente este Juzgado para resolver el presente recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (redacción de la Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo).

Régimen legal. El artículo 106.2 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece que “la progresión de 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 grado de libertad.” Según dispone el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario, “la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.”

Rechazo de progresión. Los motivos utilizados por la Administración Penitenciaria para rechazar la progresión del interno al tercer grado, ratificados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, están debidamente fundados, son ajustados a Derecho y no quedan desvirtuados por el recurrente.

El interno se encuentra ingresado en el centro penitenciario Madrid VI (Aranjuez), cumpliendo una condena de 2 años y 120 días de prisión. Al tiempo de la clasificación que aquí se revisa (20 de junio de 2017) no había cumplido aún 3/4 partes de la condena (15 de octubre de 2017). La pena quedará extinguida el 16 de mayo de 2018.

Según se desprende del informe de la Junta de Tratamiento, el interno presenta factores de inadaptación relevantes, entre los cuales merecen destacarse la reincidencia delictiva y la falta de satisfacción de la responsabilidad civil. Es fundamental que el pronóstico de reincidencia se valora como medio alto, según el servicio técnico del centro.

Es cierto que el comportamiento del interno en prisión es correcto y que ha asumido adecuadamente la normativa del centro penitenciario, así como que cuenta con apoyo familiar. Asimismo, se desprende del informe técnico que ha participado en actividades complementarias con evaluaciones destacada y excelente, así como que no constan expedientes disciplinarios o sanciones, pero sí, en cambio, recompensas y notas meritorias, estos factores de adaptación se contemplan por la Junta de Tratamiento; en este sentido, se discrepa del recurrente cuando alega que no se han valorado los factores positivos: cuestión distinta es que la valoración penitenciaria y la del Juzgado no coincidan con la suya.

Estas circunstancias son muy positivas y dignas de tomar en consideración, sin duda, pero no tienen peso suficiente para prevalecer frente a los criterios definitorios del riesgo de reiteración delictiva que aquí concurren, porque se recuerda que lo que se está analizando es la conveniencia de la reincorporación a la sociedad. La ausencia de conflictividad en prisión y la participación en actividades constituye un presupuesto necesario para el tercer grado, en la medida en que es exigible a todo interno un buen comportamiento, pero es exagerado valorarla como una cualidad tan extraordinaria que llegue al punto de convertirse en el factor decisivo y único para la progresión. Cuando se razona sobre clasificación, no es realista obviar o dejar de lado la conducta en libertad que motiva la imposición de la pena

y enfatizar la conducta en prisión, como se hace en el recurso, porque el objetivo es, precisamente, pronosticar la futura vida del penado en libertad.

Se magnifica por el recurrente la satisfacción parcial de la responsabilidad civil. El importe de la indemnización asciende a la importante suma de 10.542.29 euros y el interno está abonando 30 euros en algunos de los meses. Actualmente ha satisfecho 220 euros y comenzó a realizar esos ingresos ínfimos e irregulares el 30 de septiembre de 2016, nueve meses después del ingreso en prisión y más de un año después de la firmeza de la condena. A ese ritmo de pago, la indemnización no quedaría satisfecha hasta pasados 87 años: lo de menos es el quebranto económico, porque lo más preocupante es el agravio que esa demora representa para la víctima. Ese insignificante y tardío pago parcial, ni siquiera periódico, está muy lejos de poder asimilarse a una voluntad real y decidida de reparar el considerable daño causado y más todavía a un esfuerzo reparador, incluso con independencia de su situación económica.

En materia de clasificación del interno, más relevante aún que examinar la conducta en prisión es pronosticar el comportamiento futuro en régimen de semilibertad: y para esta operación cobra importancia, entre otros factores, la conducta en libertad que motivó el ingreso en prisión, por esta y por otras ejecutorias. Debe tenerse presente que el interno cumple condena por delitos de apropiación indebida y simulación de delito cometidos en 2012. En 2003 cometió un delito de estafa y en 2004 un delito de apropiación indebida (condenas de 2006 y 2009). Dos años después de cometer los delitos objeto de la presente ejecutoria, el 5 de diciembre de 2014, cometió otra apropiación indebida (condena de febrero de 2017). La preparación para la reinserción social comienza en el establecimiento penitenciario mediante la sumisión a tratamiento. Cuanto más grave y/o reiterada es la conducta delictiva, más compleja suele ser la tarea que afrontan los especialistas y, por tanto, más tiempo requiere.

En suma, se estima que el planteamiento del tercer grado es demasiado prematuro si se conjugan el actual estadio de cumplimiento de la condena y la trayectoria delictiva del penado marcada por la reiteración en delitos de apropiación indebida (entre otros): factores éstos más que suficientes para descartar la capacidad del sr. Oliva para llevar un régimen de vida en semilibertad con una razonable garantía de no volver a delinquir. Por el momento, lo prioritario es avanzar y profundizar en el trabajo de los técnicos. En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

PARTE DISPOSITIVA

Con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la defensa del interno C.J.O.R., se confirma el auto de 20 de octubre de 2017 desestimatorio del recurso de reforma planteado frente al auto de 5 de septiembre de 2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid.

22.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 31/07/17

Estimación parcial del recurso. Se aplica el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario en atención a la edad y estado de salud del interno y con la exigencia de realizar actividades de voluntariado.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno C.M., del Centro Penitenciario de A Lama, formulando recurso contra el Acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, por el que se le clasifica inicialmente en segundo grado de tratamiento.

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

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de oponerse a la concesión del tercer grado de tratamiento penitenciario, no obstante “nada opone a la concesión del régimen contemplado en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario , siempre y cuando el programa específico de tratamiento consista en labores de asistencia a personas desfavorecidas.”

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación, con arreglo a la legislación vigente (artículo 25 de la Constitución Española y artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Las penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados (artículo 72.1 de la ley), sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (artículo 72.4).

Debe tenerse en cuenta al respecto, el contenido de los artículos 62, 63 y 65 de la Ley General Penitenciaria, que en concordancia con el artículo 106 del Reglamento Penitenciario, supone que la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno, entraña un incremento de la confianza depositada en él, hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad; pero tal precepto debe ser integrado con el 102 del mismo Reglamento que regula los criterios generales de clasificación de los internos, que no son otros que su personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Porque, en definitiva, la progresión a tercer grado no es sino la relación de los mecanismos normales de control de la marcha del interno en el régimen ordinario o segundo grado, concediéndole un más amplio espacio de libertad, lo que obviamente no debe hacerse si no es con una cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena.

SEGUNDO.- El artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario sienta el principio de flexibilización en el modelo de ejecución al establecer:

“No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre

y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no puede ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.”

Debe recordarse que esta forma de ejecución de la pena privativa de libertad no supone un nuevo grado diferente a los previstos legalmente, y que requiere la elaboración de un plan de ejecución específico que ha de ser aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

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

Se trata de un interno condenado en la causa 105/2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a dos años de prisión por un delito apropiación indebida.

Las fechas de cumplimiento son: 1/4: 16/07/2017; 1/2: 15/01/2018; 2/3: 16/05/2018; 3/4: 16/07/2018 y 4/4: 15/01/2019.

Los factores de adaptación con los que cuenta el interno, son: primariedad delictiva, inicio tardío de la actividad delictiva, largo periodo en libertad provisional sin que consten nuevos delitos, primer ingreso en prisión, buena conducta penitenciaria, asunción correcta de la normativa institucional, bajo nivel de prisionización, cuenta con apoyo familiar, adecuado nivel formativo/educativo y ausencia de adicciones.

También deben hacerse constar los elementos negativos o de inadaptación: tipo de delito cometido, especial gravedad de los hechos, alarma social provocada por los mismos, no cumplimiento de la mitad de la condena, falta de percepción del daño causado y no satisfacción de la responsabilidad civil. Sobre éstos debe hacerse una especial valoración:

1. En cuanto al tipo de delito y la especial gravedad de los hechos, lo cual ha generado alarma social, cabe reproducir el argumento dado por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 12 de julio de 2017:

“Que para valorar la conveniencia de conceder en este momento el tercer grado penitenciario, habrá que tener en cuenta otros fines de la pena y de especial mención por su transcendencia en este caso, como el

aflictivo y de prevención, los cuales no se verían satisfechos en este momento con la concesión del tercer grado penitenciario. El mensaje que se transmitiría a la sociedad, aún alarmada muy seriamente por la gravedad del comportamiento delictivo, provocaría inquietud y sobresalto ante el escaso castigo por los hechos delictivos, insisto especialmente graves. En resumen:

- El condenado con su conducta ha contribuido a la quiebra de las cajas gallegas que han tenido que ser rescatadas a través del FROB. Todos los ciudadanos a día de hoy estamos pagando la factura.

- En el peor momento y sabiendo que los nuevos gestores no iban a renovar a los altos cargos ya condenados de Novacaixagalicia, decidió colaborar con ellos y abusando de sus funciones favoreció la redacción y extinción de los contratos de alta dirección y en consecuencia el cobro de indemnizaciones millonarias. El condenado fue quien mediante una compleja y fraudulenta puesta en escena ocultó al máximo órgano rector de la Caja, tanto los nuevos contratos como su liquidación. El Consejo de Administración se enteró por la prensa de los importes ya percibidos por los altos directivos.

En opinión del Ministerio Fiscal aquí no basta con pagar y con haber pasado escasos seis meses de prisión, para conseguir el tercer grado penitenciario.

En nuestro supuesto, la ejecución de la pena debe ser ejemplar, en la línea que ya marcó el Tribunal Supremo, que calificó de desproporcionada por su levedad la pena impuesta a los condenados.”

Sin embargo no debe obviarse que desde la perspectiva penitenciaria el título ejecutivo es la sentencia que impone una condena a dos años de privación de libertad por apropiación indebida y partiendo de esta realidad procede a la ejecución penal y penitenciaria.

2. No cumplimiento de la mitad de la condena. Este requisito es inexigible legalmente, toda vez que el interno no resulta condenado como integrante de una organización criminal y la pena es muy inferior a los cinco años de privación de libertad, cuantía a partir de la cual debe cumplir el periodo de seguridad.

3. No satisfacción de la responsabilidad civil. El interno resulta condenado como responsable civil solidario y en tal sentido debe valorarse

que en atención a la información remitida a este Juzgado por el Servicio Común de Ejecutorias (Sección Tercera) de fecha 23 de junio de 2017 se señala que:

“El importe total consignado en la cuenta de consignaciones de este Servicio Común a cuenta de la responsabilidad civil fijada en sentencia (10.445.586,31 euros) asciende a un total de 9.739.046,45 euros, cuyo desglose se reseña en el cuadro siguiente, quedando pendiente de abono la cantidad diferencial de 706.539,86 euros:

R.:

- 1.218.136,53 euros: Ingreso/consignación en cuenta judicial;
- 600.000,00 euros: Precio de venta de una finca a cuenta de la responsabilidad civil.

- 40.752,00 euros: Ingreso/consignación en cuenta judicial.

1.050.000,00 euros: Cantidad imputada al pago de la responsabilidad civil de R. procedente de activos de C.M.

- 200.920,92 euros: Cantidad imputada al pago de la responsabilidad civil de R., correspondiente a un ingreso de G.

- 147.000,00 euros: Cantidad imputada al pago de la responsabilidad civil de R., correspondiendo a un ingreso de G. Resultando un SUBTOTAL de 3.256.809,45 euros.

L.:

- 1.925.222,90 euros: Ingreso/consignación en cuenta judicial.

- 1.063.252,84 euros: Ingreso/consignación en cuenta judicial.

- 1.503.761,26 euros: ingreso/consignación en cuenta judicial.

- 1.450.000,00 euros: Cantidad imputada al pago de la responsabilidad civil de L., procedentes de activos de C.M., conforme a lo acordado en Diligencia de 5 y 19 de mayo de 2017.

- 540.000,00 euros: Precio de venta de cuatro fincas de titularidad del penado. Resultando un SUBTOTAL de 6.482.237,00 euros.

Siendo el TOTAL de 9.739.046,45 euros.

Que respecto de la cantidad pendiente de abono: “consta en las actuaciones medidas cautelares aseguratorias contra otros bienes del patrimonio que al día de la fecha no han sido objeto de ejecución en vía de apremio:

De R., al que se le han embargado cinco fincas cuyas tasaciones periciales realizadas a fecha 25/11/15 ascienden al montante total de 427.296,88 euros (Finca nº NÚM 000, tasada en 73.196,62 euros; Finca nº NÚM 001 tasada en 180.287,25 euros, ambas inscritas en el Registro de la Propiedad de Portugalete; Finca nº NÚM 002 tasada en 124.178,25 euros; Finca nº NÚM 003 tasada en 39.200 euros ambas inscritas en el Registro de la Propiedad de Vigo nº 1 y finca nº NÚM 004 tasada en 10.434,76 inscrita en el Registro de la Propiedad de Vigo nº 1).

De C.M.: al que se le han embargado activos del Popular Banca Privada, cuyo valor a fecha actual está pendiente de determinarse por haberse efectuado diversas operaciones previas sobre los mismos; así como las fincas nº NÚM 005 y Finca nº NÚM 006 del Registro de la Propiedad de Vigo nº 5 y Fincas nº NÚM 007 y NÚM 008 del Registro de la Propiedad de Vigo Nº 3, cuyas tasaciones periciales no constan practicadas.

En cuanto a la multa impuesta en sentencia C.M. ha abonado la misma en la cuantía de 70.000 euros.

Por tanto puede concluirse que la responsabilidad civil está abonada. Pero incluso cabe hacer una valoración positiva en atención al contenido del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria al exigir para la clasificación o progresión a Tercer Grado de Tratamiento el 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 y en tal sentido el Sr. C.M. no ha puesto obstáculo alguno en cubrir dicha responsabilidad, más bien lo contrario, su conducta en todo momento y especialmente durante la ejecutoria ha estado dirigido a facilitar que se hiciera efectivo el pago de dicha responsabilidad.

Debe valorarse que al tiempo de realizar la clasificación que ahora se recurre no constaba en el Centro Penitenciario la información sobre el estado de responsabilidades civiles tal como se refleja el informe de 23 de junio de 2017 del Servicio Común de Ejecutorias.

4. Se señala como factor de inadaptación la falta de percepción del daño causado por el delito, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el interno elabora voluntariamente un escrito con fecha 19/04/2017 cuyo contenido se transcribe:

“1. En todo momento, y así lo he manifestado en las diversas entrevistas con los técnicos, he asumido y asumo, el delito por el que se me ha condenado y sus consecuencias, con absoluto respeto y acatamiento a lo acordado en la sentencia, comprendiendo el alcance de mi reprochable conducta.

2. Reitero una vez más, mi entendimiento de los hechos, su asunción y arrepentimiento. He de manifestar que me esfuerzo en cumplir las exigencias para una mejor convivencia, así como participar activamente en las actividades y programas de tratamiento que se me indican en el Centro.

3. Comprendiendo firmemente, y asumiendo la reparación de las consecuencias económicas del delito por el que fui condenado, en su día he puesto a disposición del Juzgado la totalidad de mis bienes para responder de las eventuales responsabilidades civiles tras la condena, y aun cuando no me he beneficiado del delito como recoge la sentencia, respetando ésta, y en la convicción de que el perjuicio económico ha de ser reparado íntegramente, y con la máxima facilidad para el perjudicado respetando lo que ordene el órgano judicial, gracias al apoyo de mi familia y de los profesionales que me asisten, se están realizando todos los trámites para que, a la mayor brevedad, y a costa de mi patrimonio, le sean abonadas al perjudicado la totalidad de la responsabilidad civil, a pesar de que soy responsable civil solidario en el pago de las sumas de dinero que han de restituir los otros condenados.”

A su vez en el acto de audiencia girado por este Juzgado al Centro Penitenciario de A Lama el nueve de mayo de 2017 en las visitas que el presente Juzgador viene realizando a los internos de su competencia dentro del territorio nacional, se recibió al recurrente y en la entrevista mantenida con él, ratifica que “pone todas sus posesiones a disposición de la Audiencia Nacional para cubrir la responsabilidad civil”.

Por otra parte el interno se ha ofrecido voluntariamente a colaborar en la Fundación Asociación Érguete Integración para realizar una labor asistencial en la misma.

La Fundación Asociación Érguete Integración cuyo buen hacer y seriedad es de sobra conocido por el presente juzgador al haber colaborado en ayuda de los internos en muchas ocasiones, y especialmente en los durísimos años noventa, en los que estuvo tan presente la droga y el sida que afectó a gran cantidad de personas y en concreto a muchos internos a los que la Asociación tendió la mano, ratifica la actividad a realizar por el penado siempre de forma altruista sin contraprestación económica alguna y que consistirá en líneas generales, en el desempeño de actividades con personas en situación de exclusión social, así como en la ayuda en la gestión de actividades relativas a la contabilidad de la asociación.

Con esta actividad el interno, junto con el pago de la responsabilidad civil, podrá dar cumplimiento a la finalidad restaurativa de la pena tan importante en el ámbito del tratamiento penitenciario, pues a través de las labores de asistencia a personas desfavorecidas podrá, en cierta medida, resarcir a la sociedad del daño causado con su acción delictiva, así como, al tratarse de una persona con amplios conocimientos financieros podrá mediante la colaboración con Érguete (estudiando y preparando documentación para la posible obtención de subvenciones, así como ayudando en el ámbito contable) devolver a la sociedad la confianza rota por el daño causado.

Desde la perspectiva penitenciaria no debe obviarse que el interno ha cumplido la cuarta parte de la condena el 16 de julio de 2017 y que tratándose de una condena inferior a tres años cabría aplicar el artículo 90.3 del Código Penal tras la reforma de Ley Orgánica 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo en lo relativo al adelantamiento de la Libertad Condicional a la mitad de la condena, sin perjuicio del contenido del artículo 36.3 del Código Penal que permite acceder a los septuagenarios a Tercer Grado por motivos humanitarios, valorando su especial peligrosidad. El interno ha cumplido 85 años de edad.

Debe destacarse que el penado, según informe del Ministerio Fiscal, tiene actualmente causas pendientes en tramitación (DPA N° 130/2010 del Juzgado Central de Instrucción n° 5 y DPA n° 112/2015 del Juzgado Central de Instrucción n° 3), respecto a las cuales debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, como señala, entre otros, el Auto de 11 de noviembre de 2016 de la Sección Primera de la Audiencia Nacional al conocer del Recurso de Apelación interpuesto por un interno con una causa pendiente: “la pendencia de una causa no puede, al no tratarse por ahora de

una condena constituirse en motivo suficiente para denegar la progresión de grado...”

También debe valorarse que cuando se resuelvan dichas causas el interno ya habrá probablemente extinguido la presente condena, por lo que tener en cuenta por sí sola esta circunstancia como causa de denegación de la progresión pretendida supondría efectuar una suerte de “pena anticipada”, extremo en absoluto respetuoso con el principio anteriormente referido.

De todo lo expuesto cabe concluir una serie de factores positivos de especial relevancia a los que debe unirse la avanzada edad del interno (85 años) y su delicado estado de salud, extremos a tener en cuenta en la aplicación de la modalidad del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario que debe estar presidido por el principio humanitario del Derecho Penal.

En tal sentido debe accederse, en conformidad con el Ministerio Fiscal a la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario con la exigencia de que el interno realice las actividades de voluntariado a las que se ha comprometido y en atención a su edad y estado de salud con aplicación del artículo 86.4 Reglamento Penitenciario dejando en manos de la Administración Penitenciaria, en atención a las circunstancias del interno, la decisión sobre el mecanismo de control que estime suficiente en aplicación de dicho precepto.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima parcialmente el recurso del interno C.M., del Centro Penitenciario A Lama, contra el acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 31/03/2017, manteniéndole en segundo grado de tratamiento penitenciario, con aplicación del principio de flexibilidad del artículo 100.2 Reglamento Penitenciario en concordancia con el artículo 86.4 Reglamento Penitenciario según lo establecido en el razonamiento jurídico de este Auto.

El presente Auto es Ejecutivo conforme a la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica 6/1985, modificada por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, al ser la pena impuesta inferior a 5 años.

23.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 08/11/17

Se estima parcialmente el recurso. Aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario a interno condenado por integración en organización terrorista, una vez desvinculado de la misma.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno T. del Centro Penitenciario de Nanclares de Oca formulando recurso contra el Acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 17.1.17, por el que se le mantiene en segundo grado de tratamiento.

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

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de estimar parcialmente el recurso del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación, con arreglo a la legislación vigente (artículo 25 de la Constitución Española y artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Las penas han de ejecutarse según un sistema de individualización científica, separado en grados (artículo 72.1 de la ley), sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (artículo 72.4).

Debe tenerse en cuenta al respecto el contenido de los artículos 62, 63 y 65 de la Ley General Penitenciaria, que en concordancia con el art. 106 del Reglamento Penitenciario supone que 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 responsabilida-

des más importantes que impliquen un mayor margen de libertad; pero tal precepto debe ser integrado con el 102 del mismo Reglamento que regula los criterios generales de clasificación de los internos, que no son otros que su personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recuso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Porque, en definitiva, la progresión a tercer grado no es sino la relación de los mecanismos normales de control de la marcha del interno en el régimen ordinario o segundo grado, concediéndole un más amplio espacio de libertad, lo que obviamente no debe hacerse si no es con una cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos como al quebrantamiento de la condena.

SEGUNDO.- El artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario sienta el principio de flexibilización en el modelo de ejecución al establecer:

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

Debe recordarse que esta forma de ejecución de la pena privativa de libertad no supone un nuevo grado diferente a los previstos legalmente, y que requiere la elaboración de un plan de ejecución específico que ha de ser aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

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

Interno condenado por el Juzgado Penal de Madrid 28 en la causa 4 1203/10 por un delito de atentado contra la autoridad a 1 año y 45 días y por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la causa Ejecutoria 8/08 a 30 años por acumulación de las siguientes

causas: Ejecutoria 8/08 por asesinato (272 años) Banda Armada, estragos e incendios (18 años); Ejecutoria 1/03 por asesinato (22 años), asesinato (15 años) estragos (15 años), asesinato (15 años) tenencia de explosivos (7 años) y robo y hurto de vehículo (3 años); Rollo 34/01 por asesinato (20 años) asesinato (20 años) y estragos (15 años); Ejecutoria 58/06 por asesinato (30 años) Banda armada, estragos e incendios (15 años) y tenencia de armas sin licencia (2 años); Ejecutoria 51/03 por organización terrorista (10 años) Banda Armada, depósito de armas y municiones (10 años y 10 años) tenencia de explosivos (10 años) y falsificación de documento público (3 años); Ejecutoria 98/02 por estragos (18 años), asesinato (10 años) y asesinato (10 años); Ejecutoria 58/14 por homicidio (30 años); Ejecutoria 11/04 por asesinato (30 años), tenencia de armas sin licencia (3 años) robo y hurto de vehículo (3 años) falsificación de documento público (3 años), falsificación de documento público (3 años); Ejecutoria 23/05 por injurias y amenazas (14 años) detención ilegal (10 años) robo y hurto de vehículo (3 años 6 meses y 1 día); Ejecutoria 44/03 por asesinato (15 años) y robo y hurto de vehículo (3 años 6 meses y 1 día); Ejecutoria 14/06 por estragos (17 años y 6 meses); Ejecutoria 37/02 por estragos (17 años y 6 meses); 4 34/05 por estragos (15 años); Ejecutoria 13/05 por organización terrorista (15 años); Ejecutoria 45/03 por detención ilegal (5 años), robo (5 años) y hurto (48 días); Rollo 9/02 Banda Armada, depósito de armas y municiones (8 años); y Ejecutoria 103/03 daños a medios (3 años y 10 meses).

Las fechas de cumplimiento de la condena son las siguientes: 1/4: 31.05.09; 1/2: 20.3.17; 2/3: 16.5.22; 3/4: 18.12.24 y 4/4: 27.9.32

Los factores de adaptación son los siguientes: cancelación de sanciones, buen uso de los permisos de salida y se encuentra abonando la responsabilidad imputada.

Siendo el pronóstico de reincidencia medio bajo.

En cuanto a las circunstancias penitenciarias del interno debe valorarse que desde su ingreso en el Centro ha tenido buen comportamiento. Tiene sanciones canceladas, la última una sanción muy grave, cancelada el 22.8.09 por participar en plantes colectivos. No ha vuelto a verse inmerso en más expedientes disciplinarios. Su adaptación a las normas del centro es correcta, acata y acepta la normativa de régimen interior y trata de pasar desapercibido; no es para nada un interno conflictivo.

Participa en actividades organizadas por el centro, está incluido en el programa de módulos de respeto donde colabora en la buena marcha del programa, realiza trabajo productivo como administrativo en los talleres del centro y trabajos de panadero/repostero y el curso de informática. Además monitoriza cursos de yoga para compañeros de forma desinteresada.

Las relaciones con los profesionales del Centro es correcta, con sus compañeros se relaciona de manera adecuada y colabora con ellos en lo que puede, aunque con los que tiene mayor relación es con sus compañeros que pertenecieron a la banda terrorista. No es un interno para nada conflictivo sino más bien conciliador y tendente a mediar en las disputas, pasa la mayor parte del tiempo ocupado al objeto de evitar la ociosidad. Es consciente de su situación, no demanda atención por parte del educador.

Ha disfrutado desde febrero de 2014 de múltiples permisos de salida concedidos en queja por el Juzgado Central de Vigilancia. A partir del 18.1.16 la Junta de Tratamiento acuerda proponer la concesión de permisos ordinarios de salida, respetando desde el principio las condiciones impuestas, sin constar incidencias en los mismos hasta el día de la fecha.

Su evolución en el programa del módulo de respeto es positiva, su conducta es buena y es un interno que colabora en las actividades que se le proponen.

Se constata tanto de los informes de los profesionales del Centro como de su actitud que el interno ha renunciado de forma explícita y formal a la organización terrorista ETA que se comprueba en un plano subjetivo con un sincero arrepentimiento de los hechos delictivos y una plena asunción del daño y sufrimiento causado a las víctimas. Factores que se aprecian en muy alto grado. En tal sentido debe tenerse en cuenta lo escrito por el interno en fecha 29 de marzo de 2010 “Quiero en esta instancia pedir perdón a las víctimas de los atentados en los que participe y por extensión a todas las víctimas del terrorismo así como a los familiares de las mismas, quería expresar mi arrepentimiento y decirles que lamento haber llevado la tragedia a sus vidas y haberles llevado a ellos a una amargura irreparable, les pido honradamente perdón por todo ello.”

Por todo lo expuesto es de justicia acceder a la modalidad del artículo 100.2 Reglamento Penitenciario debiendo concretarse la modalidad de flexibilización en tercer grado a la espera de constatar oferta laboral o actividad en el exterior.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima parcialmente el recurso del interno T. del Centro penitenciario Nanclares de Oca contra el acuerdo de la D.G.I.P. de fecha 17.1.17 manteniéndole en segundo grado de tratamiento artículo 100.2 Reglamento Penitenciario en aplicación del artículo 82 Reglamento Penitenciario, sin perjuicio de que pueda modificarse dicha modalidad de grado en atención a lo expuesto en el razonamiento jurídico de este Auto.

24.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 5 DE FECHA 08/06/17

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra progresión a 3º grado por no cumplir el requisito del pago de la responsabilidad civil.

HECHOS

Se ha recibido en este Juzgado documentación relativa al interno E.M.P.P. del Centro Penitenciario de Madrid VII Estremera, en la que el Ministerio Fiscal interpone recurso contra el Acuerdo del Centro Directivo de fecha 05.04.2017, por el que se progresa al interno a tercer grado de tratamiento.

Se dio traslado del recurso del Ministerio Fiscal al interno para que formulara alegaciones en el plazo de dos días.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La clasificación penitenciaria tiene su base en la evolución en el tratamiento del interno, procediendo la progresión de grado cuando se advierte una evolución positiva en aquellos sectores o rasgos de la personalidad di-

rectamente relacionados con la actividad delictiva que lleven a acrecentar la confianza que se tiene en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, para lo cual es preciso tener en cuenta la conducta global del interno (artículo 65.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.2 del reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero), procediendo la clasificación en tercer grado de aquellos internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, estableciendo el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en la redacción dada al mismo por Ley Orgánica 7/2003, que la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición, y que singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

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

El recurso del Ministerio Fiscal se articula exclusivamente en el impago de la responsabilidad civil y en el nulo esfuerzo reparador efectuado por el interno.

En cuanto al requisito referente al pago de la responsabilidad civil, al que hace referencia el Fiscal para fundamentar su oposición al tercer grado del interno, requisito que es exigible igualmente para la obtención de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional (artículos. 90 y ss. del Código Penal), hay que señalar que tal y como está redactado en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, el problema que suscita tal previsión normativa es si el requisito relativo al cumplimiento de la responsabilidad civil se formula de manera absoluta de forma que impida ponderar los factores concurrentes, o, por el contrario, si debe ser valorado en atención a las circunstancias patrimoniales y otras del penado. Si se acoge la primera posibilidad debe concluirse que, en todo caso, el penado no puede acceder al beneficio si no ha pagado su deuda; si se acoge la segunda tesis, deberá valorarse ese incumplimiento en relación con la actitud mostrada por el interno con tal obligación, y, en suma, como un factor más en orden a considerar la subsistencia de un pronóstico favorable de reinserción, sin que lo excluya necesariamente.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria matiza la exigencia del requisito referente al pago de la responsabilidad civil al establecer que: “la clasificación o progresión al tercer grado requerirá que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito” pero añade que a tal efecto se debe considerar “la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar su satisfacción futura, la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.”

Es decir, es la propia ley la que, pese a la tajante redacción del primer inciso del apartado 1o del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, establece modulaciones y matizaciones a una rigurosa aplicación del precepto, dando a entender que es posible acceder al tercer grado y a la libertad condicional aun 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, la problemática de que una aplicación rigurosa del precepto parece obviamente contraria al principio de igualdad en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad dado que puede suponer una sanción a los internos por el hecho de no disponer de medios para el abono de dichas responsabilidades, además de suponer una “prisión por deudas” proscrita en nuestro ordenamiento jurídico por tratados internacionales suscritos por España, de obligado cumplimiento según el Art. 10 de la Constitución Española de 1978, por lo que han de estudiarse singularmente las circunstancias que concurren en cada caso.

Así en relación con la valoración del requisito expresado, en el artículo 80 del Código Penal en orden al pago de las responsabilidades civiles en relación con la concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas de corta duración, el legislador ha hecho referencia a que se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica.

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

En consecuencia, es obligado considerar no sólo el pago de la deuda civil, sino también las circunstancias concurrentes relativas a la situación y conducta del penado y la naturaleza del hecho, para ponderar si el referido incumplimiento excluye la posibilidad de acceso al tercer grado penitenciario. En este sentido autos de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 509/2004, de 27 de febrero y de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de Julio de 2004, así como la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 2/2005, aclarada por la 3/2005.

En atención a las anteriores consideraciones una de las exigencias que la Administración Penitenciaria debe hacer con los internos privados de libertad sujetos al pago de responsabilidades civiles es intervenir sobre los mecanismos de defensa, la asunción del delito y la empatía hacia la víctima.

Los internos, en ocasiones, minimizan e incluso niegan los hechos cometidos. Al utilizar estos mecanismos erróneos de pensamiento los internos no reconocen sus problemas y mucho menos que, con su comportamiento, han causado daño a otras personas.

Dicha intervención no puede quedarse en la asunción verbal de la actividad delictiva y el reconocimiento del daño desde un punto de vista meramente cognitivo.

Es precisamente la comprensión de los sentimientos de los otros -de las víctimas-, lo que facilitará el aprendizaje de la responsabilidad de sus actos y las consecuencias que para aquellas tuvieron sus conductas, es decir, cambiar el estilo atribucional y el lugar de control del interno. Pues bien, es precisamente el pago de la responsabilidad civil, un indicador objetivo para valorar que esos cambios pretendidos se han producido.

Pues bien, en el presente supuesto el interno que cumple condena de 5 años y 2 meses por delitos de violencia habitual relacionados con la violencia de género, no ha realizado ningún esfuerzo para atender el pago de la responsabilidad civil pese a que dispone de cierta cantidad de dinero en su peculio (370,82 euros el día 04/01/2017), y aunque consta un compromiso de pago fechado el día 29 de marzo de 2017, de 20 euros al mes, no consta que haya hecho hasta el momento ningún pago, y, se considera notoriamente insuficiente, pues aun en el caso de que lo cumpliera a partir de ahora, y teniendo en cuenta que el importe de la responsabilidad civil es de 2000 euros, tardaría 8 años y 4 meses en el pago íntegro, eso sin tener en cuenta los intereses devengados, y además no consta que ese pago aplazado haya sido aprobado por el Tribunal Sentenciador.

En estas circunstancias no puede entenderse cumplido el requisito referente al pago de la responsabilidad civil, por lo que procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal, recuperando el interno la anterior clasificación.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal referente al interno E.M.P.P. Centro Penitenciario de Madrid VII Estremera contra el acuerdo del Centro Directivo de fecha 05-04-2017, progresándole a tercer grado de tratamiento, que queda sin efecto, recuperando la clasificación anterior a la progresión que se deja sin efecto.

CAPÍTULO IV

COMUNICACIONES

25.- AUTO 14/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 19/01/17

Se considera procedente la suspensión de las comunicaciones, rebajando el tiempo de la duración de la medida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2016 y por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León con sede en Salamanca, se dictó Auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

“S.^a ACUERDA: TOMAR CONOCIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES Y ESPECIALES (VIS A VIS FAMILIAR E INTIMO) Y RECEPCIÓN DE PAQUETES durante UN AÑO al interno L.M. con respecto a A. (padre), efectuada por la Dirección del Centro Penitenciario de Topas, ratificando dicha medida

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

SEGUNDO.- Contra dicho Auto se tiene por interpuesto RECURSO DE REFORMA Y SUBSIDIARIO DE APELACION por la legal representación de D. L.M. Mediante Providencia de fecha 13 de octubre de 2016, no se admite la reforma planteada, por haberse interpuesto fuera de plazo, tramitándose el recurso de apelación.

TERCERO.- Recibidas que fueron en esta Audiencia Provincial en fecha 24 de Noviembre 2016 mediante testimonio de las mismas diligencias,

se instruyó el presente Rollo n° 453/16 pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Don E.R.G.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El letrado de Don L.M., interno en el Centro Penitenciario de Topas, presenta recurso contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León, por el que se ratifica la suspensión de las comunicaciones orales y especiales (vis a vis familiar e íntimo) y recepción de paquetes durante un año al interno L.M. con respecto a A. (padre), efectuada por la dirección del Centro Penitenciario de Topas como consecuencia de que el día 19 de septiembre de 2016 cuando se procedía a pasar a los familiares que venían a comunicar por el arco detector de metales, la alarma de este sonó al pasar Don A., padre del interno referido, por lo que se pidió a este familiar que pasara a la sala contigua y se efectuó un cacheo con palpación, encontrándosele escondido en su ropa interior un teléfono móvil y su correspondiente cargador.

En el recurso se alega que no se puede imputar al Sr. L.M. ningún acto de deshonestidad e incumplimiento hacia las normas del centro penitenciario de Topas, dado que el no ha tenido nada que ver con estos hechos y que en relación a su padre dado que este se desplaza una gran cantidad de kilómetros para poder visitar a su hijo es una conducta muy habitual y común la de llevar siempre un teléfono móvil y un cargador pudiendo haber sido perfectamente comprensible un error, un olvido por su parte al haberse quedado olvidado el teléfono con su cargador en su ropa y no haberlo dejado en el exterior del Centro Penitenciario.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, remitiéndose a su escrito de fecha 23 de septiembre de 2016 en el que señala que se muestra conforme con la decisión de suspensión de la recepción de comunicaciones orales y especiales al interno, a la vista del informe del Centro Penitenciario.

SEGUNDO.- La legislación penitenciaria prevé una serie de restricciones, limitaciones o suspensiones de las comunicaciones con distintos objetivos y por distintas causas entre las que se encuentran que el Jefe de Servicios puede acordar la suspensión de las comunicaciones cuando existan indicios de que los comunicantes puedan estar preparando una ac-

tuación delictiva o gravemente perjudicial para el orden o la convivencia en el establecimiento o cuando los mismos no observen el comportamiento correcto (artículo 44 del Reglamento).

También es preciso recordar que para la adopción de este tipo de medidas la jurisprudencia viene exigiendo que las mismas resulten idóneas, necesarias y proporcionadas en relación con el fin perseguido (Sentencia del Tribunal Constitucional 128/97), así como acordarse de forma debidamente motivada (Sentencias del Tribunal Constitucional 106/01, 22.7.99 y 16.3.98).

En el presente supuesto, como ya ha quedado expuesto, el Director del Centro Penitenciario dictó un acuerdo de restricción de las comunicaciones orales y especiales (vis a vis familiar e íntimo) y recepción de paquetes durante un año al interno L.M. con respecto a A. (padre), después de interceptar antes de una comunicación vis a vis al padre del interno, con un teléfono móvil y un cargador oculto en su ropa interior, que se descubrió después de efectuar a A. un cacheo al sonar la alarma del detector de metales cuando el mismo pasaba por el arco de seguridad.

Expuesto lo anterior, esta Sala comparte la argumentación vertida en el auto recurrido, así como la decisión que contiene, por considerar las medidas adoptadas plenamente necesarias y proporcionadas en atención a la grave conducta observada por el padre del interno y con fundamento en motivos de seguridad y orden del centro, ya que dichas medidas afectan a las comunicaciones orales y especiales y a la recepción de paquetes, derechos implicados en la acción desplegada por A. y cuya acción puede perjudicar la convivencia y seguridad dentro del establecimiento penitenciario, no ajustándose su conducta a un comportamiento correcto.

Por otra parte la decisión se adoptó en acuerdo motivado, comunicado al Juzgado de Vigilancia; encuentra su origen en un motivo atendible de seguridad y buen orden del establecimiento (la conveniencia de garantizar la seguridad y buen orden del establecimiento); resulta necesaria, idónea y proporcionada para alcanzar la finalidad prevista; y, por último, se adopta con previa fijación de su duración máxima y delimitación de su ámbito objetivo y subjetivo (comunicaciones orales y especiales (vis a vis familiar e íntimo) y recepción de paquetes, pero solo con su padre que es la persona que ha provocado el incidente).

No se pueden atender los argumentos expuestos por el letrado en su recurso, en relación al interno Don Luis María, porque a pesar de que no está acreditado que el interno tuviera conocimiento de las intenciones de su padre, la restricción de comunicaciones se impone exclusivamente en relación a su padre, teniendo su origen como se ha expuesto en el comportamiento del mismo, no ampliándose dicha restricción a otros familiares. No debe entenderse dicha restricción como una sanción impuesta al interno por el comportamiento del mismo, sino como una consecuencia derivada de la acción desplegada por su padre lo que ha conllevado la restricción de las comunicaciones, como se ha expuesto, exclusivamente con el mismo.

Tampoco puede prosperar la argumentación del letrado relativa a Don Anselmo, cuando señala que dicho comportamiento pudo ser debido a un error del mismo y que no dejó en el exterior del centro penitenciario el teléfono y su cargador porque olvidó que los tenía. Se señala que no puede prosperar esta argumentación porque no solo se encontró en su poder el teléfono con su respectivo cargador sino que estos objetos se hallaban ocultos en su ropa interior, con lo cual no es posible entender que nos encontremos ante un mero olvido, cuando con carácter previo se han colocado dichos objetos en lugares tan poco frecuentes, lo que revela una clara intención de pasar al interior del centro objetos que no están permitidos.

Finalmente, en cuanto a la duración de la medida restrictiva, el establecimiento de un ámbito temporal predeterminado viene estrechamente ligado al requisito de la proporcionalidad de la misma, pues la adopción de una medida de estas características sin límite no es capaz de justificar su idoneidad para el fin perseguido (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/97). En este caso, la restricción de las comunicaciones y recepción de paquetes se ha acordado por tiempo de un año, duración que, atendida la naturaleza del hecho que las ha motivado, y el objeto que se ha querido introducir en el interior del Centro Penitenciario (un teléfono móvil y su cargador) se considera excesiva rebajándose la duración de la misma a ocho meses, tiempo que se considera ajustado y proporcionado a la gravedad de los hechos y que se considera suficiente para conseguir la finalidad prevista con la medida.

En atención a lo argumentado, es procedente desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida, excepto en el tiempo de duración de la medida que será de ocho meses, con declaración de oficio de las costas procesales derivadas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: SE ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el letrado en nombre y representación de Don L.M., contra el auto de fecha 28 de septiembre de 2016 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Castilla y León, en el sentido de reducir la medida impuesta de suspensión de las comunicaciones orales y especiales (vis a vis familiar e íntimo) y recepción de paquetes al interno L.M. con respecto a A. (padre) a ocho (8) meses de duración, con declaración de oficio de las costas procesales derivadas de esta alzada

26.- AUTO 161/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE FECHA 24/02/17

Limitación de las comunicaciones escritas de interno atendiendo a su posible relación con movimientos extremistas de origen islámico.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el referido expediente se dictó Auto el 15 de abril de 2016 cuya parte dispositiva dice: SE DESESTIMA la queja formulada por el interno C.J. contra el acuerdo de la dirección del Centro de 4 de noviembre de 2015 que acordaba la intervención de las comunicaciones.

Segundo.- Notificado en legal forma dicho Auto, se interpuso contra el mismo recurso de reforma por dicho interno, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, que fue desestimado por Auto de 22 de julio de 2016, contra el que a su vez y por la misma parte se interpuso recurso de apelación, al que se volvió a adherir el Ministerio Fiscal, remitiéndose luego el expediente a esta Audiencia, en donde se repartió el asunto a esta Sección 1ª donde se formó el correspondiente Rollo, señalándose finalmente para deliberación y votación el 23 de los corrientes.

Tercero.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución impugnada.

Primero.- Discrepa el recurrente de la decisión de instancia que considera ajustado a la legalidad el Acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario que acuerda la limitación a dos semanales las cartas o telegramas que dicho interno pudiera mandar restricción por tiempo de seis meses, excluyendo las orales con su abogado o procurador y las escritas con estos profesionales siempre que exista constancia escrita de que efectivamente son sus profesionales y conste su dirección.

El recurso, que ha merecido la adhesión del Ministerio Fiscal, debe ser desestimado. Como se sabe, la normativa penitenciaria atribuye a todo interno (preso preventivo o penado) el derecho a entablar comunicaciones con otras personas. Así, el artículo 51 Ley Orgánica General Penitenciaria establece que “los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial”, 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”. Por su parte, el artículo 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. El citado precepto legal permite así la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno. Y en cuanto a los requisitos que deben de cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el artículo 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria,

así como la de notificación al interno afectado que establecen los artículos 43.1 y 46.5 Reglamento Penitenciario de 1996, el Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 3 y 182/2002, de 28 de octubre, FJ 5.b).

En cuanto al contenido de la motivación ha de extenderse, primero, a la especificación de cuál de las finalidades legalmente previstas - seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento- es la perseguida con la adopción de la medida y, segundo, a la explicitación de las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Respecto a dicho requisito el Tribunal Constitucional tiene declarado que la individualización de las circunstancias del caso, e incluso de la persona de interno, no significa que dichas circunstancias deban ser predicables única y exclusivamente del interno afectado por la medida, o que si se trata de características comunes que concurren en un grupo de personas no puedan aducirse como causa justificativa de la intervención. Individualizar no significa necesariamente destacar rasgos que concurren exclusivamente en el recluso afectado. Puede tratarse de unos rasgos comunes a los pertenecientes a ese colectivo o a una organización; en estos casos lo que debe individualizarse es esa característica común que a juicio de la Administración penitenciaria justifica en el supuesto concreto la adopción de la medida. En lo referente a los aspectos formales de la motivación, cuya finalidad sigue siendo hacer posible el control jurisdiccional de la medida, el Acuerdo ha de contener los datos necesarios para que el afectado y posteriormente los órganos judiciales puedan llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, aunque no resulta exigible que en el mismo se explicite ese triple juicio por parte de la Administración, pues los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el Acuerdo (Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1996, de 29 de octubre, FFJJ 5 y 6; 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5).

Segundo.- Desde la precedente perspectiva doctrinal la decisión judicial de instancia, que valida el acuerdo de restricción del Centro Penitenciario de Castellón II respecto del interno recurrente, debe ser confirmada, al

estar suficientemente motivado, pues contiene las circunstancias individualizadoras necesarias para realizar el adecuado juicio de proporcionalidad en la adopción de la medida que se justifica, al basarse en el seguimiento por el interno recurrente del ideario de grupos integristas de índole religioso y su posible relación con movimientos extremistas de origen islámico, cuestión ésta de rabiosa actualidad sobre cuya problemática no es preciso extenderse.

No se trata de que haya sido incluido en el archivo FIES 5 y por ese solo motivo se haya acordado la restricción de sus comunicaciones escritas en el modo ya indicado, sino que son sus particulares circunstancias personales, antes mencionadas, las que, al margen de que la Administración penitenciaria haya decidido así clasificarlo, justifican la medida en cuanto aquellas, objetivamente consideradas, suponen unos concretos peligros que pueden incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento.

Como antes hemos recordado, el propio Tribunal Constitucional declara que la individualización de las circunstancias del caso, e incluso de la persona del interno, no significa que dichas circunstancias deban ser predicables única y exclusivamente del interno afectado por la medida, o que si se trata de características comunes que concurren en un grupo de personas no puedan aducirse como causa justificativa de la intervención, pudiendo bastar unos rasgos comunes a los pertenecientes a ese colectivo o a una organización, como es el caso de los extremistas islamistas.

Procede pues la desestimación del recurso.

Tercero.- Las costas procesales causadas, de haberlas, se declaran de oficio.

VISTOS los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA:

La Sala DIJO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por C.J., contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón de fecha 15 de abril de 2016, en el expediente de referencia, lo confirmamos.

27.- AUTO 466/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA DE FECHA 01/06/17

Se desestima la queja por interceptar carta a interno incluido en FIES, procedente de la Delegación del Gobierno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 24 de febrero de 2017 la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón nº 1, con sede en Zaragoza, desestimó el recurso de queja presentado por el interno del centro penitenciario de Zaragoza, R., ahora en el centro penitenciario de Dueñas, por vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones por la intervención de una carta procedente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que le fue entregada el día 20 de enero de 2016.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso por el letrado del interno recurso de reforma y subsidiario de apelación, que fue admitido a trámite y que fue desestimado por auto de fecha 27 de marzo de 2017 y se acordó dar trámite al recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, dando nuevo traslado a las partes, habiendo solicitado el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- Formado el oportuno Rollo de Apelación núm. 640/2017 y tras los trámites oportunos se señaló para la votación y fallo del recurso que tuvo lugar el día señalado, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a E.P.B. y cumplido todo lo demás de ley; se señaló para la votación y fallo del recurso que tuvo lugar el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede la desestimación de la queja presentada por el interno. De la documentación obrante en autos resulta que el interno tenía acordada en el centro de Zuera (Zaragoza) la intervención de las comunicaciones por acuerdo de fecha 8 de enero de 2016 por razones concretas de seguridad y buen orden y por plazo máximo de seis meses. El interno permaneció en el centro de Zaragoza hasta el día 5 de febrero de 2017.

La intervención se comunicó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza y se le notificó al interno en fecha 20 de enero de 2016, a las 9,50 horas. Consta que previamente se le habían intervenido al interno las comunicaciones en el Centro Penitenciario de Valladolid, ya que se había detectado que había remitido a otro interno una carta donde le explicaba métodos para la fabricación de un detonante eléctrico y le indicaba que le explicaría en otras cartas la fabricación de un circuito de denotación y de mezcla explosiva. Consta que el interno estaba incluido en el fichero FIES en grupo características especiales. Consta que esta Sala en auto de fecha 22 de septiembre de 2016, rollo nº 977/2016, desestimó la queja del interno contra la intervención de sus comunicaciones orales y escritas acordada por el centro penitenciario de Zuera, ratificando la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Zaragoza.

SEGUNDO.- En la concreta queja que aquí se examina se alega que el centro penitenciario de Zuera le interceptó al interno una carta dirigida al mismo procedente de la Delegación del Gobierno de Castilla-La Mancha. Tal actuación debe estimarse correcta, ya que sólo se excluyen de la intervención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 del Reglamento Penitenciario, las comunicaciones del interno con el Defensor del Pueblo, adjuntos o delegados con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas y miembros del Ministerio Fiscal y de su abogado defensor. En efecto, el Artículo 49.2 del Reglamento Penitenciario establece que “... 2. Las comunicaciones orales y escritas de los internos con el Defensor del Pueblo o sus Adjuntos o delegados o con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, Autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo”.

La carta que el interno alega que le fue intervenida procedente de la Delegación del Gobierno de Castilla-La Mancha, no se encuentra dentro del citado grupo, por lo que la intervención de la carta no supone la vulneración de ningún derecho fundamental, ya que estaba acordada la intervención de sus comunicaciones. Por consiguiente, procede la confirmación de la resolución recurrida, ya que como indica la magistrada del Juzgado de Vigilancia no se observa desvío en el cumplimiento de la normativa penitenciaria.

TERCERO.- Las costas de esta segunda instancia se declaran de oficio.

VISTOS los artículos de aplicación.

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Letrada en nombre del interno referido, contra el auto referenciado de 27 de marzo de 2017, que desestima el recurso de reforma contra el auto de 24 de febrero de 2017, dictados ambos por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón nº 1, con sede en Zaragoza, en Expediente núm. 7/2017, que se CONFIRMA íntegramente, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

28.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 19/04/17

Se estima queja en relación a la solicitud de exclusión de las llamadas al letrado del máximo de llamadas semanales autorizadas.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno O.B.D. del Centro Penitenciario Puerto III formulando queja en solicitud de exclusión de las llamadas a su letrado del máximo de 8 llamadas semanales autorizadas.

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

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos,

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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 O.B.D. en relación a la solicitud de exclusión de las llamadas telefónicas a su abogado del máximo del cupo semanal establecido y tratándose de cuestión sobre la que expresamente se ha pronunciado la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional por Auto 729/2016 de 19/10/2016, procede su estimación, no obstante el criterio mantenido por ese Juzgado en anteriores resoluciones, en los propios términos y fundamentos de dicha resolución, por evidentes razones de igualdad.

Así, conforme a dicha resolución de la Sala “No se debe incluir en el cupo máximo de llamadas telefónicas que puede hacer un recluso las que dirige a su abogado sin producir una intromisión en su derecho a la defensa, una restricción a su ejercicio. Algo que precisa, en primer lugar, de la habilitación legal, ya que nada dice, ni puede decir, al respecto una decisión judicial, salvo incomunicación temporal (artículos 25.2 y 53.1 de la Constitución). No hay cobertura en la ley para limitar el número de llamadas que el recluso puede hacer a su abogado asimilándolas a las comunicaciones con familiares y amigos, que tienen otra finalidad y dimensión constitucional. Es más, cuando la ley se ha ocupado de las comunicaciones del interno con su letrado les ha dado un tratamiento singular, diferenciado, en atención al derecho fundamental al que sirven como instrumento. No puede entenderse que el Reglamento Penitenciario limita la relación del recluso con su letrado más allá de la ley, cuando establece en el apartado 4 del artículo 47 determinadas restricciones para el buen orden y funcionamiento del establecimiento.

Pero no solo falta esa premisa, en la práctica resulta imposible determinar, sin afectar el derecho, un límite cuantitativo a la relación del preso con su abogado, ya que la necesidad dependerá de la fase del proceso -la proximidad del juicio tiene concretos requerimientos o la formalización de un recurso-, del incidente concreto en la ejecución, de la importancia del asunto (por ejemplo, para preparar este recurso). Y para todo ello es imprescindible hacer posible la relación con el profesional, facilitando las condiciones para que la defensa sea de calidad. Máxime cuando, como se dice en el auto, se implantó un nuevo sistema de gestión de llamadas telefónicas y se aumentó considerablemente el número de cabinas en el Centro, es decir que no hay problema de medios ni de seguridad. De aceptarse la interpretación de la norma que se realiza en el auto recurrido la necesidad de comunicaciones con el abogado podría dejar sin espacio a las

conversaciones telefónicas con familiares, o el recluso debería optar por unos u otras con sacrificio de su derecho a la defensa, lo que no legitima un uso abusivo de su facultad de relacionarse con el letrado.

Como criterio de comparación para no aceptar una interpretación que restringe el derecho de defensa sin cobertura legal, puede acudirse a la regulación de las comunicaciones ordinarias con letrados, que se desarrollan con contacto físico en un espacio adecuado para ello, locutorios especiales donde el control solo puede ejercerse de modo visual. Respecto a estas comunicaciones no se contempla restricción alguna de tiempo (artículo 48 Reglamento). Es más, la Instrucción 1/2005 de Instituciones Penitenciarias sobre comunicaciones de los internos posibilita el encuentro con abogados que se personen en el Centro sin tener asignada hora de comunicación siempre que existan locutorios vacíos; pero incluso si no hay locutorios libres se podrá celebrar la entrevista una vez haya disponibilidad dentro del horario establecido.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno O.B.D. del Centro Penitenciario Puerto III.

29.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 20/07/17

Estimación de queja sobre admisión de allegados.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

El pasado 28/03/2017, en el expediente reseñado relativo al interno A.S.C., se dictó auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el que se desestima la queja por obligación de incluir a sus allegados en el listado de 10 amigos para poder comunicar con ellos.

Por la representación procesal de A.S.C., en nombre del interno se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La cuestión que se discute es si los considerados “allegados” deben incluirse en la lista de amigos que se refiere el artículo 3.4.1. de la Instrucción 12/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para los considerados como FIES o internos incluidos en los Ficheros de Especial Seguimiento. Lo primero a tener en cuenta es que este Tribunal ha venido manteniendo en numerosas resoluciones con respecto el fichero de internos de especial seguimiento (FIES) que “en la medida que las bases de datos automatizadas encuentran su normalización en el Reglamento Penitenciario, artículo 6.4, siempre que persigan garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, sin que la inclusión en un fichero de esa naturaleza pudiera determinar un régimen de vicia diferente. Por lo tanto, carecen de razón las quejas en la medida que los internos se encuentran en un fichero de especial seguimiento por las características del delito y la gravedad de la pena que extingue, sin otra relevancia más allá de esa situación de especial atención y control de actividades y evolución, algo practicable respecto a cualquier persona recluida en una institución sometida a un régimen en el que desarrolla su vida privada y pública en el mismo espacio.”

Desde este punto de vista la limitación a 10 del número de amigos que pueden visitar al penado en una lista actualizable periódicamente obedece esencialmente a que es un número razonable adecuado a la peligrosidad del interno y a la necesidad de comprobar que las visitas que realizan estos se encuentran dentro de lo los límites normales de seguridad.

Ahora bien, con respecto a los allegados, que este Tribunal también ha manifestado han de ser un número reducido por razones de seguridad y dada la propina naturaleza del concepto, lo cierto es que el artículo 52 de la Ley General Penitenciaria equipara sus comunicaciones a las de los familiares y este mismo criterio es el seguido por el artículo 45 del Reglamento

Penitenciario que establece igual trato para familiares o allegados sin que se establezca limitación numérica de los mismos para realizar comunicaciones o visitas y distinguiendo su régimen del de los simples amigos. Y si bien el artículo 42.5 solo se refiere a familiares y amigos es porque los familiares pueden acreditar fácilmente su parentesco con el interno (documentalmente) a diferencia de los amigos y entre estos pueden incluirse personas que puedan atentar contra la seguridad o buen orden del establecimiento y por ello se someten a la autorización del Director del Centro. En cualquier caso los allegados deben acreditar también su cualidad de tales, como los familiares, para que se les permita disfrutar del mismo régimen de comunicaciones que a éstos.

Por lo tanto en el caso del señor S.C. no hay razones para atribuir a los allegados un trato distinto a los familiares incluyéndoles en la lista de los simples que están sometidos a un régimen distinto de comunicaciones. Todo ello determina la estimación del recurso interpuesto.

III.- PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A.S.C. contra el auto de fecha 28/03/2017, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, y se declara que los allegados del señor S.C. no deben computarse en la lista de diez amigos a la que se refiere el artículo 3.4.1 de la Instrucción 12/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

30.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 29/09/17

Desestimación de queja. Debe acreditar documentalmente que la persona con la que desea comunicar es un abogado.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno L.M.S. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha formulando queja por irregularidades en el funcionamiento del Centro por no dejarle llamar a su abogado.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno L.M.S. por no dejarle llamar a su Abogado, y visto lo actuado en el presente expediente, lo informado por el Centro Penitenciario y lo dispuesto en los artículos 4 7 y 4 8 del Reglamento Penitenciario, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal; pues el Centro Penitenciario indica que no consta en el expediente del interno que el letrado sea abogado del mismo, ni que le haya llevado alguna causa anteriormente ni que esté designado por el interno para ninguna causa, por lo que, al tener dicho interno las comunicaciones intervenidas y quedar los abogados excluidos de dicha intervención, debe el interno acreditar documentalmente que dicha persona es su abogado en alguna causa para proceder a dar de

alta el número solicitado y evitar dicha intervención y a cuyos efectos puede el interno exhibir el poder notarial que dice haber efectuado.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g 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 L.M.S. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

31.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/12/17

Desestimación de queja por denegación de comunicaciones vis a vis. No concurren requisitos para considerarla allegada.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno I.Y.O.B. del Centro Penitenciario El Acebuche formulando queja por denegación de autorización para comunicar con allegada A.E.A.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno I.Y.O.B. sobre denegación de comunicación vis o vis con allegada (amiga íntima), y a la vista de los motivos de dicha denegación, según informe emitido por el Centro Penitenciario procede desestimación, pues:

El término “allegados” que utilizan los artículos 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 45 del Reglamento Penitenciario, requiere una relación de íntima proximidad, cercanía e inmediatez en la convivencia que lo asemeja al vínculo parental. Así procede distinguir los meros amigos de los allegados exigiéndose a estos últimos un mayor grado de vinculación con el interno debiendo expresarse 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.

No basta, por tanto, con que la interna 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 verificación por la Administración Penitenciaria a la hora de decidir sobre dichas visitas. En otro caso, se daría la paradoja de que a los familiares se les exija acreditación documental, y a los allegados sólo la pura y simple declaración del interno.

En el presente caso la solicitud formulada se refiere a una persona, respecto de quién la interna afirma unirle un estrecho grado de relación afectiva. Como elementos a valorar en orden a la resolución de la queja, debe tenerse presente:

- Que normalmente esa relación tan estrecha y de intimidad se tiene con muy pocas personas, por lo que es significativo el número de personas respecto de las que se afirma tener una relación cuasi-parental.

- Que se aporten datos concretos y contrastables que evidencien esa íntima relación que, además, se confirme o refuerce con los datos sobre el número de visitas comunicaciones telefónicas y/o epistolares mantenidas desde el ingreso en prisión.

- Que no concurran razones de seguridad, interés del tratamiento o de orden del establecimiento que aconsejen la restricción de tales visitas (artículo 41.1 del Reglamento Penitenciario).

En el concreto caso examinado, la solicitud se refiere a una persona, respecto de la que la interna indica que tienen una relación muy estrecha desde hace más de 15 años, pero no se aportan datos concretos y constatables al respecto, pues, por un lado las comunicaciones por locutorio se están produciendo desde julio de 2015; es decir, desde fechas recientes, no consta ni se acredita que la relación entre ambas sea anterior al ingreso en prisión de la interna y ésta tiene ya autorizados como allegadas a otras dos amigas, con lo que se trata de datos insuficientes para estimar fundada su solicitud, pues el hecho de que reciba visitas periódicas de esta persona, sólo indica que se trata de amigos, pero no conllevan ni justifican por sí mismas, la condición de allegado/amigo íntimo/cuasi-pariente que se pretende por el interno.

Por consiguiente y teniendo presentes todos los factores expresados, procede desestimar la queja formulada, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, debiendo mantenerse la decisión adoptada por la Administración Penitenciaria, máxime cuando, en todo caso, queda garantizado el derecho del interno a seguir comunicando con dicha persona a través de las comunicaciones orales, escritas y telefónicas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno I.Y.O.B. del Centro Penitenciario El Acebuche en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

32.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 09/01/17

Estimación de queja autorizando comunicación telefónica sin acreditar la titularidad del número.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el interno del Centro Penitenciario de referencia M.D. se formuló queja ante este Juzgado sobre llamadas a un número de teléfono.

SEGUNDO.- Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación de la queja.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La finalidad de la actuación penitenciaria orientada hacia la reinserción social del reo exige considerar a los mismos como seres no eliminados 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 como 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 todas 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 exhibición de la factura de compra, recibo del mes, etc., con las deficiencias que el sistema implica para la propia Administración, ante la posible presencia de intermediarios. Por tanto la restricción se produce por no tener constancia 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.

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 reiterado del 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 tecno-

lógicos actuales y, en particular, de la telefonía, y más en concreto, de la móvil y de los desvíos de llamada, pone al servicio del usuario posibilidades reales de facilitar 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 restricción de las llamadas a teléfonos, hoy en día es ilusorio, debiendo, por tanto, buscar fórmulas alternativas para garantizar el necesario control, mediante comprobaciones simultáneas 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.

Por último, se acredita la autorización por parte del centro de dos llamadas al número de teléfono reclamado por el interno el pasado mes de noviembre.

En atención a lo expuesto

DISPONGO: Estimar la queja planteada por el interno M.D., en el sentido de autorizar e intentar una comunicación telefónica del mismo con el número solicitado 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.

CAPÍTULO V

DERECHOS

33.- AUTO 530/2017 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 17/07/17

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria autorizando el uso del hijab. Voto particular.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Centro Penitenciario de Valencia (Picassent) se remitió queja de la condenada J., por considerar que se vulneraban sus derechos constitucionales por prohibirle el uso del hijab, para su trámite por el Juzgado central de Vigilancia Penitenciaria.

Recibida la misma por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y oído el Ministerio Fiscal, se dictó resolución con fecha 19 de diciembre de 2016 cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente: “Se estima la queja de la interna J. del Centro Penitenciario de Valencia, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución”.

Seguidamente, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación contra la antes citada resolución, que fue admitido a trámite y siendo oído el defensor de la interna y fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal.

Seguidamente recibido el expediente fue registrado con número de Rollo 195/2017 y se turnó de ponencia y, procediendo seguidamente a la deliberación y votación de la ponencia, una vez designado como competente el pleno de la Sección, y que recoge el resultado adoptado por mayoría siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Teniendo en cuenta que la cuestión objeto del recurso obedece a la posible aplicación o vulneración de derecho fundamental a la libertad religiosa de la interna, hemos de pronunciarnos sobre diversas cuestiones que afectan al contenido y al resultado de esta cuestión.

En primer lugar hemos de señalar que el artículo 16 de la Constitución Española establece como derecho fundamental la garantía por parte de los poderes públicos de la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

Tal pronunciamiento, ya de por sí bastante explícito en cuanto a los límites del derecho que se alega vulnerado por la interna, soporta a mayor abundamiento el hecho de que la interna lo está en establecimiento penitenciario como consecuencia de mandato judicial penal, por lo que en aplicación del artículo 25.2 de dicho texto legal, el goce de los derechos fundamentales por la persona, tiene como excepción aquellos que se ven limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, principio este recogido de forma expresa en el fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/13 de 3 de junio.

Tal resolución no viene sino en recoger las tesis del Tribunal Constitucional en cuanto a las que denomina relaciones de sujeción especial entre penado y Administración Penitenciaria, y que en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2002 dice:

“... ha de recordarse que reiteradamente hemos declarado que la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas recluidas en un centro penitenciario se incluye precisamente entre las denominadas de sujeción especial, pues “el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes ingresan en ella” (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2000, de 26 de junio, FJ 2). Y esta relación de sujeción especial se desarrolla precisamente en un concreto centro penitenciario, dentro del cual es necesario “garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro” (Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1996, de 8 de junio, FJ 4), lo que implica

la necesidad de ajustarse a las normas de régimen interior “reguladoras de la vida del establecimiento” [artículo 4.1 b) de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria].

Tal tesis constitucionalmente aplicada en numerosas ocasiones, plantea ante cuestiones como la que nos ocupa varias circunstancias relevantes: La apelante se encuentra interna, por razón de su relación con el denominado terrorismo islámico; Y el uso de pretendidos símbolos religiosos puede ser limitado por la autoridad penitenciaria; El uso del hijab que usa la interna oculta pelo, oídos, cuello y solo deja visible una parte reducida de la cara, lo que afecta a las medidas de seguridad del Centro, y se encuentra prohibido por las Normas de Régimen Interior, aprobadas por Consejo de Dirección en su artículo 51, que cita expresamente gorras, pasamontañas o prendas similares que dificulten su identificación, toda vez que oculta parte del cuerpo de la interna; y no son vinculantes situaciones similares, debiendo realizarse un examen diferenciado de cada caso.

En cuanto a las citadas medidas de seguridad que puede adoptar el Centro Penitenciario, es relevante el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2006 de 16 de enero que en su fundamento 5 recoge el principio de proporcionalidad de la medida limitativa a adoptar en orden a su idoneidad en cuanto a la persona interna, pero también recoge la concurrencia de la necesidad de la medida impugnada. En tal sentido, examinamos la jurisprudencia de los Tribunales Europeos con jurisdicción sobre Derechos humanos y normativas supranacionales que se han pronunciado respecto del uso del hijab en público, teniendo en cuenta que no se hace referencia a su uso en establecimiento penitenciario durante el internamiento de una persona como sucede en este caso; se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Dahlab de 2001) que reconoció el derecho del gobierno suizo a la necesidad de restricción de uso del velo en una escuela, concluyendo el Tribunal que la prohibición de símbolos religiosos “ostensibles” no excedía el margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar las restricciones a la libertad religiosa previstas por el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 43835/11 SAS vs. Francia sobre la aplicación de la Ley de 11 de octubre de 2010 de la República Francesa que prohibía el uso de velo en lugares públicos, concluyendo que se considera “proporcionada al objetivo perseguido de preservación de las condiciones de vida en común, como elemento

de la protección de los derechos y libertades ajenos. Tras esta declaración, entiende que por los mismos motivos carece de objeto la pretendida violación del artículo 10 (libertad de expresión) y que cualquier posible sospecha de violación del artículo 14 queda descartada por la razonabilidad y objetividad que justifican la prohibición examinada.

El Tribunal, en su sentencia del caso S.A.S. ha dado entrada, como limitación de los derechos y libertades de la minoría, y por la vía de la expresión «derechos y libertades de los demás» de los artículos 8.2 y 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a límites posibles.

Por último cabe señalar la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) caso G4S Secure Solutions de 14 de marzo de 2017 que concluye: El artículo 2, apartado 2, letra a) , de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva.

Por último, en fecha 1 de julio de 2017 se ha dictado nueva sentencia por el Tribunal Europeo Derechos Humanos en la que considera acorde al derecho comunitario la prohibición del uso del hijab en público, acordado por el Gobierno de la República Francesa y las normas adoptadas por alguno de sus municipios.

Se considera que todo ello conforma un marco legal en el que el uso del hijab no puede considerarse como un elemento de uso no limitativo, y aun sin entrar en el debate de si se trata de símbolo religioso obligatorio que no permite limitación, y aun cuando pudiera estimarse que subjetivamente así se considerara por la interna, la limitación de su uso está amparada por las circunstancias concurrentes, derivadas de encontrarse ingresada en Centro Penitenciario por decisión judicial de órgano jurisdiccional penal en el marco de causa criminal, y por razones de seguridad objetivadas en cuanto al buen orden del establecimiento dada su dificultad de identificación y de ocultación de objetos prohibidos, y además dada la utilización que se realiza por parte de la misma de tal prenda como una reivindicación yihadista en labor de radicalización hacia otras internas de su misma religión, tal como se desprende de los informes emitidos y obrantes en el expediente.

En este caso no solo afecta a la identificación en todo momento de la persona interna, situación que podría obviarse con un pañuelo que recogiera el pelo solamente, dejando la cara, orejas y cuello al descubierto, sino que afecta dicho uso del hijab no solo a un quebrantamiento de las normas del centro a efectos de identificación y seguridad incluso y dadas las dimensiones del hijab por ocultación de posibles objetos prohibidos, sino también y dado el uso que la interna hace del mismo con carácter reivindicativo de su posición yihadista, actúa en detrimento de la finalidad reabilitadora y reinsertadora de la pena como igualmente se informa..

Es relevante indicar el hecho de que la interna durante una parte dilatada de su estancia en el centro penitenciario no utilizaba el hijab, de lo que se deriva el fundamento de cuanto venimos indicando, en el sentido de que presenta un proceso de radicalización islámica que menoscaba la seguridad y buen orden del centro y afecta a la finalidad de su estancia en prisión privada de libertad.

El uso, no acreditado por cierto, de que en algún otro Centro penitenciario se utilice el hijab, no puede afectar a la solución de este recurso, habida cuenta que no constan las circunstancias concurrentes en esos hipotéticos casos, máxime cuando constan informadas actividades de proselitismo islamista por parte de la interna.

Expresamente se hace constar que el uso de un simple pañuelo de dimensiones no tan grandes como las del hijab, que cubriera únicamente el pelo de la interna podría tener otra consideración a la que tiene el caso que nos ocupa.

Por todo ello se considera procedente estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando el auto dictado y declarando no haber lugar a la queja formulada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto de fecha 19 de diciembre de 2016 emitido por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria estimatorio de la queja formulada por supuesta vulneración de derecho constitucional, y en su consecuencia debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución en el sentido de considerar es procedente en derecho la prohi-

bición del uso del hijab por parte de la interna en su estancia en el Centro Penitenciario.

Remítase al Juzgado testimonio literal de esta resolución y verificado procédase al archivo de las actuaciones.

Lo mandan y firman los Sres. arriba indicados, doy fe.

Audiencia Nacional

Sala de lo Penal

Sección 1ª

Recurso de apelación 195/2017

Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

Voto particular

VOTO PARTICULAR que formula el magistrado R.S.V. Manifiesto mi discrepancia con la decisión de la Sala de estimar el recurso de apelación formulado por el Fiscal contra el auto de 19.12.2016 por el que la Magistrada Juez Central de Vigilancia Penitenciaria amparó a la Sra. J. en su derecho a utilizar el pañuelo musulmán hiyab, resolución que comparto, porque: (i) la prohibición supone una injerencia en el derecho fundamental a la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas no prevista en la ley, (ii) injerencia que no está justificada por las invocadas razones de seguridad del establecimiento penitenciario y (iii) la prohibición no puede considerarse como parte del tratamiento que no procede respecto a persona privada cautelarmente de libertad, en respeto al derecho a la presunción de inocencia.

1.- La recurrente como sujeto de derechos. Significado del uso del pañuelo y libertad de manifestar las creencias religiosas.

La Sra. Julia se encuentra privada cautelarmente de libertad en el Centro de Valencia por orden del Juez Central de Instrucción nº. 6, que le imputa un delito de terrorismo debido a su supuesta vinculación con una organización internacional de corte yihadista.

Como señala el auto recurrido, la Constitución proclama en su artículo 25.2 que el recluso gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la sentencia, el sentido de la pena -que aquí no vienen al caso- y la ley penitenciaria. Es decir, la persona presa es sujeto de derechos, sólo se ve privado de la libertad deambulatoria y de aquellas facultades que resulten afectadas por el contenido de la pena, en este caso de la medida cautelar, o sean incompatibles con ella. De ahí que la actividad administrativa penitenciaria haya de respetar la personalidad humana y los derechos e intereses jurídicos de los internos, quienes podrán ejercitar todos los derechos fundamentales, tanto los civiles y políticos, como los sociales, económicos y culturales (artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). El principio inspirador del régimen penitenciario es la condición de titular de derechos del recluso, quien no puede ser excluido de la sociedad, de la que continúa formando parte, por ello la vida en prisión -dice literalmente el artículo 3 del Reglamento penitenciario- ha de tomar como referencia la vida en libertad.

Por lo tanto la Sra. J. no solo es titular del derecho a manifestar sus creencias religiosas, sino que puede ejercerlo plenamente, según le reconocen el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 16.1 de nuestra Constitución. Ha señalado el Tribunal Europeo que la libertad religiosa fluye del fuero interno de la persona e implica la facultad de manifestar la religión, testimonio que se puede desenvolver por la palabra o por actos (TEDH caso Kokkinakis contra Grecia, 25.5.1993). El uso del hiyab es un signo religioso, un acto de manifestación de una creencia.

Pues el hiyab es un pañuelo que usan mujeres musulmanas para cubrirse la cabeza y el pecho en espacios públicos, en presencia de varones adultos que no sean de su familia, como símbolo de modestia y privacidad. Por lo tanto, su utilización en lugares comunes de la prisión tiene una clara connotación religiosa, lo que ha reconocido el Tribunal Europeo de derechos humanos en su jurisprudencia sobre la materia (ver Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos SAS contra Francia, 1.7.2014, citada en la resolución de la mayoría cuyo objeto era el uso de burka y de niqab frente a la ley que prohibía y sancionaba la ocultación del rostro en el espacio público). Este era el punto de partida del auto recurrido, el uso de dicho objeto o prenda como manifestación singular de la libertad religiosa, al que ha de atenderse de manera preferente para resolver el caso.

2.- Límites al derecho a manifestar las creencias religiosas.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece dos requisitos para que el Estado pueda limitar el derecho a la manifestación de las creencias religiosas: (i) la restricción ha de hallarse prevista en la ley, es decir debe tener cobertura legal, y (ii) debe considerarse medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar alguno de los fines definidos en relación a la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás. En el mismo sentido, pero con carácter más estricto, la Constitución permite limitar las manifestaciones de la libertad religiosa cuando fuere necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

3.- Una injerencia en la libertad de la reclusa de manifestar sus creencias religiosas no prevista en la ley.

El principio de legalidad penal y penitenciaria exige que los poderes públicos actúen con la debida habilitación legal. Cualquier intervención de la Administración que afecte a los derechos o intereses legítimos de la reclusa debe contar con una mínima, pero precisa, cobertura legal. Exigencia que se encuentra recogida también en el artículo 3.2 del Reglamento penitenciario.

Porque, como establece la Constitución, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio (artículo 53). En cualquier caso, no se contempla la suspensión de derechos para los condenados por delitos de terrorismo -aunque se prevé la suspensión de los derechos a la libertad física, domiciliaria y de las comunicaciones en supuestos de delitos de terrorismo únicamente en la investigación (artículo 55), situación en la que se encuentra la interesada. Por lo tanto, los derechos de los reclusos solo pueden restringirse cuando lo dispongan las leyes, como consecuencia de ello la actividad penitenciaria se ejercerá siempre dentro de los límites establecidos por la ley (artículo 2 de la Ley General Penitenciaria).

¿Cuál es la norma habilitante de la prohibición? El auto del que discrepo se limita a afirmar de manera apodíctica que la Sra. J. se encuentra presa y que la Administración puede limitar el uso de símbolos religiosos como el que nos ocupa, en la medida que “oculta pelo, oídos, cuello y solo deja visible una parte reducida de la cara”. Recoge como norma de cobertura las “Normas de régimen interior aprobadas por el Consejo de Dirección

en su artículo 51 que cita expresamente gorras, pasamontañas y prendas similares que dificulten su identificación”.

Una norma de régimen interno, una suerte de infraderecho, que se ampara en el artículo 51 del Reglamento penitenciario -que confiere potestad exclusiva para desarrollar el concepto de artículos y objetos prohibidos y no autorizados- no puede asimilarse a la ley, forma y estatuto de la norma limitadora que requiere el derecho europeo y la Constitución para restringir o constreñir el derecho a manifestar una creencia religiosa mediante un signo en la vestimenta. Ni siquiera, señala el auto recurrido, Instituciones Penitenciarias ha dictado Instrucción u otra norma sobre el uso de símbolos religiosos, que tampoco tendrían la eficacia suspensiva de un derecho fundamental.

La decisión administrativa de prohibir el uso del pañuelo hiyab en un establecimiento penitenciario carece de cobertura en la ley, de ahí que sea nula.

4.- No hay razones de seguridad que justifiquen la medida. Con carácter subsidiario, tampoco puedo asumir que el porte de la prenda en cuestión resulte incompatible con los requerimientos de seguridad del establecimiento que se mencionan en el auto del que discrepo. Aquí también comparto la argumentación del auto recurrido: el hiyab deja visible la zona de la cara y, además, el funcionario puede ordenar a la Sra. J. que se retire el pañuelo en supuestos puntuales siempre que resulte necesario llevar a cabo un cacheo o hubiere dudas sobre su identidad.

El auto se sustenta en un dato que interpreta de manera incorrecta, con empleo impreciso del lenguaje: el hiyab solo deja visible una “parte reducida de la cara” (era lo que decía el informe del Director). No es cierto. La cara, rostro o faz, es la parte frontal antero inferior de la cabeza que va de las cejas a la barbilla y que incluye cejas, ojos, nariz, mejilla, boca, labios, dientes, piel y barbilla. La prenda no oculta la cara, mucho menos la mayor parte de la faz. Cubre los pabellones auditivos y el cuello, como los pañuelos que utilizaban entre nosotros las mujeres en determinadas situaciones (por ejemplo, actos y ceremonias de la religión católica).

Pero es que si se cuenta con la información que ofrece el rostro de la reclusa, ¿para qué se necesita ver el cuello y las orejas? De hecho, solo se acude a los datos topográficos de esas partes de la anatomía humana en supuestos de comparación antropomórfica, pero no cuando las personas se co-

nocen y se ofrece a la mirada toda la cara. Por lo tanto, no parece razonable sostener que el hiyab impide la identificación de la reclusa, más si se tiene en cuenta el régimen de vida que se le aplica, las circunstancias en que se desenvuelve: el régimen cerrado previsto en los artículos 91.2 y 94 del Reglamento penitenciario, “el más duro y restrictivo de la Institución”, según literalmente señala el informe del Director del Centro. Porque la mayoría del tiempo de su vida cotidiana transcurre en el interior de la celda, en soledad, tiene pocas horas de vida en común, encima con un número limitado de internas, y una importante restricción de su relación con el exterior. Y se relaciona con los funcionarios destinados en el módulo, que la conocen bien. El pañuelo no les impide identificarla por el rostro. Incluso, no parece irrazonable pensar que, en caso de hallarse en una sala común con otras internas, el uso del pañuelo la haría más visible al control de los funcionarios.

Tampoco parece que la prohibición del portar el hiyab atienda al fin de impedir la ocultación de posibles objetos prohibidos, como se enuncia en nuestro auto. ¿Qué objetos podría ocultar una persona sometida a un régimen intenso de aislamiento? En caso de existir una conjetura plausible la solución es sencilla: orden de retirada del pañuelo que la interna debe cumplir bajo conminación de sanción disciplinaria.

Sin cobertura legal, la medida injerente en el derecho de la Sra. Julia a manifestar sus creencias religiosas en la prisión no supera el test de proporcionalidad que exige la adecuación a un fin y su necesidad o imprescindibilidad.

5.- Como medida de tratamiento es radicalmente incompatible con el derecho a la presunción de inocencia y con la libertad de la persona presa.

En la resolución de la mayoría se afirma que la prohibición de porte del hiyab trata de evitar la “reivindicación” de su “posición yihadista”, que la interna llevaría a cabo “para radicalizar a otras internas de su misma religión”. La Sra. J. no ha sido juzgada, luego no podemos afirmar que tiene una predisposición de apoyo a una forma de violencia terrorista, mucho menos una tal posición. Además, parece latir aquí una noción de reeducación y reinserción social que la Administración podría imponer en ejecución de su política criminal contra la voluntad de la reclusa. Lo primero que cabe oponer, es que no hay tratamiento posible de una persona cautelarmente privada de libertad, porque debe respetarse su derecho a la presunción de inocencia. El tratamiento que disciplina el artículo 25.2 de

la Constitución se refiere a personas condenadas a penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Por lo tanto, debería haberse prescindido de una cita tan inoportuna: “el uso que la interna hace del mismo con carácter reivindicativo de su posición yihadista, actúa en detrimento de la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de la pena”.

No hay que dejar pasar por alto, al margen de la inconveniencia de hablar de conductas delictivas y de tratamiento en relación a una persona privada provisionalmente de libertad, que las ideas sobre la enmienda o corrección moral de los condenados que subyacen al razonamiento mencionado no deberían considerarse compatibles con el Estado constitucional de derecho porque no respetan a la persona humana, ni la autonomía de su conciencia; el recluso, penado o preventivo, tiene derecho a la libertad ideológica y de conciencia (artículo 16 de la Constitución), a pensar de manera diferente, a ser él mismo y a seguir siendo como es, en lo que a su conciencia se refiere, no en balde los derechos de libertad son derechos a la diferencia. El fin punitivo de la corrección coactiva resulta, desde esta perspectiva, jurídicamente inaceptable.

34.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 01/02/17

Desestimación de queja. No se vulneran los derechos religiosos al no autorizar rezos en el patio ni vestiduras tradicionales musulmanas.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno M.H.M. del Centro Penitenciario de A Lama formulando queja por no autorizarle rezos en el patio ni vestiduras tradicionales musulmanas.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno por prohibición de uso de chilaba y de rezar en el patio, por lo que estima vulnerados sus derechos religiosos, y visto lo informado por el Centro Penitenciario de A Lama y por el Ministerio Fiscal procede su desestimación, pues se indica en el detallado informe remitido, lo siguiente:

a) Uso de vestiduras tradicionales musulmanas:

Se queja el interno M.H.M. de que se le ha denegado la tenencia y uso de una chilaba, mientras que si se autoriza para otros internos. En el caso que nos ocupa, el interno tiene en su poder prendas de vestir tradicionales, pero la prenda para la que se reclama autorización de uso es una chilaba con capucha, amplia y acolchada. Por su grado de clasificación el interno se encuentra ubicado en el Módulo 15 en el cual, dada la tipología de internos que alberga (internos en 1º grado de tratamiento), no se permite el uso de prenda alguna con capucha por razones de seguridad y buen orden, sea esta prenda una chilaba tradicional, un chándal, una sudadera, etc. No ha existido problema alguno en la autorización de tenencia y uso de una chilaba tradicional sin capucha, que obra entre las prendas de vestir que tiene y usa el interno.

En cuanto a la alfombra de oraciones, se autorizan y así se hará en este caso para el uso exclusivo en la celda del interno.

b) Rezos en el patio:

Conforme con lo dispuesto en el Auto del 20/09/2005 (expediente 3633/05) del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra no se autorizan los rezos, ni individuales ni colectivos, en los patios del Centro.

Los patios, pasillos, circulaciones, escuelas, talleres, etc., son espacios comunes utilizados por todos los internos sin distinción; autorizar la práctica en ellos de actividades de culto o ritos supondría en cierta forma obligarles a participar de los mismos (extremo éste prohibido expresamente en el artículo 230.2 del Reglamento Penitenciario) afectando sin duda al ejercicio de otros derechos por el uso de espacios comunes con actividades incompatibles entre sí, a interrumpir actividades programadas, etc.

Del mismo modo, la prohibición de realizar este tipo de prácticas religiosas en espacios comunes puso fin a situaciones potenciales de riesgo para la seguridad y buen orden del Centro, así como acciones más coercitivas de internos extremadamente ortodoxos en la práctica religiosa sobre otros más laxos en la misma.

Esto en nada vulnera el respeto a los principios de libertad religiosa de nuestra Constitución o su expresión a través de la Ley Orgánica 7/80 de 05/07 de Libertad Religiosa o el artículo 54 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, toda vez que el Centro no ha puesto ningún problema para poner a disposición de los practicantes un lugar de culto colectivo dirigido en su caso (Ley 26/92 del 10/11 o artículo 230.4 del Reglamento Penitenciario), o para permitir el acceso y estancia en su celda a todos aquellos internos que, de una forma íntima y privada, desean realizar sus cultos y ritos religiosos.

No se aprecian, en definitiva, vulneraciones de derecho del interno.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

VISTOS los preceptos legales y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno M.H.M. del Centro Penitenciario A Lama-Pontevedra.

35.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 06/07/17

Desestimación de recurso. No existe vulneración del derecho a la cultura, dada la imposibilidad de ofertar determinados estudios.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por la Dirección del Centro Penitenciario de Córdoba con fecha 7 de noviembre de 2016 se procedió a remitir queja presentada por el interno G.V.A. relativa a la denegación de posibles estudios de inglés, la que fue elevada para su trámite ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Que por dicho Juzgado Central, y previos los trámites legales procedentes, oído el Ministerio Fiscal, con fecha 28 de febrero de 2017 se dictó resolución por la que se acordaba “Se desestima la queja del interno G.V.A. del Centro Penitenciario Córdoba”.

Seguidamente por la representación procesal del penado se interpuso recurso de apelación, dándose traslado del escrito al Ministerio Fiscal el cual se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal.

A continuación, recibidas las mismas por este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo, registrado al nº 486/2017, se turnó de ponencia y dio lugar a que en el día de la fecha se procediera a su deliberación y votación que fue adoptada con el siguiente contenido.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se fundamenta el recurso de la representación procesal del penado G.V.A., contra el auto de 28 de febrero de 2017 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria desestimatorio de la queja interpuesta por dicho interno en el sentido de que concurre vulneración de su derecho a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad al no facilitársele los estudios de inglés, frente a la tesis del auto recurrido de que tales estudios son imposibles en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y en la Escuela Oficial de Idiomas de Córdoba.

Del contenido de las actuaciones se deriva que el auto recurrido recoge puntualmente la normativa aplicable, en este tipo de situaciones, ya que la pretensión del penado de realizar estudios de inglés con carácter oficial en la Universidad Nacional de Educación a Distancia o en la Escuela Oficial de Idiomas Córdoba, es imposible en base a la realización de exámenes, no existiendo concierto en tal sentido con la Universidad Nacional de Educación a Distancia y no desplazando la Escuela de Idiomas de Córdoba personal profesorado al Centro para realizarlos, existe una imposibilidad física no dependiente del Centro de Córdoba, por lo que tal pretensión carece de posible aceptación.

La manifestación realizada por el Juzgado a quo en el sentido de que en base a lo previsto en el artículo 77 del Reglamento, se interese la formulación de concierto para facilitar tales estudios, evidencia una toma de posición, que determina la negativa al recurso en base a la imposibilidad actual de llevarse a cabo tales estudios, lo que en su caso en un futuro y realizados los conciertos o convenios sería posible.

Que en base a lo anterior es evidente que en el presente caso no cabe objetar la conducta de la Administración Penitenciaria, que se ajusta a Derecho, sin que se aprecie desviación o abuso de derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA acuerda desestimar el recurso presentado por la representación procesal de G.V.A. contra el auto de 28 de febrero de 2017 por el que se desestimaba la queja formulada por dicho interno sobre estudios de inglés, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos las resoluciones citadas, desestimando la queja del interno mencionado contra la actuación del Centro Penitenciario de Córdoba.

36.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 29/09/17

Desestimación de queja. No existe vulneración de derecho del interno al acceso a la información del expediente.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno L.M.S., del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha formulando queja por no recibir la documentación solicitada a diferentes profesionales del Centro.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno L.M.S. por no haberle sido facilitada la documentación e información solicitada y que desgrana en su escrito de queja, y a la vista del minucioso y detallado informe remitido por el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha y de lo establecido en los artículos 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 4.2 k) del Reglamento Penitenciario, además de lo informado por el Ministerio Fiscal, procede su desestimación, en tanto que:

Según dispone el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria “a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y

para cada penado se formará un protocolo de personalidad”; por su parte el artículo 4.2 k) del Reglamento Penitenciario, contempla entre los derechos del interno: “recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria”.

Según alega el Centro Penitenciario, al interno se le ha facilitado en todo momento la información que ha requerido sobre su situación penal y penitenciaria que es toda aquélla que forma parte de su expediente.

En cuanto a su solicitud de registros de correspondencia o de llamadas telefónicas, informa el Centro Penitenciario que:

- La información de los registros de correspondencia o llamadas telefónicas del Centro no está incluida entre la información que forma parte de su expediente, al no ser relativas a su situación procesal ni penitenciaria.

- La petición realizada solicitando listado de todas las cartas recibidas en el Centro, a requerimiento del Consejo General del Poder Judicial ante el interno, según manifiesta el propio interno, no especificaba ni periodo ni destinatario, por lo que se le solicitó al interno que aportara copia de dicho requerimiento para proceder a elaborar la información, sin que el interno haya aportado el requerimiento que afirmaba tener.

- Las peticiones realizadas solicitando listados sellados y firmados de todas las llamadas realizadas a un número telefónico, así como de todas las cartas remitidas en dicho periodo a una dirección, desde su ingreso en prisión, supone la revisión de los registros de salida de un período superior a tres años. Por otra parte, y como el interno manifestaba que estas solicitudes eran para presentarlas como prueba documental ante la Fiscalía de Ciudad Real, esta petición la puede hacer el interno o su abogado en el momento de tramitar el asunto de que se trate ante esa Fiscalía, siendo este organismo el que ha de valorar si dicha prueba documental es necesaria, solicitando esta Fiscalía en caso de que así lo estime, el informe correspondiente al Centro especificando el tipo de informe que necesita y de qué período.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración Penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g 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 L.M.S. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha.

37.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 05/04/17

Se estima parcialmente la petición del interno. Tiene derecho a la información del contenido de su PIT, pero no al acceso de forma directa a los informes.

HECHOS

Por el Letrado, actuando en nombre y representación del interno J.Á.A.M. del Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, se formula petición a este Juzgado, a cuyo tenor literal me remito.

El Ministerio Fiscal informa que su petición debe ser estimada, si bien con ciertas limitaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

Existiendo un interés legítimo en el acceso al Programa Individualizado de Intervención (PDI) -obtención de beneficios penitenciarios ex artículo

206 del Reglamento Penitenciario, se estima la petición del interno, si bien con las limitaciones expuestas en el informe de la Fiscalía: Al interno no le ampara el derecho a acceder de forma directa a los informes profesionales sobre su situación penal y penitenciaria (ni a obtener copia de ellos), sino únicamente a obtener información sobre el contenido de los mismos -en el mismo sentido autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, Sección 5.^a de 23 de octubre de 2012. Alicante. Sección 2.^a de 27 de junio de 2008, y Sevilla. Sección 4.^a, de 3 de noviembre de 2014-.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación;

DISPONGO

Estimando parcialmente la petición del Letrado, en nombre y representación del interno J.Á.A.M., ordena al Centro Penitenciario de Alicante II-Villena que facilite a dicho interno la información sobre el contenido de su Programa Individualizado de Intervención (PDI) que resulte necesaria al efecto de solicitar la concesión de los beneficios penitenciarios que prevé el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, sin que dicho derecho se extienda a acceder de forma directa a los informes profesionales sobre su situación penal y penitenciaria (ni a obtener copia de ellos).

38.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 22/09/17

Desestimación queja. No es posible la entrega completa del expediente.

HECHOS

El presente expediente se incoó en base a una queja formulada por el interno M.A.H. del Centro Penitenciario de Córdoba, aportándose por la Prisión la documentación que figura en el expediente. Remitido el expediente al Ministerio Fiscal, por este se informó en el sentido de que procedía desestimarla.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

De la documentación obrante en el presente expediente y en particular el informe remitido por el Centro Penitenciario se desprende que la queja formulada no puede prosperar, pues no se aprecia infracción alguna por la Administración a la legislación penitenciaria, al resultar de las actuaciones practicadas ya que en este caso la petición del letrado deberá realizarla por escrito concretando la finalidad y aquellos documentos en concreto cuya copia solicita. No es posible la entrega completa del expediente personal ni realizarlo verbalmente.

En atención a los argumentos expuestos,

ACUERDO: DESESTIMAR la queja formulada por el interno M.A.H. que ha dado lugar a la incoación del presente expediente.

39.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ DE FECHA 08/05/17

Estimación de recurso de apelación sobre gastos de traslado del televisor.

ANTECEDENTES

Por auto de fecha 16-12-2016 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 10 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María desestimó el recurso de reforma interpuesto por el interno J.D.H. contra el auto de 16-09-2016 desestimatorio de la queja formulada por el interno, en la que instaba del Centro Penitenciario la devolución de cargo efectuado en su cuenta de pécunio por gastos de transporte de TV causados por su traslado.

Formulado recurso de apelación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la representación del interno, por el citado Juzgado en el Expediente número 3174/2016, se admitió el mismo y se dio traslado al Ministerio Fiscal, que impugnó el recurso, y se recibieron las actuaciones en la

Audiencia Provincial, se formó el oportuno Rollo para conocer del recurso decidiéndose por unanimidad en el sentido siguiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El recurso interpuesto por el interno ha de ser estimado.

En efecto, el artículo 318.2 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/96 de 9 de febrero, es muy claro al regular el traslado de material al establecer que todo interno que sea trasladado a otro Establecimiento Penitenciario independientemente del motivo a que obedezca, se produzca o no con anuencia del interno, 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 aquél material que exceda del peso indicado. El límite reglamentario de los 25 kilos para que el transporte del material se efectúe a cargo de la Administración es asumible y no vulnera ningún derecho constitucional ni precepto de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Dicha regla establece una excepción en el número 2 del precepto, al decir que para los casos excepcionales de internos sin medios económicos se estudiarán por parte de la Junta Económico Administrativa del Establecimiento Penitenciario las posibles medidas a adoptar, que deberán ser aprobadas por el Centro Directivo.

El interno reconoce en uno de los escritos presentados que el coste del traslado de su TV le supuso un cargo en su cuenta de peculio de 30 euros, lo que representa, dice, la mitad o un tercio de sus ingresos mensuales de forma que no cabe entonces cuestionar la afirmación del Centro Penitenciario relativa a la existencia de saldo para afrontar el pago, independientemente de la mayor o menor holgura o estrechez de los ingresos regulares del interno en su cuenta de peculio. La Junta Económico Administrativa denegó asumir el coste del traslado de la TV.; entendemos que tal decisión fue correcta.

Sin embargo no se ha acreditado por el Centro Penitenciario que el peso de los enseres del interno excediera de 25 kilos de forma que no podemos cuestionar la afirmación del recurrente de que tales enseres no superaban

ese peso, incluido el TV. De hecho, con el oficio aportado en esta segunda instancia ya queda claro que la razón por la que se deniega la asunción del coste del transporte por la Administración, no radica en el peso sino en que los aparatos de televisión al correr riesgo de deterioro no pueden ser trasladados en el vehículo de la conducción y deben serlo a cargo del interno a través de una agencia de transporte. El Centro Penitenciario se ampara en la Instrucción 6/2005.

Sin embargo, la interpretación que el Centro Penitenciario hace de la mencionada Instrucción es, cuando menos discutible, quizá a consecuencia de que la propia redacción de la Instrucción es un tanto farragosa o poco precisa. En nuestro Auto de 27 de mayo de 2009, recurso nº 171/2009, dimos otra interpretación, precisamente por la remisión en bloque que la Instrucción hace al 318 y dijimos: «Dicha Instrucción, bien interpretada entendemos que no es contradictoria con el artículo 318.2 del Reglamento Penitenciario. Dicha Instrucción presupone los límites de los 25 kilos que este establece. De forma que lo que realmente dice la misma es que si, no superando este peso, el interno porta objetos que puedan correr serio riesgo de deterioro durante la conducción en vehículo, serán transportados a través de agencias de transporte, siendo los gastos de envío a cargo de la Institución Penitenciaria».

Por tanto el recurso se estima.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables.

LA SALA RESUELVE

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por la letrada en nombre y representación del interno J.D.H. contra el Auto de fecha 16/09/2016 y el auto de fecha 16/12/2016, confirmatorio del anterior, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 10 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María en el Expediente número 3174/2016 y, en su consecuencia, debemos revocar dichas resoluciones y ordenar el reintegro económico al interno del coste del traslado de sus TV. objeto de este recurso.

40.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 06/03/17

Desestimación de queja por el suministro de calefacción.

HECHOS

El presente expediente se incoó en base a una queja formulada por el interno L.P.R. del Centro Penitenciario de Córdoba, aportándose por la Prisión la documentación que figura en el expediente. Remitido el expediente al Ministerio Fiscal por este se informó en el sentido de que procedía desestimarla.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

De la documentación obrante en el presente expediente y en particular el informe remitido por el Centro Penitenciario se desprende que la queja formulada no puede prosperar, pues no se aprecia infracción alguna por la Administración a la legislación penitenciaria, al resultar de las actuaciones practicadas que el Centro Penitenciario de Córdoba tiene concedida a la empresa Lecnor infraestructuras el mantenimiento de servicios de calefacción que se realiza a través de circuito primario de agua caliente que procede de 4 calderas conectadas a las unidades de tratamiento de aire instaladas en los módulos residenciales.

Según datos de la Agencia Estatal de Meteorología la temperatura media en Córdoba en los últimos treinta años durante los meses más fríos del invierno oscila entre los 16 a 18 grados de máxima a los 5 a 7 grados de temperatura mínima.

Desde la climatología de la ciudad resulta más complejo hacer efectivo el mandato del artículo 19.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria durante los meses de estío, donde las extremadamente elevadas temperaturas dificultan el mantener las correctas condiciones de habitabilidad de los módulos.

Resulta evidente que en un sistema penitenciario como el nuestro orientado a la reinserción (que se encuentra entre los más avanzados del mundo)

debe velarse por facilitar a los internos las mejores condiciones objetivas para cumplir la pena privativa de libertad.

Las necesidades de ajustes en todas las administraciones derivadas de las medidas de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria han determinado la necesidad de que el centro ajuste su presupuesto a los límites impuestos por el Centro Directivo.

En este marco el suministro de calefacción se ha establecido siguiendo parámetros objetivos; primando al módulo de enfermería, al módulo socio-cultural o al de aislamiento que por sus características arquitectónicas resulta más frío; manteniendo en ellos temperaturas ideales de habitabilidad de alrededor de 20 grados, con 24 horas de calefacción.

En los restantes módulos desde la llegada de la ola de frío, a finales de diciembre de 2016 hasta su remisión a finales de enero la calefacción ha estado funcionando de 6 a 8 horas y de 19 a 23:30 y en comunicaciones de 8:30 a 12:30 y de 15 a 19:30.

El servicio de calefacción se ha venido activando en los periodos invernales.

En atención a los argumentos expuestos,

ACUERDO: Desestimar la queja formulada por el interno L.P.R. que ha dado lugar a la incoación del presente expediente.

41.- PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE GRANADA NÚMERO 1 DE FECHA 24/03/17

La negativa a participar en rueda de reconocimiento puede constituir delito de desobediencia.

En virtud de lo acordado en el procedimiento de referencia, dirijo a Vd. el presente para que se comunique a este Juzgado la identidad de cuatro personas de características físicas similares al interno M.Á.E.M. y verificado lo anterior, se señalará la correspondiente rueda de reconocimiento

en dependencias judiciales y se notificará a dichas cuatro personas seleccionadas para formar parte de la rueda, la obligación legal que tienen de participar en dicha diligencia, como concreción del deber colaboración con la justicia que atañe a todo ciudadano, y apercibiéndoles expresamente de que la negativa a participar en dicha rueda puede constituir un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, determinando la deducción de testimonio e incoación de diligencias previas por el expresado presunto delito, castigado con pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses, según lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal. Se adjunta a los efectos oportunos copia de la resolución dictada acordándolo.

CAPÍTULO VI

ELEMENTOS Y CONSIDERACIONES DEL DELITO CSP EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

42.- SENTENCIA 288/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 20/04/17

Estimación parcial del recurso. No se aprecia el subtipo agravado de la realización de la conducta típica en un Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 17 instruyó Procedimiento Abreviado nº 80/2015, Diligencias Previas 371/2015, contra D. E., por un delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

“Hechos.- ÚNICO.- De la apreciación crítica de la prueba practicada resulta probado y así se declara que:

1.- La acusada, M.r., mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad por la presente causa, sobre las 12:10 horas del día 4.01.2015, entró en el Centro Penitenciario de “La Modelo” de Barcelona, con el fin de mantener un “ vis a vis” con su novio el cual se encontraba interno en el citado Centro Penitenciario, el acusado E., mayor de edad, sin antecedentes penales computables, nacional de Cuba y sin permiso de residencia en España y en situación de libertad por la presente causa. La acusada llevaba puesto un cinturón, el cual se quitó, en el cacheo previo al “ vis a vis”, al igual que otros objetos personales que fueron investigados por funcionaria del Centro Penitenciario quien, igualmente, procedió al cacheo de la visitante acusada, a quien se le hizo pasar por el arco detector, sin que ni en la inspección y el cacheo citados, se detectara la existencia de objeto o sustancias prohibidas por la legislación penitenciaria, por lo que se le devolvió el cinturón para que se lo volviera a poner a los fines que le

son propios (sujeción de su pantalón) y sin que, desde luego, resulte acreditado que en el interior del cinturón la acusada ocultase sustancia tóxica o estupefaciente. Al finalizar el “vis a vis” y previo a la salida del Centro Penitenciario, pasó obligatoriamente al “cuartito” donde le devuelven sus objetos personales, analizan aquello con los que entró al “vis a vis” (en este caso concreto, del cinturón que llevaba puesto), la sometieron a nuevo cacheo, pasó por el arco detector y, al no detectarse ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria (en concreto, sustancias tóxicas), se le dio autorización para abandonar el Centro Penitenciario.

Del mismo modo, el acusado pasó por el arco detector, fue cacheado y examinados sus objetos personales, antes del “vis a vis”, sin que se detectara por el funcionario actuante ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria (en concreto, sustancias tóxicas) por lo que se le dio su cinturón -de cuero marrón oscuro y modelo de caballero- para se lo volviera a poner a los fines que le son propios (sujeción de su pantalón).

Al salir, fue sometido al mismo protocolo por parte de un funcionario quien detectó un bultito en su cinturón, el cual pasaron por el escáner -igual que sus zapatillas deportivas- sin que se observase ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria (en concreto, sustancias tóxicas); sin embargo, el funcionario manipuló manualmente ese bultito, observó un agujero mayor de lo normal en la hebilla y, tirando de él, sin apenas esfuerzo, salieron dos paquetes que, a simple vista, contenían sustancia estupefaciente que parecía heroína.

2.- Debidamente analizada por la unidad de policía científica de los Mossos, la sustancia intervenida al acusado en el interior del cinturón que portaba -y del que no ha resultado acreditado que fuera el mismo que llevaba puesto la acusada cuando entró al “vis a vis”- distribuida en 2 paquetes, resultó ser heroína con peso neto de 0,40 gramos y una riqueza del 35+3% (un paquete) heroína con peso neto de 13,93 gramos y una riqueza del 32+-3% (el otro paquete), cuya finalidad era la distribución entre terceros dentro del Centro Penitenciario, sin que resulte acreditado que la acusada intercambiase el cinturón que sujetaba su pantalón por el cinturón que sujetaba el pantalón del acusado cuando éste entró en la habitación destinada al “vis a vis” con la acusada.

3.- No se ha acreditado fehacientemente el importe económico de la heroína incautada al acusado en el mercado clandestino.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

“Fallo. Absolvemos a la acusada M.R. del delito contra la salud pública por el que es siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables. Declaramos, en relación a ella, las costas de oficio.

Condenamos al acusado E. como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 6 años y 1 día . Le imponemos la mitad de las costas causadas.

Por la presente Resolución, oficiése al área de sanidad del la Delegación del Gobierno en Cataluña para que procedan a la destrucción de la sustancia intervenida al ser de ilícito comercio y dese al cinturón intervenido el destino legal”.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente:

Motivo primero.- Por la vía del artículo 849.1º de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal. Motivo segundo.- Por la vía del artículo 849.1º de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba. Motivo tercero.- Con sede en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia indebida aplicación del artículo 369.1º.7 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, se opone a los motivos del recurso, que subsidiariamente impugna, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal.

Argumenta que el Tribunal no ha contado con ninguna prueba del hecho de que el destino de la droga hallada al acusado fuera para la entrega a otros internos para su ilícito consumo.

La inferencia realizada por la Sala a partir del único hecho acreditado (es la posesión de 14,30 gramos de heroína) debe ser cuestionada a la vista de que la ausencia de cualquier dato objetivo periférico que permita inferir que el propósito o intención del recurrente era la distribución entre terceros dentro del Centro Penitenciario donde fue hallada, dados dos de los indicios que considera suficientes para excluir otra posibilidad alternativa: primero.- Que el acusado poseía la heroína escondida de manera muy hábil dentro de su cinturón; y segundo.- que en los Centros Penitenciarios está prohibida tanto la tenencia como el consumo, no determinan en modo alguno tal propósito o intención, dado que dicha inferencia no es la única posible, ni tampoco la más razonable; y el tercero que no resulta acreditado que el acusado, a la fecha de los hechos, fuera adicto a sustancias estupefacientes, en concreto, no es adicto a la heroína, es una conclusión que no se deduce de los datos obrantes en la causa, el informe pericial del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, sólo acredita que en las fechas próximas a la extracción del vello axilar, 23 noviembre 2015, no fuera consumidor, pero existe un elemento de prueba documental que consta en las actuaciones (folios 21 al 28 Rollo Sala), cuál es la información médica del acusado remitida por el Servicio Médico del Centro Penitenciario de Barcelona acreditativa de que en enero de 2015 presentaba dependencia a opiáceos, y existen además otros indicios que cuestionan la conclusión a la que llega el Tribunal sentenciador, no consta que el acusado realizara acto alguno de venta o entrega de droga, sólo se le ocupó heroína que no estaba distribuida en dosis y la cantidad aprehendida en total de 4,16 g. de heroína pura, 14,30 g. netos, no excede en mucho de la previsión normal

de un consumidor; no consta que se encontraran en su poder o en la celda que ocupa papelinas o instrumentos para preparar las dosis a vender; no consta que E. fuera objeto de vigilancias por sospechas de que se dedicara a la venta de droga, que mantuviera relación con internos consumidores, ni que fuera sorprendido en ocasiones anteriores realizando alguna operación de tráfico de sustancias estupefacientes.

Debemos recordar que el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que el presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla (Sentencia del Tribunal Supremo 724/2014 de 13 noviembre).

En este sentido es cierto que la cantidad de droga ocupada que permite por sí misma, excluir el destino al propio consumo, se ha venido modulando en la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo 1032/2010 de 25 noviembre, 1312/2011 de 12 diciembre y 285/2014 de 8 abril) en el sentido de que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que puede estimarse destinada, exclusivamente, al consumo propio y de la que pueda considerarse destinada a distribución a terceros, fijan unas pautas o baremos basados en el cálculo de consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del mínimo de días de posesión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y en los datos facilitados por organismos declarados al estudio del fenómeno de la droga; así el Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.01 ha fijado ese acopio en 5 días y el consumo medio en relación a la heroína en 0,6 gramos diarios, siendo el módulo determinante de autoconsumo 3 gramos como máximo (Sentencias del Tribunal Supremo 841/2003 de 12 junio, 423/2004 y 5 abril, 951/2007 de 12 noviembre) aun cuando tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las Sentencias del Tribunal Supremo 492/99 de 26.3, 2371/2001 de 5.12, 900/2003 de 17.6, declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la Sentencia del Tribunal Supremo 1262/2000 de 14.7: “La cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación...”.

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.

Ahora bien la cuestión del destino de la sustancia sólo puede ser objeto de controversia si el tenedor de la misma es consumidor, debiendo inferirse de ella su destino o no al autoconsumo, mientras que cuando se trata de no consumidores en principio debe deducirse su destino al tráfico (Sentencias del Tribunal Supremo 1003/2002 de 1 de junio, 1240/2002 de 3 julio).

En efecto la tenencia de droga por un no adicto resulta típica, dado que la misma no puede estar destinada al autoconsumo y es, en sí misma generadora del peligro abstracto de difusión de la droga que la norma quiere evitar (Sentencias del Tribunal Supremo 129/2003 de 8 febrero, 207/2003 del 10 julio).

El recurrente cuestiona los indicios tenidos en cuenta por el tribunal para inferir la concurrencia del elemento interno de la posesión de la heroína para, su posterior distribución a otros internos, cuales son la cantidad de heroína ocupada: 13,93 g. con riqueza del 32% y 0,40 g. y riqueza del 35% -esto es un total de 4,59 g. de heroína pura- que excede de lo que es se considera apropiada para el autoconsumo, la forma en que era llevada, escondida dentro del cinturón de manera muy hábil, y el que considera más significativo, la falta de acreditamiento de la previa dependencia, la no constancia de la adicción al consumo de heroína.

El recurrente considera, en contra de lo afirmado por la sentencia recurrida, que si está acreditada su condición de adicto a sustancias estupeficientes.

Cita al respecto el informe del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forense -folios 70,72- en el que consta la conclusión del informe pericial sobre análisis de vello axilar, en el que no se detecta ninguna de las sustancias investigadas, pero dicho informe lo único que permite concluir es que en las fechas próximas a la extracción del vello axilar, 23 noviembre 2015, el recurrente no había consumido las sustancias analizadas, pero no permite concluir que en la fecha del hecho enjuiciado 4 enero 2015, no fuera E. consumidor de heroína, máxime cuando el propio informe en sus consideraciones señalaba que “un resultado negativo en la detección de drogas de abuso en pelo no refuta el uso o la exposición a las drogas de abuso investigadas” y existe prueba documental (folios 21-28 Rollo Sala) información médica y farmacéutica remitida por el Servicio Médico del Centro Penitenciario de hombres de Barcelona acreditativa de que en enero 2015 se detecta un síndrome de dependencia a opiáceos, con visitas médicas los días 7, 8 y 12 con referencias al tratamiento de metadona.

Por ello considera acreditado que en la fecha de los hechos E. era consumidor de heroína, no consta que lo fuera en noviembre 2015, pero la prueba documental demuestra que sí lo era el 4 enero 2015.

Pretensión que deviene inaceptable

En primer lugar se omite que en el informe de los folios 70-72 también consta la práctica de análisis de sangre y orina con resultado ambos negativos.

En segundo lugar en un informe médico forense (folio 57 y siguientes) se concluye que:

1º El acusado refiere toxicomanía de inicio a los 17 años de edad con consumo de residuo de cocaína fumada, cocaína inhalada y heroína fumada, y no refiere ni acredita documentalmente enfermedad psiquiátrica ni trastorno mental consecuencia de sus adicciones

2º La exploración clínica actual del informado no pone de manifiesto la existencia de manifestaciones psicopatológicas agudas, ni trastornos de la personalidad con criterios de gravedad susceptibles de modificar sus capacidades intelectivas ni volitivas.

Y en lo concerniente a los documentos aportados desde el Centro Penitenciario (folios 21 a 28) es significativo cómo resalta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, que a fecha 13 junio 2014 “no refiere drogas y aunque durante seis meses hay otras consultas a la clínica, no es hasta el 7 junio 2015, esto es, tres días después de ocurridos los hechos, cuando manifiesta el que quiere comenzar tratamiento con metadona”. Pero no hay constancia de examen o circunstancia que objetivara la drogodependencia del acusado, y es sólo, una vez sorprendido con la posesión de la droga, a petición propia, y sin que conste dato objetivo alguno de que lo acredite, aparece la referencia señalada, lo que en palabras del Ministerio Fiscal “se asemeja más a una estrategia exculpatoria, que a la real constatación de drogodependencia”.

Consecuentemente la conclusión de la Sala de la falta de acreditación de circunstancias objetivas de la adicción del recurrente a sustancias estupefacientes -en concreto heroína- ni siquiera de un consumo esporádico y sobre el destino de la droga poseída al tráfico, no puede tildarse de absurda e ilógica.

.../...

TERCERO.- El motivo tercero, subsidiario de los anteriores, por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 369.1.7º del Código Penal.

Se argumenta que tal como consta en la relación de hechos probados el 4 enero 2015 E. mantuvo un vis a vis con su pareja sentimental. Al salir del mismo y ser cacheado se encontró heroína en el cinturón que llevaba puesto.

Dado que la droga fue aprehendida en el control posterior al vis a vis, no hubo posibilidad de que la droga traspasara al interior de los módulos de convivencia, no surgió, por tanto, el peligro real y concreto de que pudiera llegar a los internos. En estas circunstancias, conforme la jurisprudencia de esta Sala que transcribe, no procede la aplicación del subtipo agravado del artículo 369.1.7 del Código Penal.

El motivo deberá ser estimado.

Como hemos dicho en Sentencias del Tribunal Supremo 257/2015 de 6 mayo, 291/2009 el 17 marzo, 668/2009 de 5 junio, 642/2009 el 7 junio, 142/2010 de 25 febrero, 81/2014 de 13 febrero, y 257/2015 de 6 mayo entre otras muchas, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado la redacción de esta agravante ya que antes de dicha reforma se apreciaba cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se introducían o difundían en establecimientos penitenciarios, y, tras la mencionada reforma, se dispone su aplicación cuando las conductas descritas en el artículo 368 del Código Penal tengan lugar en establecimientos penitenciarios o en sus proximidades.

Sin embargo -sigue diciendo esta sentencia-, ello no supone que haya de ser rectificada, de modo radical, la doctrina jurisprudencial que había interpretado el alcance de la agravante con la anterior redacción, según la cual sólo se apreciará cuando la acción genere un peligro real de propagación dentro del centro penitenciario, excluyéndose en aquellos casos en los que la cantidad suministrada es reducida y destinada a un sujeto concreto (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998 y 29 de enero de 2001) ya que, no obstante ese cambio de redacción que amplifica el ámbito de su aplicación hasta el extremo de poderse aplicar cuando esas conductas se verifican en las proximidades del centro penitenciario, se mantiene la razón o finalidad que persigue el legislador y que justifica tan importante incremento de la gravedad de la pena, que puede pasar de los tres a los nueve años de prisión en supuestos como el que ahora examinamos. Es evidente, con la lectura del precepto, que en este subtipo ya no se recoge la introducción o difusión de la droga en el centro sino que se remite a los comportamientos estándares o nucleares previstos en el artículo 368 del Código Penal, que en este caso particular irían referidos a la posesión de la droga con propósito de entregarla a un interno, producida en el interior del centro penitenciario y que en principio, como se señala en la Sentencia de esta Sala 784/2007, de 2 de octubre, en una interpretación literal estricta,

habría que estimar el motivo, sin embargo, se señala en esa misma sentencia que la relevancia de la cuestión planteada y su rigurosa incidencia en la penalidad, obliga a llevar a cabo una interpretación más precisa de la nueva cualificación. Es importante en esta línea tratar de hallar la ratio agravatoria del subtipo que analizamos. Alguna idea apunta la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que nos dice: “El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabituación o rehabilitación”. De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los lugares en sí se protegen porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen mercados atractivos para los traficantes o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente restrictiva, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad. Pero esa misma restricción interpretativa deberá operar en orden a la fijación de sus contornos delimitativos si queremos respetar el principio de lesividad, al objeto de que no se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido. En este sentido el bien jurídico que la ley quiere proteger es el riesgo o peligro de que la droga acceda y se difunda entre estos colectivos de personas que ocupan los centros a que la ley se refiere. Sobre los criterios o principios expuestos debe construirse la cualificación. Por un lado, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario o sus alrededores para que acceda

a algún interno, debe hallarse superpuesto al delito básico, que está integrado por la posesión de drogas con propósito de destinarlas al consumo de terceros en general. En la superposición, partimos de un tipo delictivo de peligro abstracto, esto es, de la figura delictiva básica de la posesión de drogas para el tráfico del artículo 368 en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, entre las que no pueden excluirse en el plano teórico o dialéctico a los internos de un centro penitenciario. De ahí que entendamos que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, so pena de vulnerar el principio de lesividad en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular las que el legislador quería proteger de forma especial. En evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en nuestro caso estaría integrado por el colectivo de personas que residen o desarrollan actividades en dichos centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos. El subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto. Dentro de estos parámetros hermenéuticos, el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general ex ante cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto. Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieran la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga “en los alrededores” del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación. No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-2-2010, nº 142/2010, en relación con la vigente dicción del subtipo que se comenta, indica que la jurisprudencia reciente de esta Sala ha estimado que, así como el tipo

básico del delito de tráfico de drogas del artículo 368 Código Penal se construye sobre la estructura de un delito de riesgo abstracto, el subtipo agravado del núm. 8 del artículo 369 no puede construirse sobre la estructura de otro delito de riesgo abstracto porque se lesionaría el principio de lesividad y merecimiento de pena (máxime teniendo en cuenta el enorme salto cuantitativo que prevé el Código –mínimo nueve años de prisión–), con lo que se lesionaría el principio de proporcionalidad y de culpabilidad como medida de la pena. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que el subtipo agravado debe construirse sobre la estructura de un delito de riesgo concreto y ello desemboca en una interpretación muy restrictiva de dicho tipo.

En definitiva, como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo 784/2007 de 2 de octubre “...el subtipo se construyó añadiendo a un delito de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto... “Las consecuencias de esta construcción son claras; cuando la droga que se iba a introducir en el centro penitenciario es descubierta en los controles correspondientes, de suerte que no traspasa al interior del centro penitenciario, ni por tanto surge el peligro real y concreto de que pueda llegar a los internos, al ser ocupada, bien a la persona del exterior que la lleva, o bien al interno que la recibe de aquélla en un vis a vis, no procede la aplicación de tal subtipo y sí solo, el tipo básico.

En tal sentido, se pueden citar, además también las Sentencias del Tribunal Supremo 668/2009 en la que se dejó sin efecto la aplicación del subtipo agravado porque no existió posibilidad de que la droga accediera a los demás reclusos, al ser descubierta por los funcionarios de prisión; en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo 53/2009 de 26 de enero, referente a la introducción de droga para un hermano, en la que se rechazó el recurso del Ministerio Fiscal, o la Sentencia del Tribunal Supremo 291/2009 en la que también se rechazó el recurso del Ministerio Fiscal por inexistencia de peligro real de propagación al ser cantidad reducida y para una persona concreta, la Sentencia del Tribunal Supremo 1911/2002 de 18 de noviembre, droga descubierta en la “paquetería” del centro penitenciario, destinada a un interno. En definitiva, esta construcción es semejante a la del subtipo agravado décimo de dicho artículo --importación-- en la que se excluye tal agravación cuando la droga es descubierta en el mismo recinto aduanero, lo que acredita la eficacia de las medidas preventivas y

disuasorias, y al mismo tiempo, la imposibilidad de la circulación efectiva de la sustancia en territorio nacional.

En el caso presente la sentencia recurrida, tras considerar insuficientes para condenar a la pareja sentimental del acusado, M.R., las manifestaciones de la única testigo, funcionaria de prisiones, que había afirmado que el cinturón con que aquélla entró al vis a vis con E. era el mismo con el que salió este y en el que se intervino la heroína oculta en un agujero de la hebilla, aplica al acusado el subtipo agravado del actual artículo 369.1.7, al considerar, se sobreentiende porque no lo dice expresamente, que si no está acreditado que fuese M.R. quien le dio la heroína en el vis a vis, el acusado ya la portaba dentro del cinturón antes de su encuentro personal con aquella y por tanto, existió la concreta posibilidad de distribución de la sustancia entre los internos del Centro Penitenciario.

Razonamiento del tribunal que resulta inasumible.

La sentencia considera probado que antes del “vis a vis” el acusado pasó por el arco detector, fue cacheado y examinados sus objetos personales, antes del “vis a vis”, sin que se detectara por el funcionario actuante ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria (en concreto, sustancias tóxicas) por lo que se le dio su cinturón -de cuero marrón oscuro y modelo de caballero- para se lo volviera a poner a los fines que le son propios sujeción de su pantalón.

Al salir, fue sometido al mismo protocolo por parte de un funcionario quien detectó un bultito en su cinturón, el cual pasaron por el escáner -al igual que sus zapatillas deportivas- sin que se observase ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria (en concreto, sustancias tóxicas), sin embargo, el funcionario manipuló manualmente ese bultito, observó un agujero mayor de lo normal en la hebilla y, tirando de él, sin apenas esfuerzo, salieron dos paquetes que, a simple vista, contenían sustancia estupefaciente que parecía heroína”.

Por lo tanto si no se le detectó sustancia alguna a la entrada y sí solo a la salida del vis a vis, cabe una duda razonable sobre el origen de la droga, siendo factibles otras hipótesis alternativas, no solo que fuese M. R. quien se la proporcionase sin que hubiese sido detectada en el control previo, sino incluso que la droga estuviera ya en la habitación olvidada o perdida en un vis a vis anterior.

Existiendo alternativas a la hipótesis que justificó la condena por el subtipo agravado, susceptibles de ser calificadas razonables, ello impide satisfacer el canon de razonabilidad de la condena.

La estructura lógica del razonamiento o juicio sobre la prueba es débil y no alcanza las seguridades mínimas para responsabilizar al recurrente del subtipo agravado. La fragilidad o debilidad incriminatoria resulta incompatible con el juicio de certeza que debe generar toda prueba de cargo que fundamente la convicción del juzgador para dictar esa sentencia condenatoria y que se traduce por otra parte, en la falta de la necesaria racionalidad de la valoración cuando dicha prueba, por la inconsistencia e incertidumbre de que adolece, no excluye la duda razonable de un resultado valorativo diferente, sino que propicia y robustece tal posibilidad alternativa, cuando, como aquí sucede, el tribunal sentenciador se abstiene de precisar -más allá de la mera afirmación- las razones por las que se inclina por una de las alternativas que ofrece la prueba y excluye las que favorecen al acusado.

Consecuentemente como la droga que el recurrente llevaba oculta en el cinturón y que se iba a distribuir entre los internos fue descubierta en los controles correspondientes, de suerte que no traspasa al interior del centro penitenciario, y por tanto surge el peligro real y concreto de que pueda llegar a los internos, bien a la persona del exterior en la lleva, o bien al interno que la recibe en un vis a vis, no procede la aplicación de tal subtipo y si sólo el tipo básico.

CUARTO.- Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio, artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1º Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. E., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, de fecha 15 de marzo de 2016, dictada en las Diligencias Previas 371/15, del Juzgado de Instrucción nº 17 de Barcelona, que condenó por un delito contra la salud pública, y en su

virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 1226/2016, interpuesto por M.R., nacida el día NUM001 de 1989, en Jaén (Perú), hija de H. e I., nacionalizada española, con D.N.I. nº NUM002, y E., nacido el día NUM003 de 1981, en la Habana (Cuba), hijo de P. y S., sin residencia legal en España. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados proceden a dictar esta con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. J.R.B.G.T.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia precedente, existiendo una duda razonable de cómo y cuando llegó a poder del acusado la heroína que le fue ocupada al salir del vis a vis, oculta en el cinturón que llevaba, no procede la aplicación del

subtipo agravado del artículo 369.1.7 y sí el tipo básico del artículo 368 del Código Penal.

SEGUNDO.- Que en orden a la nueva individualización penológica no se aprecian razones suficientes para una exasperación punitiva y atendiendo a la escasa cantidad de droga que le fue intervenida, procede la imposición de la pena en su límite mínimo, tres años prisión.

FALLO

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

Manteniendo el resto de los pronunciamientos, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª de fecha 15 de marzo de 2016, debemos condenar y condenamos a E., como autor responsable de un delito contra la salud pública, sustancias que causan grave daño a la salud, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de 3 años prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la mitad de las cosas causadas.

43.- AUTO 850/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 18/05/17

No se aprecia el supuesto de entrega compasiva dada la cantidad de droga aprehendida y demás circunstancias del caso.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta), se dictó sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016, en los autos del Rollo de Sala 92/2016, dimanante de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado 84/2015, procedentes del Juzgado de Instrucción número 2 de Picassent, cuyo Fallo, entre otros pronunciamientos, señala:

“Debemos condenar y condenamos a N., como criminalmente responsable en concepto de autora de un delito contra la salud pública del artículo 368 segundo apartado del Código Penal, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de agravante de reincidencia y atenuante de parentesco, como muy cualificada, a la pena de 9 meses de prisión, accesoria de suspensión del ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 131,04 euros, con una responsabilidad personal de 5 días de privación de libertad en caso de impago voluntario o por apremio, acordando la destrucción de la droga y el pago de las costas del proceso”.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, N., bajo la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales Doña M.M.G.R., formuló recurso de casación y alegó, como único motivo, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

TERCERO.- Durante la tramitación del recurso, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que formuló escrito de impugnación e interesó su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación.

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

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- La parte recurrente alega, como único motivo de recurso, infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española.

A) Sostiene que los hechos por los que fue condenada tienen cabida en los supuestos de “entrega altruista y compasiva”, considerados atípicos, pues, en el caso concreto, con la entrega de la droga no persiguió contraprestación alguna, el destinatario era su hijo, es decir un familiar directo, la cantidad era reducida y no se dieron evidencias de que pudiese ser consumida por diversas personas. Afirmo, asimismo, que se limitó a pasar la sustancia que su hijo le demandó.

B) La función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba (Sentencias del Tribunal Supremo 25/2008 y 128/2008, Sentencia del Tribunal Supremo 448/2011, de 19 de mayo; 741/2015, de 10 de noviembre).

C) Los hechos probados de la sentencia, en síntesis y en cuanto afectan al objeto de recurso, señalan que la acusada, N. y su marido, el día 15 de diciembre de 2014, tenían concertada una visita con su hijo, interno en un centro penitenciario.

Ese día, sobre las 16:40 horas, cuando la recurrente y su marido ya se encontraban en el centro penitenciario y con carácter previo a que se realizase la visita, la acusada entregó, para su registro, un paquete dirigido a su hijo. Este fue registrado por un funcionario de prisiones quien halló escondido en los tacones de un par de zapatos 26,05 gramos de hachís, con un pureza del 6,7% y 2,69 gramos de heroína con una pureza del 21%.

El relato de hechos probados señala, asimismo, que la recurrente, al tiempo de los hechos, tenía antecedentes penales vigentes al haber sido condenada por un delito de elaboración/despacho de sustancias nocivas para la salud sin autorización (artículo 359 del Código Penal), por sentencia firme de fecha 7 de enero de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.^a, en el Procedimiento Abreviado 64/2013, a la pena de 2 años de prisión; pena que fue suspendida en fecha 21 de mayo de 2014, por tiempo de 4 años; suspensión que le fue notificada en fecha 24 de octubre del mismo año (Ejecutoria 3/2014 de la misma Audiencia Provincial).

La recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia pues, sostiene, los hechos por los que fue condenada constituyen un supuesto de “entrega altruista y compasiva” de droga.

Las alegaciones de la recurrente han de ser inadmitidas.

La sentencia patenta que la prueba vertida en el plenario fue válidamente propuesta y producida en ese mismo acto con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas. Asimismo evidencia que fue suficiente a fin de dictar sentencia condenatoria y que fue racionalmente valorada por la Sala a quo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que le permitió concluir que la recurrente realizó el hecho típico en los términos expuestos en el relato de hechos probados de la sentencia.

En concreto, el Tribunal de Instancia tomó en consideración como pruebas de cargo la declaración plenaria del funcionario de Instituciones Penitenciarias que realizó el registro del paquete; las declaraciones plenarias de los agentes de la Guardia Civil intervinientes; la declaración plenaria de la propia recurrente; y, como pruebas documentales, el informe de análisis de las sustancias estupefacientes intervenidas y el informe médico del centro penitenciario acreditativo de la toxicomanía del interno al tiempo de los hechos.

En primer lugar, como hemos adelantado, el Tribunal de instancia destacó en sentencia la declaración del funcionario de Instituciones Penitenciarias, quien afirmó en el plenario que la recurrente le entregó un paquete para su registro que estaba destinado a su hijo, interno, y que, cuando realizó el registro del mismo, encontró la droga referida en el relato de hechos probados de la sentencia en el interior de los tacones de un par de zapatos. Asimismo, declaró que, por ello, llamó a los agentes de la Guardia Civil intervinientes.

En segundo lugar, la Sala a quo tomó en consideración como prueba de cargo la declaración coincidente de los agentes de la Guardia Civil, quienes afirmaron en el plenario que la droga se encontraba en el paquete antes señalado, concretamente, en los tacones de un par de zapatos.

En tercer lugar y de forma especial, el Tribunal de instancia valoró como prueba de cargo la declaración plenaria de la recurrente quien reconoció que ella había ocultado la droga en el paquete antes señalado y que estaba destinada a ser entregada a su hijo.

Como pruebas documentales, el Tribunal de instancia tomó en consideración, de un lado, el informe de análisis de las sustancias ocupadas

demostrativo de su clase, nocividad, cantidad y pureza (26,05 gramos de hachís, con una riqueza del 6,7%; y, 2,69 gramos de heroína, con una pureza del 21%, es decir, 0,5649 gramos de heroína pura). Y, de otro lado, el informe médico del centro penitenciario en el que se acredita que el hijo de la recurrente y destinatario de la sustancia ocupada, era toxicómano por consumo de heroína, cocaína y benzodiazepinas y que, al tiempo de celebración del juicio oral, se encontraba incluido en el programa de mantenimiento con metadona.

De conformidad con lo expuesto, no es dable el reproche formulado por la recurrente por cuanto el Tribunal de instancia valoró racionalmente la prueba de cargo antes expuesta y concluyó que la recurrente introdujo en el Centro Penitenciario la droga ocupada y que la transportaba con la intención de entregársela a su hijo interno, sin que tal consideración pueda ser calificada de irracional o arbitraria y, por tanto, sin que pueda ser objeto de censura casacional pues, hemos dicho reiteradamente, que “el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen el acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas) sino que cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario” (Sentencia del Tribunal Supremo de 28-1-2001 y Sentencia del Tribunal Supremo 33/2016, de 19 de enero).

En último término, daremos respuesta al reproche formulado de forma concreta por la recurrente consistente en que el Tribunal de instancia debió considerar atípica su conducta al tratarse de un supuesto de “entrega altruista y compasiva”.

Hemos dicho que, “aunque en la extensiva tipificación del delito de tráfico de drogas contenida en el artículo 368 del Código Penal se hallan comprendidas las actividades de donación de estupefacientes y de posesión de tales sustancias con vistas a una transmisión gratuita de las mismas, esta Sala ha venido considerando carentes de antijuridicidad y, por ende, atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación de cantidades mínimas de drogas tóxicas a familiares próximos o allegados,

cuando se encuentren presididas por la única finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen.

No obstante, tal doctrina habrá de aplicarse de forma restrictiva, exigiéndose para ello las siguientes condiciones: A) Que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada. B) Que la facilitación del estupefaciente sea gratuita. C) Que se trate de cantidades mínimas de estupefaciente, para su consumo inmediato, a poder ser en presencia del suministrador. D) Que la facilitación de la sustancia tóxica responda al propósito de aliviar el síndrome de abstinencia que sufre el donatario a causa de su adicción a la droga proporcionada, debiendo ponderarse si la crisis de abstinencia del donatario hubiese podido ser combatida mediante el adecuado tratamiento médico en el centro penitenciario” (Sentencia del Tribunal Supremo 1704/2002, de 21 de octubre y, en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo 53/2009, de 26 de enero y 668/2009, de 5 de junio).

De conformidad con la jurisprudencia expuesta, tampoco en este caso asiste la razón al recurrente, por cuanto, como de forma expresa señaló el Tribunal de instancia, la conducta por la que fue condenada la recurrente no podía estimarse dirigida, de forma exclusiva, a paliar el síndrome de abstinencia de su hijo, no cumpliéndose la totalidad de los requisitos jurisprudenciales antes relacionados.

En concreto, en la conducta de la recurrente no concurrió, en primer lugar, el requisito de que “la facilitación de la sustancia tóxica respondiese al propósito de aliviar el síndrome de abstinencia, que sufre el donatario a causa de su adicción a la droga proporcionada”, ya que su hijo solo sufría síndrome de abstinencia respecto de las sustancias estupefacientes, cocaína, heroína y benzodiacepinas, como expresamente refiere la Sala de instancia, pero no respecto de la sustancia estupefaciente hachís que también fue ocupada. Y, en segundo lugar, por cuanto tampoco concurrió el requisito de que “se trate de cantidades mínimas de estupefaciente, para su consumo inmediato, a poder ser en presencia del suministrador “ pues el hachís intervenido, en ningún caso podría ser consumido de forma inmediata, ya que tenía un peso de 26,05 gramos de hachís, es decir, 5 veces la cantidad de consumo diario estimado, de conformidad con lo expuesto en el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de esta Sala de fecha 19 de octubre de 2001.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal de instancia, en atención a la racional valoración de la prueba antes expuesta y, en particular, en atención a la cantidad y variedad de droga ocupada, concluyó que la conducta de la recurrente no podía ser subsumida en los supuestos de “entrega altruista y compasiva” sin que tal conclusión, asimismo, pueda ser considerada ilógica o arbitraria y, por ende, sin que pueda ser objeto de reproche casacional en esta Instancia.

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

En su consecuencia, procede adoptar la siguiente:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por la recurrente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

44.- SENTENCIA 28/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO DE FECHA 18/07/17

Delito contra la salud pública en grado de tentativa; interceptación de la droga en los controles de entrada.

ANTECEDENTES

PRIMERO: El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones elevadas a definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 en relación con el ordinal 7º del artículo 369 del Código Penal, en grado de tentativa, artículo

16 del Código Penal, estimando criminalmente responsable en concepto de autor al referido acusado (artículo 28.1 del Código Penal), con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, artículo 22.8º del Código Penal, de la responsabilidad criminal, solicitando le fuera impuesta la pena de cuatro años y nueve meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, doscientos euros de multa, con quince días de privación de libertad en caso de impago, y pago de costas.

SEGUNDO: La defensa del acusado, en el mismo trámite de calificación, solicitó la libre absolución del procesado.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que “En el mes de octubre de dos mil quince el acusado, J., nacido en 1970, ejecutoriamente condenado en sentencias de 12 de marzo de 2007, firme el 28 de abril de 2008, de 22 de octubre de 2008, por delito contra la salud pública por tráfico de drogas, de 22 de octubre de 2008, firme el 9 de diciembre de 2008, por delito de robo, de 22 de mayo de 2012, firme el 4 de abril de 2013, por delito contra la salud pública, de 15 de enero de 2013, firme el mismo día, por delito de atentado, de 8 de marzo de 2013, firme el 3 de abril de 2014, por delito de robo con fuerza en las cosas, de 25 de noviembre de 2013, firme el mismo día, por delito de robo con fuerza en las cosas y de 27 de febrero de 2016, firme el mismo día, por delito de hurto, obtuvo un permiso de salida del Centro Penitenciario Ocaña II, en donde cumplía condena.

En la mañana del día diecinueve de octubre, una vez finalizado el permiso, regresó al citado establecimiento penitenciario portando una sustancia de color pardo oscuro, de 4,5 gramos de peso, que tras su análisis resultó ser resina de hachís, un envoltorio con una sustancia que, después de ser analizada, resultó ser cocaína, con un peso de 0,95 gramos y una riqueza media del 73,5%, y dos envoltorios que contenían una sustancia que tras ser analizada resultó ser heroína, con un peso de 0,22 gramos y una riqueza media del 55,9%. Todo ello lo envolvió y lo introdujo en la zona rectal de su cuerpo.

La referida sustancia, que el acusado portaba con el fin de destinarla a la entrega a terceros, habría alcanzado, en el mercado ilícito, un valor de

veinticuatro con ochenta y nueve euros, el hachís, ciento sesenta y nueve con sesenta euros la cocaína y cuarenta y seis con treinta y dos la heroína.

En el momento de acceder al centro fue detectada la posible presencia de las citadas sustancias, lo que se comunicó al acusado quien en ese mismo momento reconoció que las portaba, autorizando asimismo la realización de una prueba radiológica para confirmarlo.

El acusado inició en abril de mil novecientos noventa y siete tratamiento para la deshabitación al ser adicto a la heroína, la cocaína y benzodiazepinas, tratamiento que continuaba al menos hasta agosto del pasado año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados resultan de una valoración, con arreglo a las previsiones del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de las pruebas que se han practicado en el acto de la vista oral.

Por lo que respecta a los hechos no hay discusión, el acusado los ha reconocido en todo momento, incluso antes de que el procedimiento se iniciase puesto que estando cumplimentando los trámites de su reingreso a la prisión es cuando detectan la posible presencia de la droga en el interior de su cuerpo.

Se trata de analizar, lo que se realizará en el lugar adecuado, la finalidad de esa posesión porque según afirma J. era para su consumo.

Por lo demás los resultados analíticos constan en los respectivos informes y el que el acusado está sometido a un tratamiento de deshabitación resulta del informe presentado en el acto de la vista oral.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito intentado contra la salud pública por tráfico de drogas, previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero inciso primero, y 369,7 en relación con los artículos 16 y 62 del Código Penal.

Es sabido que el delito contra la salud pública por tráfico de drogas recoge un amplio abanico de conductas que el legislador ha estimado como merecedoras de reproche penal. Así podemos distinguir lo que se estima como actos previos, como el cultivo y la elaboración o el transporte, ac-

tos principales de tráfico, como es la entrega, mediante precio o no, de la sustancia pero también la simple posesión cuando la misma tiene como finalidad la posterior entrega a terceros.

Así pues desde el punto de vista de la acción, cuando nos encontramos con el supuesto citado en el último lugar, no hay ninguna diferencia entre la posesión preordenada al tráfico y la posesión para el propio consumo siendo en el análisis del tipo subjetivo en donde se establece la diferencia.

En lo que ahora interesa estamos ante la presencia de tres sustancias estupefacientes, dos de ellas de las que causan grave daño a la salud y respecto de las que no está permitido el libre comercio por lo que se dan todos los elementos del tipo objetivo del delito por el que se acusa.

El delito, sin embargo no se llegó a consumir puesto que la sustancia es intervenida cuando el acusado se encontraba cumplimentando los trámites para su reingreso al centro penitenciario.

La jurisprudencia ha admitido, si bien de forma muy restrictiva habida cuenta la definición del delito, la posibilidad de que el delito contra la salud pública pueda quedar en una forma imperfecta de ejecución. La sentencia 975/2016 de 23 de diciembre lo recuerda con abundante cita de resoluciones anteriores al tiempo que señala las pautas que se han de dar para que pueda hablarse de delito intentado. Y en particular la sentencia 335/2008 de 10 de junio explica “La tentativa requiere los siguientes elementos:

- La existencia de una decisión de cometer el delito, esto es, el dolo dirigido a la realización del supuesto de hecho típico. El tipo subjetivo del delito intentado es idéntico que el tipo subjetivo del delito consumado, es decir, tiene que abarcar la totalidad de los elementos objetivos del tipo, incluidas las calificaciones de los tipos cualificados y en su caso, los especiales elementos de la autoría.

- Resulta necesaria la transformación de la decisión en una acción que no solo sea preparatoria sino que constituya un comienzo de la ejecución propia del delito. Conforme al artículo 16 del Código Penal hay tentativa cuando el sujeto “da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores”, esto es, la tentativa requiere el comienzo de la ejecución y solo a partir de ese momento habrá una lesión de la norma penal, pues con anterioridad solo estaremos ante actos preparatorios del delito no punibles en general.

En la dogmática se presenta problemática la delimitación de la tentativa y la preparación, esto es, trazar la frontera entre el ámbito de lo punible y lo no punible, admitiéndose que una delimitación cierta posiblemente no sea segura. Así hay autores que consideran que la línea limítrofe o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad, concretamente en la zona del tipo por ellas afectada de tal manera que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados como de ejecución, mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta, vienen siendo calificados como preparatorios de tal suerte. Criterio éste que recibe el nombre de teoría forma objetiva.

En la actualidad se sigue ampliamente la teoría individual objetiva. Toma como punto de partida la necesidad de combinar criterios objetivos (tanto formales -tipo- como materiales -proximidad del tipo-) y subjetivos o individuales (la representación del autor).

No puede prescindirse de las representaciones del autor, pues en aquellos casos en que se trata de comportamientos exteriormente equívocos, solo la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con las representaciones del autor, pues la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación.

Así, algún autor entiende que la exigencia de dar principio directamente a la realización del tipo significa que las acciones de la tentativa, son sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo. Es decir, lo decisivo es que el comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales.

- La tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al

menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el artículo 16 de que los actos ejecutados “objetivamente deberán producir el resultado”. Ello, ante la cuestión de si tras la reforma del Código Penal. 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuado para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el artículo 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo (Sentencias del Tribunal Supremo 1000/99 y 1234/2002), esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos (“ut, quod prelumque accidit”), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.

- La no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el artículo 16, “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta”. La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico.

La tentativa supone que falta alguno (cualquiera) de los elementos objetivos del tipo y no solo el resultado. Así, hay tentativa, tanto cuando falten

en el autor las condiciones especiales requeridas por el tipo como cuando el resultado no es imputable a la acción, aunque fuese pretendido por el sujeto. Por tanto no es atendible la teoría de la falta de tipo que reduce conceptualmente la tentativa a la ausencia de resultado, considerando que cuando falta cualquier otro elemento del tipo objetivo estamos ante un hecho atípico.”

Si esta doctrina la aplicamos a los hechos que en este caso se han cometido, vemos que el acusado pretendía introducir la droga en el centro penitenciario, que era perfecto conocedor de todos los elementos porque además de la naturaleza del establecimiento era perfecto conocer de todos los demás que definen el delito puesto que conoce que se trataba de sustancias estupefacientes, por tanto de ilícito comercio, y su voluntad era, a pesar de todo ello, llevar a cabo el acto de introducir la droga. Ahora bien, el resultado material de acceso al interior de la prisión no se pudo producir por la intervención de los funcionarios, que ya en el control de acceso sospecharon que Justo portaba droga, poniendo con ello fin a la posibilidad de que se completase el subtipo agravado del artículo 369,7.

El riesgo para el bien jurídico protegido quedó con ello muy mermado lo que forzosamente tendrá su reflejo en la pena que se haya de imponer.-

TERCERO.- Del expresado delito resulta criminalmente responsable en concepto de autor, conforme a los artículos 27 y ss. del Código Penal, J., por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución.

En relación con la autoría poco se puede añadir al expreso reconocimiento que en todo momento ha mantenido el acusado acerca de la posesión de la sustancia y de que su intención era acceder con ella al interior de la prisión.

Lo que en realidad constituye su base argumental para la negación del delito es que las sustancias intervenidas no tenían como destino su posterior entrega a terceros sino su propio consumo.

Como recuerda el Tribunal Supremo cuando se ha de examinar el fin o destino de la sustancia que se porta es necesario hacerlo desde la óptica de la prueba de indicios, teniendo en cuenta todos los hechos que de un modo racional conduzcan a la afirmación de ese fin ilícito, y ello porque al ser el fin de la posesión un elemento que se encuentra en lo más profundo de la

persona no exista, salvo el propio reconocimiento, posibilidad de acreditarlo por medios directos.

Pues bien, esta Sala estima que en este caso de los datos con los que se cuenta se ha de llegar a la conclusión de que el acusado poseía la droga para su posterior entrega a terceros.

Es un hecho cierto que el acusado es adicto a sustancias estupefacientes, así resulta del informe aportado en el acto de la vista, sin embargo no es menos cierto que según el mismo lleva en tratamiento de deshabituación desde mil novecientos noventa y siete por lo que en el momento en que se cometen los hechos ya lo estaba con lo que o bien se acredita que aún no tenía superada su adicción, lo que no resulta de la prueba aportada, o bien se ha de concluir que la droga no la poseía para ser consumida por el acusado, con lo que solo puede concluirse que era para su entrega a terceros. No se escapa a esta Sala que el acusado ha dicho que durante ese permiso tuvo una recaída, y es por ello por lo que tenía las sustancias intervenidas, sin embargo no podemos darlo por cierto puesto que no ha ofrecido ni un solo detalle acerca de las causas por las que recayó, ni tampoco ha probado consumo alguno durante el permiso.

También se ha de tener presente que según el mismo informe citado la adicción del acusado es a la heroína, la cocaína y las benzodiacepinas, sin embargo no se refiere a que sea consumidor de hachís y esta sustancia, además en la forma que presenta la mayor concentración de tetrahidrocannabinoles, también la portaba el acusado. Si no se ha probado que fuese consumidor de la misma y sin embargo la llevaba, forzoso es concluir que su destino era su entrega a terceros puesto que no existe ninguna otra explicación lógica para ello.

Tampoco está de más señalar cual era la pureza de la heroína y la cocaína. Según el informe de valoración las dosis medias de tal sustancia tiene un grado de pureza en torno al cuarenta y cinco por ciento en lo que se refiere a la cocaína y alrededor de un treinta y cinco por lo que respecta a la heroína y resulta que la que fue hallada en poder de J. tenía una pureza de más del setenta y tres por ciento, por lo que se refiere a la cocaína, y más del cincuenta y cinco por ciento en lo que respecta a la heroína. El consumo de una sustancia de tanta pureza supone un riesgo no irrelevante y conocido por todo consumidor, incluso para quien aun siendo adicto no está acostumbrado a niveles de concentración tan altas puesto que ambos

casos se trata de porcentajes que casi alcanzan el doble de la pureza habitual de una dosis. La explicación que se puede encontrar a este hecho es que la droga iba luego a ser adulterada para situarla en niveles de pureza cercanos al consumo habitual.

Y también puede hablarse del hecho de que el acusado ha sido condenado en varias ocasiones por delito contra la salud pública por tráfico de drogas.

Todos estos datos llevan a esta Sala a deducir que las sustancias que tenía en su poder el acusado iban destinada a su posterior entrega a terceros.-

CUARTO.- En la realización del expresado delito concurre la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 y la atenuante analógica de confesión del hecho del artículo 21.7, ambos del Código Penal.

Por lo que respecta a la agravante basta con hacer ver que ha sido ya condenado por delito contra la salud pública por tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla que fue firme el 4 de abril de 2013, para comprobar que tal antecedente ni estaba ni podía estar cancelado en el momento en que se cometen los hechos objeto de este. Ello sin perjuicio de antecedentes posteriores que llevan consigo un retraso en el cumplimiento del plazo que el artículo 136 del Código Penal establece para la cancelación.

Por lo que se refiere a la atenuante entiende esta Sala su concurrencia porque aun cuando son los funcionarios los que toman la iniciativa para la averiguación de los hechos lo cierto es que desde el primer momento el acusado los reconoce, y otorga todo tipo de facilidades para que puedan ser comprobados de un modo objetivo. Ciertamente es que incluso con el mero transcurso del tiempo se habría advertido la presencia de la droga pero no lo es menos que con su postura de colaboración el acusado agilizó no solo la demostración de la presencia de la droga sino también la instrucción.

No se puede negar que en todo momento ha sostenido un destino de la droga diferente al que realmente tenía, lo que pudiera hacer pensar que no se da un elemento esencial para que pueda hablarse de colaboración, pero no se puede pasar por alto que estamos hablando de una circunstancia por analogía no de identidad de los hechos con una circunstancia prevista, porque si hubiera confesado el hecho se trataría de la atenuante del artículo 21.4 y, a tenor de la importancia que tendría el asumir un elemento subje-

tivo de muy difícil prueba, según se ha dicho, podría plantearse incluso la posibilidad de apreciarla como muy cualificada, lo que no sucede en este caso en que por falta justamente ese expreso reconocimiento de que la droga iba destinada a su entrega a terceros su colaboración no ha sido esencial pero tampoco irrelevante.

No desconoce esta Sala que el Tribunal Supremo ha señalado que las atenuantes por analogía no pueden servir de marco para eludir la necesidad de que consten todos los requisitos que el legislador ha contemplado para la estimación de una circunstancia atenuante, en tal sentido se puede citar la sentencia 977/2012 de 30 de octubre “Lo que define el artículo 21.7º es una atenuante por analogía no unas atenuantes “incompletas” al modo establecido para la eximentes en el artículo 21.1º. Convertir el artículo 21.7º en atajo para burlar los requisitos que el legislador ha previsto para cada atenuante es una exégesis no asumible puesto que deroga de facto el requisito. Si la atenuante del artículo 21.4 requiere que se proceda a la confesión antes de que el culpable conozca que el proceso se dirige contra él, dar cabida en la atenuante analógica a los casos en que falta uno de los requisitos equivale a suprimirlo. Si se argumenta que cuando el culpable acepta los hechos ya conoce que la autoridad lo ha implicado, hay que aplicar la atenuante analógica, se estará diciendo que en definitiva ese requisito no es exigible en abierta contradicción con la voluntad del legislador”. Pero conviene destacar, del párrafo transcrito, que la limitación la concreta en cuanto al momento en que se produce el reconocimiento, esto es, que no puede aplicarse por analogía la confesión del hecho cuando el procedimiento ya se dirige en su contra, y en no pocas ocasiones ya conoce las pruebas que se tienen para su imputación, y que lo que exige es el reconocimiento de los hechos, no la culpabilidad de los mismos.

Además según señala la sentencia 240/2012 de 26 de marzo , tras hacer un análisis de los elementos y requisitos de esta atenuante, “De todo ello hemos de convenir que la nota que debe exigirse en la confesión para su estimación como atenuante analógica es la de su utilidad, utilidad para facilitar la investigación, dejando la relevancia de la colaboración del confesante en otro espacio de tal analógica, que en su caso puede ser conceptualada, en función de los datos aportados, como muy cualificada. Solamente desde esta distinción, puede trazarse una más nítida y adecuada línea de separación entre ambos niveles de bonificación por razones de política cri-

minal, intentando la mayor de las precisiones en la interpretación de las normas penales”

Utilidad que en este caso se da, aun cuando no resultaba esencial para la determinación de los hechos porque tarde o temprano los mismos iban a salir a la luz, pero no puede negarse que al reconocer que se porta la droga y luego permitir que se le realizara un examen radiológico J. contribuyó a la agilización del procedimiento, actitud que no puede ser desdeñada.

QUINTO.- En orden a la pena a imponer, y conforme a lo establecido en el artículo 72 del Código Penal, según el tipo base, corresponde la pena de un año y medio de prisión y multa de setenta euros, con un día de responsabilidad personal subsidiaria en caso de insolvencia.

Estima esta Sala que a tenor del mínimo riesgo que para el bien jurídico protegido se produjo en este caso procede la rebaja en dos grados y no solo uno como el Ministerio Fiscal solicita.

En efecto, solo podemos dar por probado que es en uno de los controles de acceso cuando se descubre la droga pero no el rigor o intensidad de ese control, si se tratase de uno en el que, por haber superado ya otros, fuera altamente posible el que la droga llegase al interior de la prisión la rebaja en un grado seria adecuada, pero esa duda o vacío no puede jugar en contra del acusado. Además el que se utilizaran medios muy específicos para la detección de sustancias reducía aún más el riesgo de que pudiera conseguir su objetivo.

Por otro lado la concurrencia de dos circunstancias modificativas de la responsabilidad nos lleva a establecer la pena en el mínimo legal. No se aprecia que persevere un elemento de agravación.

SEXTO.- Los responsables criminales de un delito o falta, lo son también civilmente, con la extensión determinada y el carácter expresado en los artículos 109 y ss., así como los artículos 116 y concordantes del Código Penal, sin embargo en este caso no existe ni daño que reparar ni perjuicio que resarcir por lo que no se ha generado responsabilidad civil que ahora haya de ser objeto de pronunciamiento.

SÉPTIMO.- Las costas procesales se han de imponer por ley a todo criminalmente responsable de un delito o falta, ya totalmente ya en la parte proporcional correspondiente, si hubiere varios acusados o no fueren responsables de todas las infracciones criminales objeto del procedimiento,

conforme establecen los artículos 123 del Código Penal y 240.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado J., como autor criminalmente responsable de un delito intentado contra la salud pública por tráfico de drogas, con la concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante analógica de confesión del hecho, a la pena de **UN AÑO Y MEDIO DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, **MULTA DE SETENTA EUROS**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria en caso de insolvencia, así como al pago de las costas causadas en el procedimiento.

45.- SENTENCIA 490/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA DE FECHA 13/11/17

Condena como autores del delito al interno y a su compañera sentimental por sustancias incautadas a esta en cacheo realizado antes de la comunicación.

HECHOS PROBADOS

F.V.G., mayor de edad y con antecedentes penales vigentes pero no computables a efectos de reincidencia, en el mes de febrero de 2014 se encontraba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario El Acebuche de Almería cuando solicitó a su compañera sentimental, Y.B.G., mayor de edad y sin antecedentes penales, que introdujera en el Centro Penitenciario y le entregara metadona, hachís y apazolán para su posterior distribución y venta a los internos de aquella institución.

Y.B.G. aceptó la solicitud de su compañero F.V., y el día 7 de febrero acudió al Centro Penitenciario para visitarle portando oculta bajo sus ro-

pas, un trozo de hachís, 59 comprimidos de aprazolán y 6 comprimidos de metadona. Tales sustancias fueron intervenidas en el registro que se hizo a la misma por la funcionaria del Centro Penitenciario, pues aun cuando inicialmente Y. se negó a tal cacheo, finalmente aceptó se realizase en dependencia de la Guardia Civil.

La droga intervenida, una vez analizada, resultó ser hachís con un peso neto de 3 gramos y una riqueza en THC del 36,11%, 6 comprimidos de metadona con peso neto de 1,17 gramos y 59 comprimidos de alprazolán con un peso neto de 15,29 gramos. El valor de la droga ha sido estimado en 267,44 euros.

Y.B.G. presenta un retraso mental leve que afecta ligeramente a su capacidad de entender y obrar en relación a los hechos cometidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados en la presente resolución son constitutivos del delito contra la salud pública, por sustancias que causan grave daño a la salud, definido y sancionado en el art. 368, inciso primero del Código Penal por el que formula acusación el Ministerio Fiscal.

En efecto, concurren los distintos elementos que tipifican dicha infracción, tratándose de un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, consumándose la infracción con la ejecución de alguna de las acciones incluidas en el precepto penal, siendo sujeto el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección de la norma (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 781/2003, de 27 de mayo). Como decimos, en el presente caso concurren todos los elementos esenciales que configuran el referido tipo penal, y que son:

a) Un elemento de tipo objetivo, cual es la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas de dichas sustancias, incluyendo por tanto la tenencia o posesión con finalidad de tráfico de dichas sustancias.

b) Que el objeto material de esas conductas sea alguna sustancia de las recogidas en las listas de los Convenios internacionales suscritos por España, entre otros instrumentos, en la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961 (ratificada por España el 23 de abril de 1966) y en el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, firmado en Viena, el 21 de febrero de 1971 (instrumento de Adhesión, de 2 de febrero de 1973, B.O.E. de 9 y 10 de septiembre), A las Listas I, II y IV de la Convención remitía el artículo 2.1 de la Ley 17/1967, de 8 de abril. De esta forma, en atención a la gravedad del daño que la sustancia puede causar a la salud el mencionado artículo 368 del Código Penal distingue entre aquellas sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas otras que no (en el primer grupo, según reiterada doctrina jurisprudencial, la heroína, cocaína, LSD o anfetaminas, entre otras, y en el segundo, el hachís y derivados del cáñamo índico, como la marihuana o la grifa, principalmente, aunque también determinados sustancias psicotrópicas de uso médico como el alprazolam o el cloracepato).

c) Un elemento subjetivo, tendencial, del destino al tráfico ilícito de las sustancias en cuestión, y quedando fuera las conductas de autoconsumo, que es atípico. A tal fin, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que el elemento típico de la intención de traficar, es una inferencia judicial, una deducción que el tribunal realiza desde los elementos objetivos acreditados (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1142/2001, de 12 junio). Y dentro de tal inferencia, la cuantía de la droga constituye ordinariamente el dato más importante para, a través de él, poder afirmar el destino de la droga poseída. Pero junto a la cantidad de droga existen otros elementos que pueden coadyuvar a inferir el destino al tráfico de la droga, por ejemplo, los útiles para determinar su peso, los empleados para su envoltorio, medios o instrumentos adulterantes o para la comercialización de la misma, las circunstancias y medios con que cuente el sujeto que sean incongruentes con su posición económica, singularmente su condición de no consumidor ni adicto a drogas y cualquiera otra reveladora de sus intenciones de participar en las conductas antedichas.

En este caso, tal y como vamos a analizar, concurren todos los elementos del tipo, así la existencia de la conducta activa de tráfico consistente en la entrega de la droga por una acusada al otro acusado para su ulterior distribución; las concretas sustancias, dos de ellas que no causan grave daño al salud como el cannabis y las pastillas de alprazolam, pero la tercera,

metadona calificada como de las que causan grave daños a la salud, como señala el Tribunal Supremo en sentencias como la de 30 de julio y 12 de julio de 1997, o la de 30 de enero de 2004; así como el elemento subjetivo y tendencial de dedicarlas al tráfico, como evidencia la admisión de la acusada en el sentido querer entregarlas al otro acusado, y en éste, por la diversidad y cantidad de sustancia, como después analizaremos.

SEGUNDO.- Efectivamente, partiendo de lo anterior, y tras una valoración en conciencia de la prueba practicada en el acto de la vista oral (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se concluye en la concurrencia de todos los anteriores requisitos y en la participación de ambos acusados en los hechos, del modo que se expresa en los hechos probados.

De este modo ante el contenido de las declaraciones de los dos acusados, admitiendo la realidad del previo concierto para la entrega de la droga por parte de Y. a J.F., junto a las manifestación de la Funcionaria de Prisiones, que aprehendió físicamente la droga, determina que en unión a la analítica de dichas sustancias obrantes a los folios 56 y ss de la causa, y que no han sido impugnados por ninguna parte, que se concluya en la realidad de los hechos declarados probados.

Y.B.G., sostuvo en instrucción (folio 39), ratificando lo que ya manifestó ante la Guardia Civil, que llevó las sustancias al centro penitenciario ante la petición expresa de su pareja sentimental, que le convenció para hacerlo, y que su pareja le había pedido todas las sustancias sabiendo que estaba prohibido y escondiéndolas en su ropa interior. En el acto de la vista, sostuvo que no quería llevar la droga a la centro penitenciario, pero como vio a su pareja muy mal, decidió hacerlo. Aunque no fue tajante, alegando en un primer momento que el acusado no se lo pidió, posteriormente admitió que su pareja le pidió que llevase la droga, y por eso la llevó. Incluso sostuvo que se lo había pedido tantas veces que ella decidió castigarle y estuvo tres meses sin ir a verle.

Por su parte F.V.G., tal y como ya había sostenido en instrucción, mantuvo en el acto de la vista que interesó de su pareja le llevase solo tranqui-mazin para unos ataques epilépticos que sostiene sufría, y desconocía que portaba las demás sustancias. Mantuvo que en el centro no le daban su medicación y que todas esas sustancias eran para su propio consumo.

Junto a la anterior prueba se unió la testifical de la funcionaria de prisiones, que fue quien se encargó de requerir a Y. para que se sometiera a un cacheo, y aun cuando inicialmente se negó, finalmente aceptó someterse al mismo, siendo dicha funcionaria la encargada de llevarlo a cabo y encontrando las sustancias que posteriormente fueron analizadas con el resultado que consta en los hechos probados. De igual modo se dio audiencia al agente de la Guardia Civil, sin que aportara datos nuevos. Si se tornaron relevantes los resultados de la analítica de las sustancias intervenidas, que no fueron impugnadas por ninguna parte y que consta a los folios 56 y ss de las actuaciones de donde se deriva que las sustancias intervenidas eran resina de cannabis con un peso neto de 3 gramos y una riqueza en THC del 36,11%, 6 comprimidos de metadona con peso neto de 1,17 gramos y 59 comprimidos de alprazolam con un peso neto de 15,29 gramos.

De este modo, se concluye que ambos acusados se habían concertado del modo expuesto en los hechos probados para introducir la droga en el centro penitenciario. En efecto, el reconocimiento de ambos acusados; con reticencias pero continuado, en el sentido de admitir Y. que su pareja le pidió las sustancias, y de J.F. de que interesó de su pareja le llevase las sustancias; unido al indiscutible e indiscutido hecho de la aprehensión física de las sustancias en poder de ésta última; siendo analizadas las mismas como sustancias nocivas para la salud; determina que se concluya de forma indubitada en la realidad de los hechos declarados probados.

TERCERO.- De ambas infracciones son autores ambos acusados, en concepto de autores, de conformidad con lo ordenado en los artículos 27 y 28, párrafo primero del Código Penal por haber tomado parte, directa, material y voluntaria en su ejecución, tal y como se desprende del material probatorio obrante en autos y del que es reflejo la narración táctica antes descrita, incurriendo en la conducta integradora del mencionado tipo penal.

Así respecto de Y.B. su inclusión en el tipo penal es indiscutible, pues la misma admite que portaba la droga intervenida, cuya existencia es admitida, y del mismo modo admite que el destino de dichas sustancias era para entregárselo a su pareja sentimental internada en el centro penitenciario. De este modo dicha conducta tiene encaje indiscutible en el tipo del artículo 368 del Código Penal en el sentido de ser una conducta que se incardina entre las que “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.

De igual modo respecto de J.F. la inclusión en el tipo penal es indiscutible. Es admitido, como ya hemos analizado, que ambos acusados se habían concertado para que Y. trasportase la droga hasta el interior del centro penitenciario. Ese concierto de voluntades determina que se repunte al mismo como autor del delito. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de doce de marzo de dos mil trece, en relación con supuesto de entrega de droga por correo u otro sistema de transporte, como podría ser el actual, donde un tercero transporta la droga hasta el interior del centro penitenciario, que “es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito (por todas Sentencias del Tribunal Supremo 867/2011, de 20 de junio), que es precisamente lo que justifica la condena del otro recurrente como autor de un delito consumado”. Por lo expuesto, acreditado el concierto de voluntades, la comisión del delito es indiscutible. Las referencias de la defensa relativas a que la sustancia no estaba predeterminada al tráfico, y era solo para el autoconsumo del Juan Francisco, no resulta en modo alguno creíble. La conclusión a la que llega este Tribunal es que el destino de dichas sustancias era el tráfico o distribución, onerosa o gratuita, entre terceras personas, y todo ello derivado de varios elementos, así en primer lugar por la variedad de las sustancias estupefacientes encontradas (resina de cannabis, metadona y alprazolam); en segundo lugar, por la cantidad de drogas intervenida, sobre todo en relación con el alprazolam tratándose de 59 comprimidos, cantidad muy superior a la lógica para autoconsumo; en tercer lugar por las concretas sustancias, pues una de ellas, la metadona, ya le estaba siendo facilitada a J.F. dentro del Centro penitenciario para su autoconsumo, por lo que las nuevas dosis, no estarían destinadas a su consumo, además de haber aclarado el médico forense, tal y como ya reflejase en su informe que las referidas sustancias, solo pueden conseguirse con prescripción y bajo supervisión médica, y sin que en el caso concreto fueran las correctas a las dolencias o enfermedad referida por J. F., siendo clara muestra de ello, que

si le hubiera sido necesarias, se las hubiera facilitado el servicio médico del centro penitenciario.

CUARTO.- En la ejecución de dicho delito concurren en la acusada Y.B.G. la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 del Código Penal, al no concurrir todos los requisitos de la eximente, en relación con el artículo 20.1 del Código Penal, de actuar a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica. Efectivamente, a la vista del informe médico forense de la acusada, que obra a los folios 82 y siguientes de las actuaciones, que no ha sido objeto de impugnación, se hace contar que la acusada presenta un trastorno mental leve que no es de intensidad suficiente como para alterar o anular su capacidad de entender y obrar según conocimiento en relación con los hechos que se le imputan”. En base a dicha pericial, tal atenuante, interesada por el Ministerio Fiscal, y aceptada por la representación de la acusada, queda justificada, procediendo su aplicación.

No concurren sin embargo circunstancias modificativas de responsabilidad penal en el otro acusado. Sostenía su defensa la aplicación de dos atenuantes diferentes, de un lado, la eximente completa de toxicomanía del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal; y en segundo lugar interesaba la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del mismo cuerpo legal, sin que ninguna de las dos puedan ser admitidas.

Así en primer lugar, respecto de la eximente completa de toxicomanía del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal, no puede ser en modo alguno admitida. Sostenía la defensa que su cliente era consumidor habitual de sustancias estupefacientes de larga duración y que tiene alteradas sus facultades intelecto-volitivas en el momento de cometerse los hechos. Sin embargo, ninguna de las pruebas practicadas en el acto de la vista permite afirmar la concurrencia de dicha circunstancia.

Ciertamente, el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2014) ha declarado que “las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (artículos 20.2 y 21.1 del Código Penal), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del artículo 21.2ª del Código Penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por

el camino del artículo 21.6ª.” Sin embargo, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2000, que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones.

En cualquier caso, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen, Sentencias del Tribunal Supremo 23.4.2001, 29.11.99, y en igual línea Sentencias del Tribunal Supremo 21.1.2002, 2.7.2002, 4.11.99, que añaden que no es aplicable respecto a las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo. (Sentencia del Tribunal Supremo 922/2010).

Partiendo de lo anterior, hemos de concluir que ninguna de las pruebas practicadas en el acto de la vista, permiten aplicar dicha circunstancia ni como eximente ni como atenuante. Efectivamente, ninguna prueba obra en autos que permita concluir o ni tan siquiera intuir que al cometer los hechos, el acusado estuviera bajo los efectos de drogas, o de síndrome de abstinencia del mismo. Más al contrario, consta el informe del médico forense, que concluye que “respecto del momento de los hechos no se puede objetivar ni se presume una alteración de sus facultades volitivas y/o intelectivas”, dando explicación detallada en el acto de la vista de dichas conclusiones. A todo lo anterior, no podemos olvidar que el acusado estaba interno en un centro penitenciario, bajo supervisión continuada, y con tratamiento de deshabitación con metadona, lo que hace poco creíble que estuviera bajo síndrome de abstinencia, del que hubiera sido tratado; ni mucho menos que estuviera bajo los efectos de sustancias tóxicas, cuando se trata de una conducta prolongada en el tiempo (petición a su pareja para que le llevase dichas sustancias a prisión), y sin que conste que tuviera acceso a dichas sustancias dentro del Centro Penitenciario.

De tal modo que aun admitiendo que el acusado fuera consumidor habitual, no consta la acreditación de que padeciera una limitación por dicho motivo en sus capacidades intelectivas y/o volitivas que le impidieran total o parcialmente comprender la ilicitud de su acción o de actuar conforme

a dicha comprensión. Por ello, no cabe aplicar ni atenuante ni eximente por dicha circunstancia.

QUINTO.- En segundo lugar, respecto de la atenuante de dilaciones indebidas, tampoco puede ser admitida. En primer lugar debe desestimarse la pretensión de la parte, pues no indica el período concreto de paralización de las actuaciones que fundamentaría la aplicación de la atenuante solicitada. Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2013 que debe señalarse por la parte que la alega, las concretas paralizaciones que hayan tenido lugar en la causa, es decir, no es admisible una alegación abstracta o genérica, como sucede en el presente caso. Por ello, dicha alegación, como anticipábamos tampoco puede ser admitida.

En cualquier caso se trata de una causa que en un periodo de dos años se encontraba preparada para su enjuiciamiento, lo que no permite concluir que se trata de un largo periodo. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 abril de dos mil catorce, la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del Código Penal, exige para su aplicación, que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones. En el presente caso, analizada la causa, no se observa que la instrucción de la misma se haya dilatado en exceso. Se inicia por atestado de 7 de febrero de 2014 acordándose su transformación en procedimiento abreviado por auto de 9 de junio de 2014, es decir en 4 meses: plazo que en modo alguno puede reputarse dilatado, más al contrario plenamente acorde a las exigencias del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De igual modo consta presentado escrito de acusación, y que se dictó auto de apertura de juicio oral en el mes de noviembre, es decir, en cinco meses, plazo que tampoco puede considerarse excesivo y remitiéndose al Juzgado de lo penal en marzo de 2015, si bien éste declaró su falta de competencia y lo remitió a esta sala para enjuiciamiento, lo que justificó cierto retraso, que en cualquier caso, tampoco debe reputarse excesivo, ni justifica la aplicación de la atenuante interesada.

SEXTO.- En cuanto a la individualización de la pena, el artículo 368 del Código Penal castiga los hechos con una pena de tres a seis años de prisión y multa de tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

Interesaba el Ministerio Fiscal la imposición de la pena mínima a la acusada Y.B., y atendida la aplicación de una atenuante, y la conformidad

manifestada por su defensa, será esta la pena que proceda imponer. En cuanto al segundo acusado J.F., la ausencia de atenuantes ni circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, y atendida la gravedad de los hechos; la labor activa desarrollada convenciendo a la otra acusada para participar en los hechos delictivos; el elevado número de pastillas que se intervinieron; y que se pretendía introducir en un centro penitenciario para su distribución; justifica, que la pena interesada por el Ministerio Fiscal de cuatro años de prisión, sea ajustada, imponiéndose en la mitad inferior de la prevista por el tipo penal. En ambos casos se impondrán las pena de multa de 500 euros, interesada por el Ministerio Fiscal, un poco más del duplo en que se ha valorado la droga intervenida (folio 64), acordándose de igual modo el comiso de la sustancia.

SÉPTIMO.- Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de un delito o falta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, y artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS además de los citados, los artículos 1, 2, 3, 5, 10, 116 y 123 del Código Penal vigente, y 14, 141, 142, 239, 240, 741, 742, y 779 y S.S. de la Ley procesal Penal.

FALLAMOS

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a:

1.- Y.B.G. como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pÚblica en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.1 todos del Código penal a la pena de de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de quinientos euros con cinco días de arresto sustitutorio en caso de impago.

2.- F.V.G., como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de la circunstancia modificativas de responsabilidad penal a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para

el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de quinientos euros con cinco días de arresto sustitutorio en caso de impago.

Se acuerda el comiso de la sustancia y objetos intervenidos.

Costas

Le será de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando y de la que se unirá certificación a la causa de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

46.- SENTENCIA 15/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO DE FECHA 29/03/17

Se duda de que la droga incautada estuviera destinada al tráfico en el Centro Penitenciario. Indubio pro reo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones elevadas a definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368, 369.7º y 374 del Código Penal, referido a sustancias que causan grave daño a la salud (con la agravante de distribución en establecimiento penitenciario), estimando criminalmente responsable en concepto de autor al referido acusado, sin la concurrencia modificativa de la responsabilidad criminal, solicitando le fuera impuesta la pena de seis años y seis meses de prisión y accesoriamente la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 150 € de multa, y las costas.

SEGUNDO: La defensa del acusado S., en el mismo trámite de calificación, solicitó la libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que “ sobre las 14:30 horas de día 6 de enero de 2015, el acusado S., mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, encontrándose interno en el Centro Penitenciario Ocaña I, ocultaba en su celda número 14 de la 6ª galería, una bolsa de plástico conteniendo dos envoltorios de plástico que a su vez contenían un total de 2,37 gramos de heroína, con una riqueza media expresada en heroína base del 18,2%, sustancia incluida en la lista I y IV de la Convención Única de 1961”.

Consta que el acusado ha sido adicto a las drogas y en el momento de suceder los hechos tomaba medicación para disminuir los efectos de la ansiedad, ya que había dejado el programa de la metadona al que se había sometido anteriormente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar, hay que decir que el acusado expresó ante la Sala que no se sentía debidamente defendido al haber perdido la confianza en su Letrado, manifestando su voluntad de renunciar a aquél. Esa situación de desavenencia ya había sido manifestada por el acusado en la anterior celebración del juicio y la Sala procedió a la suspensión del mismo a los efectos de que dicho acusado, tal y como era su deseo, nombrara nuevo Letrado, cosa que no ha realizado en el tiempo que se le ha dado para hacerlo. Es más, prefirió seguir con el Letrado nombrado de oficio hasta el día de la celebración del nuevo plenario en el que ha manifestado, de nuevo, su deseo de cambiar de Letrado que le defienda. De la cronología reseñada fácilmente se desprende que de mediar una pérdida sobrevenida de la confianza en el Letrado que le fue asignado de oficio al acusado, éste pudo y debió actuar con arreglo a una mínima diligencia, designando un nuevo abogado y procurador, comunicando esta circunstancia a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y a los correspondientes Colegios Profesionales (artículo 31 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita), todo ello con la necesaria antelación, conociendo la fecha de la nueva celebración del juicio. De esta forma, el ejercicio del derecho a renunciar al Letrado designado de oficio debe tildarse, en atención a las

circunstancias expresadas, especialmente en función del momento en que se manifiesta dicha voluntad, de abusivo y contrario a la buena fe procesal, coherente con la confianza suscitada con la conducta omisiva jurídicamente relevante y eficaz exhibida con anterioridad, sin que esta Sala haya podido tener conocimiento de la situación expuesta hasta el mismo momento de inicio de las sesiones del juicio, siendo por ello subsumible tal solicitud en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por ello desestimada dicha petición.

SEGUNDO.- Que no hay controversia en cuanto a la droga, su peso, pureza y calidad, admitida por la Acusación y por la Defensa, ni en cuanto al hecho de que el acusado la llevaba encima cuando fue cacheado en un control aleatorio de su celda (testimonio de los Funcionarios de prisiones, que desconocían si el cacheo de la celda y el preso obedecían a una causa concreta).

Que desde un primer momento el acusado reconoció los hechos y alegó que había comprado la droga en la cárcel a un moro y como era drogadicto era para su consumo.

Alegó que era adicto a la heroína, cocaína y hachís, y que en el momento del cacheo tomaba medicación para disminuir los efectos de la ansiedad, ya que había dejado el programa de la metadona al que se había sometido anteriormente, presentando documentación que lo acreditaba.

TERCERO.- Los hechos que se han declarado probados, no permiten subsumir el hecho en un delito contra la salud pública como preconiza el Ministerio Fiscal, sino más bien, estaríamos en presencia de un supuesto de autoconsumo que recordemos, es una conducta destipificada, dado que si el Código Penal excluye del radio de acción del artículo 368 el consumo propio, el autoconsumo colectivo, que se considera una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está.

La determinación en la tenencia de drogas del ánimo de traficar exige un juicio de valor relativo a hechos internos que debe inferirse de datos externos y objetivos suficientemente reveladores (Sentencias del Tribunal Supremo, entre las más recientes, de 14 de mayo, 10 de julio y 30 de septiembre de 2008, 3 y 29 de abril y 29 de septiembre de 2009, 8 de marzo, 20 y 27 de abril, 19 de julio y 12 de mayo de 2010, 25 de febrero 11 de marzo, 14 y 15 de abril, 11 de mayo, 3 y 16 de junio y 3 de noviembre de 2011, 19 de enero, 28 de febrero y 6 de marzo de 2012, 6 de marzo de 2013,

13 de noviembre de 2014 y 6 de octubre de 2016) Sentencia del Tribunal Supremo, Penal sección 1 del 23 de mayo de 2003.

En las sentencias de esta Sala 1595/2000 de 16.10, 1831/2001 de 16.10 y 1436/2000 de 13.3, se señala que es preciso acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra manera que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia. Y las mencionadas sentencias, de conformidad con reiterada jurisprudencia, inducen el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como pudieran ser la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra la droga, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor.

La jurisprudencia de esta Sala, aún en los casos de que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor, ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor.

La antedicha doctrina exige que el poseedor sea drogadicto, pues la ocupación a un poseedor no consumidor conlleva una presunción de la finalidad de transmisión a terceros, que puede ser lógicamente enervada si realmente otros datos la destruyen (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000 y 14 de noviembre de 2001).

En este caso la droga se encontró en una bolsa precintada, en el que estaban las dos papelinas de heroína. Asimismo, la cantidad de droga intervenida es mínima y no se ha observado acto alguno destinado al tráfico por parte del acusado.

A la vista de la prueba practicada el Tribunal no alcanza el convencimiento de que la droga poseída por el acusado estaba destinada al tráfico en la prisión y no al autoconsumo, por lo que aplicando el principio in dubio pro reo procede declarar la absolución.

CUARTO.- Que procede declarar de oficio las costas del recurso.

FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a S. del delito contra la Salud Pública de que le acusaba el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas del proceso.

Procede el comiso de los efectos intervenidos, por ser de ilícito comercio; y en cuanto a la droga aprehendida, se procederá a su destrucción, a cuyo fin se librá el correspondiente oficio al Área de Sanidad de Castilla-La Mancha, que acusará recibo y será unido a los autos.

CAPÍTULO VII

EXPULSIÓN

47.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE FECHA 07/12/17

Interpretación de la directiva 2003/109/CE. Especial protección de los nacionales de un tercer estado residentes de larga duración frente a la expulsión.

Caso W.L.P. contra Delegación del Gobierno en Navarra.

SENTENCIA

1.- La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 12 de 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 (DO 2004, L 16, p. 44).

2.- Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. W.L.P. y la Delegación del Gobierno en Navarra sobre una resolución adoptada por ésta el 29 de junio de 2015 por la que se acuerda la expulsión del Sr. L.P. del territorio español (en lo sucesivo, «resolución de 29 de junio de 2015»).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3.- A tenor del considerando 16 de la Directiva 2003/109:

«Los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión. Esta protección se inspira en los criterios fijados

por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La protección contra la expulsión implica que los Estados miembros deben establecer la posibilidad de interponer recursos efectivos ante las instancias jurisdiccionales.»

4.- El artículo 12, apartados 1 a 3, de la Directiva 2003/109 tiene la siguiente redacción:

«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.

[...]»

Derecho español

5.- La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n.º 10, de 12 de enero de 2000), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Ley Orgánica 4/2000») regula, en su título III, «las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador».

6.- El artículo 57, incluido en dicho título III, está redactado en los siguientes términos:

«1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá

aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

2. 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.

3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente.

[...]

5. 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 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.

[...]»

Litigio principal y cuestión prejudicial

7.- Según lo indicado por el órgano jurisdiccional remitente, el Sr. L. P., de nacionalidad colombiana, obtuvo un permiso de residencia de larga duración en España el 13 de octubre de 2013. El 29 de abril de 2014

fue condenado a dos penas de prisión de doce y tres meses, respectivamente. El 27 de enero de 2015 ingresó en el Centro Penitenciario Pamplona I. Seguidamente se acordó la incoación de expediente administrativo de expulsión contra él.

8.- Tras la tramitación del expediente, la Delegación del Gobierno en Navarra adoptó su resolución de 29 de junio de 2015, que va acompañada de una prohibición de entrada en España durante cinco años y de la extinción de su permiso de residencia de larga duración. La resolución se fundamenta en la concurrencia de la causa legal de expulsión contemplada en el artículo 57, apartado 2, de la Ley Orgánica 4/2000 .

9.- El 28 de septiembre de 2015, el Sr. L.P. interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pamplona.

10.- El órgano jurisdiccional remitente indica que en el ordenamiento jurídico español existen dos modalidades diferenciadas de expulsión administrativa de un ciudadano extranjero: por una parte, la expulsión en concepto de sanción impuesta por la comisión de diversas infracciones administrativas, contemplada en el artículo 57, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000 y, por otra parte, la expulsión como consecuencia legal derivada del hecho de ser condenado por conducta dolosa a pena privativa de libertad superior a un año, al amparo del artículo 57, apartado 2, de dicha Ley Orgánica.

11.- Según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000 incorpora al Derecho español el artículo 12 de la Directiva 2003/109 e impone la obligación de tomar en consideración, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, las circunstancias personales de ese residente, a saber, la duración de su residencia en España y los vínculos que haya creado con dicho Estado miembro, 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.

12.- El órgano jurisdiccional remitente señala que el concepto de «sanción de expulsión» empleado en el artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido interpretado por la jurisprudencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia españoles en el sentido de que se refiere exclusivamente a las decisiones de expulsión adoptadas como sanción por la comisión de determinadas infracciones administrativas y no a las de-

cisiones adoptadas contra un residente de larga duración por haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año.

13.- En el caso de autos, al haber sido condenado el Sr. L.P. a una pena privativa de libertad superior a un año, la resolución de 29 de junio de 2015 subraya que, en tal supuesto, la expulsión no constituye una sanción por la comisión de una infracción administrativa, por lo que no es aplicable el artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000.

14.- El órgano jurisdiccional remitente considera, por lo tanto, que para poder resolver el asunto de que conoce, necesita saber el alcance de la protección contra la expulsión de los residentes de larga duración, establecida en el artículo 12 de la Directiva 2003/109. Más concretamente, necesita saber si el concepto de «decisión de expulsión» contemplado en ese artículo debe interpretarse en el sentido de que se refiere a toda decisión administrativa de expulsión, cualesquiera que sean su naturaleza y las modalidades jurídicas de su adopción, y si dicho artículo es compatible con una disposición como el artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000, que circunscribe la protección contra la expulsión de los residentes de larga duración a una modalidad concreta de decisión administrativa de expulsión, excluyéndola de otras.

15.- En estas circunstancias, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pamplona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«El artículo 12 de 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, ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la considerada en el pleito principal, y la jurisprudencia que la interpreta, que no prevé la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un ciudadano extranjero residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma, sino que limita el ámbito de aplicación de tales requisitos solamente a una concreta modalidad de expulsión?»

Sobre la cuestión prejudicial

Sobre la admisibilidad

16.- En sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno español ha alegado que la jurisprudencia nacional mencionada por el órgano jurisdiccional remitente es minoritaria y que la mayor parte de los Tribunales Superiores de Justicia españoles consideran que la medida de expulsión prevista en el artículo 57, apartado 2, de la Ley Orgánica 4/2000 no puede en ningún caso imponerse de forma automática a los ciudadanos extranjeros en posesión de una autorización de residencia de larga duración, sino que, antes de adoptarla, es necesario valorar las circunstancias previstas en el apartado 5, letra b), de dicho artículo. El Gobierno español añade que se desprende de dos sentencias recientes del Tribunal Constitucional que la protección de los derechos fundamentales del interesado, exigida por la Constitución Española, impone que, antes de adoptar una medida de expulsión contra un ciudadano extranjero residente de larga duración, se tomen en consideración sus circunstancias personales y familiares.

17.- Así pues, el Gobierno español considera que, en realidad, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere no ya a la interpretación del Derecho de la Unión, sino del Derecho nacional.

18.- A este respecto, debe observarse, no obstante, que la cuestión prejudicial, tal como ha sido formulada por el órgano jurisdiccional remitente, no se refiere a la interpretación del Derecho español, para la que el Tribunal de Justicia no es competente, sino a la interpretación del Derecho de la Unión, que es competencia del Tribunal de Justicia.

19.- Pues bien, hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el contexto de hecho y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los datos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que se le plantean (véanse, en particular, las sentencias de 24 de junio de 2008, Commune de Mesquer,

C-188/07, EU:C:2008:359 apartado 30 y jurisprudencia citada, y de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec, C-657/13, EU:C:2015:331, apartado 29).

20.- En el caso de autos, resulta de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, por una parte, que para adoptar la resolución de 29 de junio de 2015, la autoridad nacional competente se basó en una interpretación del artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000, según la cual dicha disposición no es aplicable en un caso como el del Sr. L.P., y, por otra parte, que dicha interpretación es la propugnada por al menos una parte de los órganos jurisdiccionales competentes españoles.

21.- En tales circunstancias, no resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o que el problema sea de naturaleza hipotética. Por consiguiente, la cuestión prejudicial es admisible.

Sobre el fondo

22.- Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, tal como es interpretada por una parte de los órganos jurisdiccionales de éste, no contempla la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un nacional de un tercer Estado residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma.

23.- Procede señalar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo principal de la Directiva 2003/109 es la integración de los nacionales de terceros países que se han instalado permanentemente en los Estados miembros (sentencias de 26 de abril de 2012, Comisión/Países Bajos, C-508/10, EU:C:2012:243, apartado 66, y de 2 de septiembre de 2015, CGIL e INCA, C-309/14, EU:C:2015:523, apartado 21).

24.- Con ese fin, como indica el considerando 16 de dicha Directiva, el legislador de la Unión estimó que los residentes de larga duración debían gozar de una protección reforzada contra la expulsión.

25.- Así, a tenor del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2003/109, 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.

26.- Asimismo, el artículo 12, apartado 3, de dicha Directiva dispone que, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración la duración de la residencia en el territorio, 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 el país de origen. Por lo tanto, es indiferente que tal medida haya sido acordada como sanción administrativa o que sea consecuencia de una condena penal.

27.- Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya subrayó en su sentencia de 8 de diciembre de 2011, Ziebell (C-371/08, EU:C:2011:809), apartados 82 y 83, que tal medida no puede adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal, sino que requiere una valoración caso por caso que debe recaer, en particular, sobre los aspectos mencionados en el apartado 3 de dicho artículo.

28.- Por consiguiente, no puede adoptarse una decisión de expulsión contra un nacional de un tercer Estado, residente de larga duración, por la mera razón de que haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año.

29.- Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 12 de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, tal como es interpretada por una parte de los órganos jurisdiccionales de éste, no contempla la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un nacional de un tercer Estado residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma.

Costas

30.- Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 12 de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, tal como es interpretada por una parte de los órganos jurisdiccionales de éste, no contempla la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un nacional de un tercer Estado residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma.

48.- SENTENCIA DE TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE FECHA 13/07/17

Interpretación de la directiva 2004/38: el que una persona esté encarcelada en el momento de dictarse una resolución de expulsión no excluye que constituya una amenaza real.

Caso E. contra Subdelegación del Gobierno en Álava.

SENTENCIA

1.- La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38/CE (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 (Legislación de las Comunidades Europeas 1968, 84) y se derogan las Directivas 64/221/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1964, 4), 68/360/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1968, 85), 72/194/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1972, 64), 73/148/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1973, 105), 75/34/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1975, 11),

75/35/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1975, 12), 90/364/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1990, 728), 90/365/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1990, 729) y 93/96/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1993, 4136) (DO 2004, L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35).

2.- Esta petición se ha planteado en el contexto de un litigio entre E y la Subdelegación del Gobierno en Álava, en relación con la resolución adoptada por ésta en la que se ordena la expulsión de E del territorio del Reino de España, con prohibición de entrada durante diez años, por razones de seguridad pública.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364)

3.- El artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) dispone:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.

La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.»

4.- El artículo 28, apartado 3, de dicha Directiva (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) está redactado en los siguientes términos:

«No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros, cuando éste:

a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o

b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.»

5.- El artículo 33 de la misma Directiva (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) establece:

«1. El Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27 [...]

2. Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión.»

Derecho español

6.- El artículo 10 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE n.º 51, de 28 de febrero de 2007, p. 8558; en lo sucesivo, «Real Decreto 240/2007»), dispone en su apartado 1: «Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan

residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente real decreto.

[...]»

7.- El artículo 15 del Real Decreto 240/2007 establece:

«1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

[...]

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

[...]

4. En los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública.

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

[...]»

Litigio principal y cuestión prejudicial

8.- E. es un nacional italiano. El 14 de abril de 2003 fue registrado como ciudadano de la Unión residente en España.

9.- El 13 de noviembre de 2013, la Subdelegación del Gobierno en Álava adoptó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1, letra c), del Real Decreto 240/2007, una resolución de expulsión de E del territorio del Reino de España por razones de seguridad pública (en lo sucesivo, «resolución de expulsión»), con prohibición de entrada durante diez años, debido a que E había sido condenado mediante tres sentencias firmes a doce años de prisión por reiterados delitos de abusos sexuales sobre menores, pena que cumplía en un centro penitenciario.

10.- E. recurrió dicha resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Vitoria-Gasteiz. Mediante sentencia de 12 de septiembre de 2014, dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso, ya que consideró que la resolución de expulsión se hallaba debidamente motivada, habida cuenta, en particular, del informe psicológico establecido por el centro penitenciario y de la situación familiar y económica del interesado en el Estado miembro de acogida.

11.- E. interpuso un recurso de apelación contra la anterior sentencia ante el tribunal remitente. Esencialmente, alegó que se encontraba encarcelado desde hacía seis años cumpliendo las penas que se le habían impuesto por delitos de abusos sexuales sobre menores. Según él, ese hecho impide considerar que, en el momento en que se adoptó la resolución de expulsión, representara una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad.

12.- El tribunal remitente estima que la conducta de E es lo suficientemente grave como para ser calificada de «amenaza para la seguridad pública». Sin embargo, duda que E represente una amenaza real y actual, puesto que se halla encarcelado y le queda un largo período de condena por cumplir.

13.- Además, el tribunal remitente se pregunta si la resolución de expulsión es compatible con el artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) .

14.- En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿De conformidad con lo previsto por el artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364), constituye [E], condenado a doce años de prisión por reiterados delitos de abusos sobre menores, una amenaza real y actual para la seguridad pública, teniendo en cuenta que se halla internado en prisión, y que, habiendo cumplido seis años, le restan varios años por cumplir antes de obtener su libertad?»

Sobre la cuestión prejudicial

15.- Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita en esencia que se dilucide si el artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, excluye que su conducta constituya, en su caso, una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida.

16.- Con carácter preliminar, debe recordarse que el derecho de residencia en la Unión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia no es incondicional, sino que puede estar acompañado de las limitaciones y de las condiciones previstas por el Tratado y por las disposiciones adoptadas para su aplicación (véanse, en particular, las sentencias de 10 de julio de 2008 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2008, 156), J., C-33/07, EU:C:2008:396, apartado 21, y de 13 de septiembre de 2016 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2016, 341), R.D., C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 55).

17.- A este respecto, las limitaciones del derecho de residencia se derivan, en particular, del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364), disposición que permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, independientemente de su nacionalidad, por razones, entre otras, de orden público o de seguridad pública (véanse las sentencias de 10 de julio de 2008 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2008, 156), J., C-33/07, EU:C:2008:396, apartado 22, y de 13 de septiembre de 2016 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2016, 341), R.D., C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 57).

18.- Según reiterada jurisprudencia, la reserva de orden público constituye una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias que debe ser objeto de interpretación estricta y cuyo alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de diciembre de 1974, V.D., 41/74, EU:C:1974:133, apartado 18; de 27 de octubre de 1977, B., 30/77, EU:C:1977:172, apartado 33; de 29 de abril de 2004 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2004, 166), O. y O. C-482/01 y C-493/01, EU:C:2004:262, apartado 65, y de 13 de septiembre de 2016 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2016, 341), R.D., C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 58).

19.- Como resulta del artículo 27, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364), para estar justificadas, las medidas restrictivas del derecho de residencia de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia, en particular las adoptadas por razones de orden público, deberán ajustarse al principio de proporcionali-

dad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado (sentencia de 13 de septiembre de 2016 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2016, 341), R.D., C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 59).

20.- A este respecto, procede señalar que, conforme al artículo 83 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 1, la explotación sexual de niños forma parte de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los que está prevista la actuación del legislador de la Unión. Por lo tanto, los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 1, párrafo segundo, constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, cuyo riesgo de reiteración representa una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que, por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364), siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de mayo de 2012 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2012, 119), I, C-348/09, EU:C:2012:300, apartado 33).

21.- Sin embargo, en el supuesto de que el tribunal remitente considere, de conformidad con los valores propios del ordenamiento jurídico del Estado miembro del que forma parte, que infracciones como las cometidas por E representan una amenaza de esa índole, tal apreciación no tiene por qué conducir necesariamente a la expulsión de la persona interesada (véase, por analogía, la sentencia de 22 de mayo de 2012 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2012, 119), I, C-348/09, EU:C:2012:300, apartado 29).

22.- En efecto, del tenor del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) resulta que las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado.

23.- Por otra parte, el artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de esta Directiva (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) subordina toda medida de expulsión a que tal conducta constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro (sentencia de 22 de mayo de 2012 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2012, 119), I, C-348/09, EU:C:2012:300, apartado 30).

24.- Pues bien, no puede considerarse que el hecho de que el interesado se halle encarcelado en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación antes de varios años, tenga relación con la conducta personal de aquél.

25.- Además, cabe señalar que el artículo 33, apartado 1, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) contempla la posibilidad de que el Estado miembro de acogida emita una orden de expulsión, cuando ésta cumpla los requisitos, en particular, del artículo 27 de esta Directiva, como medida accesoria a una pena de privación de libertad. Por lo tanto, el legislador de la Unión ha previsto expresamente que los Estados miembros puedan adoptar una orden de expulsión contra una persona condenada a una pena privativa de libertad si se acredita que la conducta de ésta constituye una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad de dichos Estados miembros.

26.- Procede indicar igualmente que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364), planteadas en asuntos que tenían por objeto a una persona condenada a una pena de prisión y que requerían que se examinasen los requisitos según los cuales podía considerarse que la conducta de tal persona justificaba la adopción de una medida de expulsión contra ella (véanse las sentencias de 23 de noviembre de 2010 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2010, 354), T., C-145/09, EU:C:2010:708, y de 22 de mayo de 2012 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2012, 119), I, C-348/09, EU:C:2012:300).

27.- Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38 (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, no excluye que su conducta constituya, en su caso, una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida.

Costas

28.- Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, hayan presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38/CE (Legislación de las Comunidades Europeas 2004, 2226 y Legislación de las Comunidades Europeas 2007, 1364) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 (Legislación de las Comunidades Europeas 1968, 84) y se derogan las Directivas 64/221/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1964, 4), 68/360/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1968, 85), 72/194/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1972, 64), 73/148/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1973, 105), 75/34/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1975, 11), 75/35/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1975, 12), 90/364/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1990, 728), 90/365/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1990, 729) y 93/96/CEE (Legislación de las Comunidades Europeas 1993, 4136), debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, no excluye que su conducta constituya,

en su caso, una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida.

49.- SENTENCIA 221/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 29/03/17

Interpretación del artículo 89 del Código Penal en su redacción dada por la L.O. 1/2015.

Recurso de Casación 1998/2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de los de la Audiencia Nacional incoó Procedimiento Abreviado número 111/2015 por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra J.A. y O., que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera. Incoado el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado n.º 9/2016, con fecha 21 de septiembre de 2016 dictó sentencia n.º 28/2016 en la que se contienen los siguientes:

HECHOS PROBADOS

«Probado y de conformidad así se declara, que el acusado J.A., a través del perfil de Facebook y el acusado O., que se hace llamar C., publicaron, sin ningún tipo de restricción de privacidad y de modo habitual, los siguientes mensajes e imágenes:

El acusado J.A. publicó diversos contenidos en las fechas siguientes:

- El día 18 de mayo de 2015 publicó el siguiente comentario: “la ley, ley orgánica, juzgado, instrucciones, liquidaciones de condena, expulsión del territorio nacional....? ISIS”.

- El día 21 de mayo de 2015 subió varias fotografías de carteles del Estado Islámico “DAESH” y en árabe: “No hay más divinidad que Allah” “Estado del califato Islámico”, imágenes de soldados con fusiles y la leyenda: “Cien muertos en el ejército en Ramadi y la organización del Estado amplía sus ataques”.

- El día 9 de junio de 2015 publica la imagen de una ejecución con el siguiente comentario en árabe: “Canal Al Arabiya. DAESH, publica la ejecución de un egipcio acusado de espionaje para la policía. Detalles de la noticia en este enlace.

A raíz de esta publicación J.A. le dice al otro acusado O.: “ISIS mata a un espía por espiar en su departamento de policía”. Respondiendo O.: “jejeje....por chivato...ya tiene hasta el agujero hecho para enterrarlo, jeje!!!”, diciendo J.A.: “sí”.

- El día 9 de junio de 2015 J.A. sube un vídeo anunciando la publicación de unas imágenes inéditas sobre la llegada del Califato, con los titulares: “Muy pronto, las imágenes publicadas por primera vez en el canal Al Jazeera.-El Sinaí.... Quien siembra espinas”.

- El día 10 de junio de 2015 publica un video en el que muestra las imágenes de la llegada del DAESH a Mosul (Irak), desfile de soldados y el júbilo de la población por las calles, mostrando banderas del Estado Islámico e imágenes cotidianas de la población tras la llegada del DAESH, apareciendo escrito: “El Estado cumple un año en Mosul y las fuerzas del gobierno con ayuda de la coalición internacional no logra eliminarlo”.

- El 27 de junio de 2015 J.A. subió un vídeo (censurado por Facebook por su contenido) en el que aparece: “DAESH en 2015 adiestramiento de DAESH a niños”, J.A. lo acompaña del comentario: “hombres”.

A continuación, se produce una segunda remesa de comentarios, con las siguientes fechas

- El 2 de julio de 2015 publica una fotografía de varias probetas de laboratorio con el comentario “Guerra biológica”.

- El día 9 de julio de 2015 publica una fotografía suya con un serrucho en el cuello y el comentario en inglés “Drab “(Triste, apagado). A continuación O. escribe: “Yo te ayudo hermano, a por quien hay que ir... jejeje!!!!. J.A. responde: “Obama y Netanyahawi”. Contestando O.: “Me

apunto a sacar tripas a esas ratas!!” y añade J.A.:” Jeje, pronto” “pero perderíamos y seremos historia de la humanidad”.

-Tendrán que estudiar sobre nosotros la nueva generación y responder preguntas en el examen sobre nosotros.” “jeje... que me está buscando el psiquiatra”.

- El día 4 de agosto de 2015 J.A. publica el siguiente comentario: “Estoy pensando como destruir el planeta tierra a tomar por culo toda la humanidad”.

- El día 28 de agosto de 2015 publica la imagen de una playa con el mensaje: “mensaje firmado con sangre para la nación de los cruzados”.

- El día 8 de septiembre de 2015, la imagen de un individuo encapuchado (al parecer es el que decapitó cristianos en la playa de Libia), vistiendo ropa militar, portando un cuchillo en actitud amenazante. En la parte baja de la foto escrito en árabe: “Cruzados la paz para vosotros será un deseo” y al lado izquierdo: “J.A.”.

- El día 30 de septiembre de 2015 publica un vídeo de un individuo encapuchado que decapita a un hombre y se le oye decir: “baja la cabeza”. Y la gente aclama: “Allah es grande “y J.A. dice en árabe: “DAESH jajajajaj protege a tu amigo que le da miedo esto”.

- El día 9 de octubre de 2015 publicó un video de un cantante americano escribiendo: “usted debe ser muerte, no pasa nada porque es una canción americana y también afecta a los conflictivos en matar y robar podemos decir k es el ISIS urbano legal”.

Por su parte el también acusado O. realizó las siguientes publicaciones:

- El 21 de julio de 2013 publica un video en el que se observa a un hombre árabe explicando los preparativos de unos explosivos, antes de proceder a inmolarse con un vehículo todo terreno, el cual carga con explosivos y luego detona contra un convoy militar, haciendo el siguiente comentario: “Yo haría lo mismo si vienen a joderme a mi casa, a dejarte sin familia, y que grande este afgano dando su vida para matar a los malditos sionistas americanos a robarte todo lo que tienes, yo me inmolaría!!!. Allah, akbar!! Dios es grande”.

- El 21 de julio de 2013 publica un video titulado “Hombres de Irak” en el que se observa a un grupo de hombres disparando con armas de fuego en

diversos entrenamientos, haciendo el siguiente comentario: “Vamos muhaidines garrote a esos putos con uniforme que solo buscan saquear países pobres pero ricos de recursos!! Glorifico a todos los mártires!! No les queda mucho de vida a estos yankis... Disparen hasta que las balas les fundan”.

- El 21 de julio de 2013 publica un comentario en el que propone y promueve asesinar a sangre fría a cada funcionario del estado español.

- El 1 de agosto de 2013 publica un video en el que se observa el entrenamiento de un grupo de talibanes en Afganistán, y a otro grupo de talibanes cargar un camión de explosivos para detonarlo después en un aeropuerto.

- El 5 de septiembre de 2013 publica una imagen en la que se puede leer: “Algunas personas solo necesitan un golpecito en la cara con una silla” “si alguien coge y te lanza una piedra... tranquilo tu deja la piedra, no seas igual que él. No te rebajes a su altura. Mejor coge el machete y trocéalo”.

- El 15 de noviembre de 2013 publica dos imágenes, con el siguiente comentario: “Satan is happy with your progress “(Satán está contento con tu progreso) “Toda vez que un hombre navega lejos de dios... el diablo siempre tiene un barco listo”.

Con fecha 4 de diciembre de 2015 se practicó la diligencia de entrada y registro en las respectivas celdas de los imputados, habiendo sido ocupados dos móviles conteniendo imágenes, audios, vídeos, de corte yihadista y sobre las actividades de DAESH, así como conversaciones para unirse al Califato y haciendo alarde de su intención de perpetrar acciones violentas en diferentes lugares.».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

«Debemos condenar y condenamos a J.A. y O., como autores criminalmente responsables, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante muy cualificada de reconocimiento de los hechos, de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a la pena, para cada uno de ellos, de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, con la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, y costas en su parte proporcional.

En el caso del acusado, J.A., se decreta la sustitución de un tercio de la pena que quede por cumplir, por su expulsión del territorio nacional, el encontrarse en situación irregular en el mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma no es firme, y cabe interponer contra aquella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de J.A., anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, por vulneración de precepto constitucional y, con carácter subsidiario, por infracción de ley por infracción de los artículos 578 y 579.1 del Código Penal en relación a la pena impuesta, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por J.A., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que se ha producido una aplicación contraria a Derecho de precepto penal de carácter sustantivo, del artículo 578 del Código Penal que castiga el delito de terrorismo.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber infringido la sentencia el artículo 24 de la Constitución Española, que ampara el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad.

Tercero.- Por infracción de ley, con carácter subsidiario, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de preceptos del Código Penal, concretamente el artículo 578 y 579.1 en relación a la pena impuesta.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 20 de diciembre de 2016, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la

vista prevenida, se celebró el día 7 de marzo de 2017. Al acto compareció la letrada recurrente en la defensa de J.A. y, como recurrido, el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

SÉPTIMO.- En lo relativo a la medida de expulsión, el pronunciamiento de la sentencia refleja la imposición al recurrente de la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, con la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años. No obstante, se decreta también la sustitución de un tercio de la pena que quede por cumplir, por su expulsión del territorio nacional. Todo ello -y así se indica en el fundamento jurídico quinto- “al amparo de lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal, al no apreciar el Tribunal circunstancias excepcionales de arraigo, situación familiar o similares que aconsejen la no aplicación de esta previsión legal”.

El recurrente argumenta contra la decisión de sustituir la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional y contra los motivos expresados por el Tribunal. Esgrime que lleva casi diez años residiendo en España y que vivía con su madre, hasta que ésta se trasladó a Marruecos. Afirma que realizó estudios en el instituto hasta graduarse en educación secundaria en el año 2013 y que ha sido admitido en un programa de integración social desarrollado por la asociación jesuítica Loiolaetxea.

Ya hemos destacado en otras ocasiones que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el artículo 89 del Código Penal imponía la expulsión a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, en los casos en que resultaran condenados con penas inferiores a 6 años de prisión. El precepto fue interpretado por esta Sala en reiteradas sentencias, suavizando su literalidad y adecuando su contenido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, se vino argumentando sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que se ampliara la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación

familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto.

Esta doctrina, ha venido experimentado igualmente precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, y que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

Consecuentemente con esta doctrina, lo que ha pretendido corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique -aun cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado entonces vigente-, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

Hemos destacado también que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, artículo 89.1 del Código Penal, ha introducido dos importantes modificaciones para la aplicabilidad de la sustitución: En primer lugar, en cuanto a la extensión que debe tener la pena de prisión impuesta, precisando que debe ser de más de un año; en segundo, eliminándose el requisito de la residencia no legal del extranjero, de suerte que la sustitución puede hoy adoptarse respecto de cualquier extranjero. En todo caso, y con carácter general, se ha destacado que en el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada (Sentencias del Tribunal Supremo 667/2016, de 14 de abril o 927/2016, de 14 diciembre).

No obstante, aunque siga dejándose en manos del arbitrio judicial (artículo 89.3) que exista una adecuada correlación entre la carga que entraña la expulsión para el condenado y el gravamen que resulta inherente a la pena

prevista para el injusto cometido, la libre ponderación se ha visto constreñida por el legislador para dos supuestos concretos:

1. El primero, cuando el extranjero sea ciudadano de la Unión Europea. Y ello porque el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la Unión Europea, constituye la piedra angular de la ciudadanía de la Unión que creó el Tratado de Maastricht de 1992, y quedó reflejado además (tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen), en la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea; artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; títulos IV y V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Para estos casos, el propio legislador contempla que sólo procederá la expulsión del ciudadano comunitario, cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido o los antecedentes y circunstancias del culpable, de conformidad con las consideraciones 22 a 24 de la Directiva 2004/38/CE).

2. El segundo supuesto, cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores. En estos supuestos, se constata un asentamiento de tan singular importancia, que lleva al legislador, -precisamente por la regla de proporcionalidad rectora de esta cuestión- a exigir la concurrencia de un marcado interés de seguridad colectiva que lo justifique, bien porque concurra una responsabilidad criminal por delitos contra la vida, la libertad, la integridad física o la libertad e indemnidad sexual y que estén castigados con pena máxima superior a los cinco años de prisión (penalidad en abstracto) y en los que en todo caso (y este es el elemento definitorio de la previsión normativa) se aprecie un riesgo de reiteración delictiva; o bien cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Puede así concluirse que el régimen jurídico de sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros, fijado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supone:

A. La imposibilidad de aplicar la sustitución por expulsión, a las penas privativas de libertad que no superen el año de duración.

B. Respecto de las penas privativas de libertad impuestas, que tuvieren una duración superior al año de prisión:

a. No podrán sustituirse las que hubieran sido impuestas a ciudadanos de la Unión Europea, salvo cuando represente una amenaza grave para el orden público o para la seguridad pública, en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales; evaluación que agrupará el juicio de proporcionalidad de la medida en función del arraigo.

b. No podrán sustituirse las penas que hubieran sido impuestas a extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores, salvo -y evaluando también el juicio de proporcionalidad con su arraigo-:

i. Que deriven de condenas por delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años, siempre que se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

ii. Que hubiera sido condenado por delito de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Cuestión diferente de la sustitución, son los términos de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando -conforme a los criterios expuestos- se haya entendido oportuno sustituirla por la expulsión. En este aspecto, son tres los supuestos contemplados en la nueva regulación:

1. Cuando las penas privativas de libertad que se sustituyen, sean superiores a un año e -individual o conjuntamente consideradas- no superen los cinco años de prisión.

Para estos casos, el legislador prioriza la expulsión directa, si bien lo compatibiliza con que -excepcionalmente- el juez o tribunal pueda acordar el cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

Una regla de excepcionalidad que entraña además la necesidad reforzada de identificar -de entre los motivos expresados por el legislador- las

razones específicas y concretas que justifican la imposición de ese cumplimiento parcial.

2. Cuando se hubieren impuesto penas que sumen más de cinco años de prisión.

En estos supuestos la exigencia de cumplimiento sigue dejándose al arbitrio judicial, pero con dos especificaciones: a) El juez puede llegar a ordenar el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad y añadir la medida de expulsión, y b) El cumplimiento parcial no queda sujeto a la excepcionalidad anteriormente contemplada, sino que la gravedad de los hechos inherente a la pena finalmente impuesta, opera como inicial marcador que puede justificar -en términos de prevención general- una exigencia mínima de cumplimiento de la pena directamente impuesta; lo que no supone que el juez no haya de identificarla en la motivación de su resolución.

3. En los supuestos en los que la pena impuesta, o la suma de las penas impuestas, supere el año de prisión, pero no supere los cinco años de privación de libertad, pero concurren dos singularidades que el propio legislador establece:

a. Si se trata de delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecia fundadamente un riesgo grave de que el condenado pueda volver a cometer delitos de la misma naturaleza.

b. Cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En esta tercera categoría, la nueva regulación legal vuelve a realizar una evaluación ex lege de la posibilidad de ejecutar íntegramente la pena, o de que pueda resultar conveniente -como criterio general- el cumplimiento parcial de la pena. Esto es, contemplada la prevención especial, una atención general del orden público y la conveniencia de potenciar una confianza en la vigencia de la norma penal, para la protección de determinados bienes jurídicos atacados mediante las acciones de singular significación criminal que hemos descrito, puede justificar el cumplimiento parcial de la pena -y aún el completo-, antes de proceder a la expulsión del territorio nacional del condenado

Lo expuesto tiene clara repercusión en el caso enjuiciado. De un lado, no existe impedimento legal a la expulsión del condenado del territorio

nacional, no sólo porque su residencia en España se reconoce en el recurso como inferior a diez años, sino considerando la naturaleza del delito cometido, esto es, un delito de exaltación del terrorismo, para el que la expulsión no se veta en ningún caso. Y en el plano de la oportunidad de la decisión, deben destacarse dos parámetros que permiten evaluar la proporcionalidad y pertinencia de la decisión. En primer lugar, que, pese al largo asentamiento en España del condenado, el delito perpetrado es un delito de terrorismo y, por tanto, uno de aquellos tipos penales cuya especial naturaleza -en términos de prevención general- reclama un mayor rigor en la aplicación de la norma de expulsión. En segundo término, que las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España, no muestra la desproporción de la expulsión que apunta el recurso. El arraigo no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo. Usado como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión, el arraigo obliga a contemplar dos vectores: 1) Principalmente, los perjuicios que para el penado puede suponer la expulsión del país. Eso involucra el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país; así como el agravio que la medida de expulsión entraña para su vida familiar o afectiva, para su actividad laboral o para otros intereses patrimoniales que pueden resultar afectados. Como ya hemos adelantado, no puede hablarse de proporcionalidad sin contemplar singularmente esta afectación de la medida. 2) En todo caso, existe una consideración colectiva del arraigo, que tampoco puede eludirse cuando la norma penal apela al arraigo como marcador de la proporcionalidad de la medida de expulsión. Esa dimensión del arraigo, hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia. Ambos factores -el personal y el colectivo- permiten mesurar el arraigo y ponderar el grado de afectación de una eventual decisión de expulsión, desvelando si puede resultar o no desproporcionada como respuesta punitiva, en atención al delito cometido y a las circunstancias por las que se impone.

La sentencia de instancia proclama la comisión de un delito de exaltación del terrorismo y desvela un rechazo del acusado a la manera en que se materializa la libertad ideológica en el seno de las democracias occidentales, posicionándose a favor del nacimiento de un frentismo bélico contra ellas. Recoge además que el recurrente carece de autorización adminis-

trativa para residir en España e identifica que el propio acusado reconoce sufrir problemas familiares. A ello se añade que el Tribunal no percibe que concurren agravios familiares, laborales o económicos que puedan resultar inherentes a la decisión de expulsión, lo que confirma el propio recurrente al expresar que el acusado convivió en España con su madre, pero esta regresó a Marruecos, sin indicar tampoco ningún otro perjuicio distinto de su voluntad de permanencia en nuestro país. De este modo, se exteriorizan claramente las razones que conducen al posicionamiento del Tribunal, que resume, al final de su sentencia, diciendo que procede la expulsión “al no apreciar el Tribunal circunstancias excepcionales de arraigo, situación familiar o similares que aconsejen la no aplicación de esta previsión legal”.

No obstante, el Tribunal (FJ 5) se limita a expresar las razones que justifican la expulsión, sin abordar ningún juicio valorativo respecto de los motivos que sustentan el cumplimiento parcial de la pena que impone. Incumple así un deber reforzado de motivación que, inserto en el derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo permitiría al afectado conocer las razones que justifican un rigor añadido y de aplicación discrecional, sino que posibilitaría la revisión casacional de los parámetros legales de su adopción.

Por ello, el motivo debe ser estimado en lo que hace referencia a que la expulsión que se combate, deba ser ejecutada una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena privativa de libertad impuesta.

OCTAVO.- Conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Estimar parcialmente el motivo de casación por infracción de precepto constitucional, formulado por la representación de J.A., contra la decisión del Tribunal de instancia de no apreciar la circunstancia atenuante de anomalía o alteración psíquica y contra su decisión de sustituir por expulsión el último tercio de la pena de 1 año y 6 meses de prisión que se le impuso. Consecuentemente, debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento de condena que contiene la sentencia dictada el 21 de

septiembre de 2016, por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Rollo de Sala 9/2016 (dimanante del Procedimiento Abreviado 111/2015, de los del Juzgado Central de Instrucción n.º 3), tanto en lo relativo a la extensión de las penas impuestas, cuanto en los términos en los que había de ejecutarse la medida de expulsión.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 29 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto la causa Rollo de Sala 9/2016, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 111/2015, instruido por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de los de la citada Audiencia, por un delito de enaltecimiento del terrorismo, contra, entre otros, J.A., nacido en Tánger (Marruecos), hijo de S. y de E., se dictó sentencia por la mencionada Sección de la Audiencia Nacional el 21 de septiembre de 2016, que ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia pronunciada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El fundamento jurídico sexto de la sentencia rescindente, estimó parcialmente el motivo de infracción de precepto constitucional, en su modalidad de quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, y declaró procedente reconocer al acusado la concurrencia de la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal.

Del mismo modo, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia rescindente, se estimó parcialmente el motivo de infracción de precepto consti-

tucional, en su modalidad de quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, declarándose procedente la decisión del Tribunal de instancia de sustituir por expulsión la pena privativa de libertad, pero sin que se justificaran razones para ejecutar, en todo o en parte, la privación de libertad impuesta.

Por ello, conforme a lo allí expresado, procede condenar al acusado J.A., como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1, 578.2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal, en su redacción actualmente vigente. Por entender concurrente -como muy cualificada- la atenuante analógica de reconocimiento de los hechos de los artículos 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal, así como la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1.2ª del Código Penal y vistas las penas que le habían sido impuestas en la instancia, procede imponer al acusado las penas de: 1) Prisión por tiempo de 1 año y 3 meses y 2) Inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y 3 meses; imponiéndose la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 años.

De igual modo, considerando lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal, procede sustituir la pena privativa de libertad impuesta al acusado, por la de medida de expulsión del territorio nacional. Y vistas las circunstancias personales del acusado, particularmente las que hacen referencia al rechazo de los valores esenciales de nuestra sociedad, pero contemplando también que la duración de la pena privativa de libertad que se le impuso, es cercana al umbral mínimo que posibilita la expulsión, se considera oportuno fijar una prohibición de retorno por tiempo de 7 años, contados desde la fecha de su expulsión.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a J.A., como autor responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo, previsto y penado en los artículos 578.1, 578.2 y 579 bis 1 y 2 del Código Penal, en su redacción actualmente vigente. Por entender concurrente -como muy cualificada- la

atenuante analógica de reconocimiento de los hechos de los artículos 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal, así como la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del mismo texto legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.1.2ª del Código Penal -y vistas las penas impuestas en la instancia-, procede imponer al acusado las penas de: 1) Prisión por tiempo de 1 año y 3 meses y 2) Inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años y 3 meses; imponiéndose la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 años.

Se acuerda sustituir la pena de prisión, por su inmediata expulsión del territorio español, con prohibición de retorno por tiempo de 7 años, a contar desde la fecha en que dicha expulsión se lleve a término .

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

50.- SENTENCIA 12/2017 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE FECHA 07/03/17

No procede la sustitución de la pena por la expulsión de manera inmediata. Prevalece la defensa del orden jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó en el Procedimiento Abreviado nº 1400/2016 sentencia el 14 de diciembre de 2016, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

“ÚNICO.- El acusado M.A., mayor de edad, nacido en 1991 en Argentina, con nacionalidad de ese país, carente de antecedentes penales, y el cual se encontraba en situación administrativa dentro del periodo regular de estancia en España. El 5 de mayo de 2016, sobre las 15.00 horas, llegó a la Terminal Uno del Aeropuerto de Madrid-Barajas, procedente de Buenos Aires (Argentina), en el vuelo de la Compañía Aérea de Aerolíneas Argentinas, llevando en el interior de su organismo unos envoltorios: de tal manera que en el momento de la detención a partir de las 15:00 expulsó

9 envoltorios que le fueron intervenidos, al igual que los 124 envoltorios que expulso entre las 18:45 horas del 5 de mayo y las 23:35 horas del 6 de mayo de 2016, cuando se encontraba en la Unidad de Urgencias del Centro Hospitalario Ramón y Cajal, toda la sustancia intervenida ha resultado ser cocaína que una vez analizada por el Instituto nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid, han arrojado los siguientes pesos y riquezas: los primeros 9 envoltorios expulsados junto con los otros 124, han dado según Muestra M16-05496 un peso neto de 763,945 gramos y una pureza del 87,3%, con un valor de mercado de 37.075,43 euros al por mayor y 98.581,56 euros al por menor.

La droga intervenida da un total de 666,923 gramos de cocaína pura, sustancia que el acusado iba a destinar al tráfico ilícito en España y que hubiera alcanzado en el mercado ilegal, en su venta al por menor un valor de 37.075,43 euros.

El acusado carece de autorización para permanecer en España y ha solicitado su expulsión del territorio nacional.

Se encuentra privado de libertad por esta causa desde el día de los hechos, teniendo en su poder 500 euros y 800 dólares.”

SEGUNDO.- La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

“Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a M.A. como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión, multa de 80.000 euros, con 15 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, se le impone, además, la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el pago de las costas procesales.

El dinero intervenido queda afecto al pago de la multa.

Se ordena el comiso del billete de viaje, efectos y de la sustancia estupefaciente intervenida cuando alcance firmeza esta resolución deberá procederse a su destrucción.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se le abonara el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa, si no se le hubiera aplicado a otra.

Una vez que M.A. cumpla la mitad de la pena o alcance el tercer grado penitenciario si esto se produjera antes, se procederá a la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional.

Fórmese la pieza de responsabilidad civil para determinar la solvencia de M.A.”

TERCERO.- Notificada la misma, interpuso contra ella Recurso de Apelación la representación procesal de M.A.

CUARTO.- Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 790, al que se remite el artículo 846 ter, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se elevaron las Actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

QUINTO.- En Providencia de fecha 21 de febrero de 2017 se señaló para el inicio de la deliberación de la causa el 7 de marzo de 2017, a las 10.00 horas, y en la misma se designa ponente a la Magistrada que suscribe.

Es Ponente la Ilma. Dña. S.P.G., quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan íntegramente los hechos declarados probados en la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación se alega que, habiéndose acordado en la sentencia recurrida la sustitución de la pena de prisión por expulsión, una vez que M.A. cumpla la mitad de la pena, o alcance el tercer grado penitenciario, si esto produjera antes, muestra su desacuerdo con tal decisión, ya que según el mismo, ello vulnera la correcta aplicación de la norma y del derecho de una justicia igual para todos, pues el acusado interesó en el juicio su expulsión inmediata, alegando el recurrente que bajo la aplicación de la nueva norma sobre sustitución de la prisión por expulsión,

se le obliga cumplir la mitad de la condena cuando conforme a su inexistencia de peligrosidad, falta de antecedentes, arrepentimiento espontáneo, estado de necesidad y drogadicción, así como situación irregular de extranjería sería más acorde a la esencia de la norma y el objeto del legislador que procediera su inmediata expulsión cuando ya lleva cumplidos más de 10 meses de prisión, y sobre todo cuando obligarle a cumplir la mitad de la condena cuando no va a poder acceder a ningún tipo de beneficio penitenciario -puesto que su vida familiar y arraigo solo es Argentina-, supone una discriminación y una doble condena solo por ello. Solicitando como conclusión a sus alegaciones la rebaja de la pena a cuatro años de prisión, más acorde que la impuesta a las circunstancias del reo, y su sustitución por la inmediata expulsión del territorio nacional.

En primer lugar, por el recurrente se está alegando infracción del artículo 89 del Código Penal, que dispone que “1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”.

El artículo 89 del Código Penal (anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del artículo 89 del Código Penal en clave constitucional, que huyera de automatismos y diera entrada a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, a través del examen individualizado del caso concreto. Perfiló de esta manera un sistema que permitió excepcionar la expulsión a través del análisis de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación

familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso. Lo que se completó con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa (entre otras Sentencias del Tribunal Supremo 901/2004 de 8 de julio; 906/2005 de 17 de mayo; 366/2006 de 30 de marzo; 832/2006 de 24 de julio; 35/2007 de 25 enero; 165/2009 de 19 de febrero; 531/2010 de 4 de junio; 588/2012 de 29 de junio; 738/2013 de 4 de octubre; 479/2014 de 3 de junio o la reciente 483/2016 de 3 de junio).

Tras la reforma operada en el artículo 89 del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal. Admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En cuanto a citada reforma, la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015 establece que “4.1. El régimen general favorable a la expulsión sustitutiva queda exceptuado cuando su aplicación resulta, por las circunstancias particulares concurrentes en el caso, inconciliable con el logro de los fines de la pena, a cuyo efecto el artículo 89 del Código Penal, en sus apartados 1 y 2, enuncia dos criterios, íntimamente conectados y de inequívoca significación político criminal, que deben ser valorados por el juez o tribunal sentenciador antes de resolver sobre el destino del penado:

a) La “necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico”, esto es, impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena.

Ello quiere decir -y en este punto abunda la jurisprudencia en precedentes- que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la Ley, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial,

por lo que la expulsión no puede ser automáticamente aplicada (Sentencias del Tribunal Supremo nº 1162/2005, de 11 de octubre; 1249/2004 de 28 de octubre; 901/2004, de 8 de julio; 636/2005, de 17 de mayo; 1546/2004, de 21 de diciembre; 1189/2005, de 24 de octubre; 366/2006, de 30 de marzo; 842/2010, de 30 de septiembre).

b) La necesidad de “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, es decir, evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal. Tal situación de impunidad no sólo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena -perspectiva de la prevención general negativa-, sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente como graves -perspectiva de la prevención general positiva- (Sentencias del Tribunal Supremo 1189/2005, de 24 de octubre; 245/2011, de 21 de marzo; 28/2012, de 25 de enero)”.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en idéntico sentido, así por todas la Sentencia nº 927/2016, dispone que “Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala.

Dijeron las Sentencias del Tribunal Supremo 132/2014 de 20 de febrero y 479/2014 de 3 de junio, que los objetivos perseguidos por las políticas de extranjería e inmigración no pueden orillar los fines del proceso penal, y deben compatibilizar con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social). Y así se ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos del afectado, sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española (Sentencias del Tribunal Supremo 166/2007 o 165/2009 de 19 de febrero).

En línea con ello se han apuntado como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico.

En relación con el tráfico de drogas y en un supuesto que guarda similitud con el que ahora nos ocupa, mantuvo la Sentencia del Tribunal Supremo 245/2011, de 21 de marzo que “ tampoco resulta razonable la expulsión, pues se estima que, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena -tenencia de cocaína para el tráfico en una cantidad que está en el límite con la agravación por la notoria importancia-, no procede la aplicación de esa opción sustitutiva. Se trata de un delito de notable gravedad cometido además por una persona que ya tiene otra condena por otra acción delictiva similar, por lo que, en el caso de aplicar de forma automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo en cierta forma el tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros.

En efecto, la sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador, tal como ya se razonó más arriba”.

SEGUNDO.- En el presente caso, se alegan por el recurrente una serie de circunstancias que, según el mismo, han de tenerse en cuenta, inexistencia de peligrosidad, falta de antecedentes, arrepentimiento espontáneo, estado de necesidad y drogadicción, así como situación irregular de extranjería, que hacen que la no expulsión inmediata vulnere la correcta apli-

cación del artículo 89 del Código Penal, y el derecho a una justicia igual para todos.

En primer lugar, debemos apuntar, que la mayor parte de las particularidades del acusado que se alegan en el recurso, que se solicita que sean tenidas en cuenta por este Tribunal para acordar la sustitución de la pena impuesta por expulsión - arrepentimiento espontáneo, estado de necesidad y drogadicción- constituyen circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya apreciación, según reiterada jurisprudencia, ya sean agravantes, eximentes o atenuantes, es preciso que quede meridianamente acreditada la concurrencia del supuesto fáctico del que toman razón (Sentencia del Tribunal Supremo 7788/2009, de 11 de diciembre). Y, en el presente caso la sentencia recurrida razona que “No concurren ni son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la conducta del acusado. En las conclusiones elevadas a definitivas en el juicio, la defensa no ha esgrimido ninguna circunstancia eximente”. Y además, hay que tener en cuenta que por el recurrente no se alega error en la valoración de la prueba por el Tribunal a quo, y que en los hechos declarados probados no se hace referencia alguna a la supuesta drogadicción, estado de necesidad o arrepentimiento de acusado, por lo que la hipotética estimación del motivo se encontraría condicionada, en parte, a la modificación de los hechos declarados probados, sin que este Tribunal pueda valorar prueba alguna al respecto, porque la misma no se practicó, y ni siquiera fueron alegadas las citadas circunstancias por la defensa del acusado.

En segundo lugar, tal y como se desprende de la Jurisprudencia citada, en interpretación del artículo 89 del Código Penal, el criterio fundamental a la hora de acordar la sustitución de la pena por expulsión, es la gravedad y entidad del delito, para evitar que la misma frustre los fines de prevención general y especial de la pena, y en el delito de tráfico de drogas, por el que viene condenado el recurrente, la tenencia de cocaína para el tráfico en cantidad que es cercana a la notoria importancia es una de las circunstancias específicas a tener en cuenta como de no justificación de la sustitución pretendida, y en este caso el acusado era portador de 666,923 gramos de cocaína pura, cantidad que debe ser considerada importante.

Además, aunque por el recurrente se alegue que el acusado se encontraba en situación irregular en España, en cuanto al citado extremo, por un lado, consta en los hechos probados que M.A., de nacionalidad argentina, se encontraba en situación administrativa dentro del periodo regular de

estancia en España y, por otro lado, es intrascendente, pues tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal.

En el presente caso, si se acordara la sustitución pretendida, daría lugar a una sensación total de impunidad, que anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena, generando pérdida de confianza en la Ley como medio para luchar contra conductas, como las llevadas a cabo por el acusado, que son consideradas socialmente como graves, sin que por ello se vea infringido el principio de igualdad que alega el recurrente, pues el mismo ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1991), y no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues como hemos indicado cada caso debe ser analizado con las circunstancias concurrentes, que en este supuesto son las anteriormente analizadas, que no aconsejan la expulsión inmediata solicitada.

Por último, a modo de conclusión del motivo alegado, y sin desarrollo concreto, se interesa junto con la petición de sustitución inmediata del país, que se imponga al acusado la pena de cuatro años de prisión. Tal y como de manera reiterada ha puesto de relieve la Jurisprudencia, la función de individualización de la pena corresponde al Tribunal sentenciador, por lo que lo controlable a través del recurso de apelación es si la misma ha sido impuesta dentro de los parámetros legales y con una motivación razonable.

La Sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho Quinto hace constar que: “Se ha de imponer a la pena de cuatro años y seis meses de prisión que es la que es la adecuada entre las previstas en los artículos 368 del Código Penal, habida cuenta del reconocimiento de hechos prestado y de la gran cantidad de droga que portaba”. Por el Tribunal a quo, aunque de forma escueta, pero suficiente, se tiene en cuenta para fijar la pena, por un lado, el reconocimiento de hechos del acusado y, por otro, la cantidad de droga incautada, que en este supuesto fue de 666,923 gramos de cocaína pura, lo que justifica una sanción punitiva en base al artículo 368.1 del Código Penal de tres a seis años de prisión, por lo que la pena impuesta lo ha sido dentro del grado mínimo de la pena, en su máxima extensión, teniendo en cuenta la gran cantidad de droga pura aprehendida no muy lejana a la notoria importancia, quedando para el Tribunal un margen de cuatro años y seis meses a seis años, para cantidades mayores de droga, aún más

cercanas a la notoria importancia -750 gramos-, y de tres a los cuatro años y medio de prisión para cantidades más pequeñas de droga, por lo que la impuesta, entendemos que resulta proporcionada, sin que se justifique lo suficiente por el recurrente la rebaja pretendida de cuatro meses de prisión.

El motivo debe ser desestimado.

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

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación del acusado M.A., contra la sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº 1400/2016, de fecha 14 de diciembre de 2016; sin especial imposición de las costas de este recurso.

51.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 5 DE CÓRDOBA DE FECHA 01/08/17

No conceder la sustitución de la pena por expulsión, por tratarse de un ciudadano comunitario.

HECHOS

Con fecha de 21 de julio de 2015, ha tenido entrada en este Juzgado, Oficio remitido por el Centro Penitenciario de Córdoba y documentación así como petición del penado I.D. relativa a petición de expulsión sustitutiva parcial del territorio español de conformidad con lo preceptuado en el artículo 89 del Código Penal.

Dictada Providencia de 24/07/17 se acordó dar audiencia al penado, así como dar traslado al Ministerio Fiscal y a la defensa para informe de

alegaciones, habiendo evacuado el Ministerio Fiscal el traslado conferido en virtud de informe de fecha 25 de julio de 2017, en el sentido de que interesa la sustitución parcial de la pena privativa de libertad que le resta por cumplir al condenado I.D. por expulsión del territorio nacional al haber accedido el mismo al tercer grado penitenciario.

Por la representación procesal del penado se ha presentado escrito de fecha 31/07/2017, en el que señala que cumpliendo con dicho requerimiento y al amparo del artículo 89 del Código Penal, concurriendo los requisitos legales para ello, se interesa la sustitución parcial de la pena por expulsión

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

En el caso de autos hemos de señalar que dicha pretensión de sustitución de cumplimiento de la pena privativa de libertad por expulsión del territorio nacional ya fue objeto de un pronunciamiento en la presente causa, en la que consta dictado Auto de fecha 10 de noviembre de 2015, el cuál devino firme tras haberse desestimado el recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal del penado en virtud de Auto de fecha 22 de diciembre de 2015, dictado por la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial, siendo que mediante Oficio remitido por el Centro Penitenciario se pone de manifiesto la posibilidad de acordar la expulsión sustitutiva parcial del territorio español, sobre la base de que el penado ha accedido al tercer grado penitenciario y no ha sido condenado por delitos a los que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis del Código Penal, pretensión ésta de la que se ha dado traslado al Ministerio Fiscal y defensa que no se oponen a ello.

No obstante dicho informe favorable de las partes y consentimiento del penado, hemos de decir que no concurren en el caso de autos los presupuestos legales para acordar dicha expulsión sustitutiva parcial, por cuanto la nacionalidad rumana del penado, determina, con arreglo al artículo 1.3 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo -relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros-, siendo que conforme a la vigente redacción del artículo 89.4 del Código Penal sólo se permite la expulsión sustitutiva de ciudadanos de un país miembro

de la Unión Europea cuando representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Por lo que este precepto legal contempla la medida con carácter excepcional.

Siendo que en el caso de autos, aun cuando el penado ha sido condenado por delito de especial gravedad, delito continuado de robo con fuerza en casa habitada pero no supone un riesgo para la seguridad pública ni para el orden público español, no le constan infracciones administrativas ni expedientes administrativos abiertos que pudieran suponer una amenaza grave contra el orden público y la seguridad; habiendo resuelto la Ilma. Audiencia Provincial que el penado no se encuentra en ninguno de estos supuestos, estableciéndose igualmente en dicha resolución dictada que "...debiéndose puntualizar que la proporcionalidad o no de la medida de expulsión que como presupuesto genérico se recoge en tan repetido artículo 89 no puede quedar al arbitrio del interesado cuando hay una previsión legal taxativa que veda la sustitución".

Y todo ello sin perjuicio de que en su caso el penado o su representación procesal puedan instar la aplicación del mecanismo de transmisión de resoluciones condenatorias recogido en los artículos 65 a 76 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, a los efectos de cumplimiento del resto de la pena en su país de origen.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

No conceder al penado I.D. la sustitución de la pena privativa de libertad que se encuentra cumpliendo en la presente causa, por su expulsión del territorio nacional, por los motivos que constan en los Razonamientos Jurídicos de la presente resolución, debiendo estarse a la ejecución de la misma ya acordada.

CAPÍTULO VIII

LIBERTAD CONDICIONAL

52.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 14/02/17

Estimación de recurso de apelación. Se concede la libertad condicional con suspensión de la ejecución del resto de la pena, aunque resten por cumplir más de cinco años.

HECHOS

Que por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 5 de la Comunitat Valenciana, con sede en Valencia en Expediente número 007302/2016, en relación al interno F.M.Z., se ha dictado AUTO 23-12-16 y notificado que fue el mismo al interno y al Ministerio Fiscal, se interpuso recurso de apelación, admitiéndose en un efecto.

Que conforme al artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y admitida la apelación se puso la causa de manifiesto a las partes a fin de que en el plazo de cinco días pudieran alegar por escrito lo que estimaran conveniente y señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones, transcurrido dicho plazo se elevaron a esta Superioridad.

Que sé incoó el presente rollo para la substanciación del recurso, en al que se pasaron las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para la resolución que procediese.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se interpone el presente recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y el letrado contra el auto dictado en fecha 23 de diciembre de 2016 por

el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Valencia, en expediente 7302/16 en el que se denegaba el beneficio de la libertad condicional anticipada a F.M.Z.

El auto recurrido deniega el beneficio de la libertad condicional al interno F.M.Z., nacido el 23 de junio de 1946, y por lo tanto septuagenario, clasificado en tercer grado, que cumple condena emanada de la sentencia dictada por esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de un total de 16 años y 24 meses de prisión, restándole por cumplir, a la fecha del auto, 7 años, 11 meses y 7 días.

En tal situación el penado cumple las exigencias del artículo 90.1. en relación con el 91.1 del Código Penal, en la medida que se encuentra clasificado en tercer grado y ha extinguido la mitad de la condena, así como ha observado buena conducta y tiene un pronóstico de reinserción social favorable conforme al informe del Centro de Inserción Social Torre Espioca.

El auto recurrido deniega el beneficio de la libertad provisional sobre la base de la dicción del artículo 90.5 último párrafo que recoge “El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado”.

Sobre tal disposición se asienta el criterio de que no siendo posible conceder una suspensión, ya que así la conceptúa el propio artículo en su primer párrafo, por tiempo superior a cinco años y resultando que al penado le restan por cumplir más de siete años, no es susceptible de serle aplicada dicha disposición.

Se apoya el auto recurrido, entre otras resoluciones en la dictada por esta misma Audiencia, Sección 4ª y de la Sección 3ª. Más la primera de ellas hace referencia a un supuesto distinto, pues lo que se discutía era el límite inferior de la suspensión, cuando el resto de pena a cumplir es menor que dicho límite.

Por su parte la resolución de la Sección 3ª, que se apoya en la previa de la Sección 4ª referida, sí que da por sentado la necesidad de que la pena que reste por cumplir lo sea como máximo de cinco años. Interpretación que debe ser objeto de análisis en la presente resolución.

Y ello es así en tanto que la frase que a continuación se recoge del tiempo establecido de la suspensión, con independencia de tal establecimiento, en cuanto figura como añadido, que no explicación a la misma, al establecerse tras la norma gramatical de un punto y seguido, determina que existe una separación de enunciados que forman parte de un mismo párrafo, y por lo tanto que perteneciendo lo que se describe a la misma temática, determina una situación nueva.

Y esa nueva situación no es otra que en todo caso, es decir “sea lo que fuere, a lo sumo, al menos, como mínimo” la suspensión deberá durar el resto de la pena que quede por cumplir. Por ello esta frase no se considera que deba quedar coartada por el plazo de la frase anterior, sino que regula una nueva situación, que no es otra que para todos los supuestos en que la pena que quede por cumplir sea superior a cinco años, la suspensión abarcará como mínimo el resto que quede por cumplir de la misma, sin la limitación temporal del párrafo anterior.

No hay que dejar de lado, que en el presente supuesto la norma del artículo 91.1, avala dicha interpretación, toda vez que igualmente, a los efectos de dicha excepción, señala “...que podrán obtener la suspensión del resto de la pena...” y por lo tanto sin mención a limitación alguna y de igual forma el núm. 5 primer párrafo del propio artículo 90, al tiempo de establecer las condiciones de la suspensión se refiere “a la suspensión del resto de la pena”, sin remisión ninguna a lo que posteriormente en el último párrafo recoge.

Vistos los preceptos citados de aplicación al caso.

Parte Dispositiva

LA SALA ACUERDA

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y el Letrado en nombre de F.M.Z. contra el auto de fecha 23 de diciembre de 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 5 de la Comunidad Valenciana con sede en Valencia capital.

SEGUNDO.- REVOCAR dicha resolución, concediendo al penado F.M.Z. la libertad condicional, suspendiendo la ejecución del resto de la pena hasta que finalice el 7 de diciembre de 2024, bajo las condiciones que

se establezcan por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y haciéndole saber que en caso de que delinca nuevamente se procederá a revocar la suspensión y ejecutar el tiempo que a fecha de esta concesión le reste por cumplir de la pena, sin especial imposición de las costas de este recurso.

53.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 14/02/17

Revocación de la libertad condicional al valorar que una causa en libertad provisional supone cambio importante de circunstancias.

HECHOS

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de la Comunidad Valenciana, con sede en Valencia, en relación al interno C.I.M. dictó auto notificado que fue el mismo por su letrado se interpuso recurso de apelación, admitiéndose en un efecto.

Que conforme al artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y admitida la apelación se puso la causa de manifiesto a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo de 5 días pudieran alegar por escrito dentro lo que estimaran conveniente y señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones, transcurrido dicho plazo se elevaron a esta Sala.

Se incoó el presente rollo para la substanciación del recurso, en el que se pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se recurre en apelación el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en que desestimaba revocar la libertad condicional concedida al penado, pese a las nuevas circunstancias habidas, al no estar dentro de los supuestos legales no siendo estrictamente necesaria la revocación, interpretando

el artículo 90.6º, y el artículo 86 del Código Penal en favor del reo y con carácter restrictivo.

El Ministerio Fiscal recurrente planteó un debate jurídico de interpretación de normas al considerar que si bien el Juzgado aplicó el artículo 90 del Código Penal bien cierto es que la situación actual del penado C.I.M., teniendo concedida la libertad condicional, entendida como una suspensión de la pena, dado el tenor literal del nuevo artículo 90 reformado por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, la situación debe contemplarse con el contenido del artículo 86. 1º y 4º del Código Penal para que sea revocada la libertad condicional concedida.

Por tanto, a juicio del Ministerio Público; el penado incurre en un cambio esencial de las circunstancias habidas, el hecho de estar preso preventivo por un presunto delito posterior, aunque actualmente esté en libertad provisional por el pago de una fianza. Ello supone un cambio esencial en las circunstancias personales del reo para no merecer seguir en libertad condicional; que la nueva causa por la que estuvo preso preventivo el interno se refirió a un hecho muy grave, un delito de estafa continuada y organización delictiva, blanqueo de capitales. Por ello el penado incurre en causa para que le sea suspendida la libertad condicional por la reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado, situaciones reguladas y previstas en el artículo 86.4º del Código Penal.

En este caso, se debe aplicar el artículo 86 y 90.5º del Código Penal en su actual redacción.

El artículo 86 del Código Penal tiene el siguiente contenido: «1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: a) sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes, que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, c) incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a

que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). 4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima: el juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

Artículo 90 del Código Penal.- “5. En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando, se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.”

Por tanto, el debate jurídico, con interpretación literal de ambos preceptos, el artículo 90.5° y 86.4° del Código Penal, debe resolverse entendiendo en primer lugar que existen causas tasadas para revocar la libertad condicional, las enumeradas en el artículo 86, sin que ninguna sea la de estar el reo en prisión preventiva o investigado por un delito. En todo caso el precepto dice “podrá”, luego es potestativo del juez.

En el párrafo siguiente, del artículo 90.5° Código, Penal afirma de manera imperativa que el juez “suspenderá” cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

Tal precepto deja a la libre decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, apreciar las concretas circunstancias personales del reo en el periodo de libertad condicional; para ello debe valorar la posible peligrosidad, basado en los informes que se expongan sobre el reo.

En este caso el auto del magistrado razonó que debe interpretar las normas restrictivas de los derechos del reo de forma no extensiva al tratarse de los derechos individuales, luego mantiene la situación de libertad condicional. El magistrado valoró la prisión preventiva del reo por hechos posteriores, del 24 de noviembre de 2016, valoró además que el preso sr. M. actualmente está en libertad y que no existe condena por los hechos investigados, por lo que su auto es ajustado a derecho, dentro de la decisión prevista legalmente.

Consta del expediente que el penado C.I.M. fue condenado por esta Sala en sentencia de 23-05-2006 a la pena de 15 años de prisión por delito de robo con violencia, detención ilegal, allanamiento de morada, iniciando el cumplimiento el 5 de julio de 2004, estando previsto el licenciamiento el 29-6-2019. Estuvo en tercer grado desde el año 2012, con evolución positiva. Tras los informes favorables, le fue concedida la libertad condicional por auto de 4-9-2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5, fijando el plazo de licenciamiento definitivo el día 29 de junio de 2019.

La incidencia posterior, se comunicó por la Policía Nacional en escrito de 24-11-2016, haciendo constar que el penado, ingresó como preso preventivo por otra investigación del Juzgado de Instrucción de Requena. Estuvo en prisión preventiva hasta el 28 de noviembre, es decir, 4 días. Solicitada información de tal hecho, el Juzgado de Requena informó que la investigación realizada lo es por delito de blanqueo de capitales y delito continuado de estafa sobre hechos presuntamente cometidos el 14 de junio 2016 en Requena. De tal incidencia se aportó el auto de prisión provisional del señor M., eludible por pago de fianza de 10.000 €. Dicha fianza fue pagada el 28 de noviembre 2016.

De tal incidencia se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual solicitó que se revocara la libertad condicional en aplicación del artículo 95.5º del Código Penal.

A la vista de los anteriores datos, valorando si se produce un cambio sustancial de las circunstancias, ello es así a la vista de la actuación del pe-

nado, ya que nada más iniciado el plazo de libertad condicional (4-9-2015) al poco tiempo es detenido preventivamente por otros hechos; los hechos nuevos investigados ocurrieron el día 14 de julio de 2016, es decir, antes de cumplirse un año de la situación de libertad condicional. El motivo de las investigaciones al penado C.I.M. son por una organización criminal dedicada a la estafa a través de internet, organización con varias personas, que ofertaban en páginas web alquileres de apartamentos que resultaron falsos, enriqueciéndose con transferencias de dinero recibidas usando captadores y “muleros”.

Las investigaciones policiales, así consta en el auto de prisión de 24-11-2016 llevan a determinar que el Sr. M. es el segundo jefe del grupo criminal.

La gravedad de la nueva situación supone que el pronóstico de peligrosidad, las actuaciones del reo en situación de libertad condicional, es una incidencia trascendental que pone de manifiesto un cambio de circunstancias importante, que debe conllevar la revocación de la libertad condicional, por lo que el recurso se estima.

Parte Dispositiva

LA SALA ACUERDA.-

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto no revoca ni suspende libertad condicional de fecha 09/12/2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de la Comunidad Valenciana con sede en Valencia.

SEGUNDO.- REVOCAR dicha resolución sin especial imposición de las costas de este recurso.

En su lugar se acuerda revocar la libertad condicional concedida al penado C.I.M.

54.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 12 DE MADRID DE FECHA 14/02/17

Estimación recurso de apelación. No procede aplicar de manera retroactiva el artículo 90 del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015) por resultar menos favorable para el penado.

HECHOS

Por la Procuradora en nombre y representación del penado G.J.B., se ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid de fecha 22/12/2016 confirmado por Auto de fecha 18/01/2017, por el que se acordó la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional al penado.

El Ministerio Fiscal ha interesado la desestimación del recurso.

Remitido a este órgano judicial testimonio de los particulares necesarios para dictar la presente resolución, se ha formado el correspondiente Rollo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Es competente este Juzgado para la resolución del recurso de apelación planteado en atención a lo previsto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo.

Impugna el Letrado del interno G.J.B. la concesión de la libertad condicional al mismo en los términos efectuados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid, al considerar que no procede la aplicación retroactiva del nuevo régimen previsto en el artículo 90 del Código Penal en su redacción actual tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/15, por resultar más desfavorable para el penado.

Planteados en los anteriores términos la cuestión, y aun admitiendo que se trata de un asunto que no ha sido resuelto de forma pacífica por los Tribunales (auto 5/10/2015 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de

Valencia), y que existen dos posturas distintas, se considera que la nueva redacción del artículo 90 del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015, no puede ser aplicada con carácter retroactivo en los casos como el presente en que no resulta ley penal más favorable para el reo.

En efecto, en el caso que no ocupa, el interno había sido condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid de 21/3/2013, por hechos acaecidos en el 2010, por un delito de obstrucción a la justicia.

En la Ejecutoria 1365/2015, tramitada en este Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid, se dictó auto de fecha 10/09/2015, en el que se aplicó el derogado artículo 88 del Código Penal al penado, acordando la sustitución de la pena de 369 días de prisión pendiente de cumplimiento por 738 días de multa, con cuota de 10 euros diarios, si bien dicha resolución fue revocada posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid.

No cabe duda de que, en materia de libertad condicional, el artículo 90.5 vigente es más perjudicial para el apelante, que el artículo 93.1 en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, toda vez que en el primer caso se establece un plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena de dos a cinco años, computándose el plazo de suspensión y libertad condicional desde la fecha de puesta en libertad del penado. En el segundo caso, el periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena.

Además en los supuestos de revocación, bien porque el reo delinca o porque inobservarse las reglas de conducta impuestas, la norma vigente dispone que el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena, cosa que si ocurría en el artículo 93 del Código Penal, en la actualidad derogado, lo que supone un modo de computar la duración de la pena distinto y más perjudicial respecto del que existía antes de la reforma.

Por otra parte, no ha quedado acreditado que el interno hubiera prestado su consentimiento a que se le tramitara el expediente de libertad condicional con arreglo a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pues en la documental aportada por el apelante consta que en el expediente de libertad condicional dijo “quedar enterado del contenido del artículo 93 del Código Penal y del artículo 200 del Reglamento Penitenciario”, pero el referido precepto en la actualidad está derogado por la Ley Orgánica 1/2015, y por otra parte, en el modelo de consentimiento informado, de forma clara

y rotunda, expresó “que el Código Penal que me afecta es el anterior a la reforma, ya que los hechos fueron en el 2009”.

En mérito a cuanto se ha expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del interno contra los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid, de fecha 22/12/2016 y 18/01/2017, los cuales se dejan sin efecto, y en su lugar se concede al penado G.J.B. la libertad condicional adelantada a las 3/4 partes al penado por el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena, que es el 29/04/2017, de acuerdo con los artículos 90, 91 y 93.1 del Código Penal en la redacción existente antes de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, condicionada a la regla de conducta de seguimiento por los Servicios Sociales penitenciarios correspondientes (la Sentencia del Tribunal Supremo de 12/06/2016 debió ser aplicable, aquí, a falta de una Disposición Transitoria en la Ley Orgánica 1/2015, referida a esta materia, en relación al periodo de seguridad para acceder al tercer grado establecido por la Ley Orgánica 7/2013).

CUARTO.- No se aprecian especiales motivos para la imposición de las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación del interno G.J.B. contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Madrid, de fechas 22/12/2016 y 18/01/2017, los cuales se dejan sin efecto, acordando en su lugar conceder la libertad condicional adelantada a las 3/4 partes a dicho penado por todo el tiempo que le resta por cumplir la condena (el 29/04/2017), condicionada a la regla de conducta de seguimiento por los Servicios Sociales Penitenciarios.

55.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 12/04/17

Denegación de libertad condicional por no cumplir con la condición del artículo 90 c) del Código Penal.

HECHOS

Se ha recibido en este Juzgado propuesta de Libertad Condicional relativa al penado del Centro Penitenciario de Soria, A.C.L., para cuyo beneficio fue propuesto por unanimidad de la Junta de Tratamiento de dicho establecimiento, para el cumplimiento en su país, Rumania.

El Ministerio Fiscal informa en el sentido de no oponerse a la propuesta formulada por el Centro Penitenciario.

Previamente a resolver, se solicitó al Centro copia del peculio del interno, habiéndose recibido resolver el expediente el día de la fecha .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La reforma operada en el Código Penal por la 1/2015, de 30 de marzo incide, en lo que aquí interesa, en la nueva regulación legal y cambio de naturaleza de la libertad condicional, que deja de ser una fase más del cumplimiento de la pena de prisión para convertirse en una modalidad de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta. La nueva regulación de la libertad condicional se considera más perjudicial para el penado que la prevista en la ley precedente, por lo que no existiendo disposición transitoria para la aplicación de la nueva regulación se considera, valorando lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución Española, el criterio temporal establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12/06/2006, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario y el Dictamen 1/15 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que el nuevo régimen jurídico establecido en la Ley Orgánica 1/15 solo es de aplicación respecto de los condenados por hechos posteriores a fecha 01/07/15 y cuando, valorando las circunstancias del caso concreto, sea más beneficiosa para el reo.

En el presente supuesto, valorando las concretas circunstancias penales del interno se estima que le es más favorable la regulación establecida en el artículo 90.1 del Código Penal, redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003, que establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

a) Que se encuentre en tercer grado de tratamiento penitenciario.

b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

c) Que haya observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que considera a tales efectos la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios causados con la actividad delictiva en relación con las condiciones personales y patrimoniales del culpable, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura, etc.

En el presente caso, del análisis de la documentación que obra en autos se desprende que el penado ha de abonar en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 1.864 euros, de los que consta que ha satisfecho 60 euros en dos pagos de 30 euros realizados en mayo de 2015 y abril de 2016. El interno no justifica la ausencia de abono de cantidad superior de la responsabilidad civil que adeuda y del análisis de su peculio resulta que lleva desarrollando actividad remunerada en el Centro Penitenciario de Soria desde el año 2015, habiendo ganado un total de 4.568,48 euros. Estos datos permiten concluir que el penado podía tener satisfecha la totalidad de la responsabilidad civil sin esfuerzo extraordinario, por lo que no procede acceder a la concesión del beneficio de la libertad condicional a cumplir en Rumania, al entender que no cumple la condición prevista en el apartado c del artículo 90 del Código Penal anteriormente mencionado.

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

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a la concesión de la libertad condicional al penado del Centro Penitenciario de Soria, A.C.L., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

56.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE FECHA 30/08/17

No concesión libertad condicional. Distinción entre enfermedad crónica y enfermedad con padecimientos graves.

ANTECEDENTES DE HECHO

Procedente del Centro Penitenciarlo de Las Palmas II, se ha recibido en este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la anterior propuesta de libertad condicional por enfermedad muy grave con padecimiento incurable, a favor del interno F.L.L.T., condenado en la ejecutoria 8/2017 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche.

Registrado en los libros correspondientes, se confiere traslado del expediente al Ministerio Fiscal, el cual se opone a la concesión de la libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La Libertad Condicional se configura en nuestro Derecho como un beneficio penitenciario mediante el cual los internos que reúnen los requisitos legales exigidos artículos 90 y 91 del Código Penal en relación con el artículo 192 y siguientes del vigente Reglamento Penitenciario, y que han alcanzado un alto grado de resocialización, cumplan en libertad el último tramo de su condena bajo el seguimiento y control de los Servicios Sociales Penitenciarios del Centro al que haya sido adscrito. Se trata por tanto, de la última fase de la ejecución penal (artículos 67 y 72 de la

Ley Orgánica General Penitenciaria), permite al penado el abandono de la prisión, siempre que se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario, haya extinguido -o extinguirá, en su caso, a la fecha para la que se solicita el beneficio- las tres cuartas o dos terceras partes de la condena impuesta y merezca dicho beneficio por su buena conducta observada y existir a su favor un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Actualmente se ha producido la reforma del Código Penal de 1995 en virtud de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, modificándose sustancialmente los artículos 90 y siguientes relativos a la libertad condicional, siendo ahora que con la nueva regulación se suspende la ejecución del resto de la pena y se concede la libertad condicional, con modificaciones sustanciales en materia de plazos de suspensión y consecuencias de la revocación. Y así se sigue por este Juzgado el criterio que ha mantenido al respecto lo resuelto en dictamen 1/2015 de la Fiscalía del Tribunal Supremo: “en consecuencia no es posible la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional a hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015 cuando ello resulte desfavorable al reo. Sin embargo, cuando la nueva normativa admita la libertad condicional en supuestos antes no contemplados sí será posible la aplicación retroactiva a hechos cometidos antes del 1 de julio.”

No obstante, el artículo 92 del Código Penal permite la aplicación del referido beneficio cuando se trate de internos muy graves con padecimientos incurables, excusando del requisito temporal de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena -o de las dos terceras partes-, pero no de las exigencias legales de clasificación en tercer grado y de un pronóstico individual favorable de reinserción; en este último caso, los enfermos en fase terminal y por la propia evolución de la enfermedad tienen su salud tan deteriorada que prácticamente les incapacita para una actividad delictiva, por lo que no es necesario hacer valoración alguna sobre el referido pronóstico de reinserción social.

En el presente caso, el penado fue explorado por la Médico Forense y en las conclusiones de su dictamen establece que:

1º) Que el peritado está afecto de varias enfermedades de tipo crónicas y de algunas complicaciones de las mismas. Estas patologías no requieren de cuidados excepcionales en la actualidad. Precisa de tratamiento farmacológico y medidas higiénicas/dietética/rehabilitadoras.

2º) Estas patologías, no entrarían dentro de las consideradas como muy graves, con padecimientos incurables e irreversibles.

Por lo tanto no cumple con uno de los requisitos que exige la ley, es decir, que se trate de una enfermedad muy grave e incurable sino que se trata de enfermedades crónicas que no precisan cuidados excepcionales, por lo que no es posible la libertad condicional por este motivo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: no conceder la Libertad Condicional anticipada por enfermedad muy grave con padecimiento incurable, al interno F.L.L.T. del Centro Penitenciario de Las Palmas II, en los términos en que ha sido propuesta y por lo expuesto en los razonamientos jurídicos.

57.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 18/09/17

Desestimación queja; no concesión libertad condicional por enfermedad incurable.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por el interno del Centro Penitenciario de referencia J.C.C.M. se formuló queja ante este Juzgado solicitando libertad condicional por enfermedad.

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

El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en si todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir los artículos 91.3° del Código Penal y 104.4° del Reglamento Penitenciario. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no *pietatis causa* sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra manera.

Lo dicho hasta ahora encuadra el problema y lleva de la mano a su solución. De la documental aportada se desprende claramente que el interno padece una enfermedad grave e incurable, con un pronóstico a corto plazo favorable para cuyo tratamiento no resulta por el momento inadecuado el ambiente carcelario, encontrándose en un módulo con un régimen de vida normal, siendo su situación basal de autonomía, pudiendo cuidar de sí mismo, estando en seguimiento en consulta médica en diversos servicios médicos externos, no presentando, en definitiva, patologías que hagan necesaria la aplicación del artículo 196 del Reglamento Penitenciario, por lo que se entiende que no se cumplen los requisitos exigidos por los preceptos indicados, debiéndose esperar, en cuanto a su clasificación, a la resolución del Centro Directivo, todo lo cual determina que, conforme lo solicitado por el Ministerio Fiscal, dicha queja deba denegarse por los motivos expuestos.

En atención a lo expuesto

DISPONGO: Desestimar la Queja planteada por el interno J.C.C.M., sobre libertad condicional.

58.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 28/09/17

Denegación de la aplicación del artículo 197 del Reglamento Penitenciario. Sólo procede en aplicación en los casos de nacionales de estados en los que no se hubiera implementado la ley 23/14.

HECHOS

En este Juzgado se tramita expediente sobre libertad condicional del penado A.M.N., actualmente interno en el Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, constando en el citado expediente el informe pronóstico final favorable de la Junta de Tratamiento que expresa la evolución del penado según el tratamiento seguido y un juicio de probabilidad sobre futuro comportamiento del penado en libertad.

Segundo.- Evacuado el preceptivo traslado Ministerio Fiscal informó en el sentido de no mostrarse conforme al resultar el régimen previsto en la Ley 23/2014 excluyente del artículo 197 del Reglamento Penitenciario, en los casos que resultase de aplicación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- El artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario establece que: “1. En el caso de internos extranjeros no residentes legítimamente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades

competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”.

Entiendo, sin embargo que, de conformidad con las conclusiones alcanzadas por los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria del año 2016, dicho régimen, de carácter interno, no debe regir las peticiones de cumplimiento en país de origen que -como la que nos ocupa- estarían dentro del ámbito de la Ley 23/2014 (consecuencia de la trasposición de la normativa comunitaria); así pues, el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, de carácter subsidiario, tan sólo se aplicaría a nacionales de aquellos países que no hubiesen implementado la DM 947/08 y a aquéllos que, habiéndola implementado sus países de origen, les restasen menos de seis meses por cumplir de condena

Así pues, y a la vista de lo anteriormente expuesto;

DISPONGO

Deniego la petición del Centro Penitenciario de Villena en relación al interno A.M.N.

59.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 05/10/17

Remisión de pena suspendida condicionalmente por haber transcurrido el plazo señalado sin incidencias.

HECHOS

En el presente procedimiento de Libertad Condicional se acordó por Auto de fecha 11 de septiembre de 2015 suspender condicionalmente la ejecución del resto de la pena impuesta al interno J.J.P.LL., condicionando la suspensión y remisión, en su caso, a que durante el plazo de dos años el condenado cumpliera las reglas establecidas para su concesión.

Ha transcurrido el plazo señalado sin que el penado haya tenido incidencia alguna, ni haya delinquido durante este periodo, según se desprende de la hoja histórico penal aportada al expediente. Se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe con el resultado que consta en la causa.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83.86 y 87. Dispone el artículo 90.5 del Código Penal en su última redacción dada por el artículo único apartado 49 de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, con vigencia desde el 1/07/2015.

Por su parte, el artículo 87.1 del Código Penal vigente dice que “Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.S^a ACUERDA LA REMISIÓN de la pena que quedaba por cumplir al liberado J.J.P.LL. Comuníquese esta resolución al Centro Penitenciario.

Procédase al ARCHIVO DEFINITIVO de la presente causa previo informe del Ministerio Fiscal.

60.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 14/11/17

Denegación de libertad condicional por no apreciarse conducta del interno destinada a la reparación de la víctima.

HECHOS

Que por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva se elevó con fecha 27-10-17 la anterior propuesta de concesión de libertad condicional al interno D.M.S.

Incoado y tramitado el expediente penitenciario, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido favorable a la concesión de la condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Examinada la documentación e informes que acompañan la propuesta formulada, hay que tener en cuenta que si bien el interno se haya clasificado en tercer grado de tratamiento y extinguió las 3/4 partes de su condena el día 14 de diciembre de 2016, no concurre el requisito exigido por el artículo 91 del Código Penal, según redacción de la Ley Orgánica 7/03 de 30 de junio, dado que no puede decirse que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, conforme a lo previsto en dicho precepto “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 6º, de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, en cuanto, debe exigirse una especial conducta del interno en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales, siendo que en el presente supuesto, no puede decirse que el interno haya observado tal conducta, en cuanto que pese a desempeñar continuadamente destinos retribuidos en el Centro Penitenciario, habiendo tenidos unos ingresos económicos elevados, (más de 6.900 euros), tan solo ha destinado a la reparación de las víctimas, 360 euros (siendo la indemnización impuesta de 18.880 euros), por lo que, no puede calificarse su actitud frente al perjudicado de su acción delictiva como “comprome-

tida”, siendo además sus pagos, de mínimas cuotas de 20 euros iniciados en mayo de 2016, considerándose por ello más un intento de justificación del cumplimiento del requisito antes mencionado con una clara intención finalista de obtención del tercer grado, (propuesto por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Huelva y concedido por acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de 24-01-2017) que una verdadera conducta del interno destinada a la reparación de la víctima, por todo ello, se considera por esta Juzgadora, que no concurre el pronóstico de reinserción favorable exigido por el artículo 72.5º, de la Ley Orgánica General Penitenciaria, procediendo en consecuencia, denegar la libertad condicional propuesta, sin perjuicio de su aprobación, caso de concurrir, una conducta del interno efectivamente observada en orden a reparar el daño causado con su grave acción delictiva.

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

PARTE DISPOSITIVA

No aprobar la propuesta de libertad condicional, formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno D.M.S., en la causa ejecutoria núm. 22/2012, de la Ilma. Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª.

61.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BALEARES DE FECHA 15/11/17

No ha lugar a la revocación pese a incumplimientos reglas de conducta.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por auto de este juzgado de 31 de mayo de 2017 se acordó la concesión de la libertad condicional al interno del Centro de Inserción Social de Mallorca, B.V.A.

En fecha 31 de octubre se ha recibido en este Juzgado propuesta para autorización de mantenimiento de la referida libertad condicional fundada en lo acordado por la Junta de Tratamiento de 15/10/2017 con sustento en lo informado por la Sra. Psicóloga.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, por el mismo se ha informado en el sentido de mostrar su conformidad con el mantenimiento de la indicada libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Penal en su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015, se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

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

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo el artículo 93.1 del mismo texto legal establece 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 delinquiera o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresara en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.”

De la información remitida por el CIS se desprende que si bien el interno ha incumplido las reglas de conducta establecidas en el auto por el que se le concedió la libertad condicional puesto que el 11 de octubre se

objetiva consumo de cannabis, la Junta no estima procedente variar el pronóstico de integración social dada la proximidad de la libertad definitiva (12/01/2018), y la nula utilidad terapéutica del regreso del liberado al régimen ordinario. Valorando las anteriores consideraciones se considera procedente el mantenimiento de la libertad condicional, atendiendo además a lo igualmente informado en el sentido de que en casos de problemática toxicofílica de larga duración no resulta extraño consumo esporádico asociado a situación de estrés que se trabaja terapéuticamente, cumpliendo no obstante el resto de reglas. Todo lo que justifica suficientemente, a criterio de quien resuelve y conforme al criterio mantenido por el Ministerio Fiscal en su informe, el acogimiento de la propuesta de la Junta Tratamiento.

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

Dispongo: no haber lugar a revocar la libertad condicional del penado B.V.A., que le fue concedida en virtud de auto de fecha 31 de mayo de 2017, el que se mantiene en todos sus extremos.

CAPÍTULO IX

LIQUIDACIONES DE CONDENA

62.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 SANTANDER DE FECHA 28/03/17

No ha lugar a nueva liquidación de condena por ser la ya realizada firme, y por existir una previa refundición de condenas.

HECHOS

Que con fecha 8 de febrero de 2017 por este Juzgado se practicó liquidación de condena en la presente ejecutoria por las penas a que fue condenado el penado en esta causa.

Que con fecha 22 del presente mes de febrero se dictó por este Juzgado Auto hoy firme y ejecutorio en virtud del cual se aprobada la citada condena.

Que por oficio de lecha 22 de febrero de 2017 con entrada en esta sede judicial el día 27 de febrero de 2017 se devuelve por el centro penitenciario la citada liquidación por el concepto de incorrecta no en relación con el tiempo de cumplimiento sino en referencia a la fecha de inicio del cumplimiento de la pena a que la liquidación hace referencia.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Por la dirección del Centro Penitenciario de El Dueso se devuelve a este Juzgado la liquidación de condena practicada en la presente ejecutoria por entenderla incorrecta y con la pretensión de que se efectúe una nueva liquidación no en cuanto a la duración de la pena sino únicamente en cuanto a la modificación de las fechas de inicio y fin de cumplimiento que se pretende se recojan las que se adjuntan sin justificación de tipo alguno.

La pretensión que se deduce no puede ser estimada y ello por cuanto y cual se ha puesto de relieve en los antecedentes de hecho de la presente resolución por este Juzgado ya en su día una vez se puso en conocimiento de este Juzgado el ingreso del penado en la presente ejecutoria se procedió a la legalización del mismo, practicándose por la Letrada de la Administración de Justicia la preceptiva liquidación de condena de la que se dio traslado a la representación del penado y del Ministerio fiscal dictándose por este Juzgado Auto de fecha 22 de febrero de 2017 que notificado a las partes adquirió firmeza dado que las citadas resoluciones no se encuentran excluidas de la firmeza e inmodificabilidad a diferencia de lo que acaece en otros casos que serán objeto de consideración en razonamientos subsiguientes, razón por la cual y por imperativo de lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tal resolución es inmodificable, y únicamente podrá serlo por la incoación de un incidente que concluya en una resolución motivada revocatoria o reformatoria de la precedente o de su declaración de nulidad de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo destacarse que conforme a una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), “ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2003, de 16 de junio; 223/2004, de 29 de noviembre; 209/2005, de 18 de julio; 145/2006, de 8 de mayo; 11/2008, de 21 de enero; y 110/2009, de 11 de mayo).

Lo previamente expuesto se alza evidente, y por ello la imposibilidad de acoger la pretensión deducida por el Centro Penitenciario, pues esta se concreta en la pretensión de que se modifiquen las fechas de inicio y de cumplimiento de la liquidación de condena en su día realizada y judicialmente aprobada y ello con el único fundamento de la manifestación efectuada por el funcionario competente del Centro.

Concretado el fundamento de la pretensión y la fundamentación aportada, resulta patente la imposibilidad de acogimiento, y ello por cuanto el incidente o procedimiento que podría motivar la reforma o revocación del Auto precedente de la liquidación de condena firme y ejecutorio, requiere de motivación y justificación al igual que la resolución que se dicte esti-

mando o desestimando la pretensión deducida, y en el presente caso resulta patente que sin poner en duda la profesionalidad y competencia de los funcionarios que postulan la revocación o reforma de la resolución firme precedente, es evidente que dada la forma de planteamiento que se efectúa se configura en un acto de fe que se demanda de este órgano Judicial y de este Juzgador, acto de fe que podría ser suficiente y bastante para los creyentes pero no para los agnósticos e incrédulos que dadas sus propias convicciones requerirán de la acreditación y justificación de la pretensión que se efectúa, lo que en el presente no acontece, y más aún si toma en consideración la propia manifestación del Centro contenida en su párrafo primero que no obvia la posibilidad de error en aquello que demanda cuando señala que lo que se peticiona lo es “salvo error u omisión” (lo entrecomillado es literal) lo que fundamenta más aún lo previamente razonado.

Sentado lo anterior y avanzando un paso más respecto a la cuestión suscitada deberá señalarse que respecto al ingreso de un penado en un Centro Penitenciario la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 15 únicamente exige que el ingreso se efectúe mediante mandamiento con la única excepción de la presentación voluntaria para la cual establece las prevenciones correspondientes destacando la temporal para la legalización del ingresado que se materializa mediante el oportuno mandamiento. En idéntica línea como no podía ser menos el Reglamento en su artículo 15 precisa además del mandamiento, orden judicial de detención o sentencia firme, precisando en el siguiente artículo 16 que se titula “de la presentación voluntaria en un centro penitenciario” en su número 3, la legalización del ingresado voluntario mediante mandamiento, así como en su caso el testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Lo previamente consignado debe llevar a las siguientes conclusiones:

La primera de que los requisitos para el ingreso no voluntario no requiere de los requisitos que para el voluntario establece la norma y más aún cuando parte de los requisitos establecidos a los que el precepto hace expresa mención, de en su caso, de ahí la ausencia de imperatividad del requisito, si bien y por las razones que más adelante se señalaran la praxis diaria y con el fin de establecer una mínima sistemática y más aún como consecuencia de la participación en la ejecución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo que no se configura de inicio como una cuestión básica se materializa con el fin de facilitar el control de los restantes intervinientes en la ejecución de la pena y por ello como norma además del mandamiento

de prisión (medio de legalización del presentado voluntario o del ingresado por decisión judicial) se remite al centro Penitenciario testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Con respecto a la liquidación de condena que es la cuestión que el Centro Penitenciario suscita ya se adelantó en razonamientos precedentes que la citada liquidación es actuación procesal que efectúa el Letrado de la Administración de Justicia en un procedimiento contradictorio con intervención de todas las partes legitimadas, liquidación de condena que tiene como fin no solo la determinación de la extensión de la pena a cumplir, lo que de por sí sería irrelevante al estar determinado de manera clara en el testimonio de la sentencia sino que su fin es de constatar los abonos aplicables que en muchas ocasiones no constan en la sentencia firme (tiempo de prisión preventiva) abonable al condenado conforme al artículo 58.1 del Código Penal, el tiempo de detención también abonable con apoyo en el precepto previamente citado y en el artículo 34 del Código Penal y los abonos por presentaciones conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, de ahí el sentido de la liquidación de la condena con el fin de que el órgano sentenciador determine exactamente el plazo de tiempo a cumplir por el penado.

Sentado lo precedente la segunda de las cuestiones que surge es la relativa al dies ad quem y la del dies a quo del cumplimiento. A este respecto debe señalarse que no existe norma legal alguna que apoye o justifique que la fecha de inicio del cumplimiento se difiera en el tiempo en ocasiones meses e incluso años a la fecha en que se legaliza al penado y se efectúa la liquidación de la condena y ello con el exclusivo fundamento cual se ha señalado en razonamientos anteriores en las meras manifestaciones del Centro Penitenciario y ello en patente oposición a la previsión legal contenida en el artículo 38.1 del Código Penal que previene en su número 1 que “Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezara a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme” y el número 2 siguiente preceptúa que “Cuando el reo no estuviere preso la duración de las penas empezara a contar desde que ingrese en el establecimiento penitenciario para su cumplimiento”, mandato legal que como puede verse es contraria a la posición mantenida por el Centro Penitenciario, de ahí que en un correcto hacer procesal la liquidación de la condena deberá tener como fecha de inicio la de la legalización del penado y la de fin la del cumplimiento del plazo temporal a que la liquidación

hace referencia, nada de lo cual se asemeja a la pretensión deducida por el Centro Penitenciario.

En línea con el expuesto importa traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 14.11.2008, recaída en el recurso nº 10566/2008, FJ 7 y 8. En el caso examinado por esta Sentencia del Tribunal Supremo la resolución objeto de recurso razonó que la pretensión del Fiscal de modificar la liquidación de condena del penado, efectuada en 1998, no resultaba posible, al estar aquélla aprobada y consolidada definitivamente desde aquel año sin que existiera un “procedimiento vivo” o un trámite procesal previsto en la Ley que permitiera esa modificación, a lo que se añadió en dicha resolución que el auto de licenciamiento definitivo y la consiguiente excarcelación de un penado era “un acto automático u obligado, que tiene su origen o es consecuencia de una liquidación de condena consolidada tiempo atrás con su correspondiente aprobación judicial que no pende de ningún trámite procesal o incidente previsto por ley que permita u obligue a su modificación”, llegando incluso a afirmar que “no es propiamente un acto o resolución (su aprobación) de naturaleza sustancial para la propia jurisdicción penal que requiera una decisión interpretativa o propia del debate jurisdiccional de un órgano colegiado” y que “se trata de un acto de mero control rutinario de la ejecución de una pena... pero no es... una decisión jurisdiccional que requiere de especial deliberación y, por tanto, que se trate de una decisión que haya de ser necesariamente motivada”.

Llegados a este punto claro es que este Juzgador habría extensamente fundamentado su posición siendo innecesaria cualesquiera otras consideraciones más, aun a pesar de ello no se va a eludir la cuestión que pende de solución y para ello la primera consideración a realizar es que todos los preceptos legales a que se ha hecho mención tanto de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario, como del Código Penal y los no citados de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 984, 985 y 988, excepción hecha del artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hacen referencia y tienen como base de partida al penado que ha de cumplir una única condena; cuestión la citada que, si bien es tendida como base, también presenta una concreta regulación de los supuestos de cumplimientos de distintas condenas, cuya regulación se encuentra determinada en los artículos 73 y 75 del Código Penal y del artículo 76 del mismo cuerpo legal. En tales preceptos se concretan los principios básicos de la ejecución penal, cual son el del cumplimiento simultáneo si fuere

posible de las distintas penas, artículo 73 del Código Penal, el del cumplimiento sucesivo por la respectiva gravedad de las penas, artículo 75 del Código Penal y finalmente, el de la limitación de cumplimiento denominado de acumulación de penas regulado en los artículos 76 del Código Penal, 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 193.2 del Reglamento Penitenciario.

Los citados preceptos claramente hacen referencia a los supuestos de múltiples condenas a los que lógicamente no son de aplicación los principios señalados en apartados precedentes previstos para el cumplimiento de una sola condena. Con respecto a las condenas privativas de libertad, claro es que estas se encuentran excluidas del cumplimiento simultáneo por lo que habrán de ser incardinadas en el cumplimiento sucesivo, cumplimiento sucesivo que deberá efectuarse conforme a la previsión normativa del artículo 75 por su gravedad.

Si lo anterior resulta inconcuso resulta evidente que la primera de las cuestiones a dilucidar es si en el citado conjunto de condenas son de aplicación las normas del artículo 76 del Código Penal (triplo de la mayor y máximo cumplimiento) pues en el caso de que concurra cualesquiera de ellos procederá la acumulación de condenas, denominada doctrinalmente y para distinguirla de la que seguidamente se señalara acumulación jurídica, acumulación que en caso de pertinencia y con aplicación de unos extensos principios y fundamentos jurisprudenciales que exceden de la presente resolución podrán dar lugar a una acumulación jurídica por vía del artículo 76 del Código Penal.

En el caso de proceder la práctica de la acumulación jurídica (en adelante la denominaremos únicamente acumulación) la conclusión de la práctica de la misma es que las múltiples condenas deberán agruparse por grupos podrá ser perfectamente la procedencia de la acumulación en un solo de los distintos grupos y la impertinencia de la aplicación de la reducción del artículo 76 a los restantes. En este caso las condenas no acumuladas deberán contemplarse de forma individual y refundirse (concepto este que definiremos posteriormente) de manera individual conforme al criterio del artículo 75 en tanto que la refundida conformará una única condena con un plazo de duración concretamente determinado que será objeto en su caso también de refundición.

El segundo supuesto será el de la acumulación de todas las condenas en una única por concurrir los requisitos acumulándose todas la existentes en una única condena a la que deberán aplicarse los beneficios previa liquidación que habrá de efectuar una vez se cuente con los datos pertinentes el órgano sentenciador que efectuó la acumulación o en su caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme finalmente se consignara.

Importa destacar que conforme señala de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia la acumulación estimada acumula en una única todas las condenas de la que se compone y por ello se extinguen y archivan las ejecutorias que se acumulan y únicamente se mantiene viva la acumulada.

Como colofón o complemento a lo anteriormente expuesto y en aplicación y con apoyo en la previsión legal del artículo 75 del Código Penal, el Reglamento Penitenciario en su artículo 193 en su norma 2ª establece de manera literal que:

“Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a los efectos de aplicación de la libertad condicional”.

La citada norma conjugada con el artículo 75 del Código Penal, regula la denominada doctrinalmente acumulación aritmética que posteriormente ha sido denominada como “refundición” para distinguirla de la acumulación (acumulación jurídica). Importa destacar que a diferencia de la acumulación, cuya competencia se encuentra atribuida al último órgano sentenciador, la acumulación aritmética o matemática corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la previsión legal contenida en el artículo 76 a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La filosofía de la citada refundición es idéntica a la de acumulación jurídica si bien a diferencia de esta última la refundición consiste en ordenar por orden de gravedad (artículo 75) las condenas que deba cumplir el condenado, refundiéndolas en una única a la que se aplicarían por adición los descuentos a que hubiere lugar y partiendo del día de inicio al día final de cumplimiento.

Como se ha señalado los principios inspiradores de una y otra acumulación, a diferencia del Juez competente, son idénticos con las especialidades propias destacando sobre manera como cualidad de la resolución que se dicte que conforme a reiteradísima doctrina y jurisprudencia las citadas resoluciones no adquieren firmeza, por lo que podrán ser modificadas en

cualquier momento a la vista de las modificaciones de nuevas condenas y beneficios sean aplicables al penado.

Consecuentemente con lo expuesto y practicada la refundición de condenas cada condena individual pierde su identidad naciendo una nueva y única que es la refundida y dado que el Auto o la Liquidación que se dicte a posteriori habrá imperativamente de recoger el dies a quo y el dies a quem, claramente pierden su sentido y razón de ser unas liquidaciones practicadas al amparo de una condena refundida y como tal extinguida al formar parte de otra nueva y diferente, cuya liquidación, cumplimiento y extinción corresponderá al órgano que practicó la refundición, refundición que como resolución judicial deberá ser comunicada a los órganos sentenciadores cuyas condenas se confunden al objeto de su respectivo conocimiento.

Llegados a este punto, claro resulta que pretender en este caso la práctica de liquidaciones parciales, al parecer con el fin de resucitar formas operativas propias de mediados del siglo pasado, nos referimos a las formas de control de los comerciantes de la citada época, comúnmente conocida como contabilidad del gancho en la que en un gancho ad hoc se clavaban las facturas y una vez pagados los recibos se procedía de idéntico modo para documentar el suministro y el pago, medio sin duda efectivo pero impropio del siglo XXI y más aún a la vista de la existencia de medios jurídicos y legales que superan tan simplista sistema de control y más aún cuando las modificaciones y cambios se obvian, lo que impide un control jurisdiccional de aquello que tan importante es como el derecho fundamental a la libertad recogido en la Carta Magna y en la doctrina Constitucional ya citada.

Como colofón a todo lo expuesto, y retornado al inicio de la presente resolución puede observarse que al penado a que se hace referencia en la presente se le efectuó una refundición de condenas de la que se desconoce lo acaecido, en qué manera se han resucitado las condenas individuales refundidas y cuales son las razones en base a las cuales se retoma a la individualidad de las condenas y se deja sin efecto la refundición efectuada en su día, no se olvide que aquella dio origen a una nueva condena comprensiva de todas las en ella refundidas por lo que para concluir y como conclusión a todo lo expuesto habrá de resumirse el instituto de la refundición señalándose sus especialidades y caracteres que motivarán como conclusión la denegación de lo interesado por el Centro Penitenciario.

Constituye los caracteres y especialidades de la refundición de condenas los siguientes:

1.- Concepto.

A la vista del contenido del artículo 193.2 del R. D. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, la refundición de condenas es la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad que cumple un penado a los efectos del cálculo de las fechas para el disfrute de beneficios penitenciarios.

2. Regulación normativa

A.- Previsión reglamentaria

Como ya ha señalado, se encuentra en el artículo 193.2 del R. D. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, precepto que establece que 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 y que si dicho penado hubiera sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

3.- Competencia para la aprobación

La competencia para la aprobación de la refundición inicial es del Juez de Vigilancia Penitenciaria del centro en el que esté ingresado el penado, conforme a la previsión genérica del artículo 76.2.a) Ley Orgánica General Penitenciaria, según el cual corresponde especialmente al Juez de Vigilancia adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Por lo que se refiere a las modificaciones de la refundición inicial, los criterios de actuación aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (v. criterio nº 2 del texto refundido actualizado a 1 de enero de 2008) han determinado que la competencia territorial se distribuirá de la siguiente forma:

1.- la competencia territorial para aprobar la modificación o ampliación de la refundición de condenas inicial o de las posteriores a nuevas causas, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerza jurisdicción

sobre el centro penitenciario en que se encuentre el interno cuando se reciba el testimonio de la nueva o nuevas causas;

2.- en caso de encontrarse el interno disfrutando de libertad condicional, aunque estuviese suspendida por un nuevo ingreso en prisión como penado, corresponderá conocer, excepcionalmente, al Juez de, Vigilancia Penitenciaria que aprobó la libertad condicional; y

3.- el mismo Juez de Vigilancia Penitenciaria conocerá de la queja del interno, cualquiera que sea el centro penitenciario en que se encuentre al formularla, contra la propuesta de licenciamiento definitivo independiente de causas con libertad condicional revocada o en demanda de que se refundan con las mismas las causas que dieron lugar a la revocación o las posteriores.

4.- Requisitos

El requisito principal para proceder a la refundición de condenas es que se trate de penas liquidadas y no licenciadas.

5.- Efectos de la refundición.

Como consecuencia de la aprobación de la refundición se producen los siguientes efectos (en relación con los beneficios penitenciarios que requieren para su concesión el cumplimiento de una determinada parte de la pena, como los permisos de salida o la libertad condicional):

1.- quedan sin efecto las fechas de inicio y extinción de cada una de las liquidaciones judiciales de condena individuales aprobadas por el juez o tribunal sentenciador;

2.- se considera la suma de todas ellas como una sola y única pena a efectos de ejecución: y

3.- se toma como fecha de inicio del cumplimiento la de la primera responsabilidad y como fecha de licenciamiento la prevista para la última.

6.- Variabilidad de las resoluciones

Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en Auto del Tribunal Constitucional 274/1997, de 16 de julio, FJ 2, la resolución jurisdiccional aprobando una refundición de condena no es por su propia naturaleza, intangible, dado que está sometida a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, a las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los

que el afectado sea condenado (aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución de la duración), por lo que, siendo ello así es evidente que no se producen los efectos de la cosa juzgada, en cuyo respeto se encuentra el fundamento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre la imposibilidad, desde su perspectiva, de proceder a la modificación de toda decisión judicial que haya adquirido firmeza.

Conforme a todo lo expuesto resulta patente la improcedencia de la liquidación que se solicita por lo que en base a todo lo razonado habrá de ser denegada.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto.

DISPONGO: NO HA LUGAR A la confección y aprobación de una nueva liquidación de condena al ser firme la ya efectuada en su día, no constar documentadas las razones en la que se fundamenta y existir una previa refundición de condenas que deja sin efecto cualquier liquidación practicada en esta causa.

Escrito del Director del Centro Penitenciario El Dueso dirigido al Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander de fecha 15-03-2017.

Por recibido su escrito adjuntando Auto de fecha 28/02/2017, relativo al interno M.Á.G.M., le participo que el interno se encuentra en la siguiente situación:

- Ingresó en prisión como preso preventivo por mandamiento de 13/11/2016 del J.I.-2 Santander en D.Previous 1740/2016, transformándose según escrito de 18/11/2016 en D.Previous 1776/2016 del J.I.-1 de Santander. Situación en la que se encuentra.

- Con fecha 02/02/2017 se recibe en este Centro Mandamiento de 27/01/2017 para el cumplimiento de 5 meses de prisión, en Ejec. 469/2016

del Jdo. Penal-4 Santander, según liquidación de condena se cumplirá de 02/02/2017 a 29/06/2017.

- El 8/02/2017 se recibe en este Centro Mandamiento de 07/02/2017 para el cumplimiento de 21 meses de prisión, en Ejec. 462/2014 del Jdo. Penal-2 Santander, según liquidación de condena se cumplirá de 07/02/17 a 28/10/2018.

- El 20/02/2017 se recibe mandamiento de 14/02/2017 para el cumplimiento de 7 meses de prisión en Ejec 514/2016 del Jdo. Penal-2 Santander, según liquidación se cumplirá de 14/02/2017 a 09/09/2017.

Dado que el interno se encuentra preso preventivo por las D.Previas 1776/16 J.I.-1 de Santander y no ser posible a día de la fecha la refundición de condenas del artículo 193.2 del Reglamento penitenciario, por ser a efectos de computo de libertad condicional y por otra parte, si la prisión preventiva se prorrogara, habría que licenciar las causas penadas

Se solicita a ese Juzgado, la variación de las fechas de inicio y fin de la liquidación de condena de las Ejec. 462/14 y 514/16, para el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas, conforme al artículo 75 del Código Penal.

Se adjunta mandamiento de prisión de la causa preventiva, mandamiento de cumplimiento y liquidación de condena de la Ejec. 469/2016 del penal-4 Santander y liquidaciones de condena practicadas por ese Juzgado.

PROVIDENCIA del Juzgado de lo Penal 2 de Santander de fecha 24 de marzo del 2017.

Dada cuenta, por el Centro Penitenciario El Dueso se remite a este Juzgado oficio interesando la práctica de una nueva liquidación de condena en base al enlace de cumplimiento de las penas que el penado de referencia debe cumplir pretendiéndose que la liquidación de condena practicada en este Juzgado inicie su cumplimiento en la fecha que el Centro interesa.

La pretensión deducida es patente que debe ser desestimada pues a pesar de lo extensamente razonado en la resolución de este Juzgado de fecha 28 del pasado mes de febrero la totalidad de cuyos razonamientos se eluden, se pretende en base a una supuesta teoría legal del denominado enlace

de las condenas de la que se elude consignar cualquier consignación legal que la ampare y fundamente y pretendiendo que este Juzgado con omisión de la expresa previsión legal que ya se señaló se encuentra contenida en el artículo 38 del Código Penal altere las fechas de inicio de cumplimiento de las penas que precepto determina a demanda del citado Centro, y ello en base según se señala a la previsión normativa del artículo 75 del Código Penal y obviando de manera directa que tal refundición de condenas y adecuación de cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 73 y 75 del Código Penal es competencia exclusiva del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la previsión contenida en el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y finalmente y con respecto a la imposibilidad que se señala de efectuar una refundición de las condenas del citado penado por encontrarse en situación de preso preventivo, debe significarse al citado Centro que conforme a reiteradísima doctrina de las Audiencias y de Tribunal Supremo los Autos que aprueban las refundiciones de condenas y las acumulaciones de condenas no adquieren la cualidad de cosa Juzgada material razón por la cual podrán ser modificados en cualquier momento ante las modificaciones que la vida penal del penado sufra hasta que cumpla en su integridad el total de las condenas impuestas, por lo que la imposibilidad que se manifiesta carece de sustento legal y comporta una patente contradicción cuando a pesar de ello se pretende que este Juzgado practique una liquidación concreta a demanda y conveniencia del Centro conculcando los preceptos penales de obligado cumplimiento por lo que es evidente que lo interesado ha de ser denegado por ser contrario a derecho.

63.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 SANTANDER DE FECHA 25/04/17

No ha lugar a realizar una nueva liquidación de condena.

HECHOS

Que con fecha 21 de febrero de 2017 por este Juzgado se practicó liquidación de condena en la presente ejecutoria por las penas a que fue

condenado penado en esta causa librándose el oportuno Mandamiento de Cumplimiento con igual fecha.

Que con fecha 10 de marzo de 2017 se dictó por este Juzgado Auto hoy firme y ejecutorio en virtud del cual se aprobada la citada condena.

Que por oficio de fecha 17 de marzo de 2017, y con entrada en esta sede judicial el día 29 de marzo de 2017 se devuelve por el centro penitenciario la citada liquidación por incorrecta señalándose que la fecha de inicio de cumplimiento de la misma debía ser el día 16 de junio de 2017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Por la dirección del Centro Penitenciario de Valladolid se solicita de este Juzgado una nueva liquidación de condena en a causa a que esta resolución hace referencia.

La pretensión que se deduce no puede ser estimada y ello por cuanto y cual se ha puesto de relieve en los antecedentes de hecho de la presente resolución por este Juzgado ya en su día una vez se puso en conocimiento de este Juzgado el ingreso del penado en la presente ejecutoria se procedió a la legalización del mismo, practicándose por la Letrada de la Administración de Justicia la preceptiva liquidación de condena de la que se dio traslado a la representación del penado y al Ministerio Fiscal dictándose por este Juzgado el Auto reseñado en los antecedentes que notificado a las partes adquirió firmeza dado que las citadas resoluciones no se encuentran excluidas de la firmeza e inmodificabilidad a diferencia de lo que acaece en otros casos que serán objeto de consideración en razonamientos subsiguientes, razón por la cual y por imperativo de lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal resolución es inmodificable y únicamente podrá serlo por la incoación de un incidente que concluya en una resolución motivada revocatoria o reformatoria de la precedente o de su declaración de nulidad de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial debiendo destacarse que conforme a una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), “ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones

de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2003, de 16 de junio; 223/2004, de 29 de noviembre; 209/2005, de 18 de julio; 145/2006, de 8 de mayo; 11/2008, de 21 de enero; y 110/2009, de 11 de mayo).

Lo previamente expuesto se alza evidente, y por ello la imposibilidad de acoger la pretensión deducida por el Centro penitenciario, pues esta se concreta en la pretensión de que se modifiquen las fechas de inicio y de cumplimiento de la liquidación de condena en su día realizada y judicialmente aprobada y ello con el único fundamento de la manifestación efectuada por el funcionario competente del Centro, que ni tan siquiera constituye un acto administrativo y por ende tampoco es recurrible ante ninguna de las jurisdicciones ni Penal (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) ni Contencioso Administrativa.

Concretado el fundamento de la pretensión y la fundamentación aportada, resulta patente la imposibilidad de acogimiento, y ello por cuanto el incidente o procedimiento que podría motivar la reforma o revocación del Auto precedente de la liquidación de condena firme y ejecutorio, requiere de motivación y justificación al igual que la resolución que se dicte estimando o desestimando la pretensión deducida, y en el presente caso resulta patente que sin poner en duda la profesionalidad y competencia de los funcionarios que postulan la revocación o reforma de la resolución firme precedente, es evidente que dada la forma de planteamiento que se efectúa se configura en un acto de fe que se demanda de este órgano Judicial y de este Juzgador, sin que conste dato alguno en la ejecutoria que fundamente la citada petición. con notorio olvido de una reiterada doctrina Constitucional que señala que “resulta correcto el adagio *quod non est in actis non est in mundo*, es decir, lo que no está en las actuaciones, no existe” (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1999, de 8 de marzo, FJ 5 y Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2015 de 16 de marzo) y que claramente impone la acreditación y justificación de la pretensión que se efectúa, lo que en el presente no acontece, y más aún si toma en consideración la propia manifestación del Centro contenida en su demanda de nueva liquidación.

Sentado lo anterior y avanzando un paso más respecto a la cuestión suscitada deberá señalarse que respecto al ingreso de un penado en un Centro Penitenciario la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 15 únicamente exige que el ingreso se efectúe mediante mandamiento con la única excepción de la presentación voluntaria, para la cual establece las

prevenciones correspondientes, destacando la temporal para la legalización del ingresado que se materializa mediante el oportuno mandamiento. En idéntica línea como no podía ser menos el Reglamento en su artículo 15 precisa además del mandamiento, orden judicial de detención o sentencia firme, precisando en el siguiente artículo 16 que se intitula “de la presentación voluntaria en un centro penitenciario” en su número 3 la legalización del ingresado voluntario mediante mandamiento, así como en su caso el testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Lo previamente consignado debe llevar a las siguientes conclusiones:

La primera de que los requisitos para el ingreso no voluntario no requiere de los requisitos que para el voluntario establece la norma y más aún cuando parte de los requisitos establecidos a los que el precepto hace expresa mención, de en su caso, de ahí la ausencia de imperatividad del requisito, si bien y por las razones que más adelante se señalaran la praxis diaria y con el fin de establecer una mínima sistemática y más aún como consecuencia de la participación en la ejecución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo que no se configura de inicio como una cuestión básica, se materializa con el fin de facilitar el control de los restantes intervinientes en la ejecución de la pena y por ello como norma, además del mandamiento de prisión (medio de legalización del presentado voluntario o del ingresado por decisión judicial) se remite al Centro Penitenciario testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Con respecto a la liquidación de condena que es la cuestión que el Centro Penitenciario suscita ya se adelantó en razonamientos precedentes que la citada liquidación es actuación procesal que efectúa el Letrado de la Administración de Justicia en un procedimiento contradictorio con intervención de todas las partes legitimadas, entre las que no se encuentra el Centro Penitenciario. liquidación de condena que tiene como fin, no solo la determinación de la extensión de la pena a cumplir, lo que de por sí sería irrelevante al estar determinado de manera clara en el testimonio de la sentencia, sino que su fin es de constatar los abonos aplicables que en muchas ocasiones no constan en la sentencia firme (tiempo de prisión preventiva) abonable al condenado conforme al artículo 58.1 del Código Penal, el tiempo de detención también abonable con apoyo en el precepto previamente citado y en el artículo 34 del Código Penal y los abonos por presentaciones conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, de ahí el sentido de la

liquidación de la condena con el fin de que el órgano sentenciador determine exactamente el plazo de tiempo a cumplir por el penado y todo ello a la vista únicamente de lo documentado en el procedimiento en que se impuso la pena (en singular) que se ejecuta.

Sentado lo precedente la segunda de las cuestiones que se surge es la relativa al dies ad quem y la del dies a quo del cumplimiento. A este respecto debe señalarse que no existe norma legal alguna que apoye o justifique que la fecha de inicio del cumplimiento se difiera en el tiempo en ocasiones meses e incluso años a la fecha en que se legaliza al penado y se efectúa la liquidación de la condena y ello con el exclusivo fundamento cual se ha señalado en razonamientos anteriores en las meras manifestaciones del Centro Penitenciario y ello en patente oposición a la previsión legal contenida en el artículo 38.1 del Código Penal que previene en su número 1.- que “Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme” y en el número 2.- preceptúa que “Cuando el reo no estuviere preso la duración de las penas empezará a contar desde que ingrese en el establecimiento penitenciario para su cumplimiento”, mandato legal que como puede verse es contraria a la posición mantenida por el Centro Penitenciario, de ahí que en un correcto hacer procesal la liquidación de la condena deberá tener como fecha de inicio la de la legalización del penado (Mandamiento de Cumplimiento) y la de fin la del cumplimiento del plazo temporal a que la liquidación hace referencia, nada de lo cual se asemeja a la pretensión deducida por el Centro Penitenciario.

En línea con el expuesto importa traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 14.11.2008, recaída en el recurso n° 10566/2008, FJ 7 y 8. En el caso examinado por esta Sentencia del Tribunal Supremo la resolución objeto de recurso razonó que la pretensión del Fiscal de modificar la liquidación de condena del penado, efectuada en 1998, no resultaba posible, al estar aquélla aprobada y consolidada definitivamente desde aquel año, sin que existiera un “procedimiento vivo” o un trámite procesal previsto en la Ley que permitiera esa modificación, a lo que se añadió en dicha resolución que el auto de licenciamiento definitivo y la consiguiente excarcelación de un penado era “un acto automático u obligado, que tiene su origen o es consecuencia de una liquidación de condena consolidada tiempo atrás con su correspondiente aprobación judicial que no pende de ningún trámite procesal o incidente previsto por ley que permita u obligue

a su modificación”, llegando incluso a afirmar que “no es propiamente un acto o resolución (su aprobación) de naturaleza sustancial para la propia jurisdicción penal que requiera una decisión interpretativa o propia del debate jurisdiccional de un órgano colegiado” y que “se trata de un acto de mero control rutinario de la ejecución de una pena... pero no es... una decisión jurisdiccional que requiere de especial deliberación y, por tanto, que se trate de una decisión que haya de ser necesariamente motivada”.

Llegados a este punto claro es que este Juzgador habría extensamente fundamentado su posición siendo innecesaria cualesquiera otras consideraciones, más aún a pesar de ello no se va a eludir la cuestión que pende de solución y para ello la primera consideración a realizar es que todos los preceptos legales a que se ha hecho mención tanto de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario, como del Código Penal y los no citados de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 984, 985 y 988, excepción hecha del artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tienen como base de partida al penado que ha de cumplir una única condena, cuestión la citada que, si bien es tenida como base, también presenta una concreta regulación en los supuestos de cumplimientos de distintas condenas, cuya regulación se encuentra determinada en los artículos 73 y 75 del Código Penal y del artículo 76 del mismo cuerpo legal. En tales preceptos se concretan los principios básicos de la ejecución penal, cual son el del cumplimiento simultáneo si fuere posible de las distintas penas, artículo 73 del Código Penal, el del cumplimiento sucesivo por la respectiva gravedad de las penas, artículo 75 del Código Penal y finalmente, el de la limitación de cumplimiento denominado de acumulación de penas regulado en los artículos 76, del Código Penal, 989 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 193.2 del Reglamento Penitenciario.

Los citados preceptos claramente hacen referencia a los supuestos de múltiples condenas a los que lógicamente no son de aplicación los principios señalados en apartados precedentes previstos para el cumplimiento de una sola condena. Con respecto a las penas privativas de libertad, claro es que estas se encuentran excluidas del cumplimiento simultáneo por lo que habrán de ser incardinadas en el cumplimiento sucesivo, cumplimiento sucesivo que deberá efectuarse conforme a la previsión normativa del artículo 75 por su gravedad, forma de cumplimiento y ordenación que al afectar a un derecho constitucional cual es el de la libertad requiere de un pronunciamiento jurisdiccional que altere el principio de firmeza o ejecutividad

temporal, (fecha del Mandamiento de Cumplimiento) más es patente que las reglas del cumplimiento de las penas tienen legislativamente limitaciones, unas relativas al máximo cumplimiento temporal y las segundas en relación con el máximo cumplimiento efectivo en el caso de concurrencia de infracciones penales requisito de la conexidad, precepto cuya interpretación ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Supremo siendo de citar como resumen de la citada doctrina, la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2016 de 30 marzo, que con amparo en la dicción legal del artículo 76 del Código Penal señala que La doctrina de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, 192/2010 y 253/2010, 1169/2011, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29/11/2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”. Y en concreto, el contenido del acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual “no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación”.

Si lo anterior resulta inconcuso resulta evidente que la primera de las cuestiones a dilucidar es si en el citado conjunto de condenas son de aplicación las normas del artículo 76 del Código Penal (triplo de la mayor y máximo cumplimiento) pues en el caso de que concurra cualesquiera de ellos procederá la acumulación de condenas, denominada doctrinalmente y para distinguirla de la que seguidamente se señalará acumulación jurídica, acumulación que en caso de pertinencia y con aplicación de unos extensos principios y fundamentos jurisprudenciales que exceden de la presente resolución podrán dar lugar a una acumulación jurídica por vía del artículo 76 del Código Penal.

La distinción entre pena y condena es relevante por cuanto de entenderse en otro sentido los resultados serían contrarios al reo y ello ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de marzo de 2009 Recurso nº 10815/2008 que señala que a los efectos de la acumulación los parámetros a utilizar son los de la pena de manera individual y no los resultados de una condena concreta por distintos delitos.

De igual modo resulta necesario señalar por su importancia que tanto el Centro Penitenciario como el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria utilizan el concepto de penado como un todo único (la persona y la múltiples condenas que tenga que cumplir) en tanto que conforme a la regulación procesal vigente el órgano sentenciador únicamente utiliza el concepto de condena concreta obviando el resto de las que pueda tener pendiente que cumplir e incluso la situación penitenciaria del mismo, de ahí que el Proyecto de Ley Procesal en su exposición de motivos claramente recoja esta situación señalando que:

“Para poder conseguir una mayor eficacia en esta fase del proceso, se establece que todas las ejecuciones que afecten a una persona sean conocidas por el mismo tribunal de instancia de ejecución, con independencia de la ubicación que tenga el tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Para conseguir que esa previsión legal sea una realidad, se crea el Registro Nacional de Ejecuciones Penales, de tal forma que todas las ejecuciones que se inicien en España, tendrán acceso a ese Registro y al mismo tiempo la finalización de la ejecución también quedará reflejada. De esa forma se evitarán situaciones en las que un tribunal busca a un condenado para hacerle cumplir una sentencia, mientras que otro le tiene en prisión cumpliendo otra”.

Y seguidamente en su articulado se dispone

“Artículo 636.- Competencia

1.- La competencia para la ejecución de las sentencias penales corresponde al Tribunal de instancia o a la Sala del Tribunal que hubiere dictado la sentencia de primera instancia a través de su Tribunal de Ejecución.

2.- No obstante, la ejecución de las sentencias condenatorias o que impongan una medida de seguridad a persona frente a la que exista una ejecución pendiente corresponderá al Tribunal que estuviera conociendo de ésta, salvo para las decisiones en aquellas materias que conforme a este Código deba adoptar en todo caso el Tribunal sentenciador”.

La diferencia con la situación actual es patente pues en la actualidad en el caso de proceder la práctica de la acumulación jurídica (en adelante la denominaremos únicamente acumulación) la conclusión de la práctica de la misma dado que las múltiples condenas deberán agruparse por grupos podrá ser perfectamente la procedencia de la acumulación en un solo de

los distintos grupos y la impertinencia de la aplicación de la reducción del artículo 76 a los restantes. En este caso las condenas no acumuladas deberán contemplarse de forma individual y refundirse (concepto este que definiremos posteriormente) de manera individual conforme al criterio del artículo 75 en tanto que la refundida conformará una única condena con un plazo de duración concretamente determinado que será objeto en su caso también de refundición.

El segundo supuesto será el de la acumulación de todas las condenas en una única por concurrir los requisitos, acumulándose todas la existentes en una única condena a la que deberán aplicarse los beneficios previa liquidación que habrá de efectuar una vez se cuente con los datos pertinentes el órgano sentenciador que efectuó la acumulación, o en su caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme finalmente se consignará.

Importa destacar que conforme señala de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia la acumulación estimada acumula en una única todas las condenas de la que se compone y por ello se extinguen y archivan las ejecutorias que se acumulan y únicamente se mantiene viva la acumulada.

Como colofón o complemento a lo anteriormente expuesto y en aplicación y con apoyo en la previsión legal del artículo 75 del Código Penal el Reglamento Penitenciario en su artículo 193 en su norma 2ª establece de manera literal que:

“Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a los efectos de aplicación de la libertad condicional”.

La citada norma conjugada con el artículo 75 del Código Penal, regula la denominada doctrinalmente acumulación aritmética que posteriormente ha sido denominada como refundición para distinguirla de la acumulación (acumulación jurídica). Importa destacar que a diferencia de la acumulación cuya competencia se encuentra atribuida al último órgano sentenciador, la acumulación aritmética o matemática corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la previsión legal contenida en el artículo 76 a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La filosofía de la citada refundición es idéntica a la de acumulación jurídica si bien a diferencia de esta última la refundición consiste en ordenar por orden de gravedad (artículo 75) las condenas que deba cumplir el condenado, refundiéndolas

en una única a la que se aplicarían por adición los descuentos a que hubiere lugar y partiendo del día de inicio, llegar al día final de cumplimiento.

Como se ha señalado, los principios inspiradores de una y otra acumulación a diferencia del Juez competente son idénticos con las especialidades propias destacando sobre manera como cualidad de la resolución que se dicte, que conforme a reiteradísima doctrina y jurisprudencia las citadas resoluciones no adquieren firmeza por lo que podrán ser modificadas en cualquier momento a la vista de las modificaciones de nuevas condenas y beneficios sean aplicables al penado, peculiaridad relevante destacada que conforme a una reiteradísima jurisprudencial señala que el Auto que acuerde o deniegue la acumulación no adquiere la condición de cosa Juzgada material y por ello podrá ser objeto de nuevas acumulaciones con penas en él no incluidas. (Sentencia del Tribunal Supremo 146/2010, de 4-2; 181/2010, de 24-2; y 1261/2011, de 14-11, entre otras).

Consecuentemente con lo expuesto y practicada la refundición de condenas, cada condena individual pierde su identidad naciendo una nueva y única que es la refundida y dado que el Auto o la Liquidación que se dicte a posteriori habrá imperativamente de recoger el dies a quo y el dies a quem, claramente pierden su sentido y razón de ser unas liquidaciones practicadas al amparo de una condena refundida y como tal extinguida al formar parte de otra nueva y diferente, cuya liquidación, cumplimiento y extinción corresponderá al órgano que practicó la refundición, refundición que como resolución judicial que es, deberá ser comunicada a los órganos sentenciadores cuyas condenas se confunden al objeto de su respectivo conocimiento.

Llegados a este punto claro resulta que pretender en este caso la práctica de liquidaciones parciales, al parecer con el fin de resucitar formas operativas propias de mediados del siglo pasado, nos referimos a las formas de control de los comerciantes de la citada época, comúnmente conocida como contabilidad del gancho en la que en un gacho ad hoc se clavaban las facturas y una vez pagados los recibos se procedía de idéntico modo para documentar el suministro y el pago, medio sin duda efectivo pero impropio del siglo XXI y más aun a la vista de la existencia de medios jurídicos y legales que superan tan simplista sistema de control y más aún cuando las modificaciones y cambios se obvian, lo que impide un control jurisdiccional de aquello que tan importante es como el derecho fundamental a la libertad recogido a la Carta Magna y a la doctrina Constitucional ya citada.

El segundo instituto de enorme relevancia en relación con la ejecución de las penas es la ya adelantada refundición penitenciaria de las penas. Respecto a la citada refundición la primera de las cuestiones que debe destacarse es que como señala la doctrina, la citada refundición no cuenta con una expresa previsión contenida en una norma legal siendo su establecimiento y regulación exclusivamente reglamentario (artículo 196 Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero). Partiendo de la realidad de la citada afirmación, la falta de regulación del instituto de la refundición legal propia de las deficiencias de la regulación de la normativa penitenciaria que a pesar de su fecha de publicación y a las previsiones en ella contenida es de ver que transcurridos más de 40 de años desde su publicación se encuentra pendiente de regulación la totalidad de las disposiciones de orden procesal siendo un clamor doctrinal la necesidad de su reforma; tal cuestión como decimos fue objeto de planteamiento en el Recurso de Amparo resuelto por Auto del Tribunal Constitucional núm. 274/1997 de 16 de julio que si bien es cierto no es objeto de pronunciamiento por el Tribunal al respecto, si lo fue en sus Alegaciones por parte de la Fiscalía del citado Tribunal en el que se mantuvo la posición que por este Juzgador se comparte de que “la citada regulación sí encuentra su amparo legal en este caso en las disposiciones del artículo 90 del Código Penal en la que se incardina y sirve de desarrollo “ pues claramente sin la citada institución de la refundición, difícil sino imposible, sería la aplicación de las disposiciones no solo de la libertad condicional del artículo 90 del Código Penal sino la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

Obviado el óbice relativo a la legitimación de la institución, importa destacar que esta institución sirve al principio básico que inspira la ejecución de las penas en nuestra sistema jurídico, que es el del patrimonio punitivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2009) o el de la unidad de ejecución, criterio este último acuñado por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y recogido en el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pamplona de 4 de abril de 2014 y reiterado en Autos de 22 de mayo o 158, 159, 160 y 161 de 2014, todos ellos de fecha 3 de julio de 2014 y 304/2015, de 29 de octubre.

Como ya se señaló en líneas precedentes la Refundición Penitenciaria de condenas sirve al principio de la unidad de ejecución y su realización se efectúa conforme a las previsiones normativas contenidas en los

artículos 73 y 75 del Código Penal, preceptos que regulan con respecto a la ejecución el del cumplimiento simultáneo si fuera posible y el del cumplimiento con arreglo a la gravedad de la pena. Se la denomina a esta refundición por la doctrina y la jurisprudencia como de acumulación matemática de penas, pues en ella no se efectúan reducciones a diferencia de lo que acontece en su caso en las acumulaciones y sirve retomando lo ya señalado en líneas precedentes para una vez efectuada, conformar una concreta condena que es la que el penado ha de cumplir, ordenadas las penas de acuerdo con su respectiva gravedad, sumadas aritméticamente y deducido de su resultado los distintos abonos que por los distintos juzgados sentenciadores se efectuaron en cada una de sus liquidaciones individuales en relación con las penas cuyo cumplimiento acordó en el respectivo mandamiento.

La citada refundición se materializa en una resolución judicial como no puede ser de otra forma por cuanto afecta a derechos fundamentales del penado (artículo 17 de la Constitución Española) se lleva a término la determinación de un determinado modo de cumplimiento, (de acuerdo con su gravedad artículos 32 y 75 del Código Penal), se alteran por tanto las fechas de cumplimiento inicialmente establecidas por la fecha de la firmeza y recepción para su cumplimiento, se determina en su consecuencia la fecha de inicio del cumplimiento y el de finalización del mismo y comporta en definitiva el total de la condena que el penado debe cumplir por las distintas penas que en la refundición se contienen, siendo además el elemento básico para el otorgamiento al penado de los beneficios que la Ley Orgánica General Penitenciaria le confiere.

La resolución cual se señala debe adoptar la forma de Auto por afectar a los derechos que se ha señalado procediendo contra la misma los recursos de reforma y subsidiario de Apelación ante la Audiencia Provincial y ello conforme al criterio unánime de las Conclusiones de Encuentros de Jueves de Vigilancia Penitenciaria (Revista del Poder Judicial nº 68) y como pone de relieve por otra parte las múltiples resoluciones que se citan en el presente y que se resumen en el Auto de la Audiencia Provincial Navarra de fecha 11 de febrero de 2016 y que también se alzan como un medio de actuar por parte de la Administración Penitenciaria cual pone de relieve la Instrucción 19/1996, de 16 de diciembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la que en su apartado segundo dispone lo que literalmente se transcribe:

“2.- Refundición y acumulación de condenas

- La refundición de las condenas lo es a los efectos de una posible y futura aplicación de la libertad condicional (artículo 193-2 del Reglamento Penitenciario), por lo que ha de llevarse a cabo con independencia del grado de clasificación en que se encuentre el interno y tan pronto la/s nueva/s condena/s vayan produciéndose. Sólo la existencia de juicios pendientes de próxima celebración puede demorar la refundición hasta que se cierre la situación penal del interno, sin que en ningún caso puedan proponerse el licenciamiento de causa alguna, salvo que se trate de causas en las que se haya producido una revocación de la libertad condicional que exija su cumplimiento íntegro sin posibilidad de disfrutar de nuevo de este beneficio. La existencia de condenas impuestas y ejecutadas conforme al Código penal texto refundido de 1973 junto con otras del Código penal de 1995 no impide la refundición conjunta de todas ellas.

Asimismo, es de señalar que cuando se proceda a remitir liquidaciones provisionales a los tribunales sentenciadores para posible aplicación del Código penal de 1995 con la redención habida hasta el 25 de mayo se les señalará, cuando la causa concorra con otras con las que se deba refundir, que si producto de la revisión la causa queda cumplida no proceda a su licenciamiento dado el perjuicio que ello ocasionaría al interno al no poderse refundir esa causa cumplida con las demás.

- Respecto a la acumulación prevista en el artículo 76 del Código Penal cuando el Funcionario de régimen detecte que las causas de un interno pueden ser susceptibles de tal acumulación lo pondrá en conocimiento del Jurista del Centro para que, previa comprobación de tal posibilidad, se lo comunique al interno, y asesore sobre el procedimiento de solicitud”.

El contenido de la citada Instrucción claramente encuentra su fundamento en la previsión reglamentaria del artículo 196 Reglamento Penitenciario que contiene idéntica previsión, pues como se ha señalado la refundición es el hito básico para el cumplimiento de condenas múltiples y sin el cual no es factible la unidad de ejecución que es la opción legal por la que como se ha señalado opta nuestro ordenamiento.

Importa traer a colación a este respecto, el ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Navarra Sección 2ª de fecha 11 de febrero de 2016 en la que en un supuesto en que por el Juzgado de lo Penal se acuerda el Licenciamiento definitivo conforme a la acumulación efectuada por el mismo, la

Sala reiterando otros pronunciamientos precedentes que se consignarán en último término señala en su razonamiento jurídico tercero que: “existe la creencia de que el Juzgado sentenciador controla de algún modo el curso de la ejecutoria en las penas privativas de libertad que se están cumpliendo, y nada más lejos de la realidad pues en la mayoría de las ocasiones se ignora las formas de cumplimiento e incluso si el condenado está efectivamente privado de libertad o no lo está por haberse acordado penitenciarmente alguna resolución de la que nada se informa al sentenciador”.

La resolución que acoge el recurso Fiscal pone de relieve que en los supuestos de que el penado deba cumplir distintas penas rige el principio de unidad de ejecución penitenciaria, y continúa señalando la citada resolución algo que no por conocido deja de perder transcendencia y es que “La ejecución penal de las penas privativas de libertad en nuestro ordenamiento si bien corresponde al Tribunal sentenciador (artículos 984 - 985 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) una vez que se realiza el internamiento en el centro penitenciario es el Juez de Vigilancia el que de conformidad con el artículo 94.1 Ley Orgánica del Poder Judicial ... ejercerá las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento. En materia de ejecución de las penas privativas de libertad “ello hay que ponerlo en relación al artículo 76 Ley Orgánica General Penitenciaria que establece las competencias del Juez de Vigilancia y en sus apartados:

1.- El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2.- Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Como resumen el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria asume tras el internamiento adoptado por el juez sentenciador las competencias de ejecución jurisdiccional de la pena de prisión posteriores a dicho internamiento, a salvo la libertad definitiva y extinción de responsabilidad criminal.

Continúa señalando la citada resolución que “En la práctica en el cumplimiento de las penas privativas de libertad que deben hacerse en prisión, confluyen varias condenas y en atención a que el cumplimiento debe hacerse de forma sucesiva, ello lleva a que en base al artículo 131 del Código Penal (el cumplimiento extingue la responsabilidad criminal) tuviera que realizarse el licenciamiento definitivo de cada una por ello se ha establecido, ante esta supervivencia sucesiva de distintas penas privativas de libertad, afín de no paralizar el cumplimiento sucesivo de las mismas, es práctica legal y pacífica, que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá dictar un Auto de acumulación material de penas o de refundición de condenas (artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario) ya que los beneficios penitenciarios (permisos, clasificación y libertad condicional) giran unidos a unos tiempos de cumplimiento que de hacerse individualmente en cada una de las condenas, supondría una distorsión enorme y contraria al principio de unidad de ejecución y de individualización penitenciaria, lo que supone para el penado que está cumpliendo varias condenas privativas de libertad que debe hacerse una suma total de las mismas a los efectos de la aplicación de dichos beneficios, operación jurídica cuya aprobación corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”.

Y continúa señalando la citada resolución que “La finalidad de esta refundición es por un lado facilitar una unidad de cumplimiento y una unidad de ejecución que pueda operar sobre los cómputos de los 2/3; 3/4 o 1/4 de la condena que requiere calcular en ocasiones la libertad condicional o los permisos; las facilidades para una mejor clasificación y tratamiento del interno y evitar licenciamientos precipitados sin comprobar la existencia de condenas pendientes. La Circular (Instrucción) 19/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias indica que se ha de realizar con independencia del grado de clasificación tan pronto como las nuevas condenas se vayan produciendo, de modo que tan solo si hay juicios pendientes de próxima celebración se aplaze la refundición hasta que se cierre la situación penal del interno”.

Señala la citada resolución en líneas siguientes que “Aprobada la refundición por el Juzgado de Vigilancia del lugar del Centro Penitenciario donde se encuentre cumpliendo condena el interno, se comunica al Centro y este a los diversos Tribunales Sentenciadores a los efectos de que tengan conocimiento de la refundición y más adelante según las incidencias penitenciarias, para aprobar el licenciamiento definitivo de la condena

conforme a esa refundición. La refundición así practicada consiste en una operación simple donde a diferencia de la acumulación jurídica no existen requisitos de conexidad a valorar ni supone limitaciones penológicas”.

Seguidamente señala la citada resolución que “Por otro lado, los autos aprobatorios de una refundición de condenas dictados por un Juez de Vigilancia Penitenciaria son, por su propia naturaleza, modificables por una resolución judicial posterior, pues el hecho base que es causa de los mismos está sujeto a tantas posibles revisiones como nuevas causas firmes futuras puedan afectar al penado. (Auto del Tribunal Constitucional 274/1997)”.

Tal como recoge el Auto de 17-7-2001 de la Audiencia Provincial de Cádiz “cuando el penado haya de cumplir varias condenas, habrán de sumarse todas considerándose una sola a efectos de la aplicación de libertad condicional, pero, desde este punto de vista integrador esa unidad de pena deberá referirse a todos los efectos penitenciarios incluyendo el licenciamiento definitivo”.

Y concluye la citada resolución señalando que “Efectivamente, no hay duda alguna de que en caso de que el penado haya de cumplir varias condenas, han de sumarse todas ellas, considerándose como una sola a los efectos de la aplicación de la libertad condicional, pero desde un punto de vista integrador esa unidad de pena habrá de entenderse referida a todos los efectos penitenciarios incluyendo el licenciamiento definitivo.

Es decir, desde que se produjo la refundición material por parte del Juzgado de Vigilancia de La Rioja, la liquidación de condenas que de ella deriva, nos proporciona una nueva pena, que a efectos de la ejecución penitenciaria ha de considerarse como una sola.

Se podrá decir que es una unidad ficticia, a tener en cuenta a los solos efectos de la potencial concesión de la libertad condicional, pero iría en contra del sentido común, no extenderla, por ejemplo, al licenciamiento definitivo, ya que no sería lógico utilizar distintos parámetros para realizar el cálculo de los periodos necesarios para habilitar al reo para obtener este beneficio y para el cumplimiento total de la pena materialmente refundida.”

En este mismo sentido se ha pronunciado ya esta Sala en Autos Nº 66/2014, de 4 de abril, 97/2014, de 22 de mayo o 158, 159, 160 y 161 de 2014, todos ellos de fecha 3 de julio de 2014 y 304/2015, de 29 de octubre.

De lo precedentemente expuesto es patente que la refundición penitenciaria de penas no solo no es potestativa en los supuestos de cumplimiento de más de una pena sino que como se ha señalado constituye el hito básico de ejecución y que como se adelantó en su momento conforma una condena en la que se refunden todas las que en ella se integran sin perder su identidad y cuyo cumplimiento conforme a los mandatos legales de los artículos 73 y 75 se llevan a término de forma sucesiva previo ordenamiento por su gravedad y en segundo término por su firmeza (fecha del Mandamiento de cumplimiento) y que al conformar una única condena lógicamente y en lo que en el presente interesa interrumpe los efectos prescriptivos de cada una de las penas individualmente considerada.

Llegados a este punto surge la cuestión nada baladí de cuáles son las consecuencias jurídicas en aquellos supuestos en que teniendo el penado que cumplir varias penas, a pesar de las previsiones legales, no se lleve a término el Auto de refundición penitenciaria de penas, que no se olvide que a diferencia de lo que acaece con el de acumulación jurídica de penas cuya legitimación iniciadora recae en el penado aun cuando en nuestra opinión ello no ocurre así en todos los supuestos, pues en los casos de que la acumulación pueda efectuarse en sentencia, conforme a la previsión del artículo 76 del Código Penal deberá de manera imperativa efectuarse, y respecto a cuya iniciación debe predicarse idéntica legitimación en el Ministerio Fiscal, por el contrario en los casos de refundición penitenciaria, es la Administración Penitenciaria la legitimada para instarla elevando la oportuna propuesta conforme se prevé en el reglamento penitenciario al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria quien comprobado el concurso de los requisitos del artículo 75 del Código Penal y el de las fechas de los mandamientos de cumplimiento, procederá a su aprobación por lo que fácilmente pueden ser factibles supuestos de cumplimiento de varias condenas sin que se haya llevado a término el Auto de refundición, por lo que y conforme se ha razonado previamente en tal caso no se produce esta, no nace una nueva pena resultado de las refundidas, no se cumplen las distintas penas por orden de su gravedad y firmeza y no se interrumpe la prescripción de cada una de las penas pues estas se ejecutan de forma y manera individual y por orden de firmeza o recepción en el Centro Penitenciario, pues carece el centro penitenciario de jurisdicción y competencia para alterar la forma temporal de cumplimiento.

No puede eludirse en el presente y previamente a concluir algo que de seguro se señalara por la Administración Penitenciaria que es el denominado enlazamiento de condenas en virtud del cual y como consecuencia del usus fori que nadie es capaz de explicar y menos aún de fundamentar en un precepto normativo, el órgano sentenciador una vez efectúa la liquidación de la condena señala como fecha de inicio de cumplimiento la facilitada por la Administración Penitenciaria, fecha que se facilita sin justificación de tipo alguno y en base a la cual se señala que la condena que se liquida inicia su cumplimiento por ejemplo dos años después de la fecha de la liquidación y de la legalización del penado.

Si se llega al presente razonamiento después de haber leído los precedentes habrá de afirmarse que lo expuesto no guarda relación alguna con lo señalado, no se ajusta a la Ley Orgánica General Penitenciaria ni a su Reglamento y menos aún a las previsiones del Código Penal, al que podrá tacharse de falto de sistemática pero que en su artículo 38 claramente determina la forma y días a quo en el que empezará a computarse el cumplimiento de la pena. Sin embargo, se pretende sin que exista constatación alguna del por qué la diferencia existente entre la fecha de legalización y la de inicio de cumplimiento, se difiera el inicio de este olvidándose que en este caso se encuentran en juego derechos fundamentales cual el recogido en el artículo 17 de la Constitución Española y estableciéndose una fecha de inicio que podrá ser acertada o no, pero que es indudable que su fijación por el órgano sentenciador se concreta en un acto de fe y por ello carente de posibilidad de revisión por el mismo ni por el órgano superior, pues nada puede revisarse ni reformarse cuando se desconoce el por qué y el cómo se ha llegado a la citada determinación y no digamos nada respecto al cumplimiento de la previsión del artículo 75 del Código Penal y sin olvidar que conforme se ha señalado previamente tal determinación claramente comporta una intromisión en las competencias de otro órgano judicial con las consecuencias que ello conlleva en las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero más aún el denominado en el argot penitenciario enlace de las condenas lo que claramente pone de relieve es la elusión de la refundición penitenciaria de penas y claramente señala el cumplimiento individual de cada una de ellas, lo que ya de por sí debe llevar a un clarísimo contrasentido jurídico pues si la pena se ejecuta de manera individualizada el 1/4 el 1/2 y los 3/4 habrá de referirse a la pena no a la condena, pues estas no

se han refundido en un claro perjuicio contra el reo pues tendrá derecho a los permisos y libertad condicional en razón a la pena individualmente considerada y una vez cumplida o licenciada deberá comenzar a cumplir la siguiente y hasta tanto no alcance el 1/4 de esta no podrá obtener los beneficios que del cumplimiento de tal plazo se derivan y todo ello y dado que la legitimación se la otorga el Reglamento a la Administración sin posibilidad de recurso por parte del penado lo que claramente lleva a considerar lo expresado como una aberración jurídica.

Podría pensarse que lo expuesto en líneas precedentes es una cuestión de laboratorio, pero nada más lejos de la realidad; baste remitirnos al Auto ya citado de la Audiencia Provincial de Pamplona y de su lectura puede observarse que el fundamento de la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal se efectúa en base a este mismo razonamiento “el de que la fecha de la liquidación de condena fue facilitada por la Administración Penitenciaria y así liquidada” y clara es la conclusión alcanzada por la Sala como puede observarse absolutamente contraria a tal postulado.

Como colofón a todo lo expuesto, y retornando al inicio de la presente resolución y como conclusión a todo lo expuesto habrá de resumirse el instituto de la refundición señalándose sus especialidades y caracteres que motivarán como conclusión la denegación de lo interesado por el Centro Penitenciario.

Constituye los caracteres y especialidades de la refundición de condenas los siguientes:

1.- Concepto.

A la vista del contenido del artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, la refundición de condenas es la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad que cumple un penado a los efectos del cálculo de las fechas para el disfrute de beneficios penitenciarios.

2. Regulación normativa

A.- Previsión reglamentaria

Como ya ha señalado, se encuentra en el artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento

Penitenciario, precepto que establece (i) que 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 y (ii) que si dicho penado hubiera sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

3.- Competencia para la aprobación

La competencia para la aprobación de la refundición inicial es del Juez de Vigilancia Penitenciaria del centro en el que esté ingresado el penado, conforme a la previsión genérica del artículo 76.2.a) Ley Orgánica General Penitenciaria, según el cual corresponde especialmente al Juez de Vigilancia adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Por lo que se refiere a las modificaciones de la refundición inicial, los criterios de actuación aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (v. criterio nº 2 del texto refundido actualizado a 1 de enero de 2008) han determinado que la competencia territorial se distribuirá de la siguiente forma:

1.- la competencia territorial para aprobar la modificación o ampliación de la refundición de condenas inicial o de las posteriores a nuevas causas, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerza jurisdicción sobre el centro penitenciario en que se encuentre el interno cuando se reciba el testimonio de la nueva o nuevas causas;

2.- en caso de encontrarse el interno disfrutando de libertad condicional, aunque estuviese suspendida por un nuevo ingreso en prisión como penado, corresponderá conocer, excepcionalmente, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que aprobó la libertad condicional; y

3.- el mismo Juez de Vigilancia Penitenciaria conocerá de la queja del interno, cualquiera que sea el centro penitenciario en que se encuentre al formularla, contra la propuesta de licenciamiento definitivo independiente de causas con libertad condicional revocada o en demanda de que se refundan con las mismas las causas que dieron lugar a la revocación o las posteriores.

4.- Requisitos

El requisito principal para proceder a la refundición de condenas es que se trate de penas liquidadas y no licenciadas.

5.- Efectos de la refundición.

Como consecuencia de la aprobación de la refundición se producen los siguientes efectos (en relación con los beneficios penitenciarios que requieren para su concesión el cumplimiento de una determinada parte de la pena, como los permisos de salida o la libertad condicional):

1.- quedan sin efecto las fechas de inicio y extinción de cada una de las liquidaciones judiciales de condena individuales aprobadas por el juez o tribunal sentenciador;

2.- se considera la suma de todas ellas como una sola y única pena a efectos de ejecución; y

3.- se toma como fecha de inicio del cumplimiento la de la primera responsabilidad y como fecha de licenciamiento la prevista para la última.

6.- Variabilidad de las resoluciones

Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en Auto del Tribunal Constitucional 274/1997, de 16 de julio, FJ 2, la resolución jurisdiccional aprobando una refundición de condena no es por su propia naturaleza, intangible, dado que está sometida a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, a las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado sea condenado (aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución de la duración), por lo que, siendo ello así, es evidente que no se producen los efectos de la cosa juzgada, en cuyo respeto se encuentra el fundamento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre la imposibilidad, desde su perspectiva, de proceder a la modificación de toda decisión judicial que haya adquirido firmeza.

Conforme a todo lo expuesto resulta patente la improcedencia de la liquidación que se solicita por lo que ésta en base a todo lo razonado habrá de ser denegada.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto,

DISPONGO: NO HA LUGAR a la confección y Aprobación de una nueva liquidación de condena al ser firme la ya efectuada en su día, no constar documentadas las razones en la que se fundamenta y existir procedimientos adecuados previstos en la ley para tales supuestos que dejan sin efecto cualquier liquidación practicada en esta causa.

PROVIDENCIA del Juzgado de lo Penal 2 de Santander de fecha 05 de junio del 2017

Dada cuenta por recibido del centro penitenciario de León el oficio fechado el 16 de mayo del corriente año únase a los autos de su razón.

Visto lo interesado y dado que parece se desconoce en el citado centro el contenido del Auto de este Juzgado de fecha 25 de abril de 2017 remitido al centro penitenciario de Valladolid en referencia lo que ahora de nuevo interesa remítase al centro penitenciario de León copia testimoniada del mismo.

Con respecto a las fechas de inicio y cumplimiento en la liquidación de condena lo que se interesa queda expresamente resuelto y razonado en los razonamientos cuarto y siguiente de la citada resolución.

Finalmente y respecto a la refundición de condenas a la que también hace referencia el citado oficio, este Juzgado desconoce la práctica habitual y más conforme a lo resuelto por la su Dirección General de Instituciones Penitenciarias Instrucción 19/1996 de 16 de diciembre tal actuar no se adecúa a la misma.

En último término y con respecto a la inmodificabilidad del Auto de refundición remitir al Centro a la extensa doctrina y Jurisprudencia citada en la resolución que se acompaña donde se concreta la ausencia de Cosa Juzgada de las citadas resoluciones y su modificabilidad con arreglo a las circunstancias del penado.

AUTO del Juzgado de lo Penal 2 de Santander de fecha 02-08-2017

HECHOS

Con fecha 20 de junio de 2017 se practicó por la Letrada de la Administración de Justicia de este Juzgado la Liquidación de Condena correspondiente a la presente ejecutoria de la que se dio traslado a las partes personadas siendo aprobada por Auto hoy firme de fecha 10 de julio de 2017.

Que por el centro penitenciario de León con fecha 17 de julio de 2017 se solicita de este Juzgado nueva liquidación de condena donde comience el cumplimiento de la pena de esta ejecutoria en la fecha que según el centro en su día se notificara.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Por el Ministerio Fiscal en la presente ejecutoria se opone a la Liquidación de Condena practicada y ello en base a señalar que procede el enlace de la presente condena con las precedentes y en su consecuencia se solicita se proceda a consignar como fecha de inicio la facilitada por el centro penitenciario o que se oficie al centro penitenciario para que se remitan las condenas que cumplen o que se solicite el Auto de refundición de condenas.

La pretensión efectuada podría ser resuelta de forma escueta eludiendo poner de relieve todo lo acontecido en los últimos tiempos en relación con la ejecución de las penas, más entendiendo este Juzgador que no pueden eludirse y hurtarse al conocimiento de la Superioridad, la que sin género de dudas habrá de resolver la presente discrepancia y subsanar las disfunciones constatadas que de inicio debe señalarse, que pueden cuando menos de forma indiciaria, afectar a los derechos fundamentales de los condenados y en concreto al derecho de especial protección y relevancia contenido en el artículo 15 de la Constitución, de ahí que deba efectuarse un excursus legal y doctrinal con respecto a la ejecución de las condenas para finalmente resolver de forma fundada la pretensión deducida.

La primera de las precisiones que habrá de efectuarse, es la relativa a la interpretación de las normas jurídicas, cuestión relevante en relación con la cuestión suscitada, de importancia notoria incluso respecto a la compe-

tencia para la fijación de las fechas de cumplimiento, que es la cuestión que de fondo subyace, o en otras palabras, del real verdadero sometimiento de la Administración Penitenciaria al control Judicial o la actuación por la administración ajena al mismo.

Como punto de partida debe significarse que la doctrina se muestra unánime respecto a la deficiente regulación positiva de la cuestión presente y existe un clamor reiterado respecto a la necesidad de su reforma y necesidad de regulación, más ello se conforma en un deseo de futuro en tanto que la realidad actual es la presente con la regulación vigente, escasa e incompleta necesitada de integración e interpretación. Expuesto lo precedente y constatadas las carencias, de las normas legales para dar solución a la citada carencia habrá de recurrirse a las normas de la interpretación jurídica de carácter básico y generalmente obviadas, que han de servir de faro rector para alcanzar la solución a la carencia de la regulación que se constata de manera unánime por la doctrina. En este sentido y siguiendo la doctrina constitucional Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 253/1988 de 20 diciembre. “las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.” del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada «interpretación integradora», cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo”.

Y concluye la citada sentencia señalando que: “En consecuencia, la interpretación de la norma aplicada deberá realizarse del modo que resulte más acorde con los preceptos contenidos en la norma fundamental y no suponga violación alguna de los derechos consagrados en ella”.

La doctrina citada en la citada resolución constituye la que debe denominarse primera regla interpretativa, mas esta no es única pues como señala la doctrina Jurisprudencial de la que es de citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1038/1994 de 21 noviembre. “Las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas e inoperantes”.

Como resumen de la doctrina Jurisprudencial respecto a la interpretación de las normas la constituyen las Sentencia del Tribunal Supremo de 2 julio 1991 y la de 15 marzo 1983, que coinciden en señalar que: “... la interpretación de la norma jurídica que ha de resolverse aplicando los criterios hermenéuticos recogidos en el art. 3.1 del Código Civil, a cuyo tenor «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», espíritu y finalidad que son, no un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquélla; de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica y así dice la sentencia de 23 de marzo de 1950 «que si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor de resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico», y por ello habrá que acudir al elemento sistemático al que ya se refería la sentencia de 23 de junio de 1940 al decir que «los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender a las reglas de hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el Juzgador puede disponer para completar y aquilatar la interpretación de cada norma por el significado total del ordenamiento jurídico»; elemento sistemático que se recoge en el citado artículo 3.1 al aludir «al Contexto» de las normas y al que se refiere asimismo la sentencia de 1 de junio de 1968 al decir que «si bien en orden a la interpretación de las normas legales es doctrina jurisprudencial que los Tribunales al aplicar las leyes deben tender al contexto, estableciendo la conexión con todos los preceptos que traten la materia a resolver»”.

Señalando la última de las citadas como colofón de la doctrina jurisprudencial que; «que la interpretación de los preceptos positivos -Sentencia de 24 enero 1970- debe ser obtenida, como proclama la sentencia de 14 octubre 1965, no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico -que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley, al modo como ya dijo esta Sala, en las sentencias de 26 noviembre 1929, 27 junio 1941, 5 junio 1945 y 27 noviembre 1947- y su ponderación sistemática que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo

orgánico -como también dijo esta Sala en las Sentencias de 14 junio 1944, 25 enero 1945 y 22 noviembre 1956 entre otras».

Y concluye la citada resolución trayendo a colación una antiquísima sentencia cuando señala que “teniendo particular relieve lo expresado en la citada sentencia de 26 noviembre 1929, al decir que «si la justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad», ya que la disposición legal debe, ante todo, responder al fin supremo de la justicia, el cual «únicamente puede estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplica en forma tal que permita, usándose por el Juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias del caso»”.

Relevante resulta la doctrina jurisprudencial y constitucional citada, más lo más relevante si cabe, es la afirmación reiterada jurisprudencialmente de que el ordenamiento jurídico constituye un todo orgánico que requiere de una interpretación conjugada y ponderada de las normas de interpretación que ha de llevarse a término de conformidad con las normas hermenéuticas a que se ha hecho referencia y cuya constatación se ha efectuado, lo que impone una interpretación conjugada de las normas constitucionales, de los preceptos reguladores contenidos en el Código Penal, de las previsiones normativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del espíritu que inspira las mismas, en especial la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como otros referentes legislativos posteriores contenidos en leyes especiales a que se hará referencia, en concreto la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril Ley Procesal Militar en la que se efectúa una expresa mención a la liquidación de condena y a las cuestiones que se suscitan en el presente.

La segunda de las precisiones que han de efectuarse es la relativa a la competencia y atribuciones en relación con la ejecución de las penas y ello al hilo de la devolución de la liquidación remitida al centro penitenciario y devuelta por este con unas anotaciones que claramente rebasan la cortesía predicable y que lógicamente encuentra su amparo en el anonimato del funcionario que las efectúa en las que literalmente se señala “Se rechazan las liquidaciones remitidas” encontrándonos en el presente ante un actuar por la vía de hecho en el que la administración penitenciaria, que no se olvide forma parte del poder ejecutivo, se arroga la facultad de aprobar las liquidaciones y resoluciones adoptadas por los órganos judiciales que

tienen atribuidas las competencias y ello sin apoyo o fundamento legal de clase alguna.

A la vista de lo señalado previamente habrá de comenzarse por efectuar unas precisiones básicas con el fin de dejar claras las competencias y facultades de los intervinientes en la ejecución de las penas.

En primer término, debe afirmarse que el control de la legalidad de la actuación de la Administración, previsto en el artículo 106 de la Constitución Española tiene un alcance general, y, por ello, no se sustrae al mismo la actividad de la Administración Penitenciaria, siendo una de las funciones principales de esta última la custodia de reclusos, que incide en la ejecución de penas privativas de libertad, le afecta el artículo 117.3 de la Constitución que extiende la potestad jurisdiccional a juzgar y ejecutar lo juzgado, incluyéndose, en esta ejecución la de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Asimismo, el control de la legalidad de la actuación administrativa viene exigido por el artículo 9.3 de la Constitución que consagra, entre otros, los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En esta línea, el Código Penal establece en su artículo 3.2 in fine la garantía ejecutiva al prever que la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes. Y el artículo 35 en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece que son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código (principio de legalidad en la ejecución penal).

De esta forma, en nuestro ordenamiento jurídico, prima el principio de “judicialización de la ejecución” o de “intervención judicial” en el cumplimiento de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, consecuencia directa del “principio de legalidad”.

Ahora bien y ello debe destacarse pues podría ser la causa de las disfunciones constatadas, esto no siempre ha sido así. En nuestro ordenamiento jurídico hasta que se crea la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria por la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, aun cuando el artículo 990, último inciso, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preveía

que los Tribunales ejercieran las facultades de inspección que las leyes y reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse las penas, lo cierto es que se distinguía entre ejecución de sentencia (actividad jurisdiccional, de naturaleza procesal) y la ejecución de pena (entendida como actividad administrativa), y una vez firme la sentencia condenatoria e ingresado en prisión el condenado, se ocupaba exclusivamente la administración de la ejecución, sin ningún control jurisdiccional, como si se tratara de una pena en blanco cuyo contenido era determinado administrativamente.

Partiendo de la precariedad y penuria normativa con respecto al denominado Derecho Penitenciario, precariedad que motivó que tuviera que intervenir el Tribunal Supremo en una función de regulación procesal mediante la aprobación de Las Prevenciones de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1981 que se dictaron para facilitar el ejercicio de la función encomendada, aunque no tienen carácter normativo, recogen los principios procedimentales que se han aplicado en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria desde su entrada en funcionamiento, si bien debe entenderse que las referencias contenidas en dichas prevenciones a los recursos han quedado derogadas por la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial.

En último término no es posible concluir este apartado sin señalar que además de lo señalado es preciso tener en cuenta además las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria, que son muy numerosas, que interpretan a la luz de la Constitución las diferentes normas penitenciarias, y cuya interpretación es vinculante para todos según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 164 de la de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En base a lo expuesto no puede concluirse sin señalar que la doctrina constitucional ha sentado un reiterado cuerpo de doctrina que señala que “el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2003, de 16 de junio; 223/2004, de 29 de noviembre; 209/2005, de 18 de julio; 145/2006, de 8 de mayo; 11/2008, de 21 de enero; y 110/2009, de 11 de mayo).

Finalmente ha de señalarse como colofón a todo lo anterior que la labor de ejecución de lo juzgado, forma parte integrante del ejercicio de la potestad jurisdiccional conforme al artículo 117.3 de la Constitución Española.

2.- En segundo término y con respecto a la falta de aprobación por el centro penitenciario de las liquidaciones de condena, mediante cuya acción se arroga cuando menos una participación directa en la ejecución y en la ejecutoria, legitimación que le ha sido expresamente negada, no por este Juzgador sino por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995, de 11 de Septiembre, que negó la legitimación de la Administración para recurrir una resolución y en la que el citado Tribunal concluye señalando que:

“En suma, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ejerce funciones de control de la legalidad de los actos de la Administración en materia de régimen penitenciario. Y el legislador puede disponer, sin que ello menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva de dicho poder público, que esa actuación de la Administración sea controlada por dichos órganos judiciales. Lo que conduce, en definitiva, a la denegación del amparo solicitado por el Abogado del Estado en representación de la Administración Penitenciaria”.

Que llegados a este punto y precisadas las competencias, la segunda de las cuestiones que no pueden eludirse ni ocultarse son los hechos acaecidos que han puesto de relieve un actuar cuando menos alega y que ha comportado la necesidad de plantearse todo lo relativo a la ejecución de las penas privativas de libertad y las actuaciones que se venían realizando fundadas claro es en el principio de confianza que despertaba la Administración Penitenciaria y a cuyas peticiones se respondía por parte del órgano judicial y con el visto de la Fiscalía que como se verá seguidamente ha llevado a dejar en manos de la Administración Penitenciaria la totalidad de la ejecución de la pena y se ha facilitado el dejar de lado y eludir el control Jurisdiccional que corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria subvirtiendo el sistema establecido en la Ley y en el Reglamento de que es el órgano Judicial el que aprueba las propuestas efectuadas por la Administración Penitenciaria, al presente que como se ha reseñado previamente es la Administración Penitenciaria quien aprueba no ya las propuesta, pues el órgano judicial nada propone, sino que resuelve y cuyas resoluciones se cuestionan por las Administración Penitenciaria como si tuviera la facultad de aprobación o revisión.

No puede eludirse la realidad de lo sucedido y por ello se han unido testimonio a la presente de actuaciones que dieron lugar al cambio de criterio producido, y que como se constata en los testimonios aportados, penados que llevan ingresados en Centros Penitenciarios cumpliendo condenas que superan el tiempo de 10 años en la actualidad, no se les haya efectuado ni tan siquiera una sola refundición de condenas a pesar de la expresa previsión legal y de la Instrucción 19/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias siendo la Administración Penitenciaria quien también como se verá posteriormente actuando en base a unas denominadas, en el argot penitenciario, de hojas de cuentas que ni tan siquiera conforman un acto administrativo, carente de cualquier certeza y seguridad jurídica, pues ni tan siquiera en ellas se consigan la fecha del mandamiento de cumplimiento (legalización), lo que permite alterar el cumplimiento de las penas conforme al interés de la Administración Penitenciaria (véase respecto al mismo penado las distintas hojas de cuentas unidas al testimonio de las ejecutorias 100/06 donde aparecen y desaparecen condenas sin justificación de tipo alguno así como días de cumplimiento) arrogándose una facultad jurisdiccional cual es la de aprobar el cumplimiento de las penas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, obviando el cumplimiento por su gravedad (véase que en las citadas hojas de cuentas se cumplen antes las penas por ALS que las penas menos graves) y todo ello sin intervención de la parte y sin posibilidad de recurso, por lo que claro es se efectúan refundiciones de facto, en las que se incumplen de forma taxativa las previsiones legales de los artículos 73 y 75 del Código Penal y cuando esto se pone de relieve por el Tribunal sentenciador como también se acredita con los testimonios aportados, se procede por el centro penitenciario desconociéndose por qué o quién lo realiza a la redacción de nuevas hojas de cuentas en las que se alteran los cumplimientos de las ejecutorias y de las penas, y en cuyas hojas de cuentas ni tan siquiera se recoge la fecha del mandamiento de cumplimiento y por tanto de la efectividad de la pena (véase la alteración del cumplimiento por intereses que no se concretan entre unas y otras) pues no se olvide que las penas no se cumplen ni por la fecha de la ejecutoria ni de la extensión temporal de la pena, sino por la fecha del mandamiento y el único que posee competencias objetivas y funcionales para alterar las citadas fechas y forma de cumplimiento es la autoridad judicial al amparo del ya citado artículo 117 de la Constitución y 75 del Código Penal y por medio de un

Auto Judicial que se dicta en aprobación de la propuesta efectuada por el Centro Penitenciario artículo 193.2 de Reglamento Penitenciario.

Que avanzando en el concreto contenido de lo ya señalado, debe significarse que la ejecución de una pena privativa de libertad se inicia con el ingreso del penado en el centro penitenciario bien de forma voluntaria o forzosa y su ingreso en el centro conforme previene el artículo 15 de la Ley Orgánica General Penitenciaria únicamente exige que el ingreso se efectúe mediante mandamiento, con la única excepción de la presentación voluntaria para la cual establece las prevenciones correspondientes destacando la temporal para la legalización del ingresado que se materializa mediante el oportuno mandamiento. En idéntica línea como no podía ser menos el Reglamento en su artículo 15 precisa además del mandamiento la orden judicial de detención o sentencia firme, precisando en el siguiente artículo 16 que se intitula “de la presentación voluntaria en un centro penitenciario” en su número 3 la legalización del ingresado voluntario mediante mandamiento, así como en su caso el testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Lo previamente consignado debe llevar a las siguientes conclusiones:

La primera que los requisitos para el ingreso no voluntario no requiere de los requisitos que para el voluntario establece la norma y más aún cuando parte de los requisitos establecidos a los que el precepto hace expresa mención, de en su caso, de ahí la ausencia de imperatividad del requisito, si bien y por las razones que más adelante se señalaran la praxis diaria y con el fin de establecer una mínima sistemática y más aún como consecuencia de la participación en la ejecución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo que no se configura de inicio como una cuestión básica, se materializa con el fin de facilitar el control de los restantes intervinientes en la ejecución de la pena y por ello como norma además del mandamiento de prisión (medio de legalización del presentado voluntario o del ingresado por decisión judicial) se remite al Centro Penitenciario testimonio de la sentencia y liquidación de condena, legalización en el argot por medio de mandamiento que debidamente datado fechado legitima el ingreso del penado en el centro y la privación de la libertad que el mismo va a sufrir a partir de la citada fecha.

Como segundo trámite procesal relevante lo constituye la liquidación de condena que se practica por la Letrada de la Administración de Justicia,

liquidación de condena de la que se da traslado a la representación del penado y del Ministerio Fiscal dictándose por el Juzgado Auto aprobando o modificando la misma resolución que de no ser recurrida y por imperativo de lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal resolución es inmodificable. y únicamente podrá serlo por la incoación de un incidente que concluya en una resolución motivada revocatoria o reformatoria de la precedente o de su declaración de nulidad de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo destacarse que conforme a una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), “ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2003, de 16 de junio; 223/2004, de 29 de noviembre; 209/2005, de 18 de julio; 145/2006, de 8 de mayo; 11/2008, de 21 de enero; y 110/2009, de 11 de mayo).

Lo previamente expuesto resulta relevante pues también conforme se constata con los testimonios aportados (Ejecutorias 184/06, 7/09, 544/06, 28/09) ha venido siendo práctica habitual y norma y actuación y por ende consentida el que los centros penitenciarios en virtud al denominado en el argot “enlace” sobre el que luego volveremos, demanden del tribunal sentenciador nuevas liquidaciones de condena alterando las fechas de inicio y cumplimiento e incluso de la extensión y duración de las penas a cumplir, que en virtud del principio de confianza que inspiraba la relación con la citada administración se les confería obviando la firmeza de las resoluciones, dictándose sucesivamente nuevas liquidaciones y aprobándose estas en contra de la firmeza de las resoluciones precedentes lo que se puso de manifiesto de forma más acusada como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal.

Con respecto a la liquidación de condena que es la cuestión que se suscita y respecto a la cual versa la oposición del Ministerio Fiscal, ya se adelantó en razonamientos precedentes que la citada liquidación es actuación procesal que efectúa el Letrado de la Administración de Justicia en un procedimiento contradictorio con intervención de todas las partes legitimadas, liquidación de condena que tiene como fin no solo la determinación de la

extensión de la pena a cumplir, lo que de por sí sería irrelevante al estar determinada de manera clara en el testimonio de la sentencia, sino que su fin es de constatar los abonos aplicables que en muchas ocasiones no constan en la sentencia firme (tiempo de prisión preventiva) abonable al condenado conforme al artículo 58.1 del Código Penal, el tiempo de detención también abonable con apoyo en el precepto previamente citado y en el artículo 34 del Código Penal y los abonos por presentaciones conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, de ahí el sentido de la liquidación de la condena con el fin de que el órgano sentenciador determine exactamente el plazo de tiempo a cumplir por el penado.

Importa destacar como prueba de la subversión del sistema, que conforme a los testimonios que se acompañan (Ejecutoria 94/17), la Administración Penitenciaria llega a extremos impensables de proceder al abono o supresiones de abonos justificadas en la cual por detenciones, y claro es ante la negativa del tribunal sentenciador pues en la causa consta plenamente acreditado la pertinencia del abono que se incluye en la liquidación de la condena, y a pesar de su resistencia numantina a la proposición de refundiciones no le duelen prendas en este caso de proponerla con el fin de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la apruebe y en su consecuencia suprima el abono correspondiente pues ya la administración penitenciaria por medio del actuar que se patentiza la había ya efectuado en otra liquidación que se practicó por otro órgano sentenciador, clara contradicción con la posición mantenida por la Fiscalía, pues la citada refundición que se acompaña se ha practicado con su visto y en su consecuencia si tal actuar es ajustado a derecho no se entienden las causas que lo justifican en unos casos sí y en otros no; pues claro es que el fin de la refundición es ese concretamente, la determinación de la condena que el penado tiene que cumplir por medio de la suma aritmética de las penas impuestas deducidos los abonos que correspondan conforme a las normas legales de la previsión normativa del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y la atribución a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de las competencias que corresponden a los órganos sentenciadores claramente contrario al hecho que se patentiza que es eludir el control del órgano judicial y del actuar de la propia Administración Penitenciaria según su interés puntual en cada caso concreto.

Sentado lo precedente la tercera de las cuestiones que surge es la relativa al dies ad quem y la del dies a quo del cumplimiento. A este respecto debe señalarse que no existe norma legal alguna que apoye o justifique que la fecha de inicio del cumplimiento se difiera en el tiempo en ocasiones meses e incluso años a la fecha en que se legaliza al penado y se efectúa la liquidación de la condena y ello con el exclusivo fundamento cual se ha señalado en razonamientos anteriores en las meras manifestaciones del Centro Penitenciario y a este respecto debe ya adelantarse que no puede confundirse la ejecución de una pena singular que es el objeto de una concreta ejecutoria, como en el caso presente sucede, con el expediente del penado, pues en la primera la ejecución singular se atiende al cumplimiento de una pena concreta a diferencia del expediente penitenciario donde se hace referencia al penado en toda su extensión y a todas las penas que este debe cumplir, debiendo además señalarse para evitar confusiones a un principio fundamental del derecho penal procesal que además constituye doctrina constitucional, que señala que “resulta correcto el adagio quod non est in actis, non est in mundo, es decir, lo que no está en las actuaciones, no existe” (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1999, de 8 de marzo, FJ 5 y Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2015 de 16 de marzo) y que claramente impone la acreditación y justificación de la pretensión que se efectúa, y que claro es, debe tener una directa relación con la causa pues no puede obviarse que respecto a las condenas y a su cumplimiento no es el órgano sentenciador el relevante sino el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a quien el legislador otorga como luego se verá las competencias para aquello que el Ministerio Fiscal interesa, pues la pretensión deducida de alterar las fechas de inicio y cumplimiento de la liquidación efectuada se efectúa en patente oposición a la previsión legal contenida en el artículo 38.1 del Código Penal que previene en su número 1.- que “Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezara a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme” y el número 2.- siguiente preceptúa que “Cuando el reo no estuviere preso la duración de las penas empezara a contar desde que ingrese en el establecimiento penitenciario para su cumplimiento”, mandato legal que como puede verse es contrario a la posición mantenida por el Ministerio Fiscal que pretende que este órgano judicial obvie el cumplimiento del mandato legal imperativo alterando los principios señalados en el citado precepto legal, de ahí que en un correcto hacer procesal la liquidación de la condena deberá tener como fecha de inicio la de la legalización del penado y la de fin la del

cumplimiento del plazo temporal a que la liquidación hace referencia, nada de lo cual se asemeja a la pretensión deducida por el Centro Penitenciario y apoyada por el Ministerio Fiscal con base a unos preceptos o normas legales que no se citan.

Lo previamente reseñado es patente que se materializa de una concreta interpretación de las normas legales, más también ha de señalarse que tampoco, como es habitual en la normativa penitenciaria, no existe regulación alguna del contenido de la liquidación de condena por lo que la misma debe ser integrada por medio de la interpretación de las normas que ya señalamos en los razonamientos iniciales de la presente resolución. Ahora bien, si bien es cierta la ausencia de regulación normativa respecto a la liquidación de condena, debe precisarse que tal carencia se produce en cuanto a la normativa de los procesos de la jurisdicción ordinaria pues en la especial (la militar) si existe una regulación de la mentada liquidación y así debe transcribirse la previsión legal contenida en el artículo 349 de la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989. de 13 de abril) la que en su Capítulo II titulado de la ejecución de las penas privativas de libertad se incardina el artículo citado que literalmente dispone:

Artículo 349. [Liquidación de condena]

En todos los casos en que la pena impuesta sea de privación de libertad, se practicará por el Secretario del Tribunal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se reciba el procedimiento, una liquidación de condena que comprenderá los siguientes extremos:

- a) Fecha en que el reo fue detenido o constituido en prisión.
- b) Fecha en que se hizo ejecutoria la sentencia.
- c) Tiempo que le fuera de abono por haber estado en prisión preventiva o atenuada, detenido o arrestado por los mismos hechos.
- d) Duración de la condena.
- e) Tiempo que le fuera de abono, en su caso, por indulto.
- f) Tiempo que le restare por cumplir, después de deducido el abono, y día en que dejase extinguida su condena, con indicación, si es militar, de si ha de volver o no al Ejército. Si tuviere que cumplir previamente otras condenas, no se señalará el día de extinción.

Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes:

1ª Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días.

2ª Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días.

Debe significarse que la citada norma es coetánea con el vigente Código Penal y claramente posterior a la regulación contenida en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario y que claramente a la luz de los principios interpretativos ya citados de las normas legales habrá de tenerse como prevalente y relevante y que nuevamente dejan sin contenido las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal.

En línea con el expuesto, importa traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 14.11.2008, recaída en el recurso nº 10566/2008. FJ 7 y 8. En el caso examinado por esta Sentencia del Tribunal Supremo la resolución objeto de recurso razonó que la pretensión del Fiscal de modificar la liquidación de condena del penado efectuada en 1998, no resultaba posible, al estar aquella aprobada y consolidada definitivamente desde aquel año, sin que existiera un “procedimiento vivo” o un trámite procesal previsto en la Ley que permitiera esa modificación, a lo que se añadió en dicha resolución que el auto de licenciamiento definitivo y la consiguiente excarcelación de un penado era “un acto automático u obligado, que tiene su origen o es consecuencia de una liquidación de condena consolidada tiempo atrás con su correspondiente aprobación judicial que no pende de ningún trámite procesal o incidente previsto por ley que permita u obligue a su modificación”, llegando incluso a afirmar que “no es propiamente un acto o resolución (su aprobación) de naturaleza sustancial para la propia jurisdicción penal que requiera una decisión interpretativa o propia del debate jurisdiccional de un órgano colegiado” y que “se trata de un acto de mero control rutinario de la ejecución de una pena... pero no es... una decisión jurisdiccional que requiere de especial deliberación y, por tanto, que se trate de una decisión que haya de ser necesariamente motivada”.

La mera y superficial consulta de los testimonios unidos a la presente ejecutoria ponen de relieve que en base a una costumbre contraria a la ley en su más amplio y extenso sentido, a instancia de la Administración Penitenciaria y por razones que jamás se han explicitado, la modificación y al-

teración de las liquidaciones de condena ha sido la norma habitual afectándose con tal actuar la certeza y la seguridad jurídica y muy probablemente los derechos fundamentales de los penados en un actuar de ejecución administrativa que únicamente encuentra su fundamento o razón de ser en la normativa previa a la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria como ya se constató en razonamientos precedentes.

Llegados a este punto claro es que este Juzgador habría extensamente fundamentado su posición siendo innecesaria cualesquiera otras consideraciones más, aun a pesar de ello no se va a eludir la cuestión que pende de solución y para ello la primera consideración a realizar es que todos los preceptos legales a que se ha hecho mención tanto de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario, como del Código Penal y los no citados de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 984, 985 y 988, excepción hecha del artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen como base de partida al penado que ha de cumplir una única condena; cuestión la citada que, si bien es tenida como base, también presenta una concreta regulación de los supuestos de cumplimientos de distintas condenas, cuya regulación se encuentra determinada en los artículos 73 y 75 del Código Penal y del artículo 76 del mismo cuerpo legal. En tales preceptos se concretan los principios básicos de la ejecución penal, cual son el del cumplimiento simultáneo si fuere posible de las distintas penas, artículo 73 del Código Penal, el del cumplimiento sucesivo por la respectiva gravedad de las penas, artículo 75 del Código Penal y finalmente, el de la limitación de cumplimiento denominado de acumulación de penas regulado en los artículos 76, del Código Penal, 989 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 193.2 del Reglamento Penitenciario.

Los citados preceptos claramente hacen referencia a los supuestos de múltiples condenas a los que lógicamente no son de aplicación los principios señalados en apartados precedentes previstos para el cumplimiento de una sola condena. Con respecto a las condenas privativas de libertad, claro es que estas se encuentran excluidas del cumplimiento simultáneo por lo que habrán de ser incardinadas en el cumplimiento sucesivo, cumplimiento sucesivo que deberá efectuarse conforme a la previsión normativa del artículo 75 por su gravedad, más es patente que las reglas del cumplimiento de las penas tiene legislativamente limitaciones, unas relativas al máximo cumplimiento temporal y las segundas en relación con el máximo cumplimiento efectivo en el caso de concurrencia de infracciones penales requisi-

to de la conexidad, precepto cuya interpretación ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Supremo siendo de citar como resumen de la citada doctrina la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2016 de 30 marzo, que con amparo en la dicción legal del artículo 76 del Código Penal señala que la doctrina de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, y Sentencias del Tribunal Supremo 192/2010 y 253/2010, 1169/2011, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29/11/2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí lo relevante es la conexidad “temporal”. Y en concreto, el contenido del acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual “no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación”.

Si lo anterior resulta inconcuso, resulta evidente que la primera de las cuestiones a dilucidar es si en el citado conjunto de condenas son de aplicación las normas del artículo 76 del Código Penal (triplo de la mayor y máximo cumplimiento) pues en el caso de que concurra cualesquiera de ellos procederá la acumulación de condenas, denominada doctrinalmente y para distinguirla de la que seguidamente se señalara acumulación jurídica, acumulación que en caso de pertinencia y con aplicación de unos extensos principios y fundamentos jurisprudenciales que exceden de la presente resolución podrán dar lugar a una acumulación jurídica por vía del artículo 76 del Código Penal.

La distinción entre pena y condena es relevante por cuanto de entenderse en otro sentido los resultados serían contrarios al reo y ello ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo en su Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2009 Recurso nº 10815/2008 que señala a los efectos de la acumulación los parámetros a utilizar son los de la pena de manera individual y no los resultados de una condena concreta por distintos delitos.

De igual modo resulta necesario señalar por su importancia que tanto el Centro Penitenciario como el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria utilizan el concepto de penado como un todo único (la persona y la múltiples condenas que tenga que cumplir), en tanto que conforme a la regulación

procesal vigente el órgano sentenciador únicamente utiliza el concepto de condena concreta obviando el resto de las que pueda tener pendiente que cumplir e incluso la situación penitenciaria del mismo, de ahí que el Proyecto de Ley Procesal en su exposición de motivos claramente recoja esta situación señalando que:

“Para poder conseguir una mayor eficacia en esta fase del proceso, se establece que todas las ejecuciones que afecten a una persona sean conocidas por el mismo tribunal de instancia de ejecución, con independencia de la ubicación que tenga el tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Para conseguir que esa previsión legal sea una realidad, se crea el Registro Nacional de Ejecuciones Pena/es, de tal forma que todas las ejecuciones que se inicien en España, tendrán acceso a ese Registro y al mismo tiempo la finalización de la ejecución también quedará reflejada. De esa forma se evitarán situaciones en las que un tribunal busca a un condenado para hacerle cumplir una sentencia, mientras que otro le tiene en prisión cumpliendo otra”.

Y seguidamente en su articulado se dispone

“Artículo 636.- Competencia

1.- La competencia para la ejecución de las sentencias penales corresponde al Tribunal de instancia o a la Sala del Tribunal que hubiere dictado la sentencia de primera instancia a través de su Tribunal de Ejecución.

2.- No obstante, la ejecución de las sentencias condenatorias o que impongan una medida de seguridad a persona frente a la que exista una ejecución pendiente corresponderá al Tribunal que estuviera conociendo de ésta, salvo para las decisiones en aquellas materias que conforme a este Código deba adoptar en todo caso el Tribunal sentenciador”.

La diferencia con la situación actual es patente pues en la actualidad en el caso de proceder la práctica de la acumulación jurídica (en adelante la denominaremos únicamente acumulación) la conclusión de la práctica de la misma dado que las múltiples condenas deberán agruparse por grupos podrá ser perfectamente la procedencia de la acumulación en un solo de los distintos grupos y la impertinencia de la aplicación de la reducción del artículo 76 a los restantes. En este caso las condenas no acumuladas deberán contemplarse de forma individual y refundirse (concepto este que definiremos posteriormente) de manera individual conforme al criterio del

artículo 75 en tanto que la refundida conformará una única condena con un plazo de duración concretamente determinado que será objeto en su caso también de refundición.

El segundo supuesto será el de la acumulación de todas las condenas en una única por concurrir los requisitos acumulándose todas la existentes en una única condena a la que deberán aplicarse los beneficios previa liquidación que habrá de efectuar una vez se cuente con los datos pertinentes el órgano sentenciador que efectuó la acumulación o en su caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme finalmente se consignará.

Importa destacar que conforme señala de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia, la acumulación estimada acumula en una única todas las condenas de la que se compone y por ello se extinguen y archivan las ejecutorias que se acumulan y únicamente se mantiene viva la acumulada.

Como colofón o complemento a lo anteriormente expuesto y en aplicación y con apoyo en la previsión legal del artículo 75 del Código Penal el Reglamento Penitenciario en su artículo 193 en su norma 2ª establece de manera literal que:

“Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a los efectos de aplicación de la libertad condicional”.

La citada norma conjugada con el artículo 75 del Código Penal, regula la denominada doctrinalmente acumulación aritmética que posteriormente ha sido denominada como refundición para distinguirla de la acumulación (acumulación jurídica). Importa destacar que a diferencia de la acumulación cuya competencia se encuentra atribuida al último órgano sentenciador, la acumulación aritmética o matemática corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la previsión legal contenida en el artículo 76 a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La filosofía de la citada refundición es idéntica a la de acumulación jurídica si bien a diferencia de esta última, la refundición consiste en ordenar por orden de gravedad (artículo 75) las condenas que deba cumplir el condenado, refundiéndolas en una única a la que se aplicarían por adición los descuentos a que hubiere lugar y partiendo del día de inicio llegar al día final de cumplimiento.

Como se ha señalado, los principios inspiradores de una y otra acumulación a diferencia del Juez competente, son idénticos con las especiali-

dades propias destacando sobre manera como cualidad de la resolución que se dicte que conforme a reiteradísima doctrina y jurisprudencia las citadas resoluciones no adquieren firmeza por lo que podrán ser modificadas en cualquier momento a la vista de las modificaciones de nuevas condenas y beneficios que sean aplicables al penado, peculiaridad relevante que destaca que conforme a una reiteradísima jurisprudencia que el Auto que acuerde o deniegue la acumulación no adquiere la condición de cosa Juzgada material y por ello podrá ser objeto de nuevas acumulaciones con penas en él no incluidas. (Sentencia del Tribunal Supremo 146/2010, de 4-2; 181/2010, de 24-2; y 1261/2011, de 14-11, entre otras).

Consecuentemente con lo expuesto y practicada la refundición de condenas cada condena individual pierde su identidad naciendo una nueva y única que es la refundida y dado que el Auto o la Liquidación que se dicte a posteriori habrá imperativamente de recoger el dies a quo y el dies a quem, claramente pierden su sentido y razón de ser unas liquidaciones practicadas al amparo de una condena refundida y como tal extinguida al formar parte de otra nueva y diferente, cuya liquidación, cumplimiento y extinción corresponderá al órgano que practico la refundición, refundición que como resolución judicial deberá ser comunicada a los órganos sentenciadores cuyas condenas se confunden al objeto de su respectivo conocimiento.

Llegados a este punto claro resulta que pretender en este caso la práctica de liquidaciones parciales, al parecer con el fin de resucitar formas operativas propias de mediados del siglo pasado, nos referimos a las formas de control de los comerciantes de la citada época, comúnmente conocida como contabilidad del gancho en la que en un gancho ad hoc se clavaban las facturas y una vez pagados los recibos se procedía de idéntico modo para documentar el suministro y el pago, medio sin duda efectivo pero impropio del siglo XXI y más aún a la vista de la existencia de medios jurídicos y legales que superan tan simplista sistema de control y más aún cuando las modificaciones y cambios se obvian, lo que impide un control jurisdiccional de aquello que tan importante es como el derecho fundamental a la libertad recogido a la Carta Magna y a la doctrina Constitucional ya citada.

El segundo instituto de enorme relevancia en relación con la ejecución de las penas es la ya adelantada refundición penitenciaria de las penas. Respecto a la citada refundición la primera de las cuestiones que debe destacarse es que como señala la doctrina la citada refundición no cuenta con una expresa previsión contenida en una norma legal siendo su

establecimiento y regulación exclusivamente reglamentaria (artículo 196 Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero). Partiendo de la realidad de la citada afirmación, la falta de regulación del instituto de la refundición legal propia de las deficiencias de la regulación de la normativa penitenciaria que a pesar de su fecha de publicación y a las previsiones en ella contenida es de ver que transcurridos más de 40 de años desde su publicación se encuentra pendiente de regulación la totalidad de las disposiciones de orden procesal siendo un clamor doctrinal la necesidad de su reforma, tal cuestión como decimos fue objeto de planteamiento en el Recurso de Amparo resuelto por Auto del Tribunal Constitucional núm. 274/1997 de 16 de julio que si bien es cierto no es objeto de pronunciamiento por el Tribunal al respecto, si lo fue en sus Alegaciones por parte de la Fiscalía del citado Tribunal en el que se mantuvo la posición que por este Juzgador se comparte de que “la citada regulación sí encuentra su amparo legal en este caso en las disposiciones del artículo 90 del Código Penal en la que se incardina y sirve de desarrollo” pues claramente sin la citada institución de la refundición difícil sino imposible sería la aplicación de las disposiciones no solo de la libertad condicional del artículo 90 del Código Penal sino la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Obviado el óbice relativo a la legitimación de la institución, importa destacar que esta institución sirve al principio básico que inspira la ejecución de las penas en nuestro sistema jurídico, que es el del patrimonio punitivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2009 o el de la unidad de ejecución criterio este último acuñado por la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y recogido en el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pamplona de 4 de abril de 2014 y reiterado en Autos de 22 de mayo o 158 , 159 , 160 y 161 de 2014, todos ellos de fecha 3 de julio de 2014 y 304/2015, de 29 de octubre).

Como ya se señaló en líneas precedentes, la Refundición Penitenciaria de condenas sirve al principio de la unidad de ejecución y su realización se efectúa conforme a las previsiones normativas contenidas en los artículos 73 y 75 del Código Penal, preceptos que regulan con respecto a la ejecución el del cumplimiento simultáneo si fuera posible y el del cumplimiento con arreglo a la gravedad de la pena. Se la denomina a esta refundición por la doctrina y la jurisprudencia como de acumulación matemática de penas, pues en ella no se efectúan reducciones a diferencia de lo que acontece en

su caso en las acumulaciones y sirve retomando lo ya señalado en líneas precedentes, para una vez efectuada, conformar una concreta condena que es la que el penado ha de cumplir ordenadas las penas de acuerdo con su respectiva gravedad sumadas aritméticamente y deducido de su resultado los distintos abonos que por los distintos juzgados sentenciadores se efectuaron en cada una de sus liquidaciones individuales en relación con las penas cuyo cumplimiento acordó en el respectivo mandamiento.

La citada refundición se materializa en una resolución judicial como no puede ser de otra forma por cuanto afecta a derechos fundamentales del penado (artículo 17 de la Constitución Española) se lleva a término la determinación de un determinado modo de cumplimiento, (de acuerdo con su gravedad artículos 32 y 75 del Código Penal), se alteran por tanto las fechas de cumplimiento inicialmente establecidas por la fecha de la firmeza y recepción para su cumplimiento, se determina en su consecuencia la fecha de inicio del cumplimiento y el de finalización del mismo y comporta en definitiva el total de la condena que el penado debe cumplir por las distintas penas que en la refundición se contienen, siendo además el elemento básico para el otorgamiento al penado de los beneficios que la Ley Orgánica General Penitenciaria le confiere.

La resolución cual se señala debe adoptar la forma de Auto por afectar a los derechos que se ha señalado, procediendo contra la misma los recursos de reforma y subsidiario de Apelación ante la Audiencia Provincial y ello conforme al criterio unánime de las Conclusiones de Encuentros de Jueves de Vigilancia Penitenciaria (Revista del Poder Judicial nº 68) y como pone de relieve por otra parte las múltiples resoluciones que se citan en el presente y que resumen en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 11 de febrero de 2016 y que también se alzan como un medio de actuar por parte de la Administración Penitenciaria cual pone de relieve la Instrucción 19/1996, de 16 de diciembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la que en su apartado segundo dispone lo que literalmente se transcribe:

“2.- Refundición y acumulación de condenas

- La refundición de las condenas lo es a los efectos de una posible y futura aplicación de la libertad condicional (artículo 193-2 del Reglamento Penitenciario), por lo que ha de llevarse a cabo con independencia del grado de clasificación en que se encuentre el interno y tan pronto la/s nueva/s

condena/s vayan produciéndose. Sólo la existencia de juicios pendientes de próxima celebración puede demorar la refundición hasta que se cierre la situación penal del interno, sin que en ningún caso puedan proponerse el licenciamiento de causa alguna, salvo que se trate de causas en las que se haya producido una revocación de la libertad condicional que exija su cumplimiento íntegro sin posibilidad de disfrutar de nuevo de este beneficio. La existencia de condenas impuestas y ejecutadas conforme al Código penal texto refundido de 1973 junto con otras del Código penal de 1995 no impide la refundición conjunta de todas ellas.

Asimismo, es de señalar que cuando se proceda a remitir liquidaciones provisionales a los tribunales sentenciadores para posible aplicación del Código penal de 1995 con la redención habida hasta el 25 de mayo se les señalará, cuando la causa concorra con otras con las que se deba refundir, que si producto de la revisión la causa queda cumplida no proceda a su licenciamiento dado el perjuicio que ello ocasionaría al interno al no podersele refundir esa causa cumplida con las demás.

- Respecto a la acumulación prevista en el artículo 76 del Código Penal cuando el Funcionario de régimen detecte que las causas de un interno pueden ser susceptibles de tal acumulación, lo pondrá en conocimiento del Jurista del Centro para que, previa comprobación de tal posibilidad, se lo comunique al interno, y asesore sobre el procedimiento de solicitud”.

El contenido de la citada Instrucción claramente encuentra su fundamento en la previsión reglamentaria del artículo 196 del Reglamento Penitenciario que contiene idéntica previsión, pues como se ha señalado la refundición es el hito básico para el cumplimiento de condenas múltiples y sin el cual no es factible la unidad de ejecución que es la opción legal por al que como se ha señalado opta nuestro ordenamiento.

Al hilo de lo anterior no puede por menos de salirse al paso de las manifestaciones del Ministerio Fiscal que afirman que el Centro Penitenciario es un Centro de enlace y al hilo de ello su pretensión que sin aceptar expresamente los argumentos precedentes de forma expresa, si de forma implícita pretende que este Juzgado asuma las funciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y demande o bien del Centro Penitenciario o bien del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la refundición de condenas del penado.

Con referencia a la pretensión de la demanda del Centro Penitenciario de la tan traída y llevada Hoja de Cuentas que nada es, pues ya se señaló que ni siquiera es un acto administrativo y que puede confeccionarse ad hoc según interese y así consta se hace y sin que ni tan siquiera se concreten en ella los elementos básicos cual son las fechas de los mandamientos de cumplimiento, olvida también el Ministerio Fiscal que los Autos de refundición se remiten por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a los Juzgados sentenciadores y que es obligación del Centro Penitenciaros como se ha señalado previamente conforme a la instrucción de Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la elevación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la propuesta de refundición, de ahí que este Juzgado nada tiene que actuar pues invadiría las competencias de otro órgano judicial incidiendo en una falta muy grave conforme a las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y más aún cuando como se verá seguidamente y ello en palabras de Fiscales relevantes cuya cita se efectuara seguidamente, el tan traído y llevado enlace no es otra cosa que la refundición de las condenas del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario.

En palabras mucho más doctas que las de este Juzgador debe traerse a colación lo afirmado por el Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional en su trabajo Acumulación de penas y refundición de condenas publicado en el N° 52 de la Revista del Consejo General del Poder Judicial en el que respecto a la cuestión que se trata señala literalmente lo siguiente:

A).- Previsión reglamentaria

Como ya ha quedado apuntado, se encuentra en el artículo 193.2 del R.D. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, precepto que establece (i) que 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 y (ii) que si dicho penado hubiera sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

B).- Competencia para la aprobación

La competencia para la aprobación de la refundición inicial es del Juez de Vigilancia Penitenciaria del centro en el que esté ingresado el penado, conforme a la previsión genérica del artículo 76.2.a) Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por lo que se refiere a las modificaciones de la refundición inicial, los criterios de actuación aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (v. criterio n° 2 del texto refundido actualizado a 1 de enero de 2008).

C).- Efectos de la refundición

Como consecuencia de la aprobación de la refundición se producen los siguientes efectos (en relación con los beneficios penitenciarios que requieren para su concesión el cumplimiento de una determinada parte de la pena, como los permisos de salida o la libertad condicional): (i) quedan sin efecto las fechas de inicio y extinción de cada una de las liquidaciones judiciales de condena individuales aprobadas por el juez o tribunal sentenciador; (ii) se considera la suma de todas ellas como una sola y única pena a efectos de ejecución; y (iii) se toma como fecha de inicio del cumplimiento la de la primera responsabilidad y como fecha de licenciamiento la prevista para la última.

D).- Variabilidad de las resoluciones

Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en Auto del Tribunal Constitucional 274/1997, de 16 de julio, FJ 2, la resolución jurisdiccional aprobando una refundición de condena no es, por su propia naturaleza, intangible, dado que está sometida a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, a las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado sea condenado (aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución de la duración), por lo que, siendo ello así, es evidente que no se producen los efectos de la cosa juzgada.

Y si se piensa que lo precedente es una opinión singular, puede traerse a colación lo afirmado por el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín a la sazón Magistrado del Tribunal Supremo, hoy Fiscal General del Estado en su trabajo “Órganos implicados en el control de la ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad” publicado en los Cuadernos Digitales de Formación 52 - 2009 cuando literalmente sostiene lo que seguidamente se transcribe:

Se trata de la aplicación de lo que correcta y estrictamente hemos de denominar como “refundición de condenas”, que no debe nunca confundirse con la “acumulación de condenas”, que corresponde al órgano sentenciador, pues ambas operaciones se diferencian en que:

La primera se lleva a cabo a instancia de la Administración penitenciaria y la segunda a la del penado.

La “refundición”, como hemos dicho, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la “acumulación” al Juez o Tribunal sentenciador.

Ésta se realiza aún en fase de fijación e individualización de la condena y aquella en la de ejecución.

A la “acumulación” le son aplicables los criterios de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la “refundición” los de los artículos 73 y 75 del Código y 193 del Reglamento Penitenciario.

La primera implica una verdadera reducción de la pena y la segunda tan sólo la suma o enlace de las penas a los electos de ciertos cálculos penitenciarios posteriores.

Y, por último, la “acumulación” es susceptible de Recurso de Casación y la refundición sólo de la correspondiente Reforma y eventual Apelación ulterior.

Véase que es en estos trabajos donde aparece el concepto de enlace como sinónimo de refundición de penas y no un concepto jurídico distinto o independiente como al parecer se pretende en este caso y la lógica cartesiana y la razón solo permiten concluir que el pretendido enlace que no se señala cuál es su fundamento legal o contenido jurídico, no es otra cosa que el efecto de la refundición de las penas que encuentra sus sustento legal en la previsión normativa del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario.

Siguiendo los razonamientos precedentes importa traer a colación a este respecto, el ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Navarra Sección 2ª de fecha 11 de febrero de 2016 en la que en un supuesto en que por el Juzgado de lo Penal se acuerda el licenciamiento definitivo conforme a la acumulación efectuada por el mismo la Sala reiterando otros pronunciamientos precedentes que se consignaran en último término señala en su razonamiento jurídico tercero que: “existe la creencia de que el Juzgado sentenciador controla de algún modo el curso de la ejecutoria en las penas privativas de libertad que se están cumpliendo, y nada más lejos de la realidad pues en la mayoría de las ocasiones se ignora las formas de cumplimiento e incluso si el condenado está efectivamente privado de libertad o

no lo está por haberse acordado penitenciariamente alguna resolución de la que nada se informa al sentenciador”.

La resolución que acoge el recurso Fiscal pone de relieve que en los supuestos de que el penado deba cumplir distintas penas rige el principio de unidad de ejecución penitenciaria, y continua señalando la citada resolución algo que no por conocido deja de perder transcendencia y es que “La ejecución penal de las penas privativas de libertad en nuestro ordenamiento si bien corresponde al Tribunal sentenciador artículos 984 - 985 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una vez que se realiza el internamiento en el centro penitenciario es el Juez de Vigilancia el que de conformidad con el artículo 94.1 Ley Orgánica del Poder Judicial ejercerá las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento. En materia de ejecución de las penas privativas de libertad” ello hay que ponerlo en relación al artículo 76 Ley Orgánica General Penitenciaria que establece las competencias del Juez de Vigilancia y en sus apartados:

1.- El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2.- Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Como resumen, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria asume tras el internamiento adoptado por el juez sentenciador, las competencias de ejecución jurisdiccional de la pena de prisión posteriores a dicho internamiento, a salvo la libertad definitiva y extinción de responsabilidad criminal.

Continúa señalando la citada resolución que “En la práctica en el cumplimiento de las penas privativas de libertad que deben hacerse en prisión, confluyen varias condenas y en atención a que el cumplimiento debe hacerse de forma sucesiva, ello lleva a que en base al artículo 131 del Código Penal (el cumplimiento extingue la responsabilidad criminal) tu-

viera que realizarse el licenciamiento definitivo de cada una por ello se ha establecido, ante esta supervivencia sucesiva de distintas penas privativas de libertad, a fin de no paralizar el cumplimiento sucesivo de las mismas, es práctica legal y pacífica, que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá dictar un Auto de acumulación material de penas o de refundición de condenas (artículo 193- 2º del Reglamento Penitenciario) ya que los beneficios penitenciarios (permisos, clasificación y libertad condicional) giran unidos a unos tiempos de cumplimiento que de hacerse individualmente en cada una de las condenas, supondría una distorsión enorme y contraria al principio de unidad de ejecución y de individualización penitenciaria, lo que supone para el penado que está cumpliendo varias condenas privativas de libertad que debe hacerse una suma total de las mismas a los efectos de la aplicación de dichos beneficios, operación jurídica cuya aprobación corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”.

Y continúa señalando la citada resolución que “La finalidad de esta refundición es por un lado facilitar una unidad cumplimiento y una unidad de ejecución que pueda operar sobre los cómputos de los 2/3; 3/4 o 1/4 de la condena que requiere calcular en ocasiones la libertad condicional o los permisos; las facilidades para una mejor clasificación y tratamiento del interno y evitar licenciamientos precipitados sin comprobar la existencia de condenas pendientes”. La Circular (Instrucción) 19/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias indica que se ha de realizar con independencia del grado de clasificación tan pronto como las nuevas condenas se vayan produciendo, de modo que tan solo si hay juicios pendientes de próxima celebración se aplaza la refundición hasta que se cierre la situación penal del interno.

Señala la citada resolución en líneas siguientes que “Aprobada la refundición por el Juzgado de Vigilancia del lugar del Centro Penitenciario donde se encuentre cumpliendo condena el interno se comunica al Centro y este a los diversos Tribunales Sentenciadores a los efectos de que tengan conocimiento de la refundición y más adelante según las incidencias penitenciarias, para aprobar el licenciamiento definitivo de la condena conforme a esa refundición. La refundición así practicada consiste en una operación simple donde a diferencia de la acumulación jurídica no existen requisitos de conexidad a valorar ni supone limitaciones penológicas”.

Seguidamente señala la citada resolución que “Por otro lado, los autos aprobatorios de una refundición de condenas dictados por un Juez de Vigi-

lancia Penitenciaria son, por su propia naturaleza, modificables por una resolución judicial posterior, pues el hecho base que es causa de los mismos está sujeto a tantas posibles revisiones como nuevas causas firmes futuras puedan afectar al penado. (Auto del Tribunal Constitucional 274/1997)”.

Tal como recoge el Auto de 17-7-2001 de la Audiencia Provincial de Cádiz “cuando el penado haya de cumplir varias condenas, habrán de sumarse todas considerándose una sola a efectos de la aplicación de libertad condicional, pero, desde este punto de vista integrador esa unidad de pena deberá referirse a todos los efectos penitenciarios incluyendo el licenciamiento definitivo”.

Y concluye la citada resolución señalando que “Efectivamente, no hay duda alguna de que en caso de que el penado haya de cumplir varias condenas, han de sumarse todas ellas, considerándose como una sola a los efectos de la aplicación de la libertad condicional, pero desde un punto de vista integrador esa unidad de pena habrá de entenderse referida a todos los efectos penitenciarios incluyendo el licenciamiento definitivo.

Es decir, desde que se produjo la refundición material por parte del Juzgado de Vigilancia de La Rioja, la liquidación de condenas que de ella deriva, nos proporciona una nueva pena, que a efectos de la ejecución penitenciaria ha de considerarse como una sola.

Se podrá decir que es una unidad ficticia, a tener en cuenta a los solos efectos de la potencial concesión de la libertad condicional, pero iría en contra del sentido común, no extenderla, por ejemplo, al licenciamiento definitivo, ya que no sería lógico utilizar distintos parámetros para realizar el cálculo de los periodos necesarios para habilitar al reo para obtener este beneficio y para el cumplimiento total de la pena materialmente refundida.”

En este mismo sentido se ha pronunciado ya esta Sala en Autos Nº 66/2014, de 4 de abril, 97/2014, de 22 de mayo o 158, 159, 160 y 161 de 2014, todos ellos de fecha 3 de julio de 2014 y 304/2015, de 29 de octubre.

De lo precedentemente expuesto es patente que la refundición penitenciaria de penas no solo no es potestativa en los supuestos de cumplimiento de más de una pena sino que como se ha señalado constituye el hito básico de ejecución y que como se adelantó en su momento conforma una condena en la que se refunden todas las que en ella se integran sin perder su

identidad y cuyo cumplimiento conforme a los mandatos legales de los artículos 73 y 75 se llevan a término de forma sucesiva previo ordenamiento por su gravedad y que al conformar una única condena lógicamente y en lo que en el presente interesa interrumpe los efectos prescriptivos de cada una de las penas individualmente considerada.

Llegados a este punto surge la cuestión nada baladí de cuáles son las consecuencias jurídicas en aquellos supuestos en que teniendo el penado que cumplir varias penas a pesar de las previsiones legales no se lleve a término el Auto de refundición penitenciaria de penas, que no se olvide que a diferencia de lo que acaece con el de acumulación jurídica de penas cuya legitimación iniciadora recae en el penado aun cuando en nuestra opinión ello no ocurre así en todos los supuestos pues en los casos de que la acumulación pueda efectuarse en sentencia conforme a la previsión del artículo 76 del Código Penal deberá de manera imperativa efectuarse, y respecto a cuya iniciación debe predicarse idéntica legitimación en el Ministerio fiscal, por el contrario en los casos de refundición penitenciaria es la Administración Penitenciaria la legitimada para instarla elevando la oportuna propuesta conforme se prevé en el reglamento penitenciario al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, quien comprobada el concurso de los requisitos del artículo 75 del Código Penal procederá a su aprobación por lo que fácilmente pueden ser factibles supuestos de cumplimiento de varias condenas sin que se haya llevado a término el Auto de refundición, por lo que y conforme se ha razonado previamente en tal caso no se produce esta, no nace una nueva pena resultado de las refundidas, no se cumplen las distintas penas por orden de su gravedad y no se interrumpe la prescripción de cada una de las penas pues estas se ejecutan de forma y manera individual y por orden de firmeza, pues carece el centro penitenciario de jurisdicción y competencia para alterar la forma de cumplimiento.

No puede eludirse en el presente y previamente a concluir, algo que de seguro se señalara por la Administración Penitenciaria que es el denominado enlazamiento de condenas en virtud del cual y como consecuencia del usus fori que nadie es capaz de explicar y menos aún de fundamentar en un precepto normativo, el órgano sentenciador una vez efectúa la liquidación de la condena señala como fecha de inicio de cumplimiento la facilitada por la Administración Penitenciaria, fecha que se facilita sin justificación de tipo alguno y en base a la cual se señala que la condena que se liquida

inicia su cumplimiento por ejemplo dos años después de la fecha de la liquidación.

Si se llega al presente razonamiento después de haber leído los precedentes habrá de afirmarse que lo expuesto no guarda relación alguna con lo señalado, no se ajusta a la Ley Orgánica General Penitenciaria ni a su Reglamento y menos aún a las previsiones del Código Penal, al que podrá tacharse de falta de sistemática pero que en su artículo 38 claramente determina la forma y días a quo en el que empezará a computarse el cumplimiento de la pena. Sin embargo se pretende sin que exista constatación alguna del porque o la diferencia existente entre la fecha de legalización y la de inicio de cumplimiento se difiera el inicio de este olvidándose que en este caso se encuentran derechos fundamentales cual el recogido en el artículo 17 de la Constitución Española y estableciéndose una fecha de inicio que podrá ser acertada o no pero que es indudable que su fijación por el órgano sentenciador se concreta en un acto de fe y por ello carente de posibilidad de revisión por el mismo ni por el órgano superior pues nada puede revisarse ni reformarse cuando se desconoce el por qué y el cómo se ha llegado a la citada determinación y no digamos nada respecto al cumplimiento de la previsión del artículo 75 del Código Penal y sin olvidar que conforme se ha señalado previamente tal determinación claramente comporta una intromisión en las competencias de otro órgano judicial con las consecuencias que ello conlleva en las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero más aún el denominado en el argot penitenciario enlace de las condenas lo que claramente pone de relieve es la elusión de la refundición penitenciaria de penas y claramente señala el cumplimiento individual de cada una de ellas, lo que ya de por sí debe llevar a un clarísimo contrasentido jurídico pues si la pena se ejecuta de manera individualizada el 1/4 el 1/2 y los 3/4 habrá de referirse a la pena no a la condena, pues estas no se han refundido en un claro perjuicio contra el reo pues tendrá derecho a los permisos y libertad condicional en razón a la pena individualmente considerada y una vez cumplida o licenciada deberá comenzar a cumplir la siguiente y hasta tanto no alcance el 1/4 de esta no podrá obtener los beneficios que del cumplimiento de tal cantidad se derivan y todo ello y dado que la legitimación se la otorga el Reglamento a la Administración sin posibilidad de recurso por parte del penado lo que claramente lleva a considerar lo expresado como una aberración jurídica.

Podría pensarse que lo expuesto en líneas precedentes es una cuestión de laboratorio, pero nada más lejos de la realidad baste remitirnos al Auto ya citado de la Audiencia Provincial de Pamplona y de su lectura puede observarse que el fundamento de la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal se efectúa en base a este mismo razonamiento “el de que la fecha de la liquidación de condena fue facilitada por la Administración Penitenciaria y así liquidada” y clara es la conclusión alcanzada por la Sala como puede observarse absolutamente contraria a tal postulado.

Como colofón a todo lo expuesto, y retornado al inicio de la presente resolución puede observarse que al penado a que se hace referencia en la presente se le efectuó una refundición de condenas de la que se desconoce lo acaecido, en qué manera se han resucitado las condenas individuales refundidas y cuáles son las razones en base a las cuales se retorna a la individualidad de las condenas y se deja sin efecto la refundición efectuada en su día, no se olvide que aquella dio origen a una nueva condena comprensiva de todas las en ella refundida por lo que para concluir y como conclusión a todo lo expuesto habrá de resumirse el instituto de la refundición señalándose sus especialidades y caracteres que motivaran como conclusión la denegación de lo interesado por el Centro penitenciario.

Constituye los caracteres y especialidades de la refundición de condenas los siguientes:

1.- Concepto.

A la vista del contenido del artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, la refundición de condenas es la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad que cumple un penado a los efectos del cálculo de las fechas para el disfrute de beneficios penitenciarios.

2. Regulación normativa

A.- Previsión reglamentaria

Como ya ha señalado, se encuentra en el artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, precepto que establece (i) que 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 y

(ii) que si dicho penado hubiera sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

4.- Competencia para la aprobación

La competencia para la aprobación de la refundición inicial es del Juez de Vigilancia Penitenciaria del centro en el que esté ingresado el penado, conforme a la previsión genérica del artículo 76.2.a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, según el cual corresponde especialmente al Juez de Vigilancia adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Por lo que se refiere a las modificaciones de la refundición inicial, los criterios de actuación aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (v. criterio nº 2 del texto refundido actualizado a 1 de enero de 2008) han determinado que la competencia territorial se distribuirá de la siguiente forma:

1.- la competencia territorial para aprobar la modificación o ampliación de la refundición de condenas inicial o de las posteriores a nuevas causas, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerza jurisdicción sobre el centro penitenciario en que se encuentre el interno cuando se reciba el testimonio de la nueva o nuevas causas;

2.- en caso de encontrarse el interno disfrutando de libertad condicional, aunque estuviese suspendida por un nuevo ingreso en prisión como penado, corresponderá conocer, excepcionalmente al Juez de Vigilancia Penitenciaria que aprobó la libertad condicional; y

3.- el mismo Juez de Vigilancia Penitenciaria conocerá de la queja del interno, cualquiera que sea el centro penitenciario en que se encuentre al formularla, contra la propuesta de licenciamiento definitivo independiente de causas con libertad condicional revocada o en demanda de que se refundan con las mismas las causas que dieron lugar a la revocación o las posteriores.

4.- Requisitos

El requisito principal para proceder a la refundición de condenas es que se trate de penas liquidadas y no licenciadas.

5.- Efectos de la refundición.

Como consecuencia de la aprobación de la refundición se producen los siguientes efectos (en relación con los beneficios penitenciarios que requieren para su concesión el cumplimiento de una determinada parte de la pena, como los permisos de salida o la libertad condicional):

1.- quedan sin efecto las fechas de inicio y extinción de cada una de las liquidaciones judiciales de condena individuales aprobadas por el juez o tribunal sentenciador:

2.- se considera la suma de todas ellas como una sola y única pena a efectos de ejecución; y

3.- se toma como fecha de inicio del cumplimiento la de la primera responsabilidad y como fecha de licenciamiento la prevista para la última.

6.- Variabilidad de las resoluciones

Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en Auto 274/1997, de 16 de julio, FJ 2, la resolución jurisdiccional aprobando una refundición de condena no es por su propia naturaleza, intangible, dado que está sometida a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, a las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado sea condenado (aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución de la duración), por lo que, siendo ello así, es evidente que no se producen los efectos de la cosa juzgada, en cuyo respeto se encuentra el fundamento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre la imposibilidad, desde su perspectiva, de proceder a la modificación de toda decisión judicial que haya adquirido firmeza.

No puede concluirse la presente resolución sin hacer una especial mención de que este Juzgador es consciente de que la confirmación de la posición en esta resolución por la Superioridad claro es que dadas las irregularidades detectadas y que se ha puesto de relieve en los razonamientos precedentes y la doctrina sostenida entre otras en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 97/2010 de 15 noviembre, va a comportar una relevante carga de trabajo al requerir de la revisión de la totalidad de las ejecutorias en las que se encuentra un penado cumpliendo condena, pues si el Auto de Refundición de las condenas es el título legal que conforme

a lo señalado en las Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2005, que declaraba que la pena acumulada “opera ya como una pena nueva resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley como son la libertad condicional, permisos de salida...”, resolución que se refiere, al Código actual de 1995 o lo sostenido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005, después de distinguir los supuestos de acumulación “material” y acumulación “jurídica” de los artículos 73, 75 y 76 del Código Penal vigente, explica que la pena máxima de 20 años “opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley, como la libertad condicional...” resulta patente que el Auto de refundición es el documento jurídico que refunde las distintas penas en una sola condena y por tanto es el elemento interruptivo de la prescripción y su carencia clara es, lleva a la consecuencia lógica y racional del cumplimiento individual de cada una de las penas por la fecha de su acuerdo de ejecución es patente que si no se ha efectuado una refundición conforme a la regulación vigente el cumplimiento de las penas es individual y en estos caso habrá de concretarse si el transcurso del plazo temporal se ha producido y si se ha efectuado la prescripción o si ésta (la pena) no está prescrita, de ahí que un posicionamiento contrario al que se contiene en la presente no solo disminuye sino que facilita el trabajo actual y además en el supuesto de que se produzca un pronunciamiento Constitucional en tal sentido, las responsabilidades que de tal posicionamiento se deriven no recaerán sobre este órgano judicial cual es habitual, pues cuando surgen las dificultades todos cual Pilatos se lavan las manos y se traslada la responsabilidad al Juzgador pues la liquidación de condena y la fecha de inicio y fin ha sido firmada por este sin apoyo en dato alguno en la Ejecutoria, de lo que claros ejemplos tienen las hemerotecas en espacios temporales recientes de ahí que un pronunciamiento en cualquier sentido por el que se opte por la Superioridad únicamente traerá al problema constatado certeza y seguridad jurídica en la actuación futura, sin obviar el hecho por todos conocidos que una resolución cual la presente correrá por el medio penitenciario cual la pólvora y más en casos cual el presente en el que este Juzgador entiende que dada la trascendencia sobre los derechos fundamentales del penado no debe únicamente notificarse a la representación procesal del penado sino también a este de forma personal.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto,

DISPONGO: NO HA LUGAR a la práctica de una nueva liquidación de condena al ser firme y ejecutoria la efectuada en la presente ejecutoria al haberse materializado de conformidad con las previsiones legales de imperativo cumplimiento y ello sin perjuicio de la Facultades y modificaciones que la Ley otorga al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para la refundición de la presente condena con otra u otras precedentes o posteriores.

64.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 2 SANTANDER DE FECHA 17/05/17

No ha lugar a efectuar nueva liquidación de condena al ser firme la anterior y existir normativa específica para lo interesado por el Centro Penitenciario.

HECHOS

Que con fecha 10 de marzo de 2017 por este Juzgado se practicó liquidación de condena en la presente ejecutoria por las penas a que fue condenado penado en esta causa.

Que con fecha 23 del pasado mes de marzo se dictó por este Juzgado Auto hoy firme y ejecutorio en virtud del cual es aprobada la citada condena.

Que por oficio de fecha 4 de abril de 2017 con entrada en esta sede judicial el día 10 de mayo de 2017 se devuelve por el centro penitenciario la citada liquidación por el concepto de “Rechazando Liquidación de Condena” no en relación con el tiempo de cumplimiento sino en referencia a la fecha de inicio del cumplimiento de la pena a que la liquidación hace referencia.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Por la dirección del Centro Penitenciario de Madrid IV Navalcarnero se rechaza la liquidación de condena practicada en la presente ejecutoria por entenderla incorrecta y con la pretensión de que se efectúe una nueva liquidación, no en cuanto a la duración de la pena sino en cuanto a la modificación de las fechas de inicio y fin de cumplimiento que se pretende se recojan las que se adjuntan sin justificación de tipo alguno.

Dejando de lado el termino de Rechazo utilizado por cuanto el Centro Penitenciario carece de competencia tanto objetiva como funcional para ello del mismo modo que carece de legitimación activa para intervenir en la presente ejecutoria siendo por tanto impropio e improcedente el término utilizado, la pretensión que se deduce no puede ser estimada y ello por cuanto y cual se ha puesto de relieve en los antecedentes de hecho de la presente resolución por este Juzgado; ya en su día una vez se puso en conocimiento de este Juzgado el ingreso del penado en la presente ejecutoria se procedió a la legalización del mismo, practicándose por la Letrada de la Administración de Justicia la preceptiva liquidación de condena de la que se dio traslado a la representación del penado y del Ministerio Fiscal dictándose por este Juzgado Auto de fecha 22 de febrero de 2017 que notificado a las partes adquirió firmeza dado que las citadas resoluciones no se encuentran excluidas de la firmeza e inmodificabilidad a diferencia de lo que acaece en otros caso que serán objeto de consideración en razonamientos subsiguiente, razón por la cual y por imperativo de lo dispuesto en el artículo 161 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal resolución es inmodificable, y únicamente podrá serlo por la incoación de un incidente que concluya en una resolución motivada revocatoria o reformatoria de la precedente o de su declaración de nulidad de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Debiendo destacarse que conforme a una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), “ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2003, de 16 de junio; 223/2004, de 29 de noviembre; 209/2005, de 18

de julio; 145/2006, de 8 de mayo; 11/2008, de 21 de enero; y 110/2009, de 11 de mayo).

Lo previamente expuesto se alza evidente, y por ello la imposibilidad de acoger la pretensión deducida por el Centro Penitenciario, pues esta se concreta en la pretensión de que se modifiquen las fechas de inicio y de cumplimiento de la liquidación de condena en su día realizada y judicialmente aprobada y ello con el único fundamento de la manifestación efectuada por el funcionario competente del Centro.

Concretado el fundamento de la pretensión y la fundamentación aportada, resulta patente la imposibilidad de acogimiento, y ello por cuanto el procedimiento que podría motivar la reforma o revocación del Auto precedente de la liquidación de condena firme y ejecutoria, requiere de motivación y justificación al igual que la resolución que se dicte estimando o desestimando al pretensión deducida, y en el presente caso resulta patente que sin poner en duda la profesionalidad y competencia de los funcionarios que postulan la revocación o reforma de la resolución firme precedente, es evidente que dada la forma de planteamiento que se efectúa se configura en un acto de fe que se demanda de este órgano Judicial y de este Juzgador, acto de fe que podría ser suficiente y bastante para los creyentes pero no para los agnósticos e incrédulos que dadas sus propias convicciones requerirán de la acreditación y justificación de la pretensión que se efectúa, lo que en el presente no acontece, y más aún si toma en consideración la propia manifestación del Centro contenida en su párrafo primero que no obvia la posibilidad de error en aquello que demanda cuando señala que lo que se peticiona lo es “salvo error u omisión” (lo entrecomillado es literal) lo que fundamenta más aún lo previamente razonado.

Sentado lo anterior y avanzando un paso más respecto a la cuestión suscitada deberá señalarse que respecto al ingreso de un penado en un Centro Penitenciario, la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 15 únicamente exige que el ingreso se efectúe mediante mandamiento con la única excepción de la presentación voluntaria para la cual establece las prevenciones correspondientes destacando la temporal para la legalización del ingresado que se materializa mediante el oportuno mandamiento. En idéntica línea como no podía ser menos el Reglamento en su artículo 15 precisa además del mandamiento orden judicial de detención o sentencia firme, precisando en el siguiente artículo 16 que se intitula “de la presentación voluntaria en un centro penitenciario” en su número 3 la legalización

del ingresado voluntario mediante mandamiento, así como en su caso el testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Lo previamente consignado debe llevar a las siguientes conclusiones:

La primera de que los requisitos para el ingreso no voluntario no requiere de los requisitos que para el voluntario establece la norma y más aún cuando parte de los requisitos establecidos a los que el precepto hace expresa mención, de en su caso, de ahí la ausencia de imperatividad del requisito, si bien y por las razones que más adelante se señalaran la praxis diaria y con el fin de establecer una mínima sistemática y más aún como consecuencia de la participación en la ejecución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo que no se configura de inicio como una cuestión básica se materializa con el fin de facilitar el control de los restantes intervinientes en la ejecución de la pena y por ello como norma además del mandamiento de prisión (medio de legalización del presentado voluntario o del ingresado por decisión judicial se remite al centro Penitenciario testimonio de la sentencia y liquidación de condena.

Con respecto a la liquidación de condena que es la cuestión que el Centro Penitenciario suscita ya se adelantó en razonamientos precedentes que la citada liquidación es actuación procesal que efectúa el Letrado de la Administración de Justicia en un procedimiento contradictorio con intervención de todas las partes legitimadas, liquidación de condena que tiene como fin no solo la determinación de la extensión de la pena a cumplir, lo que de por sí sería irrelevante al estar determinado de manera clara en el testimonio de la sentencia sino que su fin es de constatar los abonos aplicables que en muchas ocasiones no constan en la sentencia firme (tiempo de prisión de diciembre de preventiva) abonable al condenado conforme al artículo 58.1 del Código Penal, el tiempo de detención también abonable con apoyo en el precepto previamente citado y en el artículo 34 del Código Penal y los abonos por presentaciones conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, de ahí el sentido de la liquidación de la condena con el fin de que el órgano sentenciador determine exactamente el plazo de tiempo a cumplir por el penado.

Sentado lo precedente la segunda de las cuestiones que se surge es la relativa al dies ad quem y la del dies a quo del cumplimiento. A este respecto debe señalarse que no existe norma legal alguna que apoye o justifique que

la fecha de inicio del cumplimiento se difiera en el tiempo en ocasiones meses e incluso años a la fecha en que se legaliza al penado y se efectúa la liquidación de la condena y ello con el exclusivo fundamento cual se ha señalado en razonamientos anteriores en las meras manifestaciones del Centro Penitenciario y ello en patente oposición a la previsión legal contenida en el artículo 38.1 del Código Penal que previene en su número 1.- que “Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día, en que la sentencia condenatoria haya quedado firme” y el número 2.- siguiente preceptúa que “Cuando el reo no estuviere preso la duración de las penas empezara a contar desde que ingrese en el establecimiento penitenciario para su cumplimiento”; mandato legal que como puede verse es contraria a la posición mantenida por el Centro Penitenciario de ahí que en un correcto hacer procesal la liquidación de la condena deberá tener como fecha de inicio la de la legalización del penado y la de fin la del cumplimiento del plazo temporal a que la liquidación hace referencia, nada de lo cual se asemeja a la pretensión deducida por el Centro Penitenciario.

En línea con el expuesto importa traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-11-2008, recaída en el recurso nº 10566/2008, FJ 7 y 8. En el caso examinado por esta Sentencia del Tribunal Supremo la resolución objeto de recurso razonó que la pretensión del Fiscal de modificar la liquidación de condena del penado, efectuada, en 1998, no resultaba posible, al estar aquella aprobada y consolidada definitivamente desde aquel año, sin que existiera un “procedimiento vivo” o un trámite procesal previsto en la Ley que permitiera esa modificación, a lo que se añadió en dicha resolución que el auto de licenciamiento definitivo y la consiguiente excarcelación de un penado era “un acto automático u obligado, que tiene su origen o es consecuencia de una liquidación de condena consolidada tiempo atrás con su correspondiente aprobación judicial que no pende de ningún trámite procesal o incidente previsto por ley que permita u obligue a su modificación”, llegando incluso a afirmar que “no es propiamente un acto o resolución (su aprobación) de naturaleza sustancial para la propia jurisdicción penal que requiera una decisión interpretativa o propia del debate jurisdiccional de un órgano colegiado” y que “se trata de un acto de mero control rutinario de la ejecución de una pena... pero no es... una decisión jurisdiccional que requiere de especial deliberación y, por tanto que se trate de una decisión que haya de ser necesariamente motivada”.

Llegados a este punto claro es que este Juzgador habría extensamente fundamentado su posición siendo innecesaria cualesquiera otras consideraciones más, aun a pesar de ello no se va a eludir la cuestión que pende de solución y para ello la primera consideración a realizar es que todos los preceptos legales a que se ha hecho mención tanto de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario, como del Código Penal y los no citados de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 984, 985 y 988, excepción hecha del artículo 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hacen referencia y tienen como base de partida al penado que ha de cumplir una única condena, cuestión la citada que, si bien es tenida como base, también presenta una concreta regulación en los supuestos de cumplimientos de distintas condenas, cuya regulación se encuentra determinada en los artículos 73 y 75 del Código Penal y del artículo 76 del mismo cuerpo legal. En tales preceptos se concretan los principios básicos de la ejecución penal, cual son el del cumplimiento simultáneo si fuere posible de las distintas penas, artículo 73 del Código Penal, el del cumplimiento sucesivo por la respectiva gravedad de las penas, artículo 75 del Código Penal y finalmente, el de la limitación de cumplimiento denominado de acumulación de penas regulado en los artículos 76, del Código Penal 989 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 193.2 del Reglamento Penitenciario.

Los citados preceptos claramente hacen referencia a los supuestos de múltiples condenas a los que lógicamente no son de aplicación los principios señalados en apartados precedentes previstos para el cumplimiento de una sola condena. Con respecto a las condenas privativas de libertad, claro es que estas se encuentran excluidas del cumplimiento simultáneo por lo que habrán de ser incardinadas en el cumplimiento sucesivo, cumplimiento sucesivo que deberá efectuarse conforme a la previsión normativa del artículo 75 por su gravedad.

Si lo anterior resulta inconcuso resulta evidente que la primera de las cuestiones a dilucidar es si en el citado conjunto de condenas son de aplicación las normas del artículo 76 del Código Penal (triplo de la mayor y máximo cumplimiento) pues en el caso de que concurra cualesquiera de ellos procederá la acumulación de condenas, denominada doctrinalmente y para distinguirla de la que seguidamente se señalara acumulación jurídica, acumulación que en caso de pertinencia y con aplicación de unos extensos principios y fundamentos jurisprudenciales que exceden de la presente re-

solución podrán dar lugar a una acumulación jurídica por vía del artículo 76 del Código Penal.

En el caso de proceder la práctica de la acumulación jurídica (en adelante la denominaremos únicamente acumulación) la conclusión de la práctica de la misma dado que las múltiples condenas deberán agruparse por grupos podrá ser perfectamente la procedencia de la acumulación en un solo de los distintos grupos y la impertinencia de la aplicación de la reducción del artículo 76 a los restantes. En este caso las condenas no acumuladas deberán contemplarse de forma individual y refundirse (concepto este que definiremos posteriormente) de manera individual conforme al criterio del artículo 75 en tanto que la refundida conformará una única condena con un plazo de duración concretamente determinado que será objeto en su caso también de refundición.

El segundo supuesto será el de la acumulación de todas las condenas en una única por concurrir los requisitos acumulándose todas la existentes en una única condena a la que deberán aplicarse los beneficios previa liquidación que habrá de efectuar una vez se cuente con los datos pertinentes el órgano sentenciador que efectuó la acumulación o en su caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme finalmente se consignara.

Importa destacar que conforme señala de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia la acumulación estimada acumula en una única todas las condenas de la que se compone y por ello se extinguen y archivan las ejecutorias que se acumulan y únicamente se mantiene viva la acumulada.

Como colofón o complemento a lo anteriormente expuesto y en aplicación y con apoyo en la previsión legal del artículo 75 del Código Penal el Reglamento Penitenciario en su artículo 193 en su norma 2ª establece de manera literal que:

“Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma, de las mismas será considerada como una sola, condena a los efectos de aplicación de la libertad condicional”.

La citada norma conjugada con el artículo 75 del Código Penal, regula la denominada doctrinalmente acumulación aritmética que posteriormente ha sido denominada como refundición para distinguirla de la acumulación (acumulación jurídica). Importa destacar que a diferencia de la acumulación cuya competencia se encuentra atribuida al último órgano

sentenciador, la acumulación aritmética o matemática corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la previsión legal contenida en el artículo 76 a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La filosofía de la citada refundición es idéntica a la de acumulación jurídica si bien a diferencia de esta última la refundición consiste en ordenar por orden de gravedad (artículo 75) las condenas que deba cumplir el condenado, refundiéndolas en una única a la que se aplicarían por adición los descuentos a que hubiere lugar y partiendo del día de inicio, llegar al día final de cumplimiento.

Como se ha señalado los principios inspiradores de una y otra acumulación a diferencia del Juez competente, son idénticos con las especialidades propias destacando sobre manera como cualidad de la resolución que se dicte que conforme a reiteradísima doctrina y jurisprudencia las citadas resoluciones no adquieren firmeza por lo que podrán ser modificadas en cualquier momento a la vista de las modificaciones de nuevas condenas y beneficios sean aplicables al penado.

Consecuentemente con lo expuesto y practicada la refundición de condenas cada condena individual pierde su identidad naciendo una nueva y única que es la refundida y dado que el Auto o la Liquidación que se dicte a posteriori habrá imperativamente de recoger el dies a quo y el dies a quem, claramente pierden su sentido y razón de ser unas liquidaciones practicadas al amparo de una condena refundida y como tal extinguida al formar parte de otra nueva y diferente, cuya liquidación, cumplimiento y extinción corresponderá al órgano que practicó la refundición, refundición que como resolución judicial deberá ser comunicada a los órganos sentenciadores cuyas condenas se confunden al objeto de su respectivo conocimiento.

Llegados a este punto claro resulta que pretender en este caso la práctica de liquidaciones parciales, al parecer con el fin de resucitar formas operativas propias de mediados del siglo pasado, nos referimos a las formas de control de los comerciantes de la citada época, comúnmente conocida como contabilidad del gancho en la que en un gancho ad hoc se clavaban las facturas y una vez pagados los recibos se procedía de idéntico modo para documentar el suministro y el pago, medio sin duda efectivo pero impropio del siglo XXI y más aún a la vista de la existencia de medios jurídicos y legales que superan tan simplista sistema de control y más aún cuando las modificaciones y cambios se obvian, lo que impide un

control jurisdiccional de aquello que tan importante es como el derecho fundamental a la libertad recogido a la Carta Magna y a la doctrina Constitucional ya citada.

Como colofón a todo lo expuesto, y retornado al inicio de la presente resolución puede observarse que al penado a que se hace referencia en la presente se le efectuó una refundición de condenas de la que se desconoce lo acaecido, en qué manera se han resucitado las condenas individuales refundidas y cuales son las razones en base a las cuales se retoma a la individualidad de las condenas y se deja sin efecto la refundición efectuada en su día, no se olvide que aquella dio origen a una nueva condena comprensiva de todas las en ella refundidas por lo que para concluir y como conclusión a todo lo expuesto habrá de resumirse el instituto de la refundición señalándose sus especialidades y caracteres que motivaran como conclusión la denegación de lo interesado por el Centro Penitenciario.

Constituye los caracteres y especialidades de la refundición de condenas los siguientes:

1.- Concepto.

A la vista del contenido del artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, la refundición de condenas es la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad que cumple un penado a los efectos del cálculo de las fechas para el disfrute de beneficios penitenciarios.

2. Regulación normativa

A.- Previsión reglamentaria

Como ya ha señalado, se encuentra en el artículo 193.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, precepto que establece (i) que 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 y (ii) que si dicho penado hubiera sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

3.- Competencia para la aprobación

La competencia para la aprobación de la refundición inicial es del Juez de Vigilancia Penitenciaria del centro en el que esté ingresado el penado,

conforme a la previsión genérica del artículo 76.2.a) Ley Orgánica General Penitenciaria, según el cual corresponde especialmente al Juez de Vigilancia adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Por lo que se refiere a las modificaciones de la refundición inicial, los criterios de actuación aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (v. criterio nº 2 del texto refundido actualizado a 1 de enero de 2008) han determinado que la competencia territorial se distribuirá de la siguiente forma:

1.- la competencia territorial para aprobar la modificación o ampliación de la refundición de condenas inicial o de las posteriores a nuevas causas, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerza jurisdicción sobre el centro penitenciario en que se encuentre el interno cuando se reciba el testimonio de la nueva o nuevas causas;

2.- en caso de encontrarse el interno disfrutando de libertad condicional, aunque estuviese suspendida por un nuevo ingreso en prisión como penado, corresponderá conocer, excepcionalmente, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que aprobó la libertad condicional; y

3.- el mismo Juez de Vigilancia Penitenciaria conocerá de la queja del interno, cualquiera que sea el centro penitenciario en que se encuentre al formularla, contra la propuesta de licenciamiento definitivo independiente de causas con libertad condicional revocada o en demanda de que se refundan con las mismas las causas que dieron lugar a la revocación o las posteriores.

4.- Requisitos

El requisito principal para proceder a la refundición de condenas es que se trate de penas liquidadas y no licenciadas.

5.- Efectos de la refundición.

Como consecuencia de la aprobación de la refundición se producen los siguientes efectos (en relación con los beneficios penitenciarios que requieren para su concesión el cumplimiento de una determinada parte de la pena, como los permisos de salida o la libertad condicional):

1.- quedan sin efecto las fechas de inicio y extinción de cada una de las liquidaciones judiciales de condena individuales aprobadas por el juez o tribunal sentenciador;

2.- se considera la suma de todas ellas como una sola y única pena a efectos de ejecución; y

3.- se toma como fecha de inicio del cumplimiento la de la primera responsabilidad y como fecha de licenciamiento la prevista para la última.

6.- Variabilidad de las resoluciones

Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en Auto del Tribunal Constitucional 274/1997, de 16 de julio, FJ 2, la resolución jurisdiccional aprobando una refundición de condena no es, por su propia naturaleza, intangible, dado que está sometida a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, a las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado sea condenado (aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución de la duración), por lo que, siendo ello así, es evidente que no se producen los efectos de la cosa juzgada, en cuyo respeto se encuentra el fundamento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre la imposibilidad, desde su perspectiva, de proceder a la modificación de toda decisión judicial que haya adquirido firmeza.

Conforme a todo lo expuesto resulta patente la improcedencia de la liquidación que se solicita por lo que está en base a todo lo razonado habrá de ser denegada.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto,

DISPONGO: NO HA LUGAR a la confección y Aprobación de una nueva liquidación de condena al ser firme la ya efectuada en su día, no constar documentadas las razones en la que se fundamenta y existir una normativa específica para la consecución de lo interesado por el Centro Penitenciario cuya competencia corresponde a otro órgano judicial.

PROVIDENCIA del Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal 2 de Santander de fecha 14-06-2017

Dada cuenta, por recibido el anterior oficio del centro penitenciario de Navalcarnero, únase a la ejecutoria de su razón y remítase al mismo al contenido del Auto de este Juzgado de fecha 17 de mayo de 2017 en que de forma detallada se reseñaban las competencias y los medios del ordenamiento para la evitación del solapamiento que se señala pues la competencia para ello y el medio que el ordenamiento establece es la refundición de las distintas condenas cuya competencia es exclusiva y excluyente del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 MADRID de fecha 26/06/2017

HECHOS

En el día de la fecha se ha registrado en este Juzgado solicitud de aprobación de proyecto de refundición de condenas relativo al interno J.Á.A.A., procedente del Centro Penitenciario Madrid IV.

En dicha solicitud se indica, entre otras cuestiones, que el 27/02/2017 se recibe en este centro testimonio de sentencia del Juzgado Penal nº 2 de Santander en Ejecutoria 408/16 condenando al interno a la pena de 00-08-00 y solicitando en dicho mandamiento de cumplimiento se informe a dicho Juzgado de la fecha de inicio de cumplimiento de la pena para la práctica de liquidación, indicando así mismo la preventiva que conste y pueda ser abonada.

Igualmente en la solicitud mencionada aparece que revisado el expediente se comprueba que el interno se encuentra cumpliendo la ejecutoria 312/14 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Santander y conforme a la liquidación practicada por dicho órgano judicial, dejará extinguida dicha pena el 08/03/2017, siendo que el 28/02/17, se acusa recibo al Juzgado Penal 2, cabe entender que de Santander, y se solicita se remita a este centro li-

liquidación de condena en Ejecutoria 408/16 con inicio de cumplimiento el 09/03/17 y cumplimiento el 03/11/17.

El 04/04/17, continua reseñándose en la solicitud aludida, se recibe testimonio de liquidación de condena del Juzgado Penal n° 2 de Santander en Ejecutoria 408/16, donde le abona 2 días por detención y fecha de inicio de cumplimiento de dicha pena el 16/02/17 y finaliza el 11/10/17. El día 04/04/17 se rechaza el testimonio de liquidación al producirse un solapamiento de cumplimiento de condenas. El 30/05/17 se recibe auto dictado por el Juzgado Penal n° 2 de Santander no admitiendo la devolución de la liquidación; el 06/06/17 se remite oficio a tal Juzgado solicitando nueva liquidación de condena, dictando providencia dicho órgano el 14/06/17 en la que informa que quien tiene la competencia para modificar las liquidaciones de condena es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

En primer término señalar que se comparte lo indicado en el auto del Juzgado de lo Penal n° 2 de Santander, de 17/05/2017, dictado en el Expediente de Ejecución 408/17 en cuanto a que el término rechazo utilizado por el Centro Penitenciario es impropio e improcedente, pues, la liquidación de condena constituye un acto de competencia exclusiva del Poder Judicial, ante el cual la Administración Penitenciaria únicamente podrá someter a la consideración del Órgano que la haya dictado la posible existencia de algún tipo de disfuncionalidad, a los efectos de que aquél adopte la resolución que proceda, pero no rechazar la misma, apareciendo que la referida Administración pudiera tener alguna facultad revisora al respecto de la que evidentemente carece.

Por otra parte, en lo concerniente a la ejecución sucesiva de penas privativas de libertad, los órganos sentenciadores remiten el correspondiente mandamiento de cumplimiento de la pena al centro penitenciario que proceda, para que desde el mismo se informe a aquéllos de la fecha de inicio de cumplimiento, tal como llevó a cabo, el 16/02/17, el Juzgado de lo Penal n° 2 de Santander en la Ejecutoria reseñada, puesto que normalmente no tienen conocimiento de la extensión ni fecha de finalización de cumplimiento de la condena a que estuviere afecto el penado.

En el presente caso, a la información interesada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander, el centro penitenciario, manifiesta que remite la misma mediante comunicación de 28/02/17, señalando como fecha de inicio de la condena en la antedicha Ejecutoria, el 09/03/17. Por motivo con respecto al cual este Juzgado de Vigilancia nada tiene que decir, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander realiza liquidación de condena fijando como fecha de inicio el 16/02/17, siendo que obra en las presentes que en la Ejecutoria 312/14 del Juzgado de la misma clase nº 5 de Santander, la fecha de cumplimiento tenía lugar el 08/03/17, con inicio el 16/11/15.

En el presente caso se produce la incidencia descrita, entre dos liquidaciones de condena efectuadas por sendos Juzgados de lo Penal. Las mismas constituyen actos a efectuar, en trámite de ejecución, por los órganos sentenciadores y, por tanto, resultan ajenos a los Juzgados de Vigilancia, que carecen de competencia para efectuar pronunciamiento alguno en orden a lo acordado en dichas liquidaciones. Únicamente, en base al artículo 58 del Código Penal, estos Juzgados pueden llevar a cabo abonos de algún período de prisión provisional, refiriéndose tal lapso temporal a una medida cautelar de privación de libertad.

En consecuencia se aprecia que corresponde al Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander pronunciarse en los términos que procedan, sobre las fechas de inicio y cumplimiento en la liquidación de condena relativa a la Ejecutoria 408/17, remitiéndose al mismo toda la documentación adjuntada por el Centro Penitenciario Madrid IV.

PARTE DISPOSITIVA

Corresponde al Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander pronunciarse en los términos que procedan, sobre las fechas de inicio y cumplimiento en la liquidación de condena relativa a la Ejecutoria 408/17, remitiéndose al mismo toda la documentación adjuntada por el Centro Penitenciario Madrid IV.

65.- AUTO 139/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 17/02/17

Se modifica liquidación de condena de pena privativa de derechos para su cumplimiento de forma sucesiva.

HECHOS

En la Ejecutoria 96/2016 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Vilanova i La Geltrú, se dictó providencia de fecha 2 de noviembre de 2016 por la que se deniega la petición del Centro Penitenciario en el que se encuentra internado el penado Fausto de rectificación de la liquidación de la pena de prohibición de acercamiento y comunicación para que fuera cumplida de forma sucesiva a otra que tiene impuesta en otra sentencia respecto de la misma víctima.

Contra dicha providencia el Ministerio Fiscal formuló recurso de reforma que fue desestimado por auto de fecha auto de fecha 29 de diciembre de 2016, contra el que interpuso recurso de apelación que fue admitido y se tramitó conforme a derecho, elevándose posteriormente las diligencias a esta Audiencia Provincial de Barcelona.

Recibidas las diligencias en esta Sección Veinte de la Audiencia se dictó diligencia de ordenación incoando el presente Rollo de Apelación, que fue numerado y registrado. Con arreglo al turno de reparto previamente establecido se nombró magistrado ponente, y tras examinar la causa y los escritos presentados, se señaló el día de hoy para la deliberación y resolución del recurso.

La representación de M. se ha adherido a los anteriores recursos.

Ha sido designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. M.J.M. que expresa el criterio unánime del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se recurre la decisión de la Juez de lo Penal de acordar el cumplimiento simultáneo de dos penas de prohibición de acercamiento y comunicación impuestas en dos causas diferentes respecto de la misma víctima.

La tesis del Ministerio Fiscal se basa en que al igual que ocurre con las penas privativas de libertad, cuando una persona es condenada a varias penas privativas de derechos se suman todas ellas, cumpliéndose sucesivamente las que sean de la misma naturaleza (artículo 75 del Código Penal).

En base a ello cabría preguntarse si el artículo 75 del Código Penal resulta aplicable a cualquier tipo de penas, o únicamente a las privativas de libertad. Para encontrar la respuesta debe partirse del hecho de que el artículo 75 no diferencia entre tipo de penas, ya que se refiere de forma genérica a las «penas». Además, el citado precepto penal se incluye en la sección que lleva por rúbrica «reglas especiales para la aplicación de las penas». En base a ello podemos concluir que el artículo 75 se está refiriendo también a las penas privativas de derechos.

Es cierto que en la práctica el cumplimiento sucesivo se suele aplicar solo a las penas de prisión, sin duda por la dificultad de control al que hace referencia la Juzgadora en su resolución, dificultad que no existe en las penas de privativas de libertad, ya que el centro penitenciario en el que se encuentra interno el penado es quién realiza ese control al ir recibiendo los mandamientos de penado de los diferentes Juzgados y Tribunales. Pero esa dificultad de control no obsta a que el cumplimiento de las penas privativas de derechos de la misma clase se lleve a cabo de forma sucesiva, pues lo contrario llevaría a que si en una misma sentencia se condena a una persona por varios delitos y por cada uno de ellos se le impone también la misma pena privativa de derechos, el cumplimiento simultáneo de todas ellas conllevaría en la práctica al cumplimiento de facto de solo una de ellas. Es más, podría darse el caso de que el penado tuviera que cumplir de forma sucesiva dos o tres penas de prisión impuestas en la misma sentencia y que ya antes de salir de prisión tuviera cumplida la pena de prohibición de acercamiento, con desprotección para la víctimas en las salidas por permisos penitenciarios. A favor del cumplimiento sucesivo podemos citar también el supuesto de cumplimiento de varias penas de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, en el que en principio resulta aplicable el artículo 75 del Código Penal y, por tanto, deberían cumplirse de forma sucesiva por el orden de mayor gravedad, si bien en muchos casos no resulta factible por cuanto es la Dirección General de Tráfico quién tiene conocimiento de la existencia de dichas penas, por lo que en la práctica el cumplimiento de cada una de ellas se suele realizar enlazando

una detrás de otra para determinar la fecha de finalización sin atender a su gravedad.

Asimismo a favor del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de derechos que sean de la misma naturaleza y especie cabe citar la posibilidad de que no sólo se acumulan penas privativas de libertad, sino que cabe también la acumulación de penas que sean de otra naturaleza, pero, en cualquier caso han de ser de la misma especie las penas a acumular, y que éstas se cumplan de forma dilatada en el tiempo, por orden de su gravedad. Por ello la pena de multa como tal está excluida de la posibilidad de acumulación porque puede ser cumplida de forma simultánea (artículo 75) y su impago puede ser sustituido por trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 53). Para que proceda la acumulación es necesario que previamente se dicte resolución acordando el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de prisión (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 521/2013, de 5 de junio; 473/2013, de 29 de mayo; y 402/2013, de 13 de mayo, entre otras).

Así pues, el artículo 73 del Código Penal prevé como regla general de cumplimiento el cumplimiento simultáneo, siempre que la naturaleza o efectos dimanantes de éstas lo permitan (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006). Por tanto, ello no será posible cuando las diversas condenas lo sean a pena privativa de libertad y, en general, a penas de la misma especie (Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 2006 y Auto del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2001). En base a ello la Jurisprudencia ha admitido el cumplimiento simultáneo de la pena privativa de libertad y las medidas de alejamiento de la víctima, su familia y el lugar de su residencia (Sentencia del Tribunal Supremo 13 de junio de 2012), para evitar así el acercamiento del penado a la víctima en sus permisos de salida, sin perjuicio de que tales medidas puedan tener una duración superior a la pena privativa de libertad, posibilidad que permite el artículo 57 del Código Penal. También ha permitido la Jurisprudencia el cumplimiento simultáneo de una pena privativa de libertad y una pena accesorio de inhabilitación (Sentencia del Tribunal Supremo 19 de diciembre de 1994).

En conclusión, una pena privativa de derechos es cumplible de forma simultánea con una pena de prisión o con pena privativa de otro derecho, pero no es cumplible de forma simultánea con una misma pena de su misma clase, supuesto en el que solo cabe el cumplimiento sucesivo.

En tal sentido se pronuncia la sección segunda de la Audiencia Nacional en auto de fecha 28 de junio de 2012, Rollo de Sala 99/2012, cuando señala que según el artículo 75 del Código Penal, hay penas que pueden ser cumplidas de forma simultánea, y otras no, y en este caso se cumplirán de forma sucesiva, siguiendo el orden de su gravedad; pero es que hay penas de la misma naturaleza que pueden ser cumplidas de forma simultánea como es el caso de la multa, o las penas restrictivas de distintos derechos entre sí, por ejemplo, son compatibles la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la de tenencia o porte de armas; pero, salvo la multa, el resto de las penas de igual clase no permiten el cumplimiento simultáneo entre sí mismas, sino solo el sucesivo. Es decir, una pena privativa de derechos se puede cumplir de forma simultánea con una pena de prisión o con pena privativa de otro derecho, pero no puede cumplirse de forma simultánea con una misma pena de su misma clase, en que solo cabe el cumplimiento sucesivo. En base a ello la Audiencia Nacional considera aplicable el artículo 76 a penas privativas de derecho que no pueden cumplirse en forma simultánea.

Por todo ello el recurso debe ser estimado.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, con adhesión de la representación de M., contra el auto de fecha 29 de diciembre de 2016, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra la providencia de fecha 2 de noviembre de 2016, dictados en la Ejecutoria 96/2016 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Vilanova i La Geltrú, REVOCAMOS ambas resoluciones que dejamos sin efecto. En su lugar ACORDAMOS que se proceda a una nueva liquidación de las penas de prohibición de acercamiento y comunicación para su cumplimiento de forma sucesiva.

CAPÍTULO X

MEDIDAS DE SEGURIDAD

66.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 01/03/17

Se establece el límite en favor del reo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable.

HECHOS

ÚNICO.- Por el Ministerio Fiscal se solicitó aclaración de la sentencia de fecha ocho de febrero de dos mil diecisiete en los términos establecidos en su escrito de fecha 15 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas, si bien el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la posibilidad de rectificar en cualquier momento los errores materiales manifiestos. El fallo de la sentencia recoge: “ABSOLVER a S. Z. como autora de un delito de asesinato contra víctima menor de 16 años de edad de los artículos 139.1.1ª y 140.1ª del Código penal y de un delito de homicidio del artículo 138.1 del Código Penal, por la concurrencia de la circunstancia eximente completa en ambos delitos de alteración psíquica del art. 20.1º del Código Penal y en el delito de homicidio la agravante de abuso de superioridad y de parentesco de los artículos 22.2ª y 23 del Código Penal, a la pena de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable por el delito de asesinato , con la aplicación de los artículos 101.2, 92 y 78 bis todos ellos del Código Penal, en la ejecución de la pena, y a la medida por el delito de homicidio de in-

ternamiento en centro psiquiátrico por tiempo de 13 años, 9 meses y 1 día y al pago de las costas causadas.

Indemnizará por la muerte de A. H. a H. Z. en 120.000 euros y en 15.000 euros a Y. Z. Y por la muerte de S. Z. en 120.000 euros a Y. Z. y a S. H., 15.000 euros a E. Z., 15.000 euros a Y. Z. y 15.000 euros a A. Z., más los intereses legales.

Se computará a efectos de cumplimiento el tiempo que S. Z., ha pasado en prisión provisional.”

Se solicita la aclaración, de términos claramente erróneos que se incluyeron en la sentencia tal y como se establece en el escrito del Ministerio Fiscal de fecha 15 de febrero de 2017, y que procede su corrección.

Otros términos como el punto 3 del escrito del Ministerio Fiscal donde se solicita en aplicación del art. 76.1 del Código Penal que el tiempo máximo de internamiento no exceda por ambos delitos de 25 años.

La cuestión planteada, es cierto que no tiene una solución legal en nuestro Código Penal, por incompleto, pues no se recoge en el mismo la duración máxima de la medida de internamiento en centro psiquiátrico cuando la misma procede de una pena de prisión permanente revisable. No puede ser de aplicación el solicitado art. 76. 1 a) puesto que el mismo establece que

“ 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.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.”

Pues el límite de 25 años está pensado para 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. Y el sujeto en este caso ha sido condenado por dos y, al menos, uno de ellos está castigado por la ley (el asesinato) con pena de prisión permanente revisable, por lo que se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

El artículo 78 del Código Penal no sería de aplicación pues se refiere a la ejecución de la pena y no de la medida de internamiento permanente revisable en centro psiquiátrico.

Bien es cierto que el artículo 101 establece que 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.”

Es decir con claridad establece que el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable. Pero el mismo es incompleto puesto que en este caso la pena privativa de libertad no tiene duración delimitada,

pues el artículo 92 del mismo cuerpo legal se limita a establecer que podrá acordarse la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena. Suspensión que podrá o no concederse. Es decir la duración está en el limbo y es absolutamente indeterminada. De ahí que el artículo 103 del Código Penal tendría que haber establecido la limitación para el supuesto de que la medida derivara de una pena de prisión permanente revisable.

Y no hay que olvidar que en el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por los entonces grupos de la oposición (PSOE, Convergencia, Unió, PNV y UPyD, Izquierda Plural y la mayor parte del Grupo Mixto), contra la prisión permanente revisable impulsada por el PP. Alegando en su recurso de inconstitucionalidad que en la práctica supone la posibilidad de que los tribunales impongan la cadena perpetua.

El Artículo 92 establece que “1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo. b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.”

Por todo ello, procede establecer un límite en favor el reo derivada de la actual e incompleta legislación penal, que sería el de 25 años para que se llevara a cabo un revisión completa del estado mental del internado, sin perjuicio de las que pudieran llevarse a cabo en periodos inferiores, que delimitaran con absoluta claridad y contundencia si el sujeto está en con-

diciones de poder hacer vida en libertad con normalidad y respeto de los derechos de los demás, especialmente los vitales.

PARTE DISPOSITIVA

EL MAGISTRADO PRESIDENTE ACUERDA: aclarar parcialmente la sentencia ocho de febrero de dos mil diecisiete, dictada en el Procedimiento Tribunal Jurado n° 000013/2017 en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal y procede rectificar la misma en el sentido de establecer el fallo como sigue: “ABSOLVER a S. Z. como autora de un delito de asesinato contra víctima menor de 16 años de edad de los artículos 139.1.1ª y 140.1ª del Código penal y de un delito de homicidio del artículo 138.1 del Código Penal, por la concurrencia de la circunstancia eximente completa en ambos delitos de alteración psíquica del artículo 20.1º del Código Penal y en el delito de homicidio la agravante de abuso de superioridad y de parentesco de los artículos 22.2ª y 23 del Código Penal, a la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable por el delito de asesinato , con la aplicación de los artículos 101.2, 92 y 78 bis todos ellos del Código Penal, en la ejecución de la pena, y a la medida por el delito de homicidio de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de 13 años, 9 meses y 1 día, y al pago de las costas causadas.

Procede establecer un límite en favor del reo derivada de la actual legislación penal, que sería el de 25 años para que se llevara a cabo un revisión completa del estado mental del internado, sin perjuicio de las que pudieran llevarse a cabo en periodos inferiores, que delimitaran con absoluta claridad y contundencia si el sujeto está en condiciones de poder hacer vida en libertad con normalidad y respeto de los derechos de los demás, especialmente los vitales y proceder en consecuencia a la cesación de la medida de internamiento”.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia aclarada.

67.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL 5 DE GRANADA DE FECHA 18/04/17

Sustitución de la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico Penitenciario por la de tratamiento externo en Hospital Psiquiátrico.

HECHOS

El día 17 de septiembre de 2014 se dictó sentencia por la que se condenaba a E.M.M. como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de alteración mental, a la pena de 11 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como autor de un delito de robo con intimidación, con la concurrencia de la circunstancia de la circunstancia eximente incompleta de alteración mental, a la pena de 21 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo aplicarse con las penas de prisión la medida de seguridad consistente en internamiento en Centro Psiquiátrico Penitenciario y que no podrá abandonar sin autorización de éste Juzgado, ordenándose inicialmente el cumplimiento de la medida de seguridad cuyo tiempo se abonará al de la pena y sin que las medidas de seguridad puedan exceder del tiempo fijado para la pena privativa de libertad.

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Andalucía con sede en Granada se ha elevado a este Juzgado propuesta interesando se proceda la sustitución de la medida de seguridad de internamiento impuesta por la de tratamiento ambulatorio externo en el Hospital San Francisco de Asís de Málaga.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe mostrándose conforme con la sustitución interesada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 97 c) del Código Penal dispone que durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, mediante un procedi-

miento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, alguna de las siguientes decisiones "... c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate". En el presente caso, a tenor del informe del equipo multidisciplinar del Centro Penitenciario de Albolote que acogido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, solicita la sustitución de la medida de seguridad impuesta en la sentencia de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por la tratamiento ambulatorio, no existiendo oposición del Ministerio Fiscal y a tenor de la documentación que se acompaña, no cabe sino acceder a lo solicitado acordando la sustitución de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por la tratamiento ambulatorio en el Hospital Psiquiátrico San Francisco de Asís de Málaga, medida que se prolongará durante el tiempo de internamiento acordado en la sentencia.

Vistos los preceptos legales mencionados y los demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Que debo acordar y acuerdo sustituir la medida de internamiento en Centro Psiquiátrico Penitenciario impuesta a E.M.M. en virtud de sentencia de 17 de septiembre de 2014 por la de tratamiento externo en el Hospital Psiquiátrico San Francisco de Asís de Málaga, medida que se prolongará durante el tiempo de duración de la medida de internamiento acordada en la sentencia.

68.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE TENERIFE DE FECHA 23/04/17

Suspensión de la ejecución de la pena y sustitución por medida de seguridad por tratamiento mental sobrevenido.

ANTECEDENTES DE HECHO

En este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se sigue expediente de suspensión de pena por trastorno mental sobrevenido en relación con el inter-

no del Centro Penitenciario de Santa Cruz de Tenerife, J.M.G.A., condenado en la Ejecutoria nº 41/2014, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y P.A. 63/2012 del Juzgado de Instrucción nº 2 de La Orotava, y en sustitución por una medida de seguridad conforme a lo establecido en el artículo 60 del Código Penal.

Solicitados los informes médicos correspondientes al Centro Penitenciario y al Médico Forense, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió el siguiente informe “Que no se opone a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y que se eleve la oportuna propuesta al Juez o Tribunal Sentenciador quien deberá concretar el contenido de la medida la cual debería incluir, entre otras, la obligación de someterse a un Tratamiento Médico externo o control médico periódico”.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Dispone el artículo 60.1 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que “Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le 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 Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias”.

De la lectura del transcrito precepto, se observa que son requisitos necesarios para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena:

- 1.- La existencia de una situación duradera de trastorno mental grave.
- 2.- Que dicho trastorno produzca en el penado la imposibilidad de conocer el sentido de la pena.
- 3.- Que se aprecie el mismo después de pronunciada sentencia firme.

Pues bien, en el presente caso, vistos los informes médicos obrantes en el expediente en los que se señala que el interno presenta “un trastorno mental caracterizado por un deterioro cognitivo de grado moderado-grave, que le impide conocer de forma idónea el sentido de la pena de prisión que cumple” que le impide conocer el significado de sus actos, encontrándose sus facultades cognitivas y volitivas anuladas, no siendo aconsejable el ingreso y/o permanencia en el centro penitenciario, se llega a la clara conclusión de que todo ello afecta al conocimiento del sentido de la pena, por lo que, visto el informe del Ministerio Fiscal, procede acordar la suspensión de la pena por concurrir los requisitos previstos en el art. 60 del Código Penal.

Como ya se refirió, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el artículo 60 del Código Penal, aunque mantuvo la base fáctica para el acuerdo de suspensión.

El artículo 60 reformado supone una nueva potenciación de las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, atribuyéndole a aquél la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos y la imposición de las medidas pertinentes.

Con el nuevo texto, se atribuye al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la posibilidad de decretar medidas de seguridad, diferenciado, según que la pena impuesta sea privativa de libertad, en cuyo caso, “podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad”, o sea de distinta naturaleza, pudiendo entonces imponer “las medidas de seguridad que estime necesarias.

Se da con ello una solución que otorga cobertura legal al artículo 184 c) del Reglamento Penitenciario, que ya permitía el ingreso de los penados a los que por enfermedad mental sobrevenida se les impusiera una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador que deba ser cumplida en un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria.

En todo caso, la medida de seguridad de internamiento habrá de imponerse sobre la base de un juicio pronóstico de peligrosidad, que en el presente caso concurre habida cuenta los hechos declarados probados en la sentencia que condenaba al penado, sin que conste que su actual trastorno mental haya hecho desaparecer o disminuir su peligrosidad criminal.

La medida de seguridad referida, internamiento en Hospital Psiquiátrico Penitenciario, por el tiempo que resta de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96, en relación con el artículo 60 del Código Penal, atendiendo a la probabilidad de comisión de nuevos delitos, que no ha desaparecido por su trastorno mental (no existe ningún informe que lo refiera) para el caso de que no siga adecuado tratamiento médico psiquiátrico y la convivencia de ese tratamiento en centro cerrado de esa naturaleza, extremos ambos resultantes de los informes médicos obrantes en el expediente, y el tiempo que se ha impuesto como pena privativa de libertad, debiendo estarse durante la ejecución de la sentencia a lo dispuesto en el artículo 97 del citado texto legal.

Vistos, los artículos citados y demás de general aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: Declarar procedente la suspensión de la/s ejecución/es de la/s pena/s Ejecutoria n° 41/2014, de la Sección 5a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y P.A. 63/2012 del Juzgado de Instrucción n° 2 de La Orotava, por trastorno mental sobrevenido, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, y la sustitución de la/s misma/s por la Medida de Seguridad de internamiento en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario por el tiempo máximo que resta hasta el cumplimiento de la pena de prisión que se sustituye.

PROVIDENCIA del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife de fecha 23 de mayo de 2017.

Dada cuenta en el día de la fecha del estado de las presentes, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su informe del día de la fecha en el que solicita que de conformidad con el artículo 106 del Código Penal este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria eleve la oportuna propuesta sobre libertad vigilada postpenitenciaria a los efectos del artículo 106.2 del Código Penal, se procede mediante la presente a elevar el corres-

pondiente INFORME de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Código Penal y a la vista de los informes emitidos en las actuaciones.

En tal sentido, se ha de partir del contenido del Informe Médico Forense de 23 de mayo de 2017, en el que se concluye por el Forense que J.M.G.Á:

1.- Presenta un trastorno mental caracterizado por un deterioro cognitivo de grado moderado-grave.

2.- Que dicho trastorno le impide conocer de forma idónea el sentido de la pena de prisión que cumple. Ha de significarse que ha sido acordada su sustitución por aplicación del artículo 60 del Código Penal.

3.- Que el pronóstico médico es negativo, sin que pueda esperarse la remisión espontánea o terapéutica de los trastornos que padece.

4.- Que su situación médica determina que el informado precise la ayuda y supervisión de terceras personas para llevar a cabo su actividad habitual y satisfacer sus necesidades básicas.

5.- Que las características psíquicas que posee dificultan las posibilidades para delinquir en relación con aquellos actos delictivos que precisen de elaboración y/o sean programados.

Añade el Forense en su Informe de 23 de mayo de 2017 que, no obstante, dado que el informado presenta una distorsión de la realidad y un déficit de capacidad de autocontrol, existe la posibilidad de que pueda llevar actos impulsivos y alteraciones de la conducta en los que puede presentar un déficit de su capacidad cognoscitiva y de su capacidad volitiva.

A ello ha de añadirse que tal como consta en el expediente, y así informaron Médico, Educador y Psicóloga del Centro Penitenciario, el penado necesita atención constante, carece de responsabilidad para tomar medicación, carece de toda autonomía, con absoluta desorientación espacio-temporal, déficit de memoria a corto y largo plazo, habiendo pasado a ser asistido en todas las facetas de su vida.

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal este Juzgado INFORMA a la Ilma. Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentido favorable a la aplicación al penado a la medida de libertad vigilada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 del Código Penal, en la extensión y concreción que el Tribunal sentenciador estime conveniente, informándose por

este Juzgado favorablemente al sometimiento del condenado a las medidas previstas en el apartado 1 del artículo 105 del Código Penal, y en particular la obligación de sometimiento a tratamiento médico adecuado a su patología y circunstancias, o de someterse a un control médico periódico (letra k) artículo 105 Código Penal, con aplicación asimismo de las medidas contempladas en las letras a) a j) previstas en dicho precepto, que fueran adecuadas al control de su patología y control de actos impulsivos y alteraciones de la conducta en los que puede presentar un déficit de su capacidad cognoscitiva y de su capacidad volitiva, tal como ha informado el Médico Forense.

69.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 09/05/17

Suspensión del cumplimiento de pena privativa de libertad, imponiéndole la medida de seguridad de internamiento en Hospital Psiquiátrico Penitenciario.

HECHOS

Por el Centro Penitenciario de Albolote se ha solicitado respecto del penado S.R.J. por aplicación del artículo 60 del Código Penal, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al mismo en sentencias firmes que cumple, ejecutorias 48/06 de la sección 1a de la Audiencia Provincial de Málaga, ejecutoria 721/06 del Juzgado de lo Penal nº 9 de Málaga, ejecutoria 456/04 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Málaga y ejecutoria 1003/09 de la sección 1a de la Audiencia Provincial de Málaga, totalizando (seuo) 21 años 12 meses y 65 días de prisión.

Se recabaron los informes médicos con el resultado que obra en autos.

Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y solicitó se impusiese al penado una medida de seguridad privativa de libertad, con ingreso en el hospital psiquiátrico penitenciario adecuado, por el tiempo que al mismo le resta de cumplimiento de condena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Dispone el artículo 60 del Código Penal 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 hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.”

En el caso analizado, el penado, S.R.J. padece, según se desprende del informe médico forense emitido, un trastorno delirante de las clasificaciones actuales con una parafrenia fantástica que es aquella en la que coexisten delirios fantasiosos sobre un tono vital hipertímico. Así pues, se considera que el penado carece de capacidad de valoración del sentido de la pena por el grado de enajenación y desvirtuación de la realidad que introduce su actividad delirante.

Lo expuesto en fundamento que antecede, conduce inexorablemente a la estimación de la pretensión que se analiza en los términos que se expresarán ya que, privado el condenado de comprender el sentido de la pena, tanto en su sentido intimidatorio como en su vertiente resocializadora -imposible de alcanzar por ahora debido a la grave enfermedad mental padecida por el penado-, resulta su cumplimiento absurdo e ineficaz al no

alcanzar en modo alguno el fin que con su imposición se pretende, que no se agota en sí misma. Por ello, atendidas las razones expuestas y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede suspender respecto del condenado S.R.J., la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en las ejecutorias contempladas en el antecedente primero de esta resolución.

Por último y en lo que se refiere a la posibilidad de imponer al condenado un tratamiento médico o medida de seguridad sustitutiva de la pena cuya ejecución se acuerda, es procedente imponer al penado, dada su situación mental y acreditada peligrosidad criminal, una medida de seguridad, consistente en internamiento en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, por el tiempo que le resta de cumplimiento de la pena.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, SSª ante mí la secretaria dijo:

Que debía suspender y suspendía respecto del penado S.R.J., y con relación a la ejecutorias 48/06 de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga, ejecutoria 721/06 del Juzgado de lo Penal nº 9 de Málaga, ejecutoria 456/04 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Málaga y ejecutoria 1003/09 de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga, totalizando (seuo) 21 años 12 meses y 65 días de prisión, la ejecución tanto de la pena privativa de libertad impuesta, imponiéndose como medida de seguridad, el internamiento del mismo en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, por el tiempo que le resta de cumplimiento de su condena-Líbrese mandamiento al Centro Penitenciario de Albolote. A fin de que tras tomar las notas oportunas en el expediente penitenciario del interno, se proceda al inmediato traslado del mismo al Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla para cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento impuesta alojándose entre tanto el penado en la enfermería del Centro Penitenciario donde recibirá el tratamiento psiquiátrico adecuado a la enfermedad que padece. Debiendo dar cuenta a este juzgado, tan pronto se realice el traslado acordado.

CAPÍTULO XI

PERMISOS

70.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 30/03/17

Se estima recurso de apelación contra denegación de permiso. El permiso es un elemento para preparar la vida en libertad y para revertir las consecuencias de la prisionización.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente al margen reseñado dictó auto de fecha 1 de febrero de 2017 por el que deniega permiso ordinario de salida.

Por la Letrada en representación de I.V.C. se interpuso recurso de apelación del que se dio traslado al Ministerio Fiscal con el resultado que obra en autos.

Seguidamente fueron remitidas las actuaciones a este Tribunal, una vez recibidas se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento Penitenciario disciplinan la concesión de permisos ordinarios de salida; requieren que se trate de un penado clasificado en segundo grado, que haya cumplido la cuarta parte de la condena y que observe buena conducta. El artículo 156.1 del Reglamento señala que, no obstante concurrir tales requisitos objetivos, la propuesta de los equipos técnicos o el

acuerdo de la Junta de Régimen y Administración podrán ser negativos si consideran por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables que es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad o para su programa individual de tratamiento.

Con el previo informe del equipo técnico, que debe valorarse pero no resulta vinculante, la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso, concesión que aún requiere la autorización del Juez de Vigilancia o del Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado.

Por lo tanto, el marco legal nos ofrece tres requisitos objetivos, que deben concurrir simultáneamente, y pautas preestablecidas de valoración individual del caso para evitar quebrantamientos, reiteración delictiva u obstaculización del programa de tratamiento. Es importante resaltar que la concesión o denegación de permisos no es una potestad graciable de la Administración penitenciaria, porque su discrecionalidad está sometida a reglas precisas, de tal manera que solo razones atinentes a un peligro de fuga o elusión o reiteración delictiva o relacionadas con el tratamiento individualizado pueden sustentar la decisión denegatoria, cuando se dan los criterios sobre el tiempo de condena, la clasificación y la conducta.

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 el aislamiento propio de las penas de prisión, lo que se denomina la prisionización. Por ello el permiso de salida es un medio adecuado para el tratamiento penitenciario, al tiempo que posibilita y potencia la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (artículos 110, 114 y 154 del Reglamento Penitenciario).

La jurisprudencia constitucional ha precisado los términos y los límites de ese medio de intervención en el tratamiento penitenciario: “La posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad: la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución) al contribuir a lo que

hemos denominado la «corrección y readaptación del penado» y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento que (...) pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 5 mayo).

Para desestimar la queja contra la decisión de la Junta de Tratamiento que denegó la concesión de un primer permiso, el Magistrado-Juez Central de Vigilancia Penitenciaria invoca una motivación que remite exclusivamente a criterios de prevención general: gravedad de la actividad delictiva, que se califica de compleja, con pluralidad de víctimas especialmente desprotegidas, trayectoria delictiva consolidada. Criterios que nada dicen sobre la pertinencia del permiso a tenor de las pautas legales.

Las circunstancias relevantes para construir el caso son:

- Cumple condena por delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina, trata de personas, prostitución coactiva, falsedad de documentos y blanqueo de capitales,

- El tiempo de la pena es de 4 años, 11 meses y 112 días de prisión, de la que había cumplido las tres cuartas partes el 13.8.2016 y el licenciamiento está previsto para 2.12.2017,

- Es nacional de Rusia, cuenta 43 años, tiene buena conducta y habita el módulo de respeto,

- Desde el punto de vista del tratamiento se indica que el recluso asume la responsabilidad por el delito y manifiesta arrepentimiento y deseo de cambiar de vida. Ha iniciado terapia individual psicológica para el manejo de las emociones y control de la ira, demostrando una actitud positiva de apertura y confianza, y

- Vive en España de manera permanente desde 2010 (de manera intermitente desde el año 2000). Tiene arraigo familiar, está casado con nacional rusa y tiene dos hijos, de 22 y 5 años, este ha nacido en España (no

comunican con él por falta de medios económicos). Por falta de recursos económicos su familia no puede desplazarse a comunicarse con él en prisión.

La gravedad del hecho, su complejidad, las circunstancias de las víctimas, son circunstancias que nada dicen sobre la idoneidad del permiso. En las anteriores resoluciones se afirmaba una pauta terapéutica que ahora ha decaído una vez que asume su responsabilidad, se arrepiente y desea cambiar de vida.

Resulta que los fines del permiso, como instrumento de tratamiento, son preparar la vida en libertad y neutralizar las consecuencias de la prisionización. En este momento de cumplimiento tan avanzado es irrelevante el título de condena, porque el cuarto del tiempo de la pena que prevé la norma resulta indisponible y marca la finalidad de prevención general y de retribución de la privación de libertad.

Tiene apoyo familiar, de su esposa, y de sus dos hijos, uno de ellos menor de edad. No hay indicación terapéutica en contra del permiso. En este momento no debe prescindir la Administración de la herramienta del permiso como mecanismo de rehabilitación, máxime cuando existen medios externos de control y necesidades de habilitar espacios para la reconstrucción de los lazos sociales y familiares. Al margen de que un juicio sobre conducta humana futura es siempre incierto, estos datos permiten confirmar el pronóstico bajo de riesgo, que ni siquiera se cita en la resolución impugnada. El permiso significa otorgarle un grado de confianza al condenado, permitirle un contacto con la realidad fuera de la prisión, a la que en su momento será reintegrado, entre otras cosas para relacionarse con la sociedad, quizá sirva también para alimentar la esperanza de un futuro mejor respetando la legalidad, contenido de la reinserción como programa penitenciario. En nuestra anterior resolución ya indicamos que por el tiempo de cumplimiento, se había superado la mitad de la pena, debía propiciarse la salida de permiso. Ahora estamos en la última fase de cumplimiento, estando previsto el licenciamiento para dentro de pocos meses.

En síntesis, no existe un riesgo razonable de quebrantamiento y no hay razones de tratamiento que desaconsejen la concesión del permiso. Es por ello que los motivos expuestos para desestimar el permiso solicitado no parecen de suficiente entidad para afirmar ahora -frente a la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley, de datos de hecho constatados

sobre su conducta y evolución positiva, de la existencia de mecanismos de control externo, del nivel de cumplimiento de tiempo de pena- que exista un peligro insuperable de quebrantamiento, tampoco se ha dicho que el contacto con el exterior pueda perjudicar su evolución y preparación para la futura e inmediata libertad, sino al contrario. El permiso no solo debe preparar su futura libertad, sino empezar a revertir las consecuencias de la prisionización, de ahí que en la ley se establezca como único hito el transcurso del cuarto de la condena como expresión de la finalidad retributiva de la pena.

Los permisos de salida, debe recordarse, conceden al interno una facultad de actuación que pretende responsabilizarle por sus decisiones, le impone concretos deberes de reingresar al centro en el plazo señalado y de observar las reglas acordadas. Si incumpliére, 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 modo riguroso la evolución del condenado y el avance del tratamiento.

Por todo ello, debe accederse al recurso de apelación y conceder al I.V.C. un permiso ordinario de tres días, con las medidas de seguridad que la Junta estime procedentes. Y a partir de este momento, mientras no cambien las circunstancias, la Junta deberá regularizar sus permisos conforme a los cupos legales.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de I.V.C. contra el auto de fecha 1/2/2017, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, y conceder permiso de 3 días, para disfrutar en el domicilio familiar con las medidas de seguridad que la Junta estime procedentes.

71.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 23/01/17

Estimación parcial de recurso de apelación. No procede revocación de permiso. Únicamente suspensión provisional hasta esclarecimiento de procedimiento pendiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 16 de noviembre de dos mil dieciséis, el Juzgado referido dictó auto, cuya parte dispositiva establece:

“Ha lugar a aprobar la suspensión provisional decretada por la Prisión de Córdoba, se convierte en definitiva, en relación a los días de permiso concedidos y no disfrutados por el interno J.A.R.C.”.

Por el Letrado, en nombre y representación del referido interno, se interpuso recurso de apelación del que, admitido a trámite, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó escrito de impugnación.

Con posterioridad se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial donde se incoó el correspondiente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por el letrado, en nombre del referido interno, se interpone recurso de apelación contra el auto de referencia solicitándose se revoque el mismo y se dicte nueva resolución alzando la suspensión del permiso en su día concedido.

El auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2ª, 17 de noviembre de 2011, explica que: “el Artículo 157 del Reglamento Penitenciario, relativo a la suspensión y revocación de permisos de salida”:

“1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Au-

toridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios”.

El citado artículo 157 del Reglamento Penitenciario contempla, según reiterada doctrina, dos supuestos, con dos posibles consecuencias: la suspensión y la revocación -o dejar sin efecto- un permiso concedido. La primera consecuencia - suspensión - se anuda a aquellos supuestos en que, aprobado el permiso de salida, “se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión”, y, en la medida en que la Administración Penitenciaria no puede dejar sin efecto una resolución judicial, se le autoriza a que suspenda cautelarmente el disfrute del permiso por el interno, a la espera de la confirmación de tal suspensión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En una interpretación sistemática del precepto, relacionándolo con el del párrafo segundo, en tal supuesto de hecho el resolver “lo que proceda” tan solo puede entenderse referido a la suspensión, confirmándola o levantándola, y no a la anulación, revocación o dejar sin efecto definitivamente el permiso autorizado, pues ello se autoriza tan sólo en el más específico caso del referido párrafo segundo: fuga o comisión de nuevo delito durante el disfrute del permiso, sin perjuicio de que, además, haya de tenerse en cuenta esta circunstancia para valorarlo negativamente por el Equipo Técnico en eventuales futuros permisos.

De todo ello se desprende que cuando se aprecie la existencia de hechos que varían las circunstancias de concesión del permiso, distintas de las descritas en el párrafo segundo, suspendido cautelarmente éste, el Centro Penitenciario deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria informando sobre qué hechos modifican qué concretas circunstancias de las que se tuvieron en cuenta para la concesión del permiso suspendido. La suspensión significará el no disfrute del permiso mientras subsista la modificación de las circunstancias, pero no su revocación o anulación, al menos no necesariamente, pues nada impide que, cuando aquéllas vuelvan a darse, el permiso podrá ser disfrutado poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia que confirmó la suspensión.

En similares términos se pronuncia la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, auto da 20 mayo de 2011: “ya es pacífica interpretación del artículo 157 del Reglamento Penitenciario, cuyos dos apartados responden a diversas realidades; así, establece de una parte la suspensión de los permisos de salida cuando “se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión”, suspensión que cautelarmente puede verificar la Administración Penitenciaria pero supeditada a la confirmación por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la medida en que aquella administración no puede de propia autoridad dejar sin efecto una resolución judicial.

Por el contrario, el párrafo segundo no se refiere ya a la suspensión sino propiamente a la anulación o, mejor, revocación, del permiso que venía autorizado, lo que sólo procederá en caso de fuga o comisión de nuevo delito. A diferencia de la suspensión del primer párrafo, que tan sólo implicará el no disfrute del permiso mientras subsista la modificación de las circunstancias que la motivó pero sin conllevar la definitiva revocación o anulación (disfrutándose cuando vuelvan a concurrir las circunstancias que determinaron su concesión), la revocación o el “dejar sin efecto” que utiliza el Reglamento supone la definitiva extinción de tal permiso sin posibilidad de disfrute posterior del mismo, como además se infiere fácilmente de la mayor gravedad de los supuestos que lo determinan.

Así las cosas, el auto impugnado decía revocar el permiso autorizado, por más que no aclare si se trataba de mera suspensión o definitiva anulación, pues si bien la literalidad de la resolución parece apuntar a lo segundo, lo cierto es que el propio Centro Penitenciario debe haber entendido lo primero, pues sólo así se explica que la propuesta del Director al Juzgado fuere de “suspensión”; y si hablamos de mera suspensión, como más arriba exponíamos, una vez desaparecida la causa que la motivó debe restablecerse el disfrute del permiso previamente reconocido y autorizado”

La sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 17 de junio de 2016, va más allá y permitiría la revocación en todos los supuestos: “desde la propia concepción dinámica del régimen tratamental, cuando el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario, establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial “para que resuelva lo que proceda”, debe entenderse que entre las facultades

des del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no solo está ratificar o no la suspensión, sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute, como sucede en autos al incumplirse la condición establecida.

En la norma, el objeto específico de la comunicación, es la suspensión del permiso, no la sanción; y qué debe hacerse con el referido permiso, es la cuestión que se somete a la autoridad judicial. Tiene escaso sentido y resulta escasamente congruente con el tratamiento individualizado, que tras sanciones de dos meses sin disfrutar permiso y eventualmente en caso de concurso de cuatro o seis meses, o incluso plazos superiores por eventuales regresiones de grado o cómputo del tiempo de cancelación, en la interpretación que defiende el recurrente, se levantara ope legis la suspensión sin posibilidad de atender a la persistencia o por contra a una significativa alteración de las condiciones y situación de su concesión.

En definitiva, mientras que en los supuestos del artículo 157.2, la revocación es automática, en el caso del artículo 157.1, dependerá de la consecuencia que los nuevos hechos, deban conllevar en su régimen tratamental, en la ponderación que realice al efecto el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Las sucesivas decisiones del Director del establecimiento y del Juez de Vigilancia, se insertan en una eficaz y rápida coordinación entre los ámbitos de régimen y tratamiento”.

En cualquier caso, ya lo hemos repetido en múltiples ocasiones, es reiterado por la doctrina y en la jurisprudencia, que el elemento teleológico de los permisos es “preparación para la vida en libertad”. Este elemento teleológico no es sino un corolario necesario para confirmar el carácter rehabilitador y reinsertador que las penas tienen en nuestro Estado Constitucional.

Así lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2006 al expresar que aun cuando la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española), al contribuir a lo que hemos denominado la “corrección y readaptación del penado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero, FJ 2), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento, de modo que su finalidad es la de preparar la vida en libertad. Igualmente se debe recordar que como criterio para su denegación, es el hecho de que no existan garantías de un buen uso.

Con estas precisiones previas la motivación en que se basa la confirmación de la suspensión provisional como definitiva, término que la Sala no acierta a comprender si se viene referido a ratificar la suspensión o si supone la revocación, es una simple remisión a lo expresado en el informe del Centro Penitenciario, posterior conocimiento de la existencia de una orden de alejamiento, acordada con fecha 27/12/2015 en las Diligencias Previas número 56/2016 del Juzgado de Instrucción número 1 de Écija por presunto delito de violencia de género, señalándose, por propias manifestaciones del interno que la existencia de la orden era conocida y que existían otras con la misma víctima, lo que se anuda a la falta de conciencia del interno respecto de la entidad de su conducta, que justifica, y en la posibilidad de quebrantamiento de la orden de alejamiento.

La Defensa del recurrente denuncia la infracción del artículo 157 del Reglamento Penitenciario al no existir ninguna condena por comisión de delito posterior sino la simple existencia de una orden de alejamiento y señala la injusticia de que haya sido la falta de información de los juristas, previa a la celebración de la Junta de Tratamiento, la que ahora venga a perjudicar a su patrocinado.

La mayoría de las resoluciones que acuerdan la suspensión o la revocación van determinadas por supuestos de quebrantamiento de condiciones o aparición de nuevas condenas posteriores, son más escasos los supuestos que se pronuncian sobre la existencia de procedimientos en trámite contra el interno; sin embargo, es lo cierto que en casos en que existen condenas conocidas con posterioridad, aun no firmes, y que se pronuncian favorablemente sobre la suspensión con evaluación de las circunstancias sobrevenidas en el mismo sentido en que se habrán podido evaluar a la hora de la concesión del permiso en el sentido indicado en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario y, en este sentido autos de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, de 10 de mayo de 2011 y los de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, de 10 de enero y 15 de marzo de 2010.

Desde esa tesitura podría señalarse que, efectivamente, la existencia de este procedimiento pendiente puede tratarse de un hecho nuevo y desconocido al tiempo de autorizar el analizado permiso, cuestión diferente es si entraña una muy importante y relevante modificación de las circunstancias que propiciaron su concesión y, desde esta perspectiva, la resolución recurrida carece de cualquier motivación y no valora las concretas circunstancias concurrentes para establecer la revocación del permiso.

Del examen del acuerdo favorable se ponen de manifiesto una serie de consideraciones absolutamente favorables, módulo de máxima exigencia, cumplimiento de la mitad de la pena, delitos por los que cumple condena exclusivamente contra la propiedad, incluso, con otra condena pendiente por hurto lo que no obvia, pese a la modificación en seis meses de la liquidación, familia absolutamente normalizada con apoyo familiar, tanto de la familia de origen como de la adquirida y persona con formación y hábitos laborales y superación de drogadicción y, más allá de la existencia del procedimiento de referencia y de la orden de protección se desconoce la entidad de los hechos que se le imputan.

En estas circunstancias, no puede dudarse de que el referido procedimiento y la actitud que se relató pudiera tener cierta incidencia respecto de la concesión del permiso máxime cuando se trata de incidencias en el ámbito familiar y puede existir cierto peligro por al ámbito de residencia pero también es cierto, pues ni existe condena, ni consta la concreta imputación, ni el estado del procedimiento que para la revocación del permiso no existe suficiente motivación debiéndose de revocar la resolución recurrida limitándola a la simple suspensión provisional del permiso concedido hasta tanto se aclaren las circunstancias expresadas y se motive, en consecuencia, la revocación definitiva.

Por consiguiente, el recurso ha de ser estimado, en parte, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda estimar, en parte, el recurso de apelación interpuesto por el Letrado, en nombre y representación del interno don J.A.R.C. contra el auto de 16 de noviembre de 2016, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía, y, en su consecuencia, revocamos el mismo en el sentido de limitarlo a la suspensión provisional del permiso concedido, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse aclaradas las circunstancias que han dado lugar a la misma, sin que proceda hacer expresa imposición de costas.

72.- AUTO 197/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 27/03/17

La lejanía en el tiempo de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena como criterio de valoración en el estudio del permiso.

I - HECHOS

PRIMERO.- Por el Letrado en representación de J.F. se interpuso Recurso de Apelación contra Auto de fecha 16 de noviembre de 2016 y admitido por el Juzgado se dio traslado a las partes para alegaciones con el resultado obrante en autos.

SEGUNDO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se formó el oportuno Rollo de Apelación y se turnó de Ponencia al Magistrado D. R.R.A., a quien se pasaron las mismas para su resolución en fecha 27 de marzo de 2017.

II - RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, confirmando la denegación la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos del permiso de salida solicitado por el interno J.F. alegándose por el apelante que concurren los requisitos necesarios para su concesión.

SEGUNDO.- Con carácter general debemos dejar sentado que el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria regula los permisos ordinarios cuando establece que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son:

- a) Haber extinguido la cuarta parte de su condena.

b) No observar mala conducta.

c) La finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

Como vemos, los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión «se podrán conceder.»

Concurrentes los requisitos formales u objetivos -clasificado en segundo grado de tratamiento, cumplida la cuarta parte de su condena, no observar mala conducta penitenciaria- tal y como acontece en el interno peticionario, resulta objeto de controversia la concurrencia en el penado del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico sea desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, supuesto que es el contemplado en el presente recurso, en el que debemos insistir, una vez más, que con la observancia de los requisitos exigidos por los citados preceptos no se adquiere un derecho incondicional al disfrute del permiso, sino que se está en condiciones para su otorgamiento, pudiendo ser negativa la propuesta de los Equipos o el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Es de señalar que las sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas la de 11 noviembre 1997, establecen que la concesión de los permisos de salida no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, no bastando con que concurren estas, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con la reeducación y reinserción social del interno, y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones.

Entendemos que en el presente caso la Junta de Tratamiento, considera que existe un riesgo de mal uso del permiso, cifrándolo en un 65%, así como la lejanía en el cumplimiento de las 3/4 partes.

Examinado el expediente del interno se observa como elementos positivos la buena conducta durante su estancia en el mismo, participando en diversas tareas y taller ocupacional.

Sin embargo el interno aún no ha cumplido la mitad de la condena, que acontecerá el 3 de junio de 2017 y se aprecia lejanía en el cumplimiento de las 3/4 partes, el 24 de julio de 2019, a, tiempo que existe antecedentes por consumo de tóxicos y ha sido condenado en tres ocasiones por delitos contra la salud pública.

Si bien es cierto que el interno cumple el requisito mínimo temporal del cumplimiento de la cuarta parte de la condena para acceder a la concesión de permisos penitenciarios, pero no es menos cierto que la concesión de dichos permisos tienen como finalidad la preparación de la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo.

El criterio de la lejanía en el tiempo del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena es unánimemente aceptada por nuestra jurisprudencia como criterio de valoración para determinar si el permiso penitenciario a conceder cumple la finalidad de preparación para la vida en libertad. Así, nuestro Tribunal Constitucional señala, entre otras en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999, en la que aborda asimismo el tema de la falta de motivación de las resoluciones denegatorias, que “no cabe entender que las resoluciones aquí impugnadas hayan supuesto, en el caso presente, una vulneración del derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva”.

El criterio del tiempo que resta al interno para el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena es acogido por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León como elemento que lleva a considerar prematuro el otorgamiento del permiso tendente a la preparación de la vida en libertad, pudiendo señalar a título de ejemplo la resolución de la Audiencia Provincial de León de fecha 14 de febrero de 2005, que se hace eco de otras de Valladolid.

De tal forma, que la lejanía de la fecha para el cumplimiento de la pena sí viene a constituir un factor a valorar en orden a la concesión o denegación de un permiso. Careciendo de sentido el otorgarse el permiso para ir preparando el interno su vida en libertad, cuando se presenta lejana dicha vida en libertad y no viene a existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende (Autos de las Audiencias Provinciales de Valladolid, Sección 4ª de 19 de enero de 2004 y de León, Sección 2ª de 25 de febrero de 2004 , así como de esta propia Sala).

Por todo ello procederá la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida en su integridad

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

En su virtud la Sala acuerda,

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por J. F. frente al auto de fecha 16 de noviembre de 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla y León en Exp. nº 503/16 CONFIRMANDO el mismo y declarando de oficio las costas procesales.

73.- AUTO 478/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA DE FECHA 01/06/17

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal. Se deniega el permiso de salida por no apreciar una modificación de los aspectos de la personalidad relacionados con la actividad delictiva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 20 de febrero de 2017, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Galicia con sede en Pontevedra

dra, estimó el recurso interpuesto por el interno A. contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de A Lama, de fecha 17 de noviembre de 2016, concediéndole un permiso de salida de tres días, estableciéndose como medidas o reglas de control la presentación diaria ante las FSE y tutela de su pareja.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso por el MINISTERIO FISCAL recurso de apelación, al que se dio trámite, remitiendo en su virtud el expediente a este Tribunal, para la resolución del recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre el Ministerio Fiscal el auto de fecha 20/02/2017 del Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria Número 2 de Galicia, por el que estimando la queja presentada por el interno A. acuerda concederle el permiso de salida que le había sido denegado por unanimidad de los miembros de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de A Lama de Pontevedra, con fecha 17/11/2016.

Alega el Ministerio Fiscal que si bien concurren en dicho interno los requisitos mínimos objetivos para la concesión del permiso, que se recogen en el artículo 154-1 del Reglamento Penitenciario y 47-2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, concurren también otros factores negativos para su concesión que hacen dudar de la conveniencia de la concesión del permiso.

El interno cumple una condena de 2 años y 9 meses de prisión por delitos de estafa, cumplirá las 3/4 el 26/02/2018 y extinguirá el 03/11/18.

No podemos sino coincidir con el criterio del Ministerio Fiscal recurrente en que procede la denegación del permiso.

Como se recoge en los informes técnicos unidos al expediente, se trata del tercer ingreso en prisión del interno, siendo reincidente en la comisión del delito de estafa. La fecha de su primer ingreso en prisión fue el 3/09/2001, la de la última excarcelación el 4/09/2015 volviendo a ingresar para cumplir la presente condena el 14/04/2016.

También exponen dichos informes, que se encuentra ingresado en módulo de enfermería donde se dedica a realizar todo tipo de recursos a los demás internos creándoles falsas ilusiones, se valora muy poca credibilidad en su discurso, un pensamiento rígido, dificultad para la asunción de responsabilidades, rasgos narcisistas con una autoestima y auto concepto desajustados, grandiosidad. Y en cuanto a su posición ante el delito, no asume su responsabilidad ya que minimiza y justifica los hechos, presenta baja autocrítica, no percibe el daño causado y no ha abonado la responsabilidad civil. Finalmente se valora su pronóstico de reincidencia como medio alto.

Así pues, en las circunstancias analizadas, el riesgo de mal uso del permiso y reincidencia es muy elevado, pues no se aprecia una mínima modificación de aquellos aspectos de su personalidad relacionados con su actividad delictiva. Por lo expuesto, procede acoger el recurso del Ministerio Fiscal y revocar el auto impugnado.

Vistos los preceptos legales citados y de general aplicación

LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 20 de febrero de 2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Pontevedra en el expediente PDE 2080/16-1, que revocamos y dejamos sin efecto y en consecuencia, desestimamos la queja del interno contra el acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de A Lama del 17/11/2016 que le denegó el permiso de salida.

74.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE FECHA 22/09/17

Se estima recurso de apelación contra auto denegatorio de permiso. No se aprecian elementos bastantes para denegar el mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por Auto de 12/02/2017, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Cantabria, se desestima la queja planteada por M. EL B.,

interno en el Centro Penitenciario de El Dueso, queja que se hubo interpuesto frente al acuerdo de la Junta de Tratamiento de dicho centro, de fecha 17/05/2017, por el que se le denegaba el permiso ordinario solicitado.

Contra dicho Auto se interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación por el interno. Admitido a trámite por el Juzgado y previo informe del Ministerio Fiscal, es desestimado por Auto de fecha 12/07/2017, Auto frente al cual se interpone el presente recurso de apelación por la representación procesal del Sr. EL B., impugnado de nuevo por el Ministerio Público, se elevan las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución y fallo del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A partir de la doctrina emanada en resoluciones como la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000 de 5 de mayo, que dice “el disfrute de los permisos no es un derecho incondicionado del interno, sino que en su concesión interviene la ponderación de otra serie de circunstancias objetivas y subjetivas para impedir que la finalidad de la medida se frustre”, se considera que, para poder disfrutar de un permiso ordinario de salida no sólo hay que cumplir los requisitos objetivos previstos en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario -cumplimiento de más de una cuarta parte de la condena, observar buena conducta y estar clasificado en segundo grado-, además debe poder descartarse una probabilidad de 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, lo que exige un juicio de valor aunque sobre la base de la peculiar trayectoria delictiva -atendiendo por tanto a la naturaleza y número de los delitos cometidos y todas sus circunstancias-, la personalidad del interno o la existencia de otras variables cualitativas desfavorables, como es, por ejemplo, la lejanía de una posible excarcelación, que influye razonablemente en la posibilidad de quebrantamiento y en la utilidad misma del permiso, y que el propio Tribunal Constitucional ha entendido valorable como un dato más a estos efectos. (Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1997, 204/1999 y 109/2000).

Dicho lo cual, nos hallamos ante un recurso de apelación interpuesto frente a la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria de estimar la queja planteada por el interno, M. EL B., frente al acuerdo de la Junta de Tratamiento, de fecha 17/05/2017, de no conceder a aquél el permiso ordinario de salida que hubo solicitado. Los motivos que se explicitan en el acuerdo, adoptado por mayoría, son los que siguen: existencia de variables cualitativas desfavorables, alta puntuación en la tabla de variables de riesgo y falta objetiva de suficientes garantías de hacer buen uso del permiso. En efecto, la TVR arroja un resulta del 95%, y en el escrito de motivación del acuerdo (folio 8 de los autos) se justifican algo más los motivos descritos, indicando que el penado tiene decretada la expulsión en vía administrativa.

Al expediente del interno se adjunta voto particular del Jurista del Equipo Técnico de la Junta de Tratamiento, que de forma profusa relata que el interno ha disfrutado de salidas programadas desde agosto de 2016 dentro del proyecto de reinserción social; que ha disfrutado de dos permisos de salida sin incidencias (el último de ellos del 3 al 6 de mayo de 2017); se indica también que el interno tiene pareja estable desde hace cuatro años, estando en trámites de contraer matrimonio,- así como que cuenta con el apoyo de ADSIS, tanto durante el disfrute de los permisos como a efectos de su posterior reinserción social.

Planteada la cuestión en tales términos, la Sala no aprecia la concurrencia de elementos bastantes para denegar el permiso que el interno solicita, fundamentalmente con apoyo a los argumentos contenidos en el voto particular al que hacíamos mención, y en el que se destaca, además, que el principal argumento de la Junta para denegar el permiso, esto es, la alta puntuación en la tabla de variables de riesgo (95%), es un falso positivo consecuencia del simple y solo hecho de ser el interno extranjero. Se indica también, y así lo hace la representación procesal del penado, que la resolución administrativa de expulsión está recurrida y que el interno tiene arraigo en nuestro país (tiene pareja estable, como ya se indicó). A ello se ha de añadir también que ha cumplido las 3/4 partes de la pena que le fuera impuesta (2 años y 3 meses de prisión), siendo la fecha de cumplimiento total el 09/04/2017. Además, el interno ha disfrutado de 2 permisos ordinarios sin incidencias en los últimos 12 meses. Y decimos que sin incidencias porque de haberlas habido, o habrían provocado la denegación de ulteriores permisos, o habrían sido descritas por el Centro Penitenciario. Adviértase también que teniendo pendiente de apelación una condena por violencia de

género (hechos cometidos en el año 2011 respecto de una pareja anterior, Sentencia del Juzgado Penal 6 de Bilbao), la propia Audiencia Provincial de Vizcaya informó favorablemente la continuidad de las salidas de permiso del interno (como relata en su escrito el Jurista de la Junta).

Por todo ello, la Sala acuerda haber lugar a estimar el recurso de apelación interpuesto con la consecuente revocación del Auto impugnado, reconociendo el derecho del interno, M. EL B., a disfrutar de un permiso ordinario de 5 días sujeto a las mismas obligaciones y deberes de personación que le hayan sido impuestos en anteriores permisos disfrutados.

El recurso ha de ser estimado, y revocada la resolución impugnada,

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

QUE ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el interno, M. EL B. , contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Cantabria y al que se refiere este rollo, se **REVOCA** el mismo y **SE DEJA SIN EFECTO**, reconociendo el derecho del interno, M. EL B., a disfrutar de un permiso ordinario de 5 días sujeto a las mismas obligaciones y deberes de personación que le hayan sido impuestos en anteriores permisos disfrutados.

75.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE FECHA 03/10/17

Se estima recurso de apelación por considerar útil reforzar el proceso de cambio del interno una vez transcurrido tiempo prudencial desde analítica positiva.

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto de fecha 10/07/17 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2 de Sevilla desestimó el recurso del interno M. contra el acuerdo de la

Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Sevilla-I en su sesión de fecha 30/03/17 por el que denegaba proponerle el disfrute de un permiso ordinario de salida.

Notificada dicha resolución, el interno formuló recurso de reforma, que fue desestimado por auto de 12/09/17, contra el cual se articuló recurso de apelación, que fue admitido a trámite, recurso que ahora corresponde resolver.

Turnado el recurso a este Tribunal, se remitió seguidamente la causa, formándose rollo y designándose ponente. Tras la oportuna deliberación, la Sala acordó resolver como a continuación se expone.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tan es cierto que el interno cumple los requisitos mínimos de índole objetiva que nuestra legislación penitenciaria exige para la concesión de permisos de salida, conforme a los artículos 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154.1 del Reglamento Penitenciario, como que ya disfrutó de ellos anteriormente, hasta la incidencia que mencionaremos, habiéndose producido desde que dejaron de autorizársele dos modificaciones importantes que llevan ahora a estimar el recurso.

En efecto, el cese en la concesión de permisos se debió, razonablemente, a una analítica positiva al regreso de uno de ellos; pero esta Sala mantiene desde antiguo el criterio, compartido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y el Ministerio Fiscal, de que la interrupción durante un período prudencial de cuatro meses del disfrute de permisos en los casos de consumo de sustancias estupefacientes durante el disfrute de alguno de ellos es una consecuencia jurídica adecuada y proporcional a tal contingencia negativa, como medio de consolidar la abstinencia y refuerzo negativo asociado al incumplimiento de las reglas de conducta impuestas para el permiso, sin que dicha interrupción (salvo casos especiales en que el consumo sea un indicio de una seria involución conductual del interno o de una reanudación del hábito toxicofílico más allá de una contingencia ocasional) pueda traducirse en una indefinida denegación de los permisos, pues ello equivaldría a la imposición de una sanción tácita por una conducta, en definitiva, no ilícita en el exterior del recinto penitenciario.

Desde esa óptica, han transcurrido ya ocho meses desde aquella analítica, lo que supone un avance relevante en el cumplimiento de una condena de cuatro años, al punto de que el interno ha rebasado ya la mitad de ésta en el mes de abril pasado; además, el apelante ha logrado ser readmitido en un módulo terapéutico, lo que supone mantener la abstinencia, se encuentra altamente motivado al cambio, reflexiona adecuadamente y de forma autocrítica sobre el consumo y la correlación con la actividad delictiva, es participativo, asiste al colegio y a grupo de terapia y no presenta signos de mantener activos esos consumos, por lo que parece haber retomado la senda de consolidar el cambio que ya le permitió en su día disfrutar de permisos.

De este modo, el reinicio del disfrute de permisos de salida resultará especialmente útil en orden a reforzar el proceso de cambio del interno y el programa individualizado de tratamiento, interno que es, sin duda, consciente de que defraudar esta nueva oportunidad institucional podrá tener consecuencias mucho más relevantes en los menos de dos años que le restan de condena, permitiendo además a la administración avanzar en la evaluación de su comportamiento a efectos de ulteriores decisiones, al punto de que un buen uso de los permisos podría llevar a situaciones de semi-libertad menos afflictivas que la actual. Tal permiso se fija en tres días, al ser el primero después de un largo periodo, y se someterá a las condiciones de presentación diaria ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado durante su disfrute, pernocta en el domicilio de acogida y analítica de tóxicos al regreso.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el interno M. Revocar los autos de fecha 10/07/17 y 12/09/17, dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 con sede en Sevilla en el Expediente Penitenciario nº 2126/17, en los que desestimaba el recurso contra acuerdo denegatorio de permiso de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Sevilla I en su sesión de fecha 30/03/17, y se acuerda en su lugar que ha lugar a la concesión de permiso de salida de duración de TRES (3) días, condi-

cionándolo durante su disfrute a la presentación diaria ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pernocta en el domicilio de acogida y analítica de tóxicos y estupefacientes al regreso.

76.- AUTO 739/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE FECHA 28/11/17

No procede concesión de permiso: nula asunción de los delitos cometidos y distorsiones cognitivas.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado, en nombre y representación de L., se interpuso recurso de apelación contra el auto n°. 1773/17 de 14 de Septiembre que desestimaba la queja interpuesta contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos 20 de Julio de 2.017, denegatorio por unanimidad de sus miembros del permiso de salida solicitado por el ahora recurrente, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente n°. 316/17 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n°. 2 de Castilla y León con sede en Burgos, alegando en el escrito de interposición cuantas razones estimó necesarias como fundamento de su pretensión.

SEGUNDO.- Admitido el recurso de apelación, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal, alegando lo que a sus derecho convino, y remitidas las actuaciones por vía de expediente digital para su resolución a esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, habiéndose designado como ponente, quedaron las actuaciones pendientes para dictar la resolución oportuna en fecha 27 de noviembre de 2017.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- La parte recurrente en apelación indica en su recurso que el interno cumple los requisitos objetivos para acceder al disfrute de permisos, contando con apoyo externo de su compañera sentimental, C., manteniendo buen comportamiento en el Centro Penitenciario y arrojando la

Tabla de Variables de Riesgo un porcentaje de riesgo del 30 %, considerado normal.

El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154 del Reglamento Penitenciario regulan los permisos ordinarios cuando establecen que: igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta. Del anterior precepto legal se concluye que los requisitos que debe cumplir un interno clasificado en segundo grado para disfrutar de permisos ordinarios son: a) haber extinguido la cuarta parte de su condena, b) no observar mala conducta y c) la finalidad del permiso debe ser preparar la vida en libertad.

De ello se deduce que los permisos ordinarios están sujetos en todo caso al previo cumplimiento por el penado de determinados requisitos sin los cuales ni siquiera se puede entrar a considerar la posible concesión de tal beneficio, dependiente, en todo caso, como decimos, de la discrecionalidad, como se evidencia con la expresión “se podrán conceder”. Es decir, los preceptos indicados establecen uno mínimos de inexcusable cumplimiento para poder optar a la obtención de permisos penitenciarios de salida, pero ello no quiere decir que, concurriendo éstos, la concesión sea automática.

Concurrentes los requisitos formales u objetivos (cumplimiento de la cuarta parte de la condena y buena conducta penitenciaria), se debe abordar la concurrencia del requisito finalista o teleológico de que el permiso contribuya a preparar la vida en libertad, preparación que se debe interpretar como preparación de la vida honrada en libertad; por este motivo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996 de 9 de febrero prevé que el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

En este punto se emite acuerdo por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos, en reunión de 20 de julio de 2017, resuelve por unanimidad de sus miembros denegar el permiso solicitado por T., señalando como causa de la denegación la “gravedad de la actividad delictiva; falta objetiva de suficientes garantías de hacer buen uso del permiso”.

El Ministerio Fiscal, en su informe de 6 de septiembre de 2017 por el que se opone a la estimación de la queja previamente interpuesta, nos dice que se muestra conforme con la no concesión del permiso, dado “el tiempo que le resta de prisión, la reiteración delictiva y la falta de garantías y el riesgo que corre”.

La Magistrada-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestima la referida queja en su auto nº. 1773/17 de 14 de Septiembre, reconociendo que el interno L. reúne los requisitos objetivos para el disfrute del permiso (extinción de la 1/4 parte de la condena, clasificación en segundo grado de tratamiento penitenciario y carencia de sanciones pendientes de cancelar), pero añade a continuación que “no obstante, hay que considerar otras variables desfavorables, como son la naturaleza de los delitos por los que cumple condena, amenazas VG., quebrantamiento VG., lesiones VG., entre otros, factor valorable por este Juzgado en cuanto que resulta revelador de la personalidad del interno”, añadiendo que debe tenerse en cuenta su actitud ante los delitos cometidos “caracterizada por la nula asunción de su responsabilidad, por la ausencia de empatía y por la culpabilización a la víctima, lo que imposibilitaría el adecuado aprovechamiento del Programa Específico de Tratamiento para condenados por delitos de la indicada naturaleza”. Concluye la juzgadora diciendo que “el análisis conjunto de las anteriores variables desfavorables permite concluir que el recurso presentado no puede prosperar”.

SEGUNDO.- En el presente caso queda acreditado por prueba documental que: 1.- L. cumple seis condenas por delitos de amenazas, violencia física habitual, lesiones y quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia de género, así como por una falta de hurto, en virtud de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal nº. 1 y 2 de Baracaldo, Juzgado de Instrucción nº. 4 de Baracaldo y Juzgado de Instrucción nº. 8 de Bilbao, imponiéndosele un total de cumplimiento de treinta y ocho meses y cuarenta y ocho días de Prisión; 2.- dicho interno es clasificado en segundo grado penitenciario con efectos desde el 1 de agosto de 2016; y 3.- se fija como fecha de cumplimiento de la 1/4 parte de su condena la de 10 de abril

de 2017; de la 1/2 la de 1 de febrero de 2018; y de las 3/4 partes la de 25 de noviembre de 2018, dejando totalmente extinguida la pena en fecha 18 de septiembre de 2019. Ello determina el cumplimiento de los requisitos objetivos mínimos e indispensables establecidos por la Ley y el Reglamento Penitenciario para la concesión del permiso solicitado.

Sin embargo dichos requisitos objetivos son los mínimos exigibles, ya que de no concurrir nunca se podría acceder a la concesión de permisos penitenciarios (son requisitos “sine qua non”), pero la mera concurrencia de los mismos no es bastante para la concesión del permiso reclamado, debiendo de ser éste examinado como medio de preparación de vida futura en libertad o semilibertad, habiendo mantenido esta Sala de Apelación, de forma reiterada y pacífica que es cierto que la legislación penitenciaria exige el cumplimiento de la 1/4 parte de la condena y no una mayor extinción, pero no es menos cierto que la concesión de dichos permisos tienen como finalidad la preparación de la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo, Esta tesis es sostenida de forma unánime por las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales de la Comunidad de Castilla y León (Audiencia Provincial de León de fecha 25 de febrero de 2004 y 14 de febrero de 2005, Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de enero de 2004), siguiendo la doctrina sustentada por nuestro Tribunal Constitucional entre las que cabe señalar la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 al indicar que “concretamente, la lejanía de la fecha en la que se cumplen las tres cuartas partes de la condena, que en los autos se utiliza, junto a otros motivos para justificar la denegación, según ha reiterado este Tribunal, puede ser legítimamente aducida ya que cuando más alejado esté el cumplimiento de la condena menor necesidad existirá de aplicar una medida que tiene como finalidad primordial constitucionalmente legítima, aunque la única, “la preparación para la vida en libertad” (sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, 81/1997, 193/1997, 88/1998)”..... Y basta, por último, con comprobar que las razones empleadas para fundamentar el rechazo de la pretensión del recurrente no se encuentran desconectadas con los fines de la institución, que, como ya se ha señalado, son los de preparación del interno para la vida en libertad. En efecto, las resoluciones impugnadas no subordinan la obtención del permiso al cuasi cumplimiento del requisito para acceder a la libertad condicional, añadiendo un requisito no previsto legalmente, sino

que se limitan a apreciar que en el caso presente dicha fecha se encuentra, como es manifiesto, todavía lejana, en lo que “resulta ser la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución” (sentencia del Tribunal Constitucional 81/1997), y que, por supuesto, no impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior. Todo ello, además, desde unas condiciones de inmediación para la valoración de las circunstancias concretas del caso de las que este Tribunal no goza (sentencia del Tribunal Constitucional 2/1997 y Auto del Tribunal Constitucional 311/1997)”.

Es decir, como señala el auto de la Audiencia Provincial de León de fecha 14 de febrero de 2005, “entre las variables negativas y desfavorables a la concesión de permisos, ha de incluirse, ciertamente, el hecho o circunstancia de la lejanía en el tiempo del cumplimiento de la condena, pues tal lejanía se encuentra en íntima relación con la función de la preparación de la vida en libertad. Y cuanto más alejado esté el cumplimiento de la condena, menos necesidad existirá, en principio, de aplicar una medida que como finalidad primordial es la de preparación para la vida en libertad, conforme se considera en las sentencias del Tribunal Constitucional 2/97, 81/97, 193/97, 88/98 y 204/99; y Autos de esta Sala 21/2004, Rollo Penal 225/03; 51/2004, Rollo Penal 237/03; 90/2.004, Rollo Penal 77/04 y 108/2004, Rollo Penal 102/04 .

De tal forma, que la lejanía de la fecha para el cumplimiento de la pena sí viene a constituir un factor a valorar en orden a la concesión o denegación de un permiso. Careciendo de sentido el otorgarse el permiso para ir preparando el interno su vida en libertad, cuando se presenta lejana dicha vida en libertad y no viene a existir una pronta expectativa de vida en libertad que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende (Autos de las Audiencias Provinciales de Valladolid, Sección 4ª, de 19 de enero de 2004 y de León, Sección 2ª de 25 de febrero de 2004, así como de esta propia Sala, que ya se ha pronunciado sobre la misma petición planteada por el ahora recurrente, de fechas 16 de febrero de 2004, 8 de junio de 2004 y 17 de noviembre de 2004)”.

En la misma línea se manifiestan otras Audiencias Provinciales como las de Álava en auto de fecha 5 de octubre de 2004 (“si bien cumple los requisitos de haber cumplido una cuarta parte de la condena y estar clasificado en segundo grado, como establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, “no concurren las demás circunstancias que el art. 156 del

citado cuerpo legal exige para la concesión del permiso de salida solicitado”, la lejanía de la fecha del cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, junio de 2009, lo cual indica un factor de riesgo de no reingreso en el Centro Penitenciario muy elevado y que le sitúan en un momento no idóneo para la progresiva preparación para la vida en libertad conforme el propio espíritu y finalidad de la reinserción”), Cádiz en auto de 26 de febrero de 2004 (“la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional de la normativa aplicable a los permisos de salida en relación con la finalidad constitucionalmente legítima de que serían para preparar al interno en la vida en libertad, no puede ser considerada como arbitraria o irrazonable, sin que se haya subordinado exclusivamente la decisión al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, introduciendo así un requisito no previsto legalmente, sin olvidar que la función de preparación de la vida en libertad está relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, argumentación que el propio Tribunal constitucional (sentencias 81/97 y 204/99) admite, y que no excluye ni impide la reiteración de la solicitud y la obtención de permisos en un momento posterior”), Castellón en auto de 6 de julio de 2002 (“en el presente caso es de ver, primero, que el informe de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Castellón es por unanimidad contrario al permiso, por arrojar un resultado baremizado de un 50% de riesgo de quebrantamiento, y segundo que el penado debe extinguir varias condenas por delitos graves, que finalizaría en febrero de 2012 (las 3/4 partes de la condena total se cumpliría el 18 de noviembre de 2005), o sea dentro de mucho tiempo. No cabe olvidar que la función de preparación de la vida en libertad de los permisos, está relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, y la preparación para una situación de libertad relativamente próxima, argumentación que el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente compatible con los fines de la institución, sentencias del Tribunal Constitucional 81/1997, 204/1999 y 109/2000.”), etc.

En el presente caso queda acreditado que L. cumple la 1/2 de su condena el 1 de febrero de 2018, estando todavía lejana la vida en libertad o en semilibertad (extingue su condena el 18 de septiembre de 2019 y cumple las 3/4 partes el 25 de noviembre de 2018). Ello hace prematura la preparación de esa vida en libertad mediante la concesión de permisos, no habiendo desplegado todavía la pena su finalidad retributiva y de prevención especial. Así su informe psicológico establece que es una persona que presenta una expresión verbal altiva, no apropiada a la situación, con con-

notaciones de agresividad y bajo autocontrol; es inestable y tiene un estado de ánimo eufémico. Con respecto a los delitos cometidos presenta una nula asunción de los mismos, no mostrando empatía; presenta distorsiones cognitivas durante su discurso, con culpabilización a la víctima. Concluye el informe indicando que el interno mantiene un posicionamiento inadecuado frente al delito.

Todas estas circunstancias aconsejan a este Tribunal de Apelación a suscribir la resolución emitida por unanimidad de sus miembros por la Junta de Tratamiento, el informe del Ministerio Fiscal oponiéndose a la estimación de la queja previa y del actual recurso de apelación, así como el auto de la Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria desestimatorio de la queja mencionada, desestimando el recurso de apelación interpuesto y ahora objeto de examen

TERCERO.- Procediendo la desestimación del recurso interpuesto por L., se deben imponer al recurrente las costas procesales devengadas en la presente apelación, si las hubiere, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento que rige nuestro derecho procesal penal en materia de costas procesales cuando de interposición de recursos se trate (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo expuesto, este Tribunal acuerda:

PARTE DISPOSITIVA.

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por L. contra el auto nº. 1773/17 de 14 de Septiembre que desestimaba la queja interpuesta contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Burgos 20 de julio de 2017, denegatorio por unanimidad de sus miembros del permiso de salida solicitado por el ahora recurrente, resoluciones dictadas todas ellas en el Expediente nº. 316/17 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº. 2 de Castilla y León con sede en Burgos, y ratificar las referidas resoluciones en todos sus pronunciamientos, todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida.

77.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 29/03/17

Desestimación de queja sobre denegación de salidas de fin de semana.

HECHOS

Que el presente expediente se incoó en virtud de escrito del interno F.V.M. del Centro de Inserción Social de Huelva formulando queja por haberle denegado salida de tres fines de semana.

Recabados los informes pertinentes del Centro Penitenciario, se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de interesar la desestimación de dicha queja

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Que valoradas en conjunto, las alegaciones contenidas en el escrito del interno y la información aportada por el Centro Penitenciario procede desestimar la queja planteada en cuanto la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social acordó denegar la salida durante tres fines de semana al interno, por incumplimiento de las normas del Centro, al observarse en la inspección de su celda, que se encontraba sucia, la cama sin hacer y la basura en su bolsa sin tirar.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.Sª ACUERDA: Desestimar la queja formulada por el interno F.V.M. del Centro Penitenciario Huelva por haberle denegado salida de tres fines de semana y el archivo del presente expediente.

78.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA DE FECHA 19/12/17

No concesión de permiso de salida, pese a propuesta favorable de la Junta de Tratamiento. No ha finalizado programa específico.

ANTECEDENTES DE HECHO

Que la Junta de Tratamiento del Establecimiento Penitenciario de Cuenca acordó por 4 votos a favor y 1 en contra, en sesión celebrada el 12.01.2017, conceder el permiso ordinario de tres días solicitado por el interno J.M. El voto en contra, (de la Directora del Centro), se fundamentaba en lo siguiente:

...“Si bien es cierto que el interno lleva en prisión ininterrumpida diez años, y que su comportamiento, salvo hechos aislados, ha sido siempre de adaptación al medio penitenciario, no es menos cierto que la gravedad del delito y el abuso de superioridad ante la víctima (menor de edad de una relación anterior de la que entonces era su mujer y con la que tenía otro hijo menor), hace que considere la no procedencia de las salidas de permiso, más... cuando la que suscribe no ha percibido ningún cambio significativo en dicho interno. En efecto, desde su ingreso, el interno siempre ha mantenido una actitud distante (quizá su forma de ser), siendo correcto, pero sin una percepción de la gravedad de los hechos y sin ningún tipo de cambio que me lleve a pensar que realmente está arrepentido de lo ocurrido. Inició programa de tratamiento para agresores sexuales, pero abandonó el mismo”.

Que el Ministerio Fiscal se opuso a la concesión del permiso propuesto; y ello al entender que “...no se ha experimentado un cambio del penado frente al delito, en particular como consecuencia del desarrollo del programa específico de tratamiento, indicándose que abandonó voluntariamente el mismo, señal bastante para presumir su falta de aprovechamiento efectivo. Debe añadirse a lo anterior el nulo compromiso reparador frente a la víctima, no obstante gozar de ingresos bastantes para la satisfacción siquiera parcial de la responsabilidad civil fijada en sentencia. En suma la insuficiente evolución del penado y la no asunción de la reparación para

con la víctima son factores determinantes para la denegación del permiso propuesto”.

Que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha dictó Auto, el 05.04.2017, en cuyo Fallo se estableció lo siguiente:

«No ha lugar a aprobar la propuesta favorable del permiso formulado por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Cuenca con fecha 12/01/17 y a favor del interno J. M.,...».

Tal decisión se basó en los siguientes argumentos:

“... no procede la aprobación del permiso propuesto, en los términos del informe del Ministerio Fiscal, habida cuenta que el interno cumple condena de 13 años de prisión por un delito de agresión sexual a menor, teniendo previsto el licenciamiento definitivo para el próximo 16/04/20. Pese a encontrarse en una fase avanzada de cumplimiento, no se considera al interno merecedor del permiso de salida propuesto a la vista de la peligrosidad que denota el tipo de delito cometido y la falta de realización por parte del penado del programa específico de tratamiento para agresores sexuales que se impartió en el Centro Penitenciario y que, a tenor de los informes obrantes en la causa, el penado abandonó de forma voluntaria. Esta circunstancia determina que no pueda apreciarse en el interno la necesaria modificación en los rasgos de su personalidad relacionados con la actividad delictiva. Por último, ha de ponerse igualmente de manifiesto que el penado ha mostrado una total ausencia de intención de abonar la responsabilidad civil derivada del delito cometido, pese a haber realizado durante algún tiempo un destino remunerado por el que percibió importantes cantidades mensuales, en un medio en el que tiene todas sus necesidades básicas cubiertas por la Administración. Las circunstancias anteriormente expuestas conllevan la denegación, por ahora, del permiso de salida propuesto por falta de garantías suficientes de hacer buen uso del mismo”.

Que el interno formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de 05.04.2017.

Que, después de seguirse los trámites formales pertinentes, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha dictó Auto, el 03.05.2017, desestimando el recurso de reforma. Vino a admitirse a trámite el recurso de apelación que se había planteado de manera subsidiaria.

Que la representación procesal del interno formuló recurso de apelación frente al Auto de 03.05.2017.

En dicho recurso se alegaba, en síntesis, lo siguiente:

1. Vulneración del principio de igualdad. Se indica que el interno no puede ser discriminado por razón de haber sido condenado por un delito grave a una pena de importancia, resultando lesionado de forma evidente el derecho de igualdad de trato frente a otros casos en los que presos en situaciones similares a la suya sí obtuvieron permisos de salida.

2. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se hace constar que la Juzgadora a quo no ha aducido en ninguna de sus Resoluciones argumentos motivadores que avalen sus decisiones; limitándose a acoger como suyas las argumentaciones del Ministerio Fiscal.

3. Cuestión de fondo:

- el interno cumple con los requisitos exigidos por la Ley y ha observado buena conducta;

- el informe preceptivo del Equipo Técnico es favorable y la Junta de Tratamiento acuerda la concesión del permiso porque existe un bajo porcentaje de riesgo y medidas aplicadas para proteger a la víctima;

- se muestra disconformidad con el voto particular de la Directora del Centro.

4. Lo único que se conseguirá si se mantiene la decisión desfavorable a la obtención del permiso es la desincentivación del interno para su rehabilitación.

5. La concesión del permiso tiene la finalidad prevista en el artículo 25 de la Constitución.

Que el MINISTERIO FISCAL impugnó el recurso de apelación; solicitando su desestimación.

Que en esta Audiencia Provincial se registró el correspondiente rollo de apelación, con el n° 19/2017, turnándose ponencia al Ilmo. Sr. D. J.E.M.M. Finalmente se señaló deliberación, votación y fallo para el día 19 de diciembre de 2017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El recurso debe desestimarse en su integridad; y ello por todo lo siguiente:

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, de 29.09.1997, nº 157/1997, recurso 3342/1996, establece que:

“.....La desigualdad,..., existirá cuando pueda acreditarse una discriminación arbitraria, carente de justificación, como señalaron, entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 1/1984 , 76/1986 , 148/1986 , al ser un derecho de carácter relacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1991),.....

Como ya se dijo, las circunstancias subjetivas pueden actuar en estos supuestos con un peso muy específico e importante en el momento de tomar la decisión la autoridad judicial en una u otra dirección. En este sentido sólo cuando se ofrece un término de comparación preciso y concreto, para demostrar la injustificada desigualdad en el correspondiente tratamiento jurídico-penal de la que nazca la arbitrariedad, será posible llevar a cabo este juicio de igualdad o desigualdad, no viable, en cambio, cuando, como en este caso sucede, las referencias que se aportan son más bien genéricas, imprecisas y abstractas, siendo, por tanto, tal juicio de imposible efectividad.

Como síntesis de cuanto queda dicho, debemos señalar que, en este orden de cosas, este Tribunal ha mantenido la doctrina muy reiterada de que el principio de igualdad exige a quien lo considera violado la expresión nítida del correspondiente término de comparación a fin de acreditar que se produjo una decisión desigual en supuestos sustancialmente idénticos y, por consiguiente, desprovista de razonabilidad. Como en el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/1996, la alegación del principio de igualdad ante la ley no va más allá de una invocación manifiestamente carente de fundamento, esto es, respecto a la presunta desigualdad en la aplicación de la ley no se explicita con claridad y precisión el término de comparación que pudiera conducir a la conclusión de que, en efecto, se habían tratado desigualmente supuestos sustancialmente idénticos. Muy por el contrario, las referencias son genéricas e imprecisas cuando de acuerdo con la doctrina de esta Sala (Sentencia del Tribunal Constitucional 158/1996, que cita las Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1993, 80/1994, entre otras), el recurrente incumplió, al actuar

como lo hizo, con la carga que le incumbe, al no aportar ni exponer los datos determinantes de la identidad sustancial no sólo desde su vertiente objetiva, sino también de las circunstancias personales concurrentes en los casos tan genéricamente invocados, lo cual, repetimos la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/1996; resulta decisivo, dado el relevante papel que las circunstancias personales y subjetivas juegan en las decisiones sobre prisión provisional (Sentencias del Tribunal Constitucional 85/1989, 128/1995 y Autos del Tribunal Constitucional 743/1986, 220/1988, 183/1991, 373/1993, entre otras)...”;

Pues bien, en observancia de dicha doctrina del Tribunal Constitucional, y dado que en el supuesto que nos ocupa en realidad viene a referirse por la representación procesal del interno, (véase la página 2 del recurso de apelación), una genérica diferencia de trato, (sin expresión nítida y particularizada de términos plurales de comparación a fin de acreditar que se produjo una decisión desigual en supuestos sustancialmente idénticos y, por consiguiente, desprovista de razonabilidad), resulta imposible todo juicio relevante de igualdad basado en esa genérica alegación en la que no se reseñan términos plurales comparativos. Por tanto, el primero de los motivos de recurso debe decaer.

2. La Juzgadora de primera instancia viene a indicar que procede denegar el permiso porque “...no procede la aprobación del permiso propuesto, en los términos del informe del Ministerio Fiscal, habida cuenta que el interno cumple condena de 13 años de prisión por un delito de agresión sexual a menor, teniendo previsto el licenciamiento definitivo para el próximo 16/04/20. Pese a encontrarse en una fase avanzada de cumplimiento, no se considera al interno merecedor del permiso de salida propuesto a la vista de la peligrosidad que denota el tipo de delito cometido y la falta de realización por parte del penado del programa específico de tratamiento para agresores sexuales que se impartió en el Centro Penitenciario y que, a tenor de los informes obrantes en la causa, el penado abandonó de forma voluntaria. Esta circunstancia determina que no pueda apreciarse en el interno la necesaria modificación en los rasgos de su personalidad relacionados con la actividad delictiva. Por último, ha de ponerse igualmente de manifiesto que el penado ha mostrado una total ausencia de intención de abonar la responsabilidad civil derivada del delito cometido, pese a haber realizado durante algún tiempo un destino remunerado por el que percibió importantes cantidades mensuales, en un medio en el que tiene todas sus

necesidades básicas cubiertas por la Administración...”, (véase el segundo de los razonamientos jurídicos del Auto de 05.04.2017), y todas esas menciones que acaban de reflejarse ya dan a conocer al recurrente los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión adoptada; razón por la cual, y en contra de lo pretendido en el recurso de apelación, no existe falta de motivación al respecto. Por otro lado, incluso se viene estableciendo por los Tribunales que es perfectamente válida la fundamentación por remisión; y de ahí que resulte irrelevante que la Juzgadora a quo haya podido compartir el criterio del Ministerio Fiscal. En consecuencia, el segundo de los motivos de recurso también debe decaer.

3. Los motivos cuarto y quinto del recurso deben igualmente decaer; y ello porque la pena también debe cumplir un efecto intimidatorio, (efecto intimidatorio de la pena que también es un argumento que se utiliza por los Tribunales para denegar los permisos de salida; y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Sección 3ª, en Auto de 22.03.2017, recurso 245/2017, de A Coruña, Sección 1ª, en Auto de 13.02.2017, recurso 36/2017, o de Valladolid, Sección 2ª, Auto de 25.01.2017, recurso 14/2017, cuyo respectivo criterio compartimos).

4. Los permisos de salida forman parte de la política de reinserción penitenciaria y permiten que el interno se prepare para la vida en libertad y, por ello, requieren la constatación de que el interno va a realizar, en esos días de libertad, una vida normalizada; entendida como respeto a las pautas de convivencia en sociedad. Con arreglo a los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 y concordantes del Reglamento Penitenciario, los requisitos necesarios o mínimos para acceder a los permisos penitenciarios son tres: haber extinguido la cuarta parte de la condena, estar clasificado en segundo o tercer grado y no observar mala conducta. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha llamado también la atención, (por ejemplo en Sentencia nº 109/2000, de fecha 05.05.2000), 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 estos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados. Pues bien, el tercero de los motivos de recurso también debe decaer; y ello por todo lo siguiente:

A. La larga duración de la condena impuesta y el período de cumplimiento pendiente son circunstancias que desaconsejan la concesión de los permisos. Y tales extremos, a los que también viene a referirse la Juzgadora a quo, (y que estimamos que concurren en el presente caso, dado que, por un lado, la pena impuesta al interno asciende 13 años de prisión y, por otro lado, no cumplirá totalmente la condena hasta el 16.04.2020), son tomados en consideración por los Tribunales para rechazar la concesión del permiso. Y así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, de 05.02.2013, recurso 493/2012, cuyo criterio compartimos, establece lo siguiente:

“... También hay que atender a la larga duración de la condena impuesta, atendiendo por ello a los distintos periodos de cumplimiento resultantes ponen de manifiesto igualmente que la concesión del permiso penitenciario interesado por el interno se concreta en un momento temporal excesivamente anticipado a la fecha de extinción de la condena, en este sentido tal como señala el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 y las que cita, así como el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 19-11-2009 (Recurso 228/2009 Sección 1ª) la concesión de dichos permisos tienen como finalidad la preparación de la vida en libertad y facilitar la reinserción del interno en la sociedad, finalidad que se desvirtúa en la concesión de permisos carcelarios excesivamente anticipados cuando la extinción de la condena se difiere en un largo lapso de tiempo (tesis que es sostenida de forma unánime por las resoluciones de Audiencia Provincial de León de fecha 25 de febrero de 2004 y 14 de febrero de 2005, Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de enero de 2004, Álava en auto de fecha 5 de octubre de 2004, Cádiz en auto de 26 de febrero de 2004, Castellón en auto de 6 de julio de 2002)...”.

B. Cuando la Juzgadora a quo menciona “la peligrosidad que denota el tipo de delito cometido” en realidad se está refiriendo a la naturaleza y la gravedad del delito, (y el delito de agresión sexual a un menor es grave), y ello también es un argumento adecuado para denegar los permisos de salida. En tal sentido se vienen pronunciando los Tribunales; por ejemplo, la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, en Auto de 23.07.2015, recurso 752/2015, cuyo criterio compartimos.

C. En la página 23 del Manual del Terapeuta, (sobre “El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario”. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión), se estable-

ce que el programa de intervención tiene una duración de 9 a 11 meses, con una estimación de tiempo de 3 horas por sesión y 2 sesiones semanales. Pues bien, con independencia de si el interno abandonó o no el programa de agresores sexuales, lo cierto es que únicamente lo realizó durante cuatro meses y medio, (ya que lo realizó desde el 31/10/07 hasta el 15/03/2008), cuando la duración mínima es de 9 meses, (como ya se ha dicho), por lo que antes de disfrutar de un permiso viene a resultar indispensable una definitiva consolidación en el penado de la buena evolución en su tratamiento; y esa buena evolución no se conseguirá hasta la realización total del programa de intervención.

D. El penado no ha reparado el daño, (pese a haber percibido desde el 08.02.2012 hasta enero de 2017 más de 18.000 € de ingresos, -como resulta del extracto de cuentas de peculio-, únicamente ha realizado tres pagos de 50 € cada uno entre los meses de febrero y mayo de 2014), lo que significa que ni siquiera ha adquirido un mínimo compromiso personal para intentar rebajar significativamente la cuantía de la responsabilidad civil; circunstancia que para esta Sala viene a significar que en realidad él no ha asumido la comisión de los hechos que fueron objeto de su condena. Y sentado ello, resulta que los Tribunales vienen estableciendo que es muy difícil detectar una posibilidad de reeducación y reinserción en quien, como aquí ya hemos dicho que sucede, en realidad no ha asumido la comisión de los hechos que fueron objeto de su condena, (y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª, en Auto de 10.12.2014, recurso 716/2014, cuyo criterio compartimos).

E. El artículo 161.1 del Reglamento Penitenciario establece que “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”. Por tanto, si, en el caso que nos ocupa, la autorización corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, (en base al precepto que acaba de mencionarse), es evidente que deviene irrelevante que la Junta de Tratamiento acordase, por mayoría, conceder el permiso.

En consecuencia, todas las circunstancias expuestas conducen a estimar que, por un lado, el riesgo de mal uso del permiso persiste y que, por otro lado, aumenta por encima de los límites asumibles la probabilidad de que el permiso solicitado sirva de ocasión para la comisión de nuevos delitos o

la realización de conductas contraproducentes para los fines del tratamiento penitenciario.

Consideramos pertinente, al amparo del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal declarar de oficio las costas devengadas en esta alzada.

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

ACORDAMOS Que debemos desestimar y desestimamos en su integridad el recurso de apelación interpuesto, por la representación procesal del interno J.M., contra el Auto de fecha 03.05.2017, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha, que a su vez vino a ratificar el Auto de 05.04.2017 emitido por el mismo Órgano Judicial, (que establecía que no había lugar a aprobar la propuesta favorable de permiso formulada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Cuenca), y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos en su totalidad la decisión apelada.

79.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 3 DE CÓRDOBA DE FECHA 28/07/17

Permiso extraordinario concedido a preso preventivo. Autorizado por el Juzgado de Guardia.

HECHOS

ÚNICO.- Por recibida la anterior comunicación del Centro Penitenciario en el que se remite solicitud de permiso extraordinario del interno en ese Centro Penitenciario J.L.G. para asistir al funeral de su padre.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Que encontrándose este Juzgado en funciones de Guardia, siendo las 19:45 horas del día de la fecha, es procedente en virtud de los

artículos 47.1 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria acceder a la solicitud de permiso extraordinario del interno en el Centro Penitenciario de Córdoba J.L.G., con preso preventivo a disposición del Juzgado de lo Penal n° 3 de Córdoba (Juicio Rápido 352/17), a fin de que el mismo pueda asistir al funeral de su padre mañana día 29 de julio a las 10:30 horas en Peñarroya-Pueblonuevo, en el Tanatorio de esta localidad.

A cuyo efecto deberá ser debidamente custodiado, adoptándose todas las medidas de seguridad necesarias y, una vez finalizado el funeral, deberá ser reintegrado en el Centro Penitenciario de Córdoba.

PARTE DISPOSITIVA

Se accede a la solicitud de permiso extraordinario del interno en el Centro Penitenciario de Córdoba J.L.G., preso preventivo a disposición del Juzgado de lo Penal n° 3 de Córdoba (Juicio Rápido 252/17), a fin de que el mismo pueda asistir al funeral de su padre que se celebrará mañana día 29 de julio a las 10:30 horas en Peñarroya-Pueblonuevo en el Tanatorio de esta localidad.

CAPÍTULO XII

PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

80.- SENTENCIA 298/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 27/04/18

Comparativa entre la prisión permanente revisable y la acumulación de condenas del artículo 76 del Código Penal.

Esta sala ha visto el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por D. J., representado por su procurador, bajo la dirección letrada, contra auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 14 de noviembre de 2016, en ejecutoria número 156/2008 (11-M), seguida contra Jacobo, acordando que no procede la revisión de la pena impuesta en Sentencia al penado referido, solicitada por su representación procesal, al amparo de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 en el Código Penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

En la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria número 156/2008, seguida contra J., se dictó auto, con fecha 14 de noviembre de 2016, que contiene los siguientes HECHOS:

«Primero.- Por la representación procesal del penado J. se presentó escrito solicitando la revisión de la pena impuesta en Sentencia, al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2015.

Conferido traslado al Ministerio fiscal, por el mismo se emitió informe en el sentido de oponerse a lo solicitado, al considerar que no procede la revisión de la pena impuesta» (sic).

SEGUNDO

La Sección 2ª de la Sala de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«No procede la revisión de la pena impuesta en Sentencia al penado J., solicitada por su representación procesal, al amparo de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 en el Código Penal» (sic).

TERCERO

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por la representación de D. J., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

En el recurso interpuesto por la representación del recurrente D. J., lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Tal y como exponíamos en líneas precedentes, el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece como motivo de casación por infracción de ley o error de derecho, lo siguiente: “Cuando, dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal”.

A) De las infracciones de ley en las que incurre el auto recurrido: esa representación entiende infringido por un lado lo estipulado en las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la Ley Orgánica 5/2010.

B) De la pena de prisión permanente revisable.

C) De la procedencia de la revisión interesada.

D) De la determinación de la pena más favorable.

2.- Se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, toda vez que el Auto que recurre por medio del presente incurre, con todos los respetos y desde el más estricto derecho de defensa, en una clara carencia de fundamentación.

QUINTO

- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, interesa su inadmisión a trámite y subsidiariamente lo impugnó; 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 5 de abril de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

En sentencia nº 65/2007, de 31 de octubre, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el recurrente J. fue condenado como responsable en concepto de cooperador necesario de ciento noventa y dos delitos de homicidio terrorista consumados en concurso ideal con dos delitos de aborto, mil novecientos noventa y un delitos de homicidio terrorista en grado de tentativa, cinco delitos de estragos terroristas y como autor de un delito de falsificación de placas de matrícula de vehículo automóvil, con la atenuante de anomalía psíquica, a las penas de veinticinco años de prisión por cada delito de homicidio terrorista consumado, quince años de prisión por cada delito de homicidio terrorista en grado de tentativa y diez años de prisión por cada uno de los cinco delitos de estragos terroristas, e inhabilitación absoluta por un tiempo superior en seis años al de duración de las penas privativas de libertad y la prohibición del derecho de acudir al lugar de residencia de las víctimas y de comisión del delito por tiempo de diez años, y seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de 50 €, por la falsificación de placas de matrícula, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo, absolviéndole de los demás delitos de que venía acusado.

Esta Sala, al resolver el recurso de casación interpuesto por el recurrente confirmó las penas que le habían sido impuestas.

De conformidad con el artículo 76.1.d) del Código Penal, la pena fue limitada a un máximo de cumplimiento efectivo de cuarenta años.

El recurrente solicitó de la Audiencia Nacional la aplicación retroactiva de las normas contenidas en el Código Penal tras la reforma operada en el mismo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, ya que entendía que la nueva regulación, que suponía la imposición de la pena de prisión permanente revisable, le resultaba más beneficiosa. La Audiencia Nacional denegó la revisión mediante Auto de 14 de noviembre de 2016, contra el que interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción del artículo 2.2 del Código Penal y de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la Ley Orgánica 1/2015, (aunque cite erróneamente la Ley Orgánica 5/2010). Argumenta que la revisión es posible; que en la determinación de la ley más favorable no solo hay que tener en cuenta la pena impuesta y la imponible con arreglo a la nueva ley, sino también las normas de ejecución; y que la nueva regulación, desde esa perspectiva, es más favorable.

1. Según el artículo 2.2 del Código Penal, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Por otro lado, nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la Ley Orgánica 1/2015, aunque no aparecen en la Ley Orgánica 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos.

En dichas disposiciones se establece el efecto retroactivo de las disposiciones más favorables, reiterando lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal. Se precisa, sin embargo, en primer lugar, que en la determinación de la ley más favorable deberán ser tenidas en cuenta las normas completas del Código en su redacción anterior y las resultantes de la reforma; en segundo lugar, que se aplicará la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial; y que en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, exceptuándose el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad, pues, en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

De esta regulación resulta que el criterio aplicable para establecer la disposición más favorable se referencia a la pena impuesta y a la que sería imponible con arreglo a la nueva regulación, sin que se haga mención alguna a los criterios o sistemas de ejecución. No obstante, ha de tenerse en cuenta que algunas de las normas relativas a las formas de ejecución de las penas repercuten en la duración temporal efectiva de las mismas, por lo que cabe plantearse si pueden ser valoradas igualmente. La respuesta ha de ser afirmativa, si bien con una importante precisión. La disposición más favorable habrá de ser determinada considerándola taxativamente, y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En consecuencia, prescindiendo de las particularidades que resultarían del caso particular de cada penado en la ejecución de las penas, solamente podrán ser valoradas a estos efectos aquellas normas de aplicación ineludible, no dependientes de las particularidades de la situación individual de cada penado, que afecten a la duración efectiva de la pena.

2. Con independencia de las argumentaciones del recurrente, que se sitúan en el escenario más favorable, ha de partirse de un hecho incontestable: la pena impuesta, después del establecimiento de un límite de cumplimiento, queda establecida en un máximo de cuarenta años, mientras que la prisión permanente revisable, no está limitada en su extensión temporal. Por ello, considerada taxativamente, resulta de mayor gravedad que la anterior. Y, aunque pueda tener una duración menor en privación efectiva de libertad, esa posibilidad depende de la decisión del Tribunal, que habrá de valorar las circunstancias del penado, las cuales, en la medida en que dependen de cada caso concreto, no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la determinación de la disposición más favorable, según las reglas antes expuestas. De todas maneras no consta ningún dato que permita sostener que la expectativa de una reducción del tiempo de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable pudiera ser considerada como razonable.

El recurrente argumenta que, de acuerdo con las normas aplicables en el momento de comisión de los hechos, la condena a cuarenta años de prisión implica que, en el mejor de los casos, no podrá acceder al tercer grado hasta haber cumplido efectivamente treinta y dos años, y a la libertad condicional hasta haber cumplido treinta y cinco años de prisión. De tal manera, dice, que en ningún caso podrá disfrutar de permisos ordinarios previamente a esas fechas de cumplimiento. Por el contrario, sostiene, que, a pesar de que lo dispuesto en el artículo 78 bis conduciría a una situación

similar en cuanto al acceso al tercer grado y a la suspensión de la ejecución del resto de la pena, que sustituye a la libertad condicional, el artículo 36.1 del Código Penal, relativo a la prisión permanente revisable, permitiría un acceso al tercer grado una vez cumplidos los veinte años de prisión y que igualmente cabría la posibilidad de disfrutar de permisos penitenciarios una vez cumplidos doce años de prisión efectiva.

Sin embargo, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, el recurrente parte de un error, pues de aplicarse la nueva redacción del Código Penal la pena imponible no sería una única pena de prisión permanente revisable, sino 192 penas de esa clase, según resulta del artículo 573 bis.1.1º, de forma que el precepto aplicable a los efectos discutidos no es el artículo 36.1, sino el artículo 78 bis, que se refiere expresamente a los casos en los que el sujeto haya sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, casos en los que el acceso al tercer grado y a la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá del cumplimiento efectivo de treinta y dos y treinta y cinco años de prisión respectivamente, según resulta del apartado 3 y del último párrafo del mencionado artículo 78 bis.

En cuanto a estos aspectos, pues, la nueva regulación no es más favorable, por lo que no procede su aplicación retroactiva.

Además, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, y entiende parte de la doctrina, la posibilidad de disfrute de permisos penitenciarios tiene una regulación, de necesaria aplicación, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, que determina que la regulación anterior sea más favorable. Pues, aunque en el artículo 78 bis no se contiene previsión alguna en este aspecto para los casos en que al sujeto se le hayan impuesto varias penas de prisión permanente revisable, el límite mínimo de doce años de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 36 para los casos de imposición de una única pena de aquella clase, sería aplicable supletoriamente, pues carecería de lógica una interpretación de la que resultara un periodo menor.

Sin embargo, con la anterior redacción del Código Penal, ante la ausencia de previsión legal expresa sobre la materia, sería preciso acudir al Reglamento Penitenciario, que en el artículo 154 prevé un periodo mínimo de cumplimiento de diez años para los casos de una condena a cuarenta años, como es el caso.

Por lo tanto, en este aspecto, resultaría más beneficiosa la regulación vigente al tiempo de comisión de los hechos.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO

En el segundo motivo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues entiende que el Auto impugnado carece de motivación, pues deniega la pretensión sin argumentos suficientes, limitándose a señalar que la prisión permanente revisable, por su vocación de permanencia es la más grave dentro de las existentes en nuestro ordenamiento, olvidándose del carácter revisable y sin proceder a una comparación íntegra de ambas normativas, por lo que incurre en incongruencia omisiva. Añade que se ha vulnerado el artículo 9.3 de la Constitución al omitir esa comparación.

1. Según ha venido declarando el Tribunal Constitucional (entre las más recientes, Sentencia del Tribunal Constitucional 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 3 y Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2015, de 2 de marzo), “...el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La motivación de las Sentencias está expresamente prevista en el artículo 120.3 de la Constitución Española y es, además, una exigencia deducible del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) porque permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y posibilita su control mediante el sistema de recursos (Sentencias del Tribunal Constitucional 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1; 146/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 42/2006, de 13 de febrero, FJ 7, o 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2)”.

La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso.

Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho.

2. La lectura de la resolución recurrida en casación permite comprobar que no se ha producido ninguna de las vulneraciones denunciadas. La Audiencia ha expresado de forma perfectamente comprensible las razones de su decisión, argumentando acerca de las exigencias legales de la revisión y analizando si, en su criterio, la pena de prisión permanente revisable, en función de su naturaleza de pena que carece, en principio, de límite temporal, puede ser considerada menos grave que una pena de prisión limitada temporalmente, optando por la respuesta negativa. Y si ha omitido algunas consideraciones, tal forma de proceder puede encontrar explicación en el entendimiento de que las razones expuestas para denegar la revisión son ya suficientes.

Es claro que la respuesta de la Audiencia Nacional puede no ser compartida, pero también lo es que constan expresamente las razones en las que se apoya, por lo que la discrepancia, legítima, no puede identificarse con ausencia de motivación suficiente.

En consecuencia, el motivo se desestima.

FALLO

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

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. J., contra auto dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección Segunda, con fecha 14 de noviembre de 2016, en ejecutoria nº 156/2008.

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

CAPÍTULO XIII

PRISIÓN PREVENTIVA

81.- AUTO 417/2016 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 16/02/17

Inadmisión recurso de casación: no cabe un abono del doble de tiempo de prisión preventiva atendiendo a la aflicción que pueden producir las condiciones de la misma.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en la ejecutoria 3/2016, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 14/12, de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, se dictó auto de fecha 3 de octubre de 2016, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

“Desestimar la solicitud efectuada por el Procurador, en representación de R., respecto al cómputo de dos días por cada uno de privación de libertad en Colombia.”

SEGUNDO.- Contra dicho Auto, se interpuso recurso de casación por R., mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora.

El recurrente menciona, como único motivo de casación, al amparo del artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal, por haber mediado vulneración del derecho a la integridad física y moral, sin que en ningún caso pueda ser sometido a torturas a penas y a tratos inhumanos o degradantes, en relación con el derecho a la libertad, circunstancias prometidas por los artículos 15 y 17 de la Constitución.

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

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- A) Se formaliza por la representación procesal del recurrente, un único motivo de casación, al amparo del artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal, por haber mediado vulneración del derecho a la integridad física y moral, sin que en ningún caso pueda ser sometido a torturas a penas y a tratos inhumanos o degradantes, en relación con el derecho a la libertad, circunstancias prometidas por los artículos 15 y 17 de la Constitución .

Considera que ha sufrido un trato vejatorio e inhumano en el Centro penitenciario en el que estuvo recluso en Colombia, hasta que se decretó su extradición, para ser juzgado en España, por un delito contra la salud pública.

Por tal motivo solicita que le sean concedidos dos días de prisión, por cada uno por el que se vio sujeto a privación provisional de la libertad en Colombia.

B) En materia sustantiva, ciertamente el artículo 58 del Código Penal reconoce el derecho al abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente por el reo, debiendo ser computado en la causa en que dicha privación hubiere sido adoptada, o bien en causa distinta, cuando exista la comprobación de que no haya sido ya abonada en otro procedimiento.

C) El auto recurrido desestima la solicitud formulada, afirmando que además de no haber sido aportada evidencia alguna por el condenado, de la situación padecida en el Centro Penitenciario de Colombia, no hay que olvidar que el motivo de padecerla fue, precisamente, la libre elección del condenado del lugar donde ubicarse, tras sustraerse de la disponibilidad de los Tribunales españoles, a los que debía haber permanecido sujeto, forzando la necesidad de un procedimiento de extradición con dicho país.

Señala que no existe un fundamento legal para introducir esa variable valorativa, en cuanto a la intensidad de la privación de libertad, siendo de notar que, si bien el Alto Comisionado de la ONU subraya en sus informes más recientes (2015 y 2014) la situación general de hacinamiento en las cárceles colombianas, de mayor o menor entidad, según el centro de que se trate, y demanda medidas para evitarlo, no apunta lesión relevante a otros

bienes jurídicos, ni la existencia de torturas o atentados contra la dignidad o integridad de los internos.

En definitiva, el auto sostiene que no se aprecia fundamento ajeno al puro voluntarismo en que basar la solicitud que se realiza y que procede desestimar.

De conformidad con la legislación vigente, el artículo 58 del Código Penal, no otorga cobertura legal para un cómputo de la prisión provisional como el que propone el recurrente. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado “en su totalidad”. No cabe un abono del doble de dicho tiempo, atendiendo a la aflicción que puedan producir las condiciones de la prisión preventiva en el lugar en que se produce.

Procede la inadmisión del motivo, conforme al artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

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

82.- SENTENCIA 587/2017 DE TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 19/07/17

Se desestima recurso de casación. No existe coincidencia temporal entre la situación de prisión provisional y penado para poder apreciar el doble cómputo.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10207/2017, por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por D. Á. contra Auto, de fecha 28 de febrero de 2017, dictado

por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó que no procedía realizar una nueva liquidación de condena en la que se abone a la presente ejecutoria el tiempo en que dicho penado estuvo privado de libertad preventivamente en Portugal, estando dicho recurrente representado por la Procuradora D^a C.M. y bajo la dirección Letrada de D. D.B..

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. C.G.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en procedimiento 35/2009, que tiene su origen Diligencias de Registro General 180/2009 y en relación con ejecutoria 189/2004, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles, dictó Auto, con fecha 28 de febrero de 2017, que contiene los siguientes ANTECEDENTES PROCESALES: «ÚNICO.- Con fecha 10-1-2017, en el procedimiento de referencia, este Tribunal dictó auto, en cuya parte dispositiva resolvimos lo siguiente: “No ha lugar a proceder a la realización de una nueva liquidación de condena en la que se abone a la presente Ejecutoria el tiempo en que el penado Á. estuvo privado de libertad preventivamente en Portugal en el período comprendido entre el 27.07.2017 y el 22.02.2010, en que estuvo cumpliendo condena en la Ejecutoria nº 189/2004 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles”.

Contra dicha resolución, la Procuradora, en nombre y representación del penado A., defendido por el Abogado, presentó el día 12.1-2017 escrito interponiendo recurso de súplica, solicitando la revocación de la resolución recurrida y que, en su lugar, se acordara haber lugar a la liquidación de condena, en el sentido expuesto en su escrito de fecha 22.11.2016, presentado al día siguiente.

Del recurso se ordenó el día 16-1-2017 dar traslado al Ministerio Fiscal, que en informe de fecha 18-1-2017 se opuso a la estimación del recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida, bajo los siguientes argumentos:

“1.- La impugnación se basa en sostener que conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, los efectos atri-

buidos a las resoluciones condenatorias de otros Estados deben ser equivalentes a los atribuidos a las resoluciones nacionales.

2.- El motivo no puede compartirse por cuanto, como resuelve el auto impugnado, se trata de una cuestión resuelta por la jurisprudencia, en el sentido que no es procedente acumular la prisión preventiva sufrida en otro país con la prisión impuesta y cumplida en España. La parte no alega más que su discrepancia con el criterio mantenido, criterio respetable el del recurrente pero que no comparte el Ministerio Fiscal, habida cuenta de la posición jurisprudencia sobre la materia”.

El Auto dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tiene el siguiente pronunciamiento: «Desestimamos el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal del penado Á. contra el auto dictado el día 10 de enero de 2017 en este procedimiento por este Tribunal, denegatorio de la procedencia de la realización de una nueva liquidación de condena en la que se abone a la presente Ejecutoria el tiempo en que dicho penado estuvo privado de libertad preventivamente en Portugal en el periodo comprendido entre el 27.07.2007 y el 22.02.2010, mientras estuvo cumpliendo condena en la Ejecutoria nº 189/2004 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles.

Por lo que confirmamos dicha resolución en su integridad con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno».

Notificada el referido Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

El recurso interpuesto se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Único.- En el único motivo del recurso se invoca que la resolución recurrida le ha producido indefensión con infracción de los artículos 17.1 de la Constitución y 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 25.1, 9.3 y 25.2 de la Constitución española y artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como in-

fracción del artículo 58 del Código Penal y artículo 17.1 y 2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de julio de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el único motivo del recurso se invoca que la resolución recurrida le ha producido indefensión con infracción de los artículos 17.1 de la Constitución y 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 25.1, 9.3 y 25.2 de la Constitución española y artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como infracción del artículo 58 del Código Penal y artículo 17.1 y 2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI.

Se solicita que la prisión provisional sufrida en Portugal se abone a la ejecutoria que contra él se sigue en España, argumentándose que al mismo tiempo estaba cumpliendo condena en la ejecutoria nº 189/2004 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles, y que la jurisprudencia que se señala en el Auto recurrido se refiere a otros supuestos distintos y que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión Marco 2008/909/JAI. Se concreta su petición señalando que por el Tribunal judicial de Caminha, Sección única (Portugal) fue condenado por Sentencia de 26 de enero de 2009 como autor de varios delitos a la pena de 24 años de prisión, cumpliendo como preventivo el periodo comprendido entre el 27/7/2007 y el 22/02/2010 (siendo ésta la fecha de extradición a España). Y que al mismo tiempo, durante ese periodo, se encontraba cumpliendo condena en virtud de la Ejecutoria 189/2004 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles. Se añade que el periodo de prisión preventiva tuvo lugar durante la vigencia del Código Penal anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, siendo de aplicación lo que se disponía en el artículo 58 del Código Penal antes de dicha reforma. Se hace mención de la Sentencia de esta Sala 1448/2013, de 27 de junio y de otras que siguen el mismo criterio.

En definitiva, lo que se pretende es el abono del tiempo de prisión provisional sufrida en Portugal en una causa seguida por diversos delitos, entre ellos homicidio cualificado, abono que se pretende en otra causa por la que fue condenado en España y que se dice que estaba cumpliendo simultáneamente con la prisión provisional sufrida en Portugal, todo ello al amparo del artículo 58 del Código Penal, en la redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pretensión que fue rechazada en el Auto recurrido.

Para una mejor comprensión de lo que se pretende en el presente recurso es oportuno recordar que esta Sala ya ha conocido de un recurso de casación formalizado por el mismo que ahora es recurrente, D. Á., en el que se solicitaba, en aplicación del artículo 76 del Código Penal español, que le fuera fijado el límite de 20 años de prisión, como tiempo máximo de cumplimiento de condena impuesta en Portugal. Petición que había sido denegada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, decisión que recurrió por indebida aplicación del artículo 10 del Convenio Europeo para el traslado de personas, recurso que fue resuelto por Sentencia de esta Sala 315/2015, de 28 de mayo, en la que se declaró que es el contenido del Convenio del Consejo de Europa el que resulta de aplicación y determina la desestimación del recurso; se declara que la pena de veinticuatro años y tres meses no puede calificarse de manifiestamente desproporcionada, tanto menos cuando los hechos objeto de condena permiten la calificación de asesinato, lo que determinaría una limitación de la pena de 25 años, superior por tanto a la impuesta en Portugal, de modo que no existe quebranto del artículo 76 del Código Penal, ni de la norma específica aplicable a autos, el art. 10 del Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas. En esta Sentencia constaba que el ahora recurrente, y también recurrente en ese recurso, había sido condenado en sentencia de 26 de enero de 2009 por el Tribunal Judicial de Caminha. Sección Única (Circulo Judicial de Viana do Castelo) por los siguientes delitos:

a) Como autor de un crimen cualificado -artículo 132 del Código Penal portugués- a la pena de 18 años de prisión.

b) Como autor de un crimen de robo a la pena de 4 años de prisión.

c) Como autor de un crimen de robo en grado de tentativa a la pena de 2 años de prisión.

d) Como autor de un crimen de estafa en grado de tentativa cualificada a la pena de 2 años de prisión.

e) Como autor de un crimen de abuso de confianza agravado a la pena de 4 años de prisión.

f) Como autor de un crimen de falsedad documental a la pena de 2 años de prisión.

g) Como autor de un crimen continuado de uso de documento de identidad.

h) Como autor de un crimen de tenencia ilícita de armas a la pena de 3 años de prisión.

Si bien, en aplicación del artículo 77 del Código Penal portugués, que determina las reglas de acumulación jurídica, se fijó una pena conjunta de 24 años y 3 meses.

Se sigue diciendo en esa Sentencia que en aplicación del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, (nº 112) del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE 10 de junio de 1985), dicha condena pasó a ejecutarse en España, dando lugar a la Ejecutoria de sentencia de Tribunal extranjero núm. 35/2009, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Y es precisamente en esa ejecutoria, de Sentencia de Tribunal extranjero nº 35/2009, donde se ha dictado el Auto que ha sido recurrido en casación ante esta Sala, recurso que ahora estamos conociendo.

Consta, en la documentación unida al expediente de esa ejecutoria nº 35/2009, una certificación de la Sección Única del Tribunal Judicial de Caminha, en procedimiento nº 133/2007, en la que se dice que fue detenido el día 27 de julio de 2007, que se acordó prisión provisional desde 28 de julio de 2007 y que la pena estaría cumplida el 27 de octubre de 2031; asimismo consta una liquidación de condena, de fecha 28 de abril de 2011, del Secretario judicial, ahora Letrado de la Administración de Justicia, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria antes mencionada 35/2009, en la que se dice que ha sido condenado a 24 años y 3 meses de prisión, lo que supone un total de 8.850 días y que ha estado en prisión provisional desde el 27 de julio de 2007 hasta el 22 de

febrero de 2010, cuantificándose en 942 días, que se abonan a la condena de 24 años y 3 meses y resta por cumplir 7.908 días, siendo la fecha de inicio de esa condena el 23 de febrero de 2010 (día siguiente al último de prisión provisional) y se indica como fecha de cumplimiento la de 18 de octubre de 2031. Y al folio 787 aparece escrito del Director de la Prisión de Topas (Salamanca), de fecha 1 de junio de 2015, dirigido a la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se dice: le participo que con esta fecha se recibe del Juzgado de Vigilancia (Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria) auto aprobando refundición de condenas al interno de este Centro Á. en razón de las causas: PP. Especial 35/2009 Audiencia Nacional Sección 4ª Penal: 24-3-0, FS: 0 y ejecutoria 189/2004. J. Penal Móstoles nº 3: 6-9-0, FS: 0. Lo que supone un total de 11310 días, comenzando a cumplir dichas condenas el día 23/02/2010 y, con el abono de 2679 días de preventiva, las dejará cumplidas el día 10/10/2033

De esta última certificación se infiere que cuando menciona el tiempo de preventiva debe referirse a la prisión provisional sufrida en Portugal, desde el 27 de julio de 2007 hasta el 22 de febrero de 2010, que ha sido cuantificada en 942 días, más el tiempo que cumplió en España en relación a la ejecutoria nº 189/2004 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles.

El propio recurrente, en escrito unido al expediente, al folio 877, declara que el Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles dicta sentencia condenatoria de 6 años y 9 meses por delitos de robo, falsificación de documento y hurto de vehículo de motor, siendo el inicio de cumplimiento de la condena el día 2 de junio de 2002, obteniendo los permisos penitenciarios, el tercer grado y la libertad condicional, a la cual no se presentó el 9 de marzo de 2007, pasando a estar en busca y captura y que el 27 de julio de 2007 fue detenido en Portugal, juzgado y condenado a 24 años y 3 meses por los delitos de homicidio, robo, posesión de arma, falsedad documental, abuso de confianza, daños, etc., siendo la mayor de las penas la de homicidio 18 años y que fue trasladado a España el 23 de febrero de 2010.

Es cierto, como se alega por el recurrente, que sería de aplicación el texto del artículo 58 del Código Penal antes de la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ya que como se expresa en la Sentencia de esta Sala 487/2016, de 7 de junio, el momento a contemplar no es la fecha de dictado de la sentencia en cuya causa estuvo el condenado en situación de preso preventivo, al tiempo que era penado por ejecutoria anterior, como indicaban nuestras anteriores resoluciones; menos aún la

fecha de la sentencia que determinaba la condición de penado a la vez que estuvo preventivo; sino el de la data concreta, momento a momento, en que se simultanean ambas condiciones y se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 261/2015, de 14 de diciembre, en la que se indica que la posibilidad de aplicar el doble cómputo en los supuestos en que se simultanea la condición de preso preventivo y de penado a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 se genera momento a momento, de forma que solo a partir de la fecha de entrada en vigor de la redacción dada al artículo 58 del Código Penal por la citada Ley Orgánica 5/2010 resulta aplicable la nueva redacción que prohíbe el doble abono; manteniéndose en cuanto al tramo anterior el criterio interpretativo sentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 para la redacción del artículo 58.1 del Código Penal previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010.

También tiene declarado esta Sala que el hecho de que los periodos de prisión, como penados y preventivos, lo sean sobre procedimientos “acumulados”, no impide aplicar los criterios de doble cómputo (Sentencia del Tribunal Supremo 82/2010, de 11 de febrero).

En relación a ese doble cómputo, en los supuestos en que se simultanea la condición de preso preventivo y de penado a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, existe reiterada jurisprudencia de esta Sala que precisa su ámbito de aplicación. Además de las Sentencias ya citadas, en la Sentencia 577/2012, de 28 de junio, se recuerda que el artículo 58.1 del Código Penal disponía en su redacción original, aplicable al caso, que “el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la 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”. Y se declara que el Tribunal Constitucional, de forma definitiva desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, vino a entender compatible el abono de la prisión preventiva en la causa en la que se acordó con el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en otra causa diferente. No reconoció la existencia de un derecho constitucional al llamado doble cómputo en todo caso, sino que estableció la imposibilidad de aplicar al abono de prisión preventiva en la causa en la que se sufrió una limitación que no consta en el texto legal. Tampoco estableció que los efectos del doble cómputo debieran aplicarse al límite máximo de cumplimiento. (Sentencia del

Tribunal Supremo 395/2012). La doctrina de esta Sala sobre la cuestión, desde la recepción de la contenida en la citada sentencia, puede sintetizarse de la siguiente forma en lo que aquí interesa. En primer lugar, el tiempo de prisión preventiva sufrido en una determinada causa debe ser abonado para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma aunque coincida temporalmente con el cumplimiento de una pena impuesta en causa diferente.

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia 581/2016, de 30 de junio, en la que se expresa que la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, apoyó la doctrina del doble cómputo de los períodos de prisión pasados en la doble condición de preso preventivo y penado. La doctrina constitucional partía del artículo 58.1 del Código Penal, en la que era su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el que se disponía que « el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada». Estimaba el Tribunal Constitucional que si la previsión legal indicaba que el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa, había de abonarse en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, no existía disposición legal de soporte para que ese tiempo -o parte del mismo- pudiera excluirse por haber estado además cumpliendo la pena impuesta en otro procedimiento; máxime cuando se trata de un supuesto frecuente que no había impulsado al Legislador a regular de otro modo el abono del tiempo de duración de la medida cautelar personal. En todo caso -quizás por la propia invocación que el Tribunal hacía al establecer su doctrina-, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, estableció un nuevo redactado en el artículo 58.1 del Código Penal, añadiendo un último inciso a la norma de abono antes indicada, que expresa que “ en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”. Una disposición legal de contenido imperativo, que sale al paso del resultado discriminatorio que suponía la doctrina respecto de quienes han sido condenados por un delito único y deben cumplir su condena día a día, y que desactiva la doctrina del doble cómputo, en la medida en que el propio Tribunal Constitucional no la extraía del contenido esencial de los derechos constitucionales que el recurrente invoca (derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución Española y a la tutela judicial efectiva recogido en su artículo 24), sino del principio de legalidad, concretamente de la ausencia de disposición legal

que -por cualquier razón- habilitara la exclusión del tiempo que se hubiera pasado en prisión preventiva, de la liquidación de la pena que quedaba por cumplir en el procedimiento en el que la medida cautelar fue adoptada.

Y en la Sentencia 950/2016, de 15 de diciembre, se declara que tales situaciones fueron reconocidas a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, como generadoras del derecho al doble cómputo del tiempo en el que había coincidido ambas condiciones, la de preso preventivo y la de penado, en atención al tenor literal del artículo 58 del Código Penal en su versión anterior a la Ley Orgánica 5/2010. A partir de ésta y de la nueva redacción con la que dotó al precepto, quedó legalmente excluida la posibilidad de que el mismo periodo de privación de libertad surtiese efecto en más de una causa.

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que examinamos, el tiempo de prisión preventiva sufrido en Portugal debería abonarse y no se excluirá por el hecho de que simultáneamente estuviese como penado en otra causa, pero no es esa la situación que ha sucedido en relación al presente recurso.

En lo que concierne al tiempo de prisión provisional sufrido en Portugal, como se ha dejado antes expresado, consta una certificación de la Sección Única del Tribunal Judicial de Caminha, en procedimiento nº 133/2007, en la que se determina la fecha en la que se inicia la prisión provisional y asimismo consta una liquidación de condena, de fecha 28 de abril de 2011, del Secretario judicial, ahora Letrado de la Administración de Justicia, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria antes mencionada 35/2009, en la que se dice que ha sido condenado a 24 años y 3 meses de prisión, lo que supone un total de 8.850 días y que ha estado en prisión provisional desde el 27 de julio de 2007 hasta el 22 de febrero de 2010, cuantificándose en 942 días, que se abonan a la condena de 24 años y 3 meses.

Resulta, pues evidente, que el tiempo en el que el recurrente ha estado en situación de prisión provisional en Portugal le ha sido abonado en la condena impuesta en ese país, que ha pasado a ejecutarse en España al haberse aplicado el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, (nº 112) del Consejo de Europa, ratificado por España, dando lugar a la Ejecutoria de sentencia de Tribunal extranjero núm. 35/2009, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La cuestión es si ese tiempo de prisión provisional ya abonado en la condena impuesta por el Tribunal de Portugal, debe abonarse de nuevo, doble cómputo, en la ejecutoria que se inició en España por los delitos cometidos en nuestro país que fueron sentenciados por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles.

Por lo datos que tenemos y consta en el expediente, a los que se ha hecho antes mención, ese solicitado doble cómputo del tiempo en el que estuvo como preso provisional en Portugal no se le ha abonado ni se le puede abonar por la sencilla razón de que cuando estuvo en prisión provisional en Portugal no estaba simultáneamente cumpliendo condena en España.

Ciertamente, como ha reconocido el propio recurrente, y así consta en el expediente, a lo que se ha hecho antes referencia, el día 2 de junio de 2002 se inició el cumplimiento de la condena impuesta en España, y asimismo ha afirmado que obtuvo permisos penitenciarios, el tercer grado y la libertad condicional, a la cual no se presentó el 9 de marzo de 2007, pasando a estar en busca y captura, y que el 27 de julio de 2007 fue detenido en Portugal -iniciándose su tiempo de prisión provisional-, juzgado y condenado a 24 años y 3 meses, entre otros, por delito de homicidio cualificado.

Así las cosas no ha existido simultaneidad entre el periodo de tiempo en el que estuvo en situación de prisión provisional en Portugal y el tiempo en el que estuvo cumpliendo, como penado, la condena impuesta en España, como lo evidencia el que se encontrara en Portugal, meses antes de que cometiera los hechos delictivos en ese país, en lugar de estar cumpliendo la condena impuesta en España.

No ha concurrido, pues, el requisito esencial de simultaneidad, exigido por el Tribunal Constitucional y por esta Sala para poder aplicar el doble cómputo al que se refiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/2008, de 28 de abril, como se declara en las Sentencias a las que se hizo antes mención. Lo que impide compartir las alegaciones que se hacen por el penado D. Á., en apoyo de su recurso.

Por otra parte, es oportuno recordar sentencias de esta Sala que tratan de explicar el perjuicio que puede sufrir un penado que al mismo tiempo se encuentra en situación de prisión provisional, y así en la Sentencia 74/2011, de 28 de enero, se declara que en la sentencia recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional -se refiere a la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 - no se computaba la prisión preventiva acordada en una

causa contra quien ya en ese momento estaba cumpliendo en otra efectiva condena de privación de libertad, porque se entendía que a su privación por condena nada añadía la medida cautelar practicada simultáneamente en causa diferente. Es esta valoración la que rectifica el Tribunal Constitucional al entender que la simultaneidad no impide apreciar que la medida cautelar, desde la perspectiva de la efectiva privación de libertad soportada, supone una verdadera agravación de la situación del penado, que durante ese tiempo se ve privado de los derechos, beneficios y recompensas penitenciarias que le serían propios como penado que cumple condena y de los que queda privado durante el tiempo de la prisión provisional. Ese verdadero plus o agravación real de su situación en el tiempo de la preventiva prisión coincidente con la privación de libertad como pena impuesta en otra causa no es compatible con considerar irrelevante, a efectos de su cómputo liquidatorio, el tiempo de prisión provisional; y de ahí que pueda y deba computarse para restarse en la pena impuesta, aunque aquella se sufriera durante el tiempo de cumplimiento de una pena de prisión en otra causa.

Igualmente se recoge en varias sentencias de esta Sala -Cfr. Sentencia 1250/2011, de 22 de noviembre y 591/2014, de 10 de julio - las alegaciones que hacen los recurrentes, que fueron condenado en Francia, de que debido a la situación de prisión provisional se le impidió acceder a los beneficios penitenciarios de la libertad condicional restringida (similar a nuestro tercer grado) y a la libertad condicional normal.

También es oportuno recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2013, con cita de la Sentencia del mismo Tribunal 92/2012, en las que se declara que la previsión legal del artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, no puede aplicarse a supuestos distintos a los que contempla y justifica la norma, “dado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta”.

Por todo ello, dado que en el supuesto que examinamos en el presente recurso no consta la coincidencia temporal entre la situación de prisión provisional y la de penado, que constituye un presupuesto esencial para poder apreciar lo que ha sido denominado como situación de “doble cómputo”, el recurso no puede ser estimado, aunque se discrepe de las razones que se han esgrimido en el Auto recurrido para alcanzar esa misma decisión.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuesto por D. A. contra Auto, de fecha 28 de febrero de 2017, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

83.- SENTENCIA 816/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 13/12/17

Se abona prisión preventiva sufrida en Turquía por actuaciones penales seguidas en España.

Esta sala ha visto el recurso de Casación nº 10436/2017P, por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por D^a. V., representado por su procurador, bajo dirección letrada, contra auto dictado por la Sección 4^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 10 de mayo de 2017, en ejecutoria número 128/2016, seguida contra V., acordando estimar parcialmente el recurso de súplica interpuesto por la representación de la penada contra la providencia de fecha 23/03/2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sección 4^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria número 128/2016, seguida contra V., se dictó auto, con fecha 10 de mayo de 2017, que contiene los siguientes HECHOS:

«Primero.- En las presentes actuaciones, mediante escrito presentado el 28/3/2017, la representación procesal de la penada V. recurrió en súplica la providencia de fecha 23/03/2017 por la que se aprueba la liquidación de condena de fecha 06/02/2017 practicada a la referida penada.

Segundo.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 03/04/2017 se tuvo por interpuesto recurso de súplica y, conferido traslado al Ministerio fiscal, quien emite informe el día 19/04/2017 en el que “se muestra conforme con la liquidación de condena practicada a la penada” (sic)».

La sala de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«La Sala acuerda: estimar parcialmente el recurso de Súplica interpuesto por la representación procesal de la penada V. contra la Providencia de fecha 23/03/2017, conforme al fundamento jurídico tercero de esta resolución (sic)».

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de D^a V., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

En el recurso interpuesto por la representación de la recurrente D^a. V., lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a los artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución Española, relativos a los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al derecho fundamental a la libertad que se entienden vulnerados por la resolución recurrida.

2.- Con carácter subsidiario al motivo anterior y al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley al haberse aplicado indebidamente el artículo 58 del Código Penal.

- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, interesa la inadmisión del presente recurso, con arreglo a las consideraciones que figuran en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando

conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La recurrente, V., fue condenada en Sentencia nº 38/2016, de 15 de noviembre, dictada por la Sección 4ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, como autora de un delito de integración en organización terrorista, con la atenuante analógica muy cualificada de confesión, a la pena de cinco años y dos meses de prisión, inhabilitación absoluta por quince años y libertad vigilada por diez años. Mediante escrito de 28 de marzo de 2017, interpuso recurso de súplica contra la providencia de fecha 23 anterior, por la que se aprobaba la liquidación de condena, solicitando que se incluyeran en la referida liquidación, los días comprendidos entre el 23 de diciembre de 2014, en que fue detenida en Turquía, y el 7 de marzo de 2015, en que llegó a España expulsada desde aquel país y fue detenida en Barcelona. Mediante Auto de 10 de mayo de 2017, la referida Sección 4ª denegó lo solicitado basándose en que las razones de esa privación de libertad no tenían su origen en las actuaciones penales seguidas en España ni en una orden internacional de detención, sino que se acordó por las autoridades turcas por intentar la recurrente acceder con su hijo a Siria de forma ilegal o clandestina desde Turquía.

Contra ese Auto interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución relativos a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad, que se endienten vulnerados. Alega la recurrente que durante su detención en Turquía se incoaron en España Diligencias Previas, acordándose distintas diligencias, entre ellas una orden de entrega europea y sostiene que su privación de libertad en Turquía fue como consecuencia de los hechos por los que ha sido condenada en España, como resulta de los hechos probados de la sentencia en la que consta que fue detenida en 23 de diciembre de 2014; que durante la detención en Turquía las autoridades de ese país mantuvieron contacto con las españolas para el traslado a España;

y que no es cierto que viajara de Turquía a España sin vigilancia policial, porque como ella ha manifestado la acompañaron dos policías españoles. Finaliza señalando que la decisión de no abonar a la recurrente esos días supone una interpretación no constitucional del artículo 58.1 del Código Penal.

En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida inaplicación del artículo 58 del Código Penal y se remite a los argumentos desarrollados en el motivo anterior. Ambos motivos pueden ser examinados conjuntamente.

1. Según el artículo 58 del Código Penal, en lo que aquí interesa, el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

La cuestión, pues, se centra en determinar si, dadas las actuaciones realizadas, la privación de libertad que la recurrente sufrió en Turquía se debe a las actuaciones penales seguidas en España, o si, por el contrario, fue acordada, como sostiene el Ministerio Fiscal, como medida para garantizar la puesta a disposición de las autoridades turcas a efectos de la ejecución de la orden de expulsión. Sería igualmente considerada como prisión provisional acordada en esta causa, y por lo tanto, abonable en la misma, si la expulsión se hubiera tramitado a raíz de una solicitud de las autoridades españolas con la finalidad de ponerla a disposición de la Justicia de España.

Aunque la Policía informó (folio 445 de la causa, Tomo II) que V. estaba siendo expulsada a España por las Autoridades de Turquía por asuntos relacionados con la inmigración en aquel país, no como detenida y extraditada en aplicación de la Orden Internacional de Detención, lo cierto es que España, concretamente el Juzgado Central de Instrucción nº 4 había emitido con fecha 9 de enero de 2015 Orden Internacional de Detención contra V., que, en circunstancias normales, y no consta otra cosa, debió ser recibida por aquellas en el mismo día, por lo que, con independencia de que las autoridades turcas también la mantuvieran privada de libertad por razones derivadas de su situación irregular y con vistas a su expulsión, lo cierto es que tenían la obligación de hacer efectiva la citada Orden Internacional de Detención, salvo que les asistieran razones para no hacerlo, lo cual tampoco consta. Dicho de otra forma, la recurrente fue privada de su libertad desde el 23 de diciembre de 2014 hasta el 6 de marzo de 2015 por

las autoridades turcas; desde el 9 de enero de 2015, debían haber acordado su detención para su entrega a España en virtud de la Orden Internacional de Detención emitida por el Juzgado Central de Instrucción nº 4; y el que hayan optado formalmente por deportarla en lugar de entregarla en virtud de la referida orden, no puede producir efectos en contra de la recurrente.

En consecuencia, debe entenderse que la privación de libertad sufrida por la recurrente desde el 9 de enero de 2015, en que se emitió la Orden Internacional de Detención y fue recibida por las autoridades turcas, hasta el 7 de marzo en que fue detenida por las autoridades españolas en Barcelona, está vinculada directamente con la presente causa, por lo que es procedente descontar esa privación de libertad provisional en la liquidación de condena, desde el 9 de enero de 2015 hasta el 6 de marzo de 2015, ambos inclusive.

En consecuencia, ambos motivos se estiman parcialmente.

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a V. contra el Auto de 10 de mayo de 2017 dictado por la Sección 4^a de la Audiencia Nacional, en la Ejecutoria nº 128/206, acordando acordando que se practique nueva liquidación de condena, en la que se incluya, como privación preventiva de libertad, los días comprendidos entre el 9 de enero de 2015 y el 6 de marzo de 2015, ambos inclusive.

CAPÍTULO XIV

RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES

84.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 18/07/17

Denegación de transmisión de condena a Países Bajos por existencia de causas pendientes.

HECHOS

El interno del Centro Penitenciario de Córdoba, P.M.J.T., de nacionalidad holandesa, se encuentra cumpliendo condena por razón de la ejecutoria 185/2016 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Córdoba, extinguiendo su condena el próximo 12 de noviembre de 2018.

Mediante escrito de 22 de mayo de 2017 el referido interno solicitó su deseo de ser trasladado a Países Bajos, consentimiento que ha reiterado en comparecencia del pasado 7 de julio.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a la solicitud alegando que el interno tiene al menos pendiente de celebración Juicio Oral nº 445/2015 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Málaga, estando prevista la celebración del mismo para el año 2019. Por el mismo motivo solicita se comunique el citado Juzgado la fecha de extinción de la condena.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Según establece el artículo 1, párrafo 1º de la Ley 23/2014, “En aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro

para su reconocimiento y ejecución”, siendo instrumento de reconocimiento mutuo -entre otros- la resolución de un Estado miembro de la Unión Europea por la que se impone una pena o medida privativa de libertad (artículo 2,2 b), entendiéndose por tal aquella resolución judicial firme emitidas por autoridad judicial competente del Estado Español tras la celebración de un proceso penal, por la que se condena a una persona física a una pena o medida privativa de libertad como consecuencia de la comisión de una infracción penal, incluidas las medidas de internamiento impuestas de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (artículo 63, 1 Ley).

Son autoridades competentes para la transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, así como los Jueces de Menores cuando se trate de una medida impuesta de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En los supuestos en los que no se haya dado inicio al cumplimiento de la condena, será autoridad competente el tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia (artículo 64, 1 Ley).

Según establece el artículo 66.1 de la Ley 23/2014, tantas veces aludida, la autoridad judicial española competente podrá transmitir una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad a la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea para que proceda a su ejecución, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que el condenado se encuentre en España o en el Estado de ejecución.

b) Que la autoridad judicial española considere que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado, después de haber consultado al Estado de ejecución, cuando corresponda.

c) Que medie el consentimiento del condenado, salvo que el mismo no sea necesario, en los términos previstos en el artículo siguiente.

Estos requisitos no se cumplen en el caso que nos ocupa. Aparte de qué el penado pueda estar utilizando su petición de traslado para eludir la acción de la Justicia Española por razón de un Juicio penal que tiene pendiente de celebrar, según el SIRAJ existe otro procedimiento penal pen-

diente en El Ejido (Almería), con una medida restrictiva de libertad que se encuentra activa.

Por tanto, más que contribuir a la reinserción social del penado, el traslado que solicita puede enturbiar el éxito de las causas penales que tiene pendientes en España y, por lo que el interno ha manifestado en su comparecencia del pasado 7 de julio, no responde más que al deseo de cumplir pena en su país.

En virtud de lo antes expuesto,

DISPONGO: No ha lugar a transmitir a Países Bajos el reconocimiento y ejecución de la Sentencia por la que el penado, P.M.J.T., cumple condena en España.

85.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 6 DE MADRID DE FECHA 24/11/17

Se acuerda la transmisión a Rumania de libertad condicional y medidas acordadas en la misma.

Auto de fecha 28 de febrero de dos mil diecisiete.

HECHOS

Con fecha 10/10/16 se dictó auto acordando la concesión de la libertad condicional al interno del CIS Melchor García Rodríguez, I.L.B. condicionada al cumplimiento en su país de origen (Rumania) y con la obligación de comunicar los cambios de domicilio en relación con las causas:

- Ejecutoria 64/12 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Ejecutoria 1672/09 del Juzgado de lo Penal nº2 de Madrid.

Contra dicho auto, se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de apelación ante la Sección V de la Audiencia Provincial de Madrid la cual estimó parcialmente dicho recurso, acordando por auto de 9/12/16 que se

iniciaran los trámites previstos en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea en relación con la libertad condicional aprobada en auto de 10-10-16.

Mediante providencia de 16-12-16 se inició la tramitación prevista en los Títulos I y IV de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, en relación con la transmisión y ejecución en Rumania de la libertad condicional acordada en el referido auto de 10-10-16, habiéndose oído al interno I.L.B. el cuál ha manifestado su voluntad de regresar a su estado de residencia (Rumania), durante el período de libertad condicional.

Por el Ministerio Fiscal se ha informado favorablemente la transmisión y ejecución en Rumania de la libertad condicional acordada en auto de 10-10-16, y de las medidas en el mismo recogidas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Concurren en el presente supuesto los requisitos establecidos en los artículo 96 y ss de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre y en la Decisión Marco 2008/947 JAI de 27 de noviembre de 2008 para la transmisión y ejecución en Rumania de la libertad condicional y medidas de la misma acordadas en auto de 10-10-16 en relación con I.L.B. el cual ha manifestado su voluntad de regresar a Rumania durante el período de libertad condicional, indicando asimismo que carece de trabajo en España, y que su familia al completo reside en Rumania, país en el que tiene casa propia y mayores posibilidades de encontrar empleo.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

DISPONGO

Acordar la transmisión a Rumania de la ejecución de la libertad condicional y medidas de la misma acordadas en auto de 10-10-16, en relación con I.L.B. y respecto de las Ejecutorias 64/12 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Madrid y 1672/09 del Juzgado de lo Penal nº2 de Madrid.

AUTO de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete.

HECHOS

Con fecha 28/02/2017 se dictó auto acordando la transmisión a Rumania de la libertad condicional y medidas de la misma acordadas en auto de 10/10/2016, firme el 09/12/2016, en relación con I.L.B. y respecto de las Ejecutorias 64/12 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid y 1672/2009 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Madrid.

Con fecha 13/11/2017 se recibió de la autoridad judicial rumana (Tribunal Bihor. Sección Penal. Oficina de Ejecuciones Penales) copia de la sentencia penal nº 115/2017, dictada por el Tribunal Bihor el 12/07/2017, modificada y firme el 11/10/2017 a través de la Decisión Penal nº 570/A/2017 de la Corte de Apelación de Oradea, por la que se reconoció y adaptó a la legislación rumana la resolución de libertad condicional dictada por este Juzgado con fecha 10/10/2016, firme el 09/12/2016 y se dispuso la vigilancia de las medidas de no abandonar el territorio de Rumania y no retornar a territorio español hasta el 30/01/2020, disponiéndose en cuanto a las medidas, comparecer ante el servicio de probación del Tribunal Bihor en las fechas establecidas por el mismo, y anunciar con antelación cualquier cambio de vivienda y cualquier desplazamiento que supere cinco días, que se ejecuten por un periodo igual al tercero de la duración del plazo de vigilancia, pero no más de dos años.

Recibida la anterior documentación, se dio traslado al Ministerio Fiscal el cual informó interesando se dictase auto prestando conformidad con la adaptación efectuada por la autoridad judicial rumana en relación con las medidas de la libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Visto el contenido del informe emitido por el Ministerio Fiscal, y estimándose adecuada la adaptación efectuada por la autoridad rumana, en relación con la duración temporal de las medidas de libertad condicional acordadas en auto de 10/10/2016 firme el 09/12/2016, resulta procedente su aceptación.

Por todo lo cual y vistos los preceptos legales de aplicación;

DISPONGO

Se acepta y se muestra conformidad, con la adaptación efectuada por la autoridad judicial rumana en relación con la duración temporal de las medidas de la libertad condicional acordadas en auto de 10/10/2016, firme el 09/12/2016, respecto de I.L.B. (Ejecutorias 64/12 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid y 1672/2009 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Madrid).

CAPÍTULO XV

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

86.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 13/02/17

Se estima la petición del interno y se incluyen causas ya licenciadas para el cómputo de beneficios penitenciarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

En este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se recibió el 19/01/2017 petición del Interno en el Centro Penitenciario El Dueso, C.M.B., solicitando que las causas cumplidas y que se encuentran licenciadas se tengan en cuenta a efectos del cómputo para beneficios penitenciarios.

Dicho escrito viene acompañado de informe del jurista del Centro Penitenciario El Dueso en el que informa que C.M.B. ha estado ingresado en prisión de forma ininterrumpida desde el 18/03/2008 y que estando el mismo preso preventivo por PD 405/08 del Juzgado de Instrucción Langreo 3, causa de la que dimana el procedimiento de ley del jurado 2/10, actual ejecutoria 74/11 Audiencia Provincial Oviedo Sección 3, se produjo el licenciamiento definitivo de las siguientes causas por cumplimiento de las mismas:

- Eje 19/7 JII.I. Langreo 3 (0-0-15)
- Eje 21/7 JII.I. Langreo 2 (0-0-15)
- Eje 211/9 J.P. Langreo 1 (0-06-0)
- Eje 319/9 J.P. Langreo 1 (0-9-90)
- J. Faltas 273/7 JII.I. Langreo 2 (0-0-35)

Se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que ha emitido informe interesando la estimación de la petición al considerar razonable la petición del penado.

Que el por el Sr. Director del Centro Penitenciario se informa que las causas enumeradas en el informe del jurista, relacionadas en el hechos segundo de esta resolución, a las que habría que sumar la ejecutoria 184/06 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón, fueron licenciadas en fecha 20/11/2011y que a dicha fecha el interno continuó en prisión en calidad de preso preventivo a disposición de la Audiencia Provincial de Oviedo sección 3ª en procedimiento de ley del jurado 2/2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 76.2 letra g) de la Ley General Penitenciaria establece que corresponde al Juez de vigilancia 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.

En este caso, vistos los antecedentes e informes aportados, procede estimar la petición y acordar que las causas cumplidas y que se encuentran licenciadas se tengan en cuenta a efectos del cómputo para beneficios penitenciarios, toda vez que el licenciamiento definitivo de las causas relacionadas en los antecedentes de hecho se produjeron estando el interno preso preventivo, siendo la estancia en prisión de forma ininterrumpida desde el 18/03/2008.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo la petición formulada por el interno C.M.B. a que se hace referencia en los antecedentes de hecho de esta resolución debiendo tenerse en cuenta a efectos de cómputo para beneficios penitenciarios las causas que ha cumplido y se encuentran licenciadas - Eje 19/7 J1 I.I. Langreo 3 (0-0-15), Eje 21/7 J1 I.I. Langreo 2 (0-0-15), eje 211/9 J.P. Langreo 1 (0-06-0), Eje 319/9 J.P. Langreo 1 (0-9-90), J.Faltas 273/7 J11.1. Langreo 2 (0-0-35) y Ejecutoria 184/06 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón.

87.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 30/06/17

Estimación de recurso de apelación acordando la inclusión en la refundición de causas ya licenciadas.

I. HECHOS

Por el Letrado en defensa de S.M.N., en el Expediente N° 006860/2016 se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena que desestimaba el recurso de reforma contra la previa resolución desestimando la queja formulada por el interno por la denegación de refundición de condenas interesada al amparo del artículo 193.2° del Reglamento Penitenciario.

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.

El Ministerio Fiscal expone resumidamente que se pretende la anulación del licenciamiento producido en tres ejecutorias acordado el 19 de octubre de 2014, para la refundición con la condena ahora en cumplimiento que fue firme el 25 de noviembre de 2015.

Esos licenciamientos son correctos, toda vez que en la fecha en que se produjeron el recurrente estaba como preventivo en la causa que ahora cumple, por lo que no era dable otra actuación por la Administración Penitenciaria y por los tribunales cuyas penas se extinguieron. Cuando un sujeto cumple varias condenas -tres inicialmente en este caso- no deben licenciarse individualmente para evitar los efectos que tendría en la refundición del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario pues alteraría el proyecto de ejecución unificada y los hitos temporales de interés penitenciario. A ese fin se endereza la Instrucción 1/05 de Instituciones Penitenciarias.

Lo que no cabe es mantener sin licenciar esas causas llegada la fecha final de la refundición por estar preventivo en otra causa.

En algunos supuestos se ha admitido la anulación de licenciamientos y posterior refundición, cuando éste no se había producido por mal fun-

cionamiento de la Administración de Justicia, v gr., la nueva sentencia era anterior y firme pero había habido retraso en comunicarlo al Centro Penitenciario para su ejecución.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La cuestión que suscita el recurso está referida a la refundición de condenas establecida en el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario, que establece que “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 la libertad condicional”, y que parte de una idea básica: el tratamiento penitenciario debe ser uno con independencia del número de responsabilidades que se extingan, única forma para que adquiera sentido el proceso evolutivo en grados en que está basado todo el tratamiento penitenciario y que tiene que ser común a todas esas responsabilidades, lo mismo que el horizonte temporal para el disfrute de la libertad condicional tiene que estar referido a -la suma de todas las penas entendida como una sola.

En el caso discutido en el presente recurso, lo que se pretende es la refundición de la actual responsabilidad que extingue, Ejecutoria 19/2015, Audiencia Provincial de Madrid sección cuarta, con otras tres causas, que dejó extinguidas definitivamente el 16 de octubre de 2014, fecha en la que ya sufría prisión provisional por la causa que ahora extingue. El problema que se suscita es si una vez extinguido el cumplimiento de determinadas condenas por licenciamiento definitivo, cabe efectuar una posterior refundición de todas esas responsabilidades extinguidas, con un nuevo y posterior pronunciamiento condenatorio, a los solos efectos de esa valoración y ejecución unitaria de las distintas condenas temporalmente coincidentes de que parte el Reglamento Penitenciario de cara a la libertad condicional y demás efectos temporales considerados en la legislación penitenciaria.

Para evitar confusiones, utilizaremos el termino acumulación jurídica, cuando nos refiramos a la fijación de una única condena en los supuestos previstos en el artículo 76 Código Penal y 988 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el termino refundición, al simple hecho del cumplimiento enlazado de diversas condenas para fijación de un tope aritmético conjunto de cumplimiento a partir del cual calcular las distintas fases o

fechas de cumplimiento con repercusión en la legislación penitenciaria, esencialmente, el primer cuarto para poder acceder a permisos y las 3/4 partes para acceder a la libertad condicional.

La Instrucción 1/05 IIPP entiende que existiendo responsabilidades penales en curso procede demorar la refundición de condenas hasta que se cierre la situación penal del interno. “Solo la existencia de responsabilidades penales en curso, con juicios pendientes de próxima celebración, puede demorar, la refundición de condenas hasta que se cierre la situación penal del interno”. Es indudable que cuando llega la fecha de extinción debe acordarse el licenciamiento definitivo, con independencia de que permanezca preso en calidad de preventivo. Pero la cuestión está en si ese licenciamiento definitivo cierra toda posibilidad a una refundición futura, en la hipótesis de que recaiga sentencia condenatoria ejecutoria y firme por esa causa en la que estaba preventivo.

Esa regla general y lógica de la necesaria coincidencia temporal de todas las ejecutorias admite alguna excepción, como reconoce el informe del Ministerio Fiscal, cuando la nueva responsabilidad se conoce de forma retardada y se refiera a hechos anteriores a su último ingreso en prisión por las condenas que ya extinguió. Existen supuestos en que recae, se conoce o se comienza a ejecutar, con retraso, una condena que sin embargo correspondía temporalmente a la misma época que el resto de condenas y que solo el anormal funcionamiento del sistema judicial, determina esa pérdida de expectativas al interno, si bien el Ministerio Fiscal lo limita a que “la nueva sentencia era anterior y firme pero había habido retraso en comunicarlo al Centro Penitenciario para su ejecución”.

Si partimos de que la ejecución de las penas privativas de libertad se tiene que basar en un programa individualizado de tratamiento fijado en torno a criterios científico-individuales de observación personal, parece que no tiene mucho sentido que, quien no ha llegado a disfrutar en ese interregno de libertad, tenga necesariamente que ver efectuadas dos proyecciones temporales diferenciadas, una respecto de las condenas extinguidas en primer lugar, y otra respecto la recaída en último lugar. Ese programa individualizado de tratamiento se articula como sabemos en torno a diversas clasificaciones y etapas temporales de cumplimiento evolutivo, de manera que la determinación de las distintas fases tienen gran repercusión sobre el régimen de cumplimiento: presupuesto de acceso a permisos tras el primer cuarto, calificación en tercer grado a partir de la 1/2, posibilidad de adelan-

tar libertad condicional a las 2/3 partes, horizonte de las 3/4 partes de cara a la libertad condicional; entre otras muchas. Si, quien ha alcanzado esos hitos temporales con buena conducta y evolución penitenciaria favorable, ve regresado su status simplemente por el dictado o ejecución tardía de una sentencia, está viendo mermadas sus expectativas por un mal funcionamiento del sistema ajeno a su comportamiento, cuando, sin embargo, su valoración personal y evolución no se ha visto alterada. Esta es la propuesta que viene a compartirse parcialmente por el Ministerio Fiscal, quien, no obstante establece un tope de aplicación: la extinción definitiva de las primeras condenas, criterio que es asumido por la resolución impugnada, y que solo cabría excepcionar cuando la nueva condena fuera firme con anterioridad. El recurso, sin embargo, recoge pronunciamientos de diversos órganos judiciales que entienden que ese licenciamiento definitivo no tiene que suponer un obstáculo insalvable en aquellos supuestos en que no ha existido interrupción de la estancia en prisión.

En el análisis de la cuestión no podemos perder de vista los problemas que han planteado los delitos cometidos disfrutando de la libertad condicional, en el último cuarto o fase de extinción, y los efectos que ello comporta, perspectiva que ha cambiado con la última y profunda reforma de dicha institución con la Ley Orgánica 1/2015. Para complicar aún más la cuestión también hemos tenido en medio la problemática de la doble condición del interno, como penado y preventivo, y la imposición del doble cómputo de un mismo día de extinción, también ya superado con la reforma del artículo 58 del Código Penal. Y la denominada doctrina Parot.

Ahora bien, partiendo de los criterios sostenidos por el Tribunal Supremo en una materia como es la acumulación jurídica prevista en el artículo 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en materia de fecha de extinción/cancelación/reincidencia podemos extraer diversos criterios interpretativos de utilidad.

Como ha venido reconociendo el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, (ver Sentencia del Tribunal Supremo 54/2009 de 4 de febrero) “la resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución, no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como la retribución o especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial”.

La interpretación de los preceptos referidos a la acumulación y refundición de condenas debe hacerse compatible con todos aquellos fines; permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad y evitando que pudiera generarse una situación de impunidad respecto de posibles delitos futuros en aquellos casos en los que las penas impuestas en las primeras sentencias superasen los límites máximos establecidos en la Ley. Por otra parte, los distintos grados previstos en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad, junto con los mecanismos regulados dentro del ámbito del tratamiento penitenciario, pueden permitir, a través de su correcta aplicación, el avance posible en cada caso en la reinserción del delincuente, lo cual no debe ser incompatible, con el respeto a aquellos diversos fines asignados a la pena, aun cuando la duración total de la privación de libertad se prolongue más allá de los límites generales del artículo 76 ante la imposibilidad de proceder a la acumulación con las demás penas impuestas a la misma persona por hechos cometidos en distintos periodos temporales.

En el ámbito de la acumulación jurídica principio irrenunciable es que no se puede permitir que se sitúe en una posición de impunidad para eventuales delitos futuros, pero siempre se ha propiciado una interpretación flexible del instituto de refundición y acumulación de penas reguladas en los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Sentencia del Tribunal Supremo 114/2013 de 12 de febrero dice; “toda vez que el hecho de que el licenciamiento definitivo se apruebe no obsta a que nuevas condenas firmes puedan incluirse en la acumulación a que el mismo se refiere, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello (vid. Artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La Resolución de referencia no tiene carácter firme, en especial cuando de generar una situación definitiva contra el reo se trate.

El “hecho de que en una anterior ocasión hubieran sufrido dificultades considerables para que se reconociera tal extremo no significa que le asista la razón al recurrente en este caso”.

Es evidente que la jurisprudencia ha propiciado una interpretación flexible del instituto de refundición y acumulación de penas reguladas en los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

y de la Sentencia del Tribunal Supremo 885/2016 de 24 de noviembre, si bien referida al momento de la extinción a efectos de cancelación, podemos extraer datos interesantes, cuando nos recuerda que:

“La acumulación jurídica de condenas de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es sino un instrumento orientado en beneficio del reo para determinar el máximo de cumplimiento efectivo de condena en caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos, si los hechos pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; en definitiva, la imposición de la pena para el caso de concurso por infracciones enjuiciadas en diversos procesos. No en vano el artículo 76 del Código Penal se encuentra ubicado en el capítulo destinado a la aplicación de las penas, en la sección que contempla las reglas especiales para tal aplicación.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo 367/2015 de 11 de junio, el sistema de acumulación jurídica contenido en el artículo 76 del Código Penal viene a corregir los excesos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática que establece el artículo 73 del Código Penal, unido al sistema de artículo 75 del Código Penal.

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. Siempre partiendo de una orientación en beneficio del reo que no puede tornarse en su contra haciéndole perder un derecho en cuanto al inicio del cómputo de cancelación que ya ha adquirido.

En el caso que analizamos, alcanzada la fecha de extinción, el penado permanece en calidad de preventivo para evitar la situación de libertad y permitir el enjuiciamiento de una causa que había quedado olvidada, pues se refiere a hechos que cometió antes de su último ingreso en prisión. Este dato es trascendental y aporta los criterios de solución: ha existido un anómalo o anormal funcionamiento del sistema, no ha habido un nuevo comportamiento del interno que permita dejar sin efecto la valoración científico-individualizada en la que se asentaba todo su programa de tratamiento, no ha existido una proyección hacia futuro de expectativas consolidadas que puedan poner en riesgo fines básicos del sistema. Es decir, si la nueva condena se debiera a un episodio reciente acaecido en prisión o durante el

disfrute de un permiso o libertad condicional, no parece que haya razones para tener que respetar estatus alguno ni para efectuar una interpretación pro reo. Las expectativas en que todas dichas valoraciones y concesiones se basaban se han frustrado, y nada empuja, si se había alcanzado ya la extinción definitiva, que se verifique un proyecto temporal de cumplimiento totalmente diferenciado.

Ahora bien, cuando ninguna de esas circunstancias no concurren, no parece que el simple dato de la extinción definitiva del resto de condenas deba ser decisivo. Sin duda, si la condena se ha extinguido no podría en ningún caso prorrogarse su situación, pero, al igual que ha establecido el Tribunal Supremo en los supuestos de acumulación jurídica, nada imposibilita que esa misma ficción puede efectuarse en el caso presente. Es cierto que existe un interregno en que el interno solo es preso preventivo, pero una vez pronunciada sentencia firme ejecutoria de condena, no parece que haya argumentos de peso para impedir la refundición temporal de todas las condenas de manera conjunta, siempre que no existan datos que obliguen a modificar la expectativa individualizada de tratamiento. Aunque referida como hemos señalado a la determinación de la fecha de extinción de cara a la cancelación de antecedentes, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 885/2016 de 24 de noviembre nos ha indicado que la ficción de la extinción global no debe impedir que se individualicen extinciones de cara a los plazos diferenciados de cancelación o reincidencia, en sentido contrario, también podemos afirmar, que no siendo el licenciamiento definitivo una resolución con carácter firme, en especial cuando de generar una situación definitiva contra el reo se trate, nada se opone en supuestos como el presente (hechos sentenciados anteriores al último ingreso) a que pueda verificarse una valoración enlazada de todas las condenas, incluso las extinguidas mientras era preventivo. Por ello, si temporalmente cabría plantearse la acumulación jurídica de todas las condenas, no puede existir óbice para el enlazamiento penitenciario a efectos de considerar los distintos hitos temporales con especial repercusión penitenciaria.

La conclusión alcanzada no se ve contradicha por lo resuelto en el Auto de 7 julio de 2016, que entendió que la materia de la refundición penitenciaria no era susceptible de recurso de casación y solo a mayor abundamiento, como obiter dicta, parece sostener la tesis mantenida en las resoluciones aquí impugnadas, si bien la ratio decidendi que los supuestos de comparación no eran idénticos.

Se declaran de oficio las costas ex artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE: ESTIMAR el recurso de Apelación interpuesto por letrada en nombre de S.M.N. contra el auto de fecha 20 de enero de 2017 desestimatorio del recurso de reforma interpuesto contra auto de fecha 19 de diciembre de 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 3 de la Comunidad Valenciana, con sede en Villena, en el Expediente n° 006860/2016, REVOCANDO dicha resolución y ACORDANDO en su lugar que se proceda a practicar refundición del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario de las condenas, que fueron licenciadas y la actual responsabilidad que está cumpliendo (ejecutoria 19/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección cuarta), con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

CAPÍTULO XVI

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

88.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA DE FECHA 31/03/17

Desestimación recurso de apelación. Los criterios aplicables a la limitación del artículo 76 del Código Penal son extensibles al derecho penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por auto de fecha 19-12-2016 la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Aragón, con sede en Zaragoza, en expediente que tramitó con el nº 41-2016 estimó en parte el recurso de queja presentado por el interno M.B.T. del Centro Penitenciario de Zaragoza.

Contra dicha resolución se interpuso por el interno recurso de reforma desestimado por Auto de 2-2-2017; contra el que se interpuso apelación, presentándose escrito por el Letrado en nombre y representación del interno, que se admitió a trámite en ambos efectos, habiendo informado el Ministerio Fiscal en sentido negativo.

Formado el oportuno Rollo de Apelación número 380-2017 una vez remitidas las actuaciones, nombrado Ponente y cumplido todo lo demás de ley, se señaló para la votación y fallo del recurso que tuvo lugar el día 30 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte dispositiva del Auto recurrido es del tenor literal siguiente: “HE DECIDIDO: Estimando Parcialmente la petición formulada por el interno M.B.T., se impone al interno como límite máximo de cumplimiento

de las sanciones que le fueron impuestas en los Expedientes Disciplinarios a que se hace referencia:

Bloque 2º- Expedientes Disciplinarios señalados con los números 2, 3, 4 y 8 inclusive, siendo la sanción más grave impuesta la de 14 días de Aislamiento en Celda y cuyo triplo sería 42 días, inferior a la suma de las distintas sanciones impuestas; con cuyo cumplimiento dejaría extinguidas el resto de las sanciones que le fueron impuestas en los expedientes señalados, siendo ello más 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.

Bloque 3º.- Expedientes Disciplinarios señalados con los números 5, 6 y 7 inclusive, siendo la sanción más grave impuesta la de 20 días de Privación de Paseos y Actos Recreativos Comunes y cuyo triplo sería 60 días inferior a la suma de las distintas sanciones impuestas, siendo ello más 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.

Bloque 5º- Expedientes Disciplinarios señalados con los números 12, 13 y 14, siendo la sanción más grave impuesta la de 8 días de Aislamiento en Celda y cuyo triplo sería 24 días, y resultaría más beneficiosa 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.

Y no procede la acumulación de las distintas sanciones impuestas en los Expedientes Disciplinarios a que se hace referencia en los Bloques 1º y 4º, que deberán cumplirse por separado, por ser ello más beneficioso para el penado por las razones expuestas anteriormente”.

El recurrente en apelación alega lo siguiente:

“Entendemos que no procede la aplicación de la Triple de la Mayor por bloques que efectúa Su Señoría en sus Autos, basándose en fechas de comisión de los hechos sancionables y fechas en que fueron dictados los Acuerdos Sancionadores, pues en el presente caso debe de tenerse en cuenta principalmente que los hechos fueron denunciados por los mismos funcionarios que según mi defendido le cogieron manía y fueron todos ellos

injustos hasta que mi defendido pudo irse de ese Centro Penitenciario de Zuera y termino así la persecución hacia el mismo y además concentrados en un periodo de tiempo concreto”.

En primer lugar hemos de decir que la motivación del recurso porque su cliente le diga que los funcionarios le tienen manía no es admisible; por lo que procederemos a resolver si procede o no la aplicación del tripló por bloques o no.

La argumentación que efectúa el Auto de fecha 19-12-2016 del Juez es acorde derecho. El Reglamento Penitenciario artículo 236 prevé la ejecución en los supuestos de Concurso de infracciones: 1. 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. 2. En este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del tripló del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.

La Sentencia del Tribunal Supremo 367/2015, de fecha 11/06/2015, resolviendo acumulación de penas, reitera que para la aplicación de la refundición, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir que los hechos pudiesen haberse sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión.

En la reforma de 2015 establece, que “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

En cualquier caso, ha de tomarse en consideración que esta refundición determinada temporalmente por la primera sentencia condenatoria, no excluye la posibilidad de repetir la operación con otros hechos y sentencias posteriores, formando un segundo grupo de condenas acumulables sí, aplicando los límites legales, el resultado fuese favorable para el reo (Sentencia del Tribunal Supremo 249/2015, de 24 de abril).

Este criterio es perfectamente aplicable al derecho penitenciario, pues admitir la pretensión del recurrente equivaldría a darle un cheque en blan-

co, ya que alcanzado el triple podría cometer más infracciones que no se sancionarían.

El recurso de apelación formulado por el Letrado en nombre del interno M.B.T. contra los autos antedichos dictados por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria número uno de Aragón, con sede en Zaragoza, en el expediente referenciado no debe prosperar, por lo antedicho.

Las costas de esta segunda instancia se declaran de oficio.

VISTOS los artículos de aplicación.

La Sala acuerda: no dar lugar al recurso de apelación formulado por el Letrado en nombre del interno M.B.T. contra los autos referenciados dictados por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria número Uno de Zaragoza, los que se confirman íntegramente, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

89.- SENTENCIA 283/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA DE FECHA 20/10/17

No existe vulneración del principio de non bis in idem. Concurrencia de sanción administrativa y condena en el ámbito penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de lo Penal nº 1 de esta ciudad, sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

“Que debo absolver, y absuelvo libremente a C. del delito de quebrantamiento de condena por el que era acusado por el Ministerio Fiscal, declarando las costas procesales de oficio”.

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Ministerio Fiscal alegando los motivos que se examinarán en los fundamentos siguientes, recurso que se tuvo por formalizado mediante providencia, dando traslado a las partes por diez días

para alegaciones; por la procuradora Sra. M. en nombre y representado de C. y dirigido por el letrado Sr. M.S.V. se presentó escrito oponiéndose al recurso interpuesto de contrario; elevándose seguidamente los autos a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos.

TERCERO.- Recibida la causa en la Secretaría de esta Sala, en fecha 10.05.17 se formó Rollo registrándose y turnándose la ponencia. Por providencia se señaló para deliberación votación y fallo el día 17 de octubre de 2017.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO- Se aceptan íntegramente los hechos declarados probados de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hemos visto que se ha dictado por el Magistrado del Juzgado de lo Penal una Sentencia absolutoria en esta causa. Tal absolución la ha fundamentado en dos argumentos: por un lado el principio “non bis in idem” y por el otro citando en la resolución doctrina en cuanto al retraso en la incorporación por parte de los internos en centros penitenciarios (algunas horas) concluyendo que a la vista de que el acusado había sido sancionado ya administrativamente en el Centro Penitenciario (tres fines de semana conforme al artículo 108.e) , y a la vista de la doctrina del “retraso en la incorporación” que se considera en algunos casos irrelevante desde el punto de vista del derecho penal, concluye en el sentido de absolver al acusado por el delito de quebrantamiento de condena por el que venía siendo acusado. Debe añadirse que en el relato de hechos probados que se mantiene en esta resolución se ha recogido que no fueron unas meras horas las que estuvo el interno sin reincorporarse al Centro Penitenciario sino desde el día 5/02/2015 hasta el día 8/05/2015, tres meses.

Esa absolución es recurrida por el Ministerio Fiscal solicitando en primer lugar y a la vista de la argumentación jurídica que se expuso en la

Sentencia que se revoque y dicte otra a la vista del quebrantamiento de normas que se había producido trayendo a colación el artículo 468 del Código Penal y la doctrina aplicable a tal efecto. De forma subsidiaria solicita el Ministerio Fiscal la nulidad de la Sentencia dictada por error en valoración de las pruebas desarrolladas en el plenario.

SEGUNDO.- Para comenzar el análisis jurídico del recurso debe citarse la doctrina existente en torno a la revocación de Sentencias absolutorias. En las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3 y 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, afirmábamos que “la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos precisa también que “tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates” (entre otras Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30).

En similares términos se ha pronunciado recientemente la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011, caso Moreira c. Portugal, § 29 y 31 -con cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 19 febrero 1996, caso Botten contra Noruega, § 39- al afirmar que “conviene tener en cuenta el conjunto del proceso doméstico ... la forma en la que se exponen y protegen realmente los intereses del demandante ante ella ... el papel desempeñado por el Tribunal de apelación y la naturaleza de las cuestiones sobre las que debía pronunciarse”. En tal sentido, la condena del demandante en apelación tras un cambio en la valoración de las declaraciones en litigio y de otros elementos, exige para que se respete el derecho a un proceso equitativo “que el demandante tuviera ocasión de ser oído personalmente y rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista pública”.

Siendo un presupuesto configurador del proceso de apelación la existencia de una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación “no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36). A ello debe añadirse, como ya hicimos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, que:

“La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído”. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia n° 157/2013 del Tribunal Constitucional.

Pero este caso planteado es distinto, precisamente porque lo que se respeta el relato de hechos probados efectuado por el Magistrado del Juzgado de lo Penal, no se añade nada. Es desde la base de ese relato de hechos determinado y que ha podido ser rebatido por el acusado y su defensa en el plenario de donde se tiene que partir para analizar si lo que se ha producido es un quebrantamiento de aplicación del derecho, es decir, se ha producido un error jurídico por el Magistrado, que es precisamente lo que defiende el Ministerio Fiscal en su motivo principal del recurso de apelación, no precisando en este caso ni nueva valoración de prueba ni tampoco audiencia del acusado al no alterarse ni un punto de lo reflejado en la Sentencia de la instancia. Desde ese punto de vista la Sala en apelación puede entrar estrictamente en la aplicación jurídica de las normas a ese relato invariable de hechos probados, pudiendo llegar a dictar Sentencia condenatoria en esta segunda instancia. No se trata de analizar un error en valoración de la prueba como se alega por el Ministerio Fiscal como motivo subsidiario (lo que sí requeriría una audiencia del acusado, o en su caso decretar la nulidad de la Sentencia devolviendo la causa a la instancia), sino que se trata de un mero análisis de aplicación de la normativa en vigor en nuestro ordenamiento jurídico y que se ha efectuado por el Magistrado del juzgado de lo Penal.

TERCERO.- Una vez puntualizada la doctrina respecto al ámbito de conocimiento de la segunda instancia en este caso concreto, debemos comenzar por el análisis del concepto “non bis in idem” que de forma errónea se ha efectuado por el Magistrado del juzgado de lo Penal, para continuar con la interpretación que efectúa del retraso en la incorporación del interno cuando vuelve al centro penitenciario tras una salida de cualquier tipo.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional que “En cuanto a la vulneración aducida del principio “non bis in idem”, como una de las garantías inherentes al derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de

la Constitución Española), el Pleno de este Tribunal ha destacado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada (FJ 6). Igualmente en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 también hemos reiterado, desde la perspectiva procesal del principio non bis in idem, que “la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él (su naturaleza y magnitud) pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal” (FJ 8); de tal modo que, cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 1ª del 20 de diciembre de 2005).

El caso examinado en la sentencia que acabamos de citar, se concretaba en que “...el recurrente, con fundamento en los hechos acontecidos el día de autos, fue sancionado, en primer lugar, por resolución administrativa.... a la sanción de ocho días de arresto a cumplir en la dependencia militar, con participación en las actividades de la unidad. Y, en segundo lugar, en un procedimiento penal, como autor de un delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar, a la pena de nueve meses de prisión

y accesorias legales, acordándose que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos”. Y en ese caso, el Tribunal Constitucional descartó que se hubiere incurrido en la vulneración aducida, tanto desde la perspectiva material como procesal, del principio non bis in ídem.

Señaló dicho Tribunal en la citada sentencia que “...materialmente no concurre en este caso el necesario exceso punitivo para apreciar la vulneración aducida, pues se ha previsto expresamente en la resolución impugnada que para el cumplimiento de la sanción penal le fuera de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por la imposición de la sanción administrativa, habiéndose hecho también expreso que le había sido cancelada al recurrente la nota desfavorable por falta leve. Con ello se evidencia que la resolución impugnada ha procedido a solventar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora. Del mismo modo, y desde la perspectiva procesal, tampoco concurre en este caso la posibilidad de equiparar el procedimiento disciplinario sufrido con un proceso penal como presupuesto necesario para apreciar la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador, habida cuenta de la poca complejidad fáctica de los hechos que habían sido objeto de sanción y de la sencillez en la tramitación de dicho expediente disciplinario, que es oral y se sustanció en un solo día con la toma de declaración del recurrente y de los testigos presenciales.”

Por su parte, la referida sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003, en relación con una decisión adoptada por el órgano judicial y que era examinada en dicha sentencia, concretada en haber tomado en consideración el órgano judicial la sanción administrativa previamente impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la Sentencia penal, concluyó que “...no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación - bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el artículo 25.1 de la Constitución Española. Frente a lo sostenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución

administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución Española en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”.

Sentado lo anterior, se desprende de la citada doctrina del Tribunal Constitucional que no impide necesariamente, por sí sola, la sanción impuesta en el ámbito administrativo, una ulterior condena en el ámbito penal, si bien, sí lo impide el exceso o la reiteración punitiva.

Por tanto, habremos de valorar si en el presente caso la condena del acusado en este procedimiento por un delito de quebrantamiento de condena conllevaría el exceso o la reiteración punitiva constitucionalmente proscrita, no siendo entonces posible tal condena en atención a la interdicción de incurrir en “bis in idem”, constitucionalmente garantizada en el artículo 25.1 de la Constitución Española, con arreglo a los parámetros que ofrece dicha doctrina del Tribunal Constitucional, o si, por el contrario, no conllevaría tales exceso o reiteración, en cuyo caso, sí sería posible la condena, no obstante la previa imposición y cumplimiento de aquella sanción. En el cuerpo de la Sentencia recurrida por el Ministerio Fiscal se afirma que la sanción administrativa fue impuesta al amparo del artículo 108.e) y consistió en tres fines de semana. Evidentemente una sanción leve como la impuesta no puede compararse a la pena en su caso a imponer por el delito de quebrantamiento, por lo que a tenor de la doctrina constitucional, no cabe apreciar en este caso el principio “non bis in idem” en el supuesto de autos como sí fue apreciado por el Magistrado de la instancia penal siendo clara la comisión del delito de quebrantamiento de condena en que incurrió el acusado. Y todo ello sin perjuicio en su caso de tener en cuenta los días que le fueron impuestos por sanción administrativa a la hora de computar la liquidación de la condena en esta causa.

Así mismo se puede añadir la doctrina en torno a la distinta naturaleza que encierra la sanción administrativa en estos casos respecto a la sanción penal y que se cita por el Ministerio Fiscal en su informe del recurso de apelación (Audiencia Provincial de Valladolid Sentencia 26/09/2011).

A mayor abundamiento, debemos finalizar haciendo referencia a la errónea interpretación jurídica que ha efectuado el magistrado en el otro motivo en que fundamenta la absolución, y que es la aplicación de la doctrina que cita en supuestos en que se produce un retraso nimio a la hora de volver al Centro Penitenciario por parte del interno (unas pocas horas o hasta dos días), frente al dilatado plazo en que tardó el interno en regresar (más de tres meses). No cabe duda de que en este supuesto analizado el plazo de no regreso se dilató en exceso y en consecuencia debe ser tenido en cuenta para entender que se cometió la infracción delictiva, y ello con la misma cita doctrinal que se ha efectuado en la Sentencia de la instancia (Audiencia Provincial de Álava de fecha 22/09/2015, Audiencia Provincial Madrid 24/01/2005, Audiencia Provincial de Madrid 2/10/2000,... entre otras).

Por todo ello se va a estimar íntegramente el recurso del Ministerio Fiscal, revocando la absolución que se dictó y condenado a C. como autor de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal por los hechos acaecidos entre el 5/02/2015 hasta el 8/05/2015 como reflejan los hechos probados que no se han alterado, imponiendo al mismo la pena de siete meses de prisión como autor de un delito del artículo 468 del Código Penal, con inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y ello sin perjuicio como se ha dicho anteriormente de tener en cuenta los días que le fueron impuestos por sanción administrativa a la hora de computar la liquidación de la condena en esta causa

CUARTO.- No se va a efectuar especial pronunciamiento en las costas devengadas en el presente recurso de apelación

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

FALLAMOS

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia 186/17 de fecha 19/06/2017 dictada en causa Procedimiento Abreviado 31/17 del Juzgado de lo Penal número 1 de Vitoria con reiteración de la argumentación jurídica que se ha citado anteriormente, revocando la citada resolución en el sentido de que debemos condenar como condenamos a C. como autor

de un delito de quebrantamiento de condena conforme al artículo 468 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas, a la pena de siete meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, no efectuando especial pronunciamiento en las costas devengadas en el presente recurso de apelación.

90.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 20/04/17

Estimación parcial de recurso. Se mantiene la calificación jurídica pero se reduce la sanción.

HECHOS

Con fecha 22-03-2017 se recibió en este Juzgado escrito de recurso de alzada interpuesto por la interna A.M.G. contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote en el Expediente Sancionador número 0055/2017.

Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó interesando su desestimación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Impugna la interna el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario reseñado por no estar conforme con la sanción impuesta y los hechos imputados.

En el Expediente se imputa a la interna la comisión de una falta grave del artículo 109-B del Reglamento Penitenciario porque, el día 29-01-2017 en el Módulo 9, dicha interna se negó a realizar la limpieza de los servicios del patio que le correspondía hacer por turno rotatorio, negativa que ha repetido sistemáticamente, siendo una tarea que beneficia al colectivo de internas del departamento y cuya negativa a hacerla obliga a las demás

a repetir con más frecuencia la limpieza, generándose el malestar de las mismas y originándose una problemática que altera gravemente la normal convivencia.

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó la imposición de una sanción de 5 días de aislamiento en celda.

La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En el caso examinado, la interna se niega a realizar la limpieza de los servicios del patio de su módulo de residencia, y que le corresponden por turno rotatorio. A tales efectos, según informa el Centro Penitenciario de Albolote y a pesar de lo alegado por la interna en su recurso, no existe actualmente adjudicación de destinos específicos de limpieza de los servicios-lavabos del patio,- como destino remunerado y que, por tanto, la limpieza de dichas zonas concretas se realiza por turnos rotatorios, de conformidad con lo prevenido en el artículo 5.2 f) del Reglamento Penitenciario, en relación con el artículo 29.2 in fine de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 78 del Reglamento Penitenciario. Así, la realización de las labores de limpieza de los lavabos o servicios del patio se configura como una prestación personal obligatoria de los internos usuarios de los mismos, justificable por la especial intensidad con la que opera la relación especial de sujeción del interno, de lo que resulta su deber de colaboración en las tareas comunes del Centro Penitenciario. (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/01, de 29 de enero, y Sentencia del Tribunal Constitucional 116/02, de 20 de mayo).

En concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/01, de 20 de enero, señala que la obligación de realizar las tareas de limpieza de zonas comunes está establecido con carácter general para todas las personas internas en los Centros Penitenciarios; y dicha obligación se desarrolla en el artículo 78.2 Reglamento Penitenciario, para los internos destinados en los módulos de vida ordinaria, y en el artículo 93.5 del Reglamento Penitenciario, para los internos destinados en departamentos especiales. Es

más, corresponde al Consejo de Dirección del Establecimiento dictar las normas correspondientes sobre la limpieza de las celdas y las zonas comunes. Por consiguiente, y siendo obligatoria la realización de las tareas de limpieza de los lavabos y servicios del patio, en virtud de los turnos rotatorios establecidos por la Dirección del Centro Penitenciario, en el ámbito de sus competencias, los internos no obtienen beneficio penitenciario alguno por su realización, y su negativa a realizarlos constituye falta de desobediencia en los términos del artículo 109-B del Reglamento Penitenciario.

Procede, por tanto, la desestimación del Recurso de Alzada formulado, confirmando el acuerdo sancionador de la comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos como falta grave del artículo 109-B si bien en cuanto a la sanción impuesta, y vistos los términos del artículo 234 del Reglamento Penitenciario, procede reducirla a 5 días de privación de paseos y actos recreativos comunes, no estimándose concurrentes los requisitos exigibles para la aplicación de la sanción de aislamiento en celda conforme al artículo 233.2-a) del Reglamento Penitenciario.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la interna A.M.G. confirmando el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Albolote de fecha 7-03-2017 en cuanto a la calificación de los hechos como falta grave del Artículo 109-B, si bien reduciendo la sanción impuesta a 5 días de privación de paseos y actos recreativos comunes

En el caso de que se trate de internos clasificados en primer grado de tratamiento o en artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a fin de no agravar la situación del interno, y si éste lo solicitara, procederá a los meros efectos de cumplimiento computar cada tres días de privación de paseos como equivalente a uno de aislamiento (criterio 98 de Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

91.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PAMPLONA DE FECHA 01/02/17

Estimación de recurso contra sanción impuesta por no reingreso al Centro Penitenciario después del disfrute de un permiso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante acuerdo de 7 de diciembre de 2016, adoptado en el Expediente Disciplinario nº 225/2016 del Centro Penitenciario de Pamplona, de conformidad con lo establecido en el Art. 233 del Reglamento Penitenciario y por razón de los hechos que se consignan en el referido Acuerdo, impuso al interno G.U.C. como autor de una falta MUY GRAVE prevista en el artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario de 1981, la sanción de 3 fines de semana de aislamiento.

El precitado Acuerdo sancionador fue impugnado por dicho interno, de forma escrita en fecha 11 de diciembre de 2016, solicitando su revocación, incoándose por este Juzgado el Expediente nº 2233/2016 y practicándose las diligencias oportunas.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, informó interesando desestimación del recurso formulado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

En el presente expediente se ha calificado la conducta del penado como constitutiva de la Falta Disciplinaria Muy Grave recogida en el artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario de 1981, que se refiere a las acciones de “Intentar, facilitar o consumir” la evasión. Sin embargo, en el presente caso, no se trata de que el penado se evadiera del establecimiento penitenciario, sino que habiendo salido al exterior para disfrute de un permiso no regresó al centro penitenciario cuando debía, y eso, no constituye la falta disciplinaria de que se trata.

Sin desconocer la variedad de interpretaciones que suscita la cuestión, lo cierto es que una interpretación lógica y sistemática descarta nítidamen-

te la consideración de este tipo de conductas del acervo disciplinario penitenciario.

Las normas de carácter punitivo o sancionador, no pueden ser interpretadas de un modo extensivo sino, en todo caso estricto, y considerando la dicción del artículo 41.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y aun cuando se pusiera en relación a las contenidas en el artículo 231 y concordantes del Reglamento Penitenciario, debe considerarse que las acciones disciplinarias son las cometidas en el ámbito más inmediato y directo de los reclusos en el interior de los establecimientos penitenciarios y que afectan a su seguridad y buen orden regimental y ordenada, convivencia, lógico, pues se trata de sancionar y prevenir las acciones o incumplimientos que tienen ese carácter de materialización inmediata y próxima que se visualiza por los demás internos de un modo personal y directo y que merece una respuesta de la propia administración penitenciaria en cuyas instalaciones se ha cometido la acción, pero no puede extenderse de manera antinatural y desproporcionada y, en todo caso, contraria al sentido y letra del artículo 41.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a actuaciones o incumplimientos sucedidos con motivo de una salida al exterior del penado. En el caso concreto de la evasión o fuga de un penado, debe considerarse que la misma se refiere a los supuestos en que el penado o preventivo que se encuentra en el interior de la prisión desafía de manera radical, no sólo a la decisión judicial que determinó su ingreso allí, sino las barreras de vigilancia y control establecidas por la Administración Penitenciaria encargada de su custodia y retención, con el riesgo que ello puede suponer para la seguridad del establecimiento, y las repercusiones coetáneas, más inmediatas y palpables y perceptibles desde luego para el buen orden regimental y ordenada convivencia en el interior del centro.

Pero eso no se da, desde luego que no, en la seguridad interior ni en la convivencia ordenada, y sólo de un modo reflejo pero de una intensidad mucho menor y desprovista de esas notas de inmediatez y proximidad, cuando de lo que se trata es que un penado incumple con su obligación penitenciaria y no regresa. Eso deberá tener sus repercusiones en el ámbito penal (quebrantamiento) y penitenciario, pero de otro orden (revocación de permiso, pase a interior, regresión de grado...), pero no como falta disciplinaria pues no entra en la previsión del artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario.

“... evadirse supone salir de la cárcel sin autorización alguna, pero no, en ningún caso, no entrar en el Centro Penitenciario para continuar el cumplimiento de la condena..” (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Castilla León 26-10-1999). La fuga “... presupone un ámbito de clausura, un módulo de control e internamiento a cuya quiebra se tiende mediante la elusión de una actividad de vigilancia, la superación de instalaciones de cierre o el rebasamiento de barreras físicas o arquitectónicas” (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Murcia 7-6-1991. “Efectivamente, en el hecho de quebrantar un permiso no se ataca ni la seguridad ni la ordenada convivencia del Centro Penitenciario y además en este caso es el propio interno quien se reintegra voluntariamente. Por otro lado el ordenamiento penitenciario ya dispone de otros recursos que hacen innecesaria la tipicidad de esta conducta como los efectos derivados de la regresión de grado, eventual interrupción del proceso de disfrute de permisos, etc. En consecuencia los hechos descritos en el relato de hechos probado no son constitutivos de infracción alguna, estimándose el recurso y dejando sin efecto la sanción”. (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Coruña 4-8 2005) Por todo lo cual,

ACUERDO:

Estimar el Recurso del penado G.U.C. frente a la resolución de la Comisión Disciplinaria de la Prisión de Pamplona de 7 de diciembre de 2016 revocando y dejando sin efecto la misma.

92.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 07/02/17

Desestimación de recurso. Es ajustada a derecho la calificación de la falta y la imposición de la sanción.

HECHOS

El presente expediente se incoó en virtud de recurso de alzada interpuesto por, S.S.B., interno/a en el Centro Penitenciario de Albolote, contra

el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Establecimiento adoptado en su sesión del día 10 de enero de imponerle la sanción de 5 días de aislamiento en celda, como autor/a de una falta grave del artículo 109.B del RD 1201/1981, de 8 de mayo (Expediente de S Rf 836/16).

Pasado el expediente al Ministerio Fiscal, informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Examinados los hechos objeto del expediente, y analizada la prueba obrante en el mismo se llega al convencimiento que los referidos, que protagoniza la interna del Centro Penitenciario de Albolote, S.S.B., son constitutivos de una falta grave de desobediencia, al quedar acreditado, tanto por el parte de los funcionarios como por la ratificación que del mismo hace el Sr. jefe de servicios y el propio reconocimiento de la expedientada que: el día 8 de diciembre del pasado año, en el interior del módulo 9 del Centro Penitenciario de Albolote, la interna S.S.B., se negó a realizar la limpieza de los baños que por turno rotatorio le correspondía.

Tales hechos probados, constituyen la descrita falta prevista en el apartado B del artículo 109 del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en relación con el apartado f del artículo 5 del Reglamento Penitenciario en cuanto establece como deber de los internos el de realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos, por cuanto que resulta acreditada la manifiesta rebeldía de el/la interno/a a cumplir la orden dada, con el desprecio al principio de autoridad que ello conlleva.

La sanción de 5 días de aislamiento en celda se considera totalmente ajustada a derecho y a las circunstancias concurrentes (artículos 233.2.b, relación con la letra a y 234 del Reglamento Penitenciario) ya que, la actitud es ya reiterada por la interna y, tal actitud que obliga a saltar el turno a otra interna causa un evidente malestar y genera una tensión que altera la normal convivencia en el centro.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación, SS^a dijo;

PARTE DISPOSITIVA

Que debo desestimar y desestimo el recurso de alzada interpuesto por el/la interno/a del Centro Penitenciario de Albolote, S.S.B., contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria de fecha 10 de enero, ratificando la sanción de 5 días de aislamiento en celda impuesta al recurrente como autor/a de la falta definida en el segundo de los fundamentos, al considerar la misma ajustada a derecho y a las circunstancias concurrentes.

93.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BALEARES DE FECHA 23/02/17

Desestimación de recurso interpuesto contra acuerdo sancionador por comisión de falta tipificada en el artículo 109.A del Reglamento Penitenciario por declaraciones de la interna en un programa de televisión.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por Auto de 31-1-17 se desestimó el recurso de queja interpuesto por el Letrado en defensa y representación de la interna del Centro Penitenciario de Palma de Mallorca, M.S.V., contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria de dicho Centro de fecha 3.11.16 en el expediente disciplinario nº 36/2016-0704 y, una vez notificado, fue recurrido en reforma, siendo admitido el recurso e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de interesar su desestimación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Examinadas y valoradas las argumentaciones que se esgrimen vía recurso procede la íntegra desestimación del mismo, debiendo hacerse las siguientes precisiones:

1°.- Basta una simple lectura del Auto que se impugna para descubrir que contra el mismo sólo cabe formular recurso de reforma, tal como dicta el apartado tercero de la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2°.- No obstante lo anterior, en virtud del principio pro actione y a fin de garantizar la máxima protección de los derechos de la penada, esta juez no ha inadmitido el recurso que impropriadamente se ha planteado, sino que ha resuelto tramitarlo a través de los únicos cauces que permite la ley, el recurso de reforma.

3°.- Sostiene el abogado recurrente, en un escrito en el que atribuye gratuitamente a esta juez toda suerte de negligencias profesionales que en absoluto se corresponden con la realidad, que el auto que se cuestiona es nulo por tratarse de “un burdo modelo estereotipado”, obviando en dicha afirmación de forma manifiesta la doctrina del Tribunal Constitucional que, en numerosas sentencias, ha establecido que “el carácter impreso y estereotipado de las resoluciones judiciales (...) no implica una falta o insuficiencia de la motivación, pues peticiones idénticas puede recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta. Hay que estudiar caso por caso; de forma que lo esencial es que sea posible conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 196/1996, 39/1997, 67/2000, 128/2003 de 30 de junio)”. En el auto impugnado esta juez confirmó íntegramente el contenido del expediente sancionador que se estimó ajustado a derecho, remitiéndose en su conjunto al mismo, supliendo de este modo indirecto su deber de fundamentación. Y no se apreció en el escrito de recurso ninguna “particularidad” que precisase de un trato preferente sobre las restantes impugnaciones que otros internos formulan ante este mismo Juzgado, como parece demandar el Letrado.

4°.- Pese a lo anterior, y vistas las manifestaciones insistentes en vía de recurso, es preciso reiterar que esta juez considera que el expediente disciplinario que se cuestiona se ha tramitado con la máxima corrección y que la resolución sancionadora ha de ser íntegramente confirmada tal como se acordó en el Auto de 31.1.17 que ahora se recurre.

M.S.V. es una penada y, al tiempo de acudir a la cadena de televisión IB3 para realizar las manifestaciones que nos ocupan, se encontraba cumpliendo condena de 5 años de prisión, sometida por tanto a una relación

de sujeción especial con la Administración Penitenciaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 74/1985, fundamento jurídico 2.º; 2/1987, fundamento jurídico 4.º, y 120/1990, fundamento jurídico 6.º), y así se desprende del artículo 25.2 de la Constitución Española. Debiendo recordarse que el interno, como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, “se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su status libertatis, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres (fundamento jurídico 2.º). Esa relación de sujeción especial, que en todo caso debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, fundamento jurídico 6.º, y 137/1990, fundamento jurídico 4.º), origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso”. De ese entramado destaca, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos (art. 1 Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre, General Penitenciaria), de garantizar y velar -como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria (artículos 18, 22.3, 26, d), 29.2, 36.3, 41.1, 43.4, y 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria); 80, 139.5, 182, c), 183.3, 139.4, 104, 112.4, 123, 254, 89, 97, 121 y 76 del Reglamento Penitenciario por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento [artículos 4 b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 7, b) del Reglamento Penitenciario].

Y entre tales normas se encuentran las relativas al régimen disciplinario; en lo que ahora nos interesa, el artículo 109.A) del Reglamento Penitenciario de 1981, que califica de falta grave: “La falta de respeto o consideración a los funcionarios, autoridades u otras personas, tanto dentro del establecimiento como fuera del mismo si el recluso hubiere salido con causa justificada durante su internamiento”. Esta infracción es distinta (menos grave) que la contemplada en el apartado B) del artículo 108 del mismo cuerpo legal que se refiere a los “insultos” dirigidos a funcionarios, autoridades u otras personas; y su contenido es mucho más amplio, no restringido al insulto que se sanciona más gravemente, sino comprensivo de cualquier tipo de conducta que implique menosprecio o descrédito de los

funcionarios u otras personas, si bien presenta un sentido más reforzado en cuanto a los primeros, en tanto que personifican el principio de autoridad, de imprescindible protección si quiere hacerse efectiva la obligación que tiene la Administración Penitenciaria de garantizar la “seguridad y el buen orden regimental” del centro.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se cuestiona que la penada manifestó en un programa de televisión, que nunca pensó “que se vulnerasen los derechos humanos de la forma que se hace en prisión”, que había “malos tratos continuamente”, “maltratos de palabra cada día, a todas horas”, que lo más suave que había escuchado era “no respiráis”.

Y dicha conducta, entiende esta juez, que es claramente subsumible en la infracción que nos ocupa, al implicar una evidente falta de respeto a los funcionarios que trabajan en el centro penitenciario, los cuales se ven afectados en su honor y en su imagen pública en una forma muy difícil de contrarrestar atendida la generalidad de los asertos.

Sorprende sobremanera que la penada afirme que no existía ánimo de injuriar (lo que tampoco se exige para la comisión de esta falta, por los motivos ya expuestos) y sí la de hacer una “denuncia social”. Sin embargo, en ninguna de las entrevistas que dicha penada mantuvo con esta juez, ni con los miembros del Ministerio Fiscal, denunció ningún trato vejatorio hacia su persona ni hacia ninguna otra interna, proveniente de los funcionarios de prisiones. Como también extraña sobremanera y causa perplejidad que no haya acudido a formular denuncia al Juzgado de Guardia que, como debe conocer su abogado, es el competente para investigar unos presuntos malos tratos; y sin embargo critique de forma airada que de sus manifestaciones en televisión no se haya abierto causa.

5º.- Esta juez no entra a valorar si han existido en el pasado conductas ilícitas sobre las que ya ha recaído sentencia firme, ni duda de que existan en la actualidad denuncias que se estén investigando por presuntos malos tratos en el centro penitenciario de Palma, porque no es esto lo que manifestó la penada, ni por este motivo ha sido sancionada.

La conducta reprochable que se le atribuye es la de afirmar en un medio de comunicación de gran difusión, que los actos de maltrato son continuos y generalizados en la prisión de Palma. Dejando en evidente indefensión a los funcionarios que trabajan en la misma puesto que no se concretan conductas, ni personas ni fechas, de forma que su actuar cae en descrédito

público y el principio de autoridad en el establecimiento penitenciario resulta fuertemente lesionado.

6º.- En esta misma línea de argumentación, queda claro que la decisión de inadmitir la práctica de la prueba propuesta por el abogado que recurre es también ajustada a derecho, debiendo darse por reproducido el informe administrativo elaborado al respecto. Destacando en todo caso que es inútil a los efectos de la resolución de este expediente el conocer “todas las quejas efectuadas por los internos (...) a la Dirección del Centro Penitenciario y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en los últimos 5 años”, pues la propia penada sostiene que ella se refería única y exclusivamente al módulo de mujeres. De lo que se colige que, o bien el señor Letrado no conoce el sentido de lo manifestado por su cliente, o pretende hacer de este expediente una “causa general” contra los trabajadores del centro penitenciario de Palma, lo que esta juez debe rechazar de plano remitiéndole al Juzgado de Guardia para formular las denuncias que estime pertinentes.

Debiendo recordarse además que esta decisión redunda en el interés de la propia penada pues, como su abogado ha debido informarle con carácter previo, la mera pendencia de este procedimiento sancionador puede motivar que le sean denegados beneficios penitenciarios a los que de otro modo (cumplida y rehabilitada la sanción) habría podido tener acceso.

Argumento que es predicable, mutatis mutandi, del resto de la prueba propuesta y, por ende, de la denegación de “audiencia para tomar conocimiento de las diligencias de investigación”, puesto que las mismas no se han practicado al haber resultado acertadamente rechazadas por el instructor del expediente.

Por todo lo que procede sin más razonamientos la integra desestimación del recurso interpuesto.

PARTE DISPOSITIVA

Se Desestima íntegramente el recurso interpuesto por el Letrado, en defensa y representación de la interna del Centro Penitenciario de Palma de Mallorca, M.S.V., frente al Auto de 31-1-17 que se mantiene en todos sus extremos.

94.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA CASTELLÓN DE FECHA 21/03/17

Estimación de recurso de alzada. Los hechos objeto del expediente disciplinario tienen lugar fuera del Centro Penitenciario.

HECHOS

T.B.S. persona interna en el Centro Penitenciario de Castellón I, cuando ocurrieron los hechos, presenta recurso de alzada contra la resolución de fecha 26 de enero de 2017 dictada en el expediente disciplinario nº 10/2017-1201, en el que se le sancionaba por una falta grave del artículo 109.b), a la sanción de 15 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

Conferido traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, se reformó por el mismo en el sentido de oponerse al recurso de alzada interpuesto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76.1 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 el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Y más concretamente, en su segundo párrafo, letra g) establece que es competencia de este Órgano 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.

Los hechos por los que es sancionado T.B.S. se producen el día 13 de diciembre 2016, cuando desobedece las órdenes recibidas a su salida del Centro fumando en los calabozos del Palacio de Justicia.

En el presente caso, tal y como se viene interpretando por la doctrina y operadores jurídicos, la actuación del interno fuera de los muros de la pri-

sión no constituye ninguna sanción disciplinaria, ya que ello sobrepasa el fundamento y fines del régimen disciplinario de los establecimientos penitenciarios recogidos en el artículo 41 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pues al referirse a actos o expresiones que no se realizan dentro de los establecimientos penitenciarios, no pueden afectar en modo alguno a la seguridad o buen orden del establecimiento y, tal regulación y pretensión, contrarios a la jerarquía normativa y, por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.3 de la Constitución, 1.2 del Código Civil y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no cabe sancionar por vía disciplinaria hechos como los relacionados. Las expresiones o actuaciones consumadas en el calabozo del Palacio de la Justicia, es decir, fuera de la Prisión, no comprometen el buen orden y seguridad del establecimiento y por tanto no tienen el carácter disciplinario-penitenciario.

Por todo ello, vistos los artículos citados y demás de aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

Se ACUERDA estimar el recurso de alzada interpuesto por T.B.S. contra el acuerdo sancionador de fecha 26 de enero 2017, dejando sin efecto el mismo.

95.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SEVILLA DE FECHA 08/06/17

Estimación parcial de recurso de alzada. Con carácter general no procede imponer sanción más grave que la propuesta por el instructor.

HECHOS

Se formula recurso de alzada por el interno J.A.M., contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Sevilla, dictada en el expediente sancionador seguido al número 10/2017 por el que se le impuso al interno la sanción de 30 días de privación de paseos y actos recreativos

comunes por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 109 B del Reglamento dictado para la aplicación de la Ley General Penitenciaria, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

Tras incoarse el oportuno expediente, seguido al número que consta, y emitidos los informes oportunos por el Centro Penitenciario, se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, informando que procede la desestimación del recurso, considerando ajustado a derecho el procedimiento tramitado y la sanción impuesta.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Proclama la doctrina del Tribunal Constitucional que en materia disciplinaria, los partes de los funcionarios de servicios constituyen prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la cual gozan los internos en el ámbito sancionador administrativo-penitenciario (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/87 de 2.12.87). Elemento de prueba inculpatario que puede ser desvirtuado por la actividad probatoria del interno, a la cual tiene derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 297/93 y 97/95 entre otras), siendo aplicables por tanto a estos procedimientos las mismas garantías previstas en materia sancionadora en el resto del Ordenamiento Jurídico español.

En el presente caso, el interno recurrente no ha desplegado actividad probatoria alguna, limitándose a negar los hechos, o a ofrecer una versión alternativa de los hechos que no resulta suficiente para desvirtuar la prueba inculpatoria que se deriva de las manifestaciones contenidas en el informe del Jefe de Servicios, que aquí damos por reproducido.

El interno manifiesta en sus alegaciones que él estaba visible, que levantó la mano en el recuento, que es incierto lo que pone en el parte, que no desobedeció ninguna orden. Sin embargo, en el parte del funcionario se hace constar que el interno a la hora del recuento se encontraba metido en la cama, cubierto de mantas y con chaquetas colgadas en la litera de tal modo que para el funcionario era imposible verlo físicamente, también hace constar que le dijo las frases que se recogen en el relato de hechos probados “¿no me está escuchando que estoy aquí?” “Déjeme tranquilo y apague la luz”. Todo ello determinó que el funcionario tuviera que entrar

en la celda para cerciorarse del estado del interno, retrasándose el desarrollo del recuento.

Se acreditan, pues, los hechos contenidos en el Acuerdo Sancionador, sin perjuicio de lo que se dirá, en relación con la sanción impuesta, en el fundamento de derecho siguiente.

Conforme al Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo los hechos se encuadran en una falta grave del artículo 109 B por cuanto a tenor del relato de hechos relacionados anteriormente, se constata que la conducta del interno conllevó una alteración regimental, remitiéndonos al íntegro contenido de la relación circunstanciada de hechos imputados recogida en acuerdo sancionador, que se da aquí por reproducida

Dispone el artículo 247 d) del Reglamento Penitenciario in fine que “si la Comisión disciplinaria constatare que se ha calificado erróneamente la conducta del presunto infractor y ello implicase la imposición de una sanción por falta más grave que la que se le hubiese imputado en el pliego de cargos, ordenará al instructor la formulación de un nuevo pliego de cargos con la calificación determinada por la Comisión disciplinaria, concediéndose al interno el trámite previsto en el artículo 244.4”.

En efecto, el Tribunal Supremo tiene establecido que la Comisión Disciplinaria no queda vinculada por la propuesta de resolución del instructor ni por el pliego de cargos (salvo en lo referente a los hechos probados), por lo que podrá, a la hora de resolver el expediente, alterar la calificación jurídica, siempre que ello no suponga un agravamiento de la calificación «de la infracción, y, consecuentemente, de la sanción. En otro caso, se deberá proceder conforme indica el artículo 247 d) citado. Del espíritu de la norma transcrita se deriva que la alteración al alza de la sanción a imponer, sin mutación de la calificación jurídica, también debe quedar limitada. Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 1997 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 19 de enero de 2000 donde vienen a decir que, con carácter general, la Comisión Disciplinaria no podrá sancionar de forma más grave a la propuesta por el instructor, ni a la recogida inicialmente en el pliego de cargos, aunque no varíe la calificación jurídica de los hechos, a salvo aquellos casos muy excepcionales en los que se justifique y fundamente de manera suficiente la alteración al alza de la sanción. Todo ello con el fin de respetarse el principio acusatorio y el derecho de defensa del interno,

lo que no se ha procedido a hacer en el presente supuesto, pues la sanción propuesta fue de 20 días de privación de paseos y actos recreativos comunes y sin embargo la Comisión Disciplinaria impuso la de 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes que es más grave. De este modo, consideramos que procede imponerse la sanción de 20 días.

VISTOS los citados artículos y los de general aplicación.

DISPONGO:

Estimar parcialmente el recurso de alzada planteado por el interno J.A.M. contra la sanción impuesta por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Sevilla del día 10/05/17, en el expediente disciplinario 110/17-4102 revocándose la sanción impuesta, e imponiéndose en su lugar la de 20 días de privación de paseos y actos recreativos comunes.

96.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LUGO DE FECHA 26/10/17

Se estima recurso contra sanción. No existe desobediencia pese a la negativa al uso de esposas.

ANTECEDENTES DE HECHO

El penado recurre contra la sanción impuesta.

Fiscalía pide la confirmación de la misma.

Se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No hay desobediencia del artículo 109-B del Reglamento Penitenciario de 1981.

El penado se negó a ir pese al coste de la ambulancia porque no cabe en el coche de la guardia civil por su obesidad mórbida porque por esta última tampoco “cabe” en las esposas ordinarias que le ocasionan graves molestias y necesita unas “cuerdas” a modo de grilletes que otras veces se le han puesto para sus consultas con el endocrino.

Debe prevalecer el derecho del interno (artículo 54 del Reglamento Penitenciario) a la asistencia sanitaria (artículo 207 y s.s. del Reglamento Penitenciario).

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso.

ACUERDO

Se estima.

En los traslados del interno deben usarse “bridas” y no los grilletes convencionales.

CAPÍTULO XVII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

97.- SENTENCIA 148/2017 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO CONTENCIOSO DE FECHA 08/02/17

No procede indemnización. Se ha cumplido con el deber de vigilancia y el correcto funcionamiento de los servicios médicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por motivo del fallecimiento de su hijo D. S., el día 6 de octubre de 2013, en el Centro Penitenciario Sevilla II, Morón de la Frontera.

La resolución administrativa que pone fin al procedimiento administrativo tramitado al efecto consigna como hechos probados, que han de ser destacados, los siguientes:

“PRIMERO.- El día 6 de octubre de 2013, en el Centro Penitenciario Sevilla II, alrededor de las 07:55 horas, en el Departamento de Enfermería, durante el recuento de primera hora de la mañana, se observa por los funcionarios que el interno S. no responde y se procedió a abrir la celda, avisando inmediatamente a los Servicios Médicos y al Jefe de Servicios (folio 32).

“A nuestra llegada a la celda el interno se encuentra en decúbito supino, con los brazos colgando por los laterales de la cama. A la exploración presenta signos evidentes de muerte, palidez cadavérica, ausencia de respiración espontánea, disminución de temperatura corporal, pupilas midriáticas areactivas, ausencia de pulso periférico y central. Asimismo, se objetiva secreción espumosa blanquecina que impresiona proceder de fosa nasal izquierda y alcanza comisura labial izquierda. En ECG asistolia.

Ante estos signos no se procede a realizar RCP”; Informe del médico de guardia del Centro Penitenciario Sevilla II (folio 46).

SEGUNDO.- Por los citados hechos (folio 146) se incoaron, por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Morón de la Frontera, las Diligencias Previas Procedimiento Abreviado no 1515/2013, acordándose en Auto de 8 de noviembre de 2013 el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y EL ARCHIVO DE LA PRESENTE CAUSA.

TERCERO.- En estas diligencias consta un Informe de Autopsia de 29 de octubre de 2013 (folio 154), donde se indica: «Causa y Mecanismo de la Muerte. Los antecedentes del caso y hallazgos de la autopsia macroscópica orientan a que la causa de la muerte de S. se trata de un edema agudo de pulmón». Asimismo, se indica en los Antecedentes del caso que «Atendiendo a los antecedentes y a evolución de los fenómenos cadavéricos, la data de la muerte puede establecerse entre las 4 y las 6 horas del domingo 6 de octubre de 2013» (folio 151)”.

Asimismo, consta en el expediente administrativo y aparece recogido en la resolución administrativa impugnada, sobre el interno y su drogadicción, y de la Resolución impugnada procede destacar sobre la situación clínica del fallecido, los siguientes párrafos emitidos de acuerdo a la información dada por el médico de guardia del Centro Penitenciario (folios 49 a 51) que indica:

“Le informo que en el día de la fecha, 06/10/2013, siendo las 08.00 horas se constata el fallecimiento del interno S.

El mencionado interno se encontraba ingresado en el módulo de enfermería del Centro desde el 14/05/2013.

Antecedentes actuales:

A las 7:57, se comunica al Servicio de Guardia, que el interno no responde en el momento del recuento. Minutos después, el equipo sanitario certifica el fallecimiento del interno, al encontrarlo en la cama de su celda, en decúbito supino con los brazos colgando por los laterales de la cama, inmóvil, con signos evidentes de muerte: ausencia de movimientos respiratorios espontáneos y de pulsos centrales y periféricos, pupilas bilaterales midriáticas y arreáctivas, palidez y frialdad cadavérica, sobre todo en tórax, cabeza y cuello. Incontinencia urinaria y restos de secreciones blanco

espumosas desde el orificio nasal izquierdo hacia la comisura labial ipsilateral. ECG en asistolia. Ante estos signos no se procede a realizar RCP.

Como antecedentes inmediatos, se informa que:

Los compañeros de celda han referido que a las 02.00 hs le retiraron un cenicero (lo tenía apoyado en la región esternal) por escucharlo dormir profundamente. En el momento que fueron llamados al recuento matutino y ver que no se despertaba, uno de ellos procedió a golpearle el pecho para intentar que respondiese, sin respuesta favorable.

Durante la tarde del día 5/10/13, a las 19 hs aproximadamente se realizó un control de tóxicos en orina, a varios internos del módulo, por sospecha de consumo activo de sustancias. El mencionado interno admitió haber fumado un “porro”. En el momento de la exploración sanitaria no presentó signos ni síntomas de intoxicación aguda por sustancias y su analítica resultó positiva a BZD, fármacos no incluidos en su tratamiento habitual.

Antecedentes Patológicos:

Interno de 22 años, que ingresó en este Centro el 31/8/2011, y se encontraba residiendo en la enfermería desde el 14 de mayo/2013 por una luxación recidivante de rótula izquierda reducida asociada a obesidad mórbida, patologías que dificultaban la deambulacion, en especial el subir y bajar escaleras, independiente para el resto de las actividades de la vida diaria. Eutimico y adaptado al entorno con algunas conductas disruptivas aisladas, relacionadas especialmente con la manipulacion de fármacos y las trasgresiones alimentarias. Hábito tabáquico muy activo y sedentarismo habitual.

1.- El 14/05/13 sufrió una caída accidental, resultando una contusión en el miembro inferior izquierdo por el que fue derivado con carácter de urgencias a la Unidad Hospitalaria V. del Rocío. Regresó al Centro con diagnóstico de: Luxación recidivante reducida de rótula izquierda. Temporalmente necesitó inmovilización con yeso inguinopédico lo que asociado a su obesidad hacía difícil la movilidad en un módulo ordinario, razón por la que ingresó y continuaba residiendo en el departamento de Enfermería. Desde mayo hasta la fecha, acudió a consulta de enfermería según protocolo de inmovilidad y para control de los FRCV y a consulta médica en 3 ocasiones: (1) a demanda por caída accidental en agosto de 2013, (2)

programada para notificación de citas solicitadas para revisión Traumatológica y la 3ª para descartar consumo de tóxicos (5/10/13).

2.- Trastorno del Control de Impulsos en comorbilidad con hábitos tóxicos, iniciados tempranamente. -Trastorno por abuso de múltiples sustancias (cocaína, heroína, MDA, THC). Nunca ha estado incluido en Programa de Mantenimiento de Metadona. Pendiente de realizar I/C con Psiquiatría para reajuste de tratamiento si hubiese procedido.

Últimos consumos activos de sustancias registrados: - Febrero de 2013: Tóxicos en orina positivo a BZP y THC, sustancias no prescritas. 5//10/13: Tóxicos en orina positivo a BZP no prescritas. Ambos episodios no se han relacionado con síntomas de intoxicación aguda ni ideación autolítica. Referencias de haber estado asistido en SM desde la niñez por sus problemas de obesidad que posteriormente se complicaron con el consumo de tóxicos. Seguimiento en USM del Área Sanitaria Serranía de Ronda en 2007, pautándose tratamiento para comenzar deshabitación de tóxicos y por trastornos de conducta con impulsividad, amenazas de heteroagresión a familiares, ansiedad intensa, fantasías autolíticas y alteración del sueño. En 2010 precisó nueva valoración por sintomatología pseudodelirante (paranoide) y consumo activo de todo tipo de drogas. La última revisión data de mayo de 2010 con mejoría global de la psicopatología tras abandono de consumo y adherencia al tratamiento, no constando alteraciones de conducta y con estado de ánimo estable. Consta en su documentación sanitaria haber estado incluido en el Programa de Prevención de Suicidios a su ingreso en prisión (2010). Tratamiento habitual: Citalopram 10 mg, 1-0-0, Mirtazapina 30 mg, 0-0-1, Gabapentina 800 mg, 1-1-1, Omeprazol 20 mg, 1-0-0, Salbutamol inhalador a demanda.

3.- Factores de riesgo cardiovasculares elevados: obesidad, sedentarismo, fumador activo. Perfil lipídico sin alteraciones. Hipotiroidismo subclínico leve”.

Además consta que el interno que había ingresado en el centro penitenciario Sevilla II el día 31 de agosto de 2011 procedente del centro penitenciario de Málaga.

Presentaba: “Drogadicción arraigada, desde temprana edad y con fracasos en tratamientos rehabilitadores, como se desprende del Informe del Equipo de Salud Mental, Área de la Serranía de Ronda, de fecha 21 de junio de 2010, (folio 203).

La Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Sevilla II, conocedora de estos antecedentes, estableció como objetivos primordiales “afrentar problemática tóxica y en las actividades prioritarias, inclusión en grupo de atención a drogodependientes”, en el Programa Individualizado de Tratamiento, -PIT- (folio 136), nunca estuvo incluido en el Programa de Mantenimiento con Metadona, pese a habersele ofrecido programa de desintoxicación en su PIT (folio 139).

SEGUNDO.- Asimismo, consta en el acto impugnado las medidas adoptadas por el Centro Penitenciario Sevilla II a fin de evitar la circulación y tráfico de sustancias tóxicas, que se recoge en su fundamento de derecho sexto, en el que aparte de las medidas preventivas de carácter general, que se indican, aparece:

En los tres meses anteriores al interno se le efectuaron los siguientes cacheos y registros (folio 111):

“Consultados los archivos correspondientes a cacheos y requisas realizados en este Centro Penitenciario desde los 3 meses anteriores al fallecimiento del interno S. ocurrido el pasado 06 de octubre de 2013.

1º) Que el referido interno ha residido desde el día 14 de mayo del presente año en el Departamento de Enfermería produciéndose determinadas salidas a hospital para consultas extrapenitenciarias.

2º) Que en los citados periodos en el Departamento de Enfermería se han efectuado 155 cacheos a internos entre los cuales se ha cacheado al interno S., los días 13/08/2013, 17/08/2013, 15/09/2013 y 20/09/2013, resultando sin novedad en los mismos.

3º) De igual forma en los referidos periodos se han realizado 935 requisas aproximadamente, en el Departamento de Enfermería durante todo este tiempo, asimismo se cacheó la celda donde el interno residía en reiteradas ocasiones concretamente los días 07, 08, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 19, y 20 septiembre resultando sin novedad en los mismos.

4º) Finalmente se hace constar que en todo el Centro Penitenciario se han llevado a cabo, durante los tres meses anteriores al fallecimiento 8.540 requisas de dependencias en todos y cada uno de los módulos del establecimiento, así como 7.010 cacheos de internos”.

TERCERO.- Por último, la resolución impugnada recoge en orden a la obesidad mórbida del fallecido que en el expediente administrativo consta: “un apunte del 5/05/2011 (folio 172), se indica: “Tiene sobrepeso dieta vegetal”: dieta que se modifica el 5/10/2012, “cambio de dieta en bajo grasas” (folio 209), obesidad que según apunte de 4/12/2012 (folio 168), y otros informes la padece desde la infancia y se señaló en los antecedentes médicos, “asistido en Salud Mental desde la niñez por sus problemas de obesidad”, antecedentes que también se reflejan en el Informe de Autopsia (folio 120).”.

CUARTO.- Tramitado el expediente administrativo, por Resolución de la Secretaria General Técnica de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Departamento, de fecha 4 de septiembre de 2015, se desestima la reclamación formulada por el recurrente en base a los perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de su hijo D. S., el día 6 de octubre de 2013, en el Centro Penitenciario Sevilla II, Morón de la Frontera.

Disconforme con esta Resolución acude a la vía jurisdiccional.

QUINTO.- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, recibido se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia por la que “... revoque o declare nula dicha Resolución y reconozca a D. H. una indemnización consistente en 86.512,23 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo D. S., cantidad a la que se deberá añadir las costas administrativas correspondientes y los intereses de demora.”.

Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se desestime íntegramente la demanda.

SEXTO.- Recibido el proceso a prueba, y practicada la que propuesta fue admitida con el resultado que obra en autos, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 7 de febrero del presente año, fecha en que tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. J.M.G.S., Magistrado de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto impugnado es la Resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Departamento, de fecha 4 de septiembre de 2015, que desestima la reclamación formulada por el recurrente en base a los perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de su hijo D. S., el día 6 de octubre de 2013, en el Centro Penitenciario Sevilla II, Morón de la Frontera.

La parte actora fundamenta su pretensión procesal al estimar concurren en el supuesto de autos los elementos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por cuanto que el fallecimiento del interno vino motivado por el deficiente funcionamiento del centro penitenciario en la atención a la salud del interno, ya que durante su estancia en prisión aumento en 115 Kg su peso, padeciendo una obesidad mórbida, que no fue tratada en prisión, su fallecimiento se produjo por un edema de pulmón, que tuvo su origen por la combinación de los antidepresivos que estaba tomando, su extrema obesidad mórbida y el consumo de droga la noche anterior, apareciendo en el informe complementario de la autopsia que se encontraron restos de nordiazepan, oxazepam, desmetilcitalopram, mirtazapina y gabapennina, que revelan la presencia de medicamentos benzodiazepínicos utilizados como antidepresivos.

Alega la responsabilidad de la Administración penitenciaria en la obesidad mórbida del recluso que no fue tratada durante su estancia, y la responsabilidad a la hora de evitar que el recluso pudiera adquirir y consumir drogas, existiendo relación de causalidad y por ello, la responsabilidad de la Administración penitenciaria por su deficiente funcionamiento.

Por la Abogacía del Estado se opone a la pretensión procesal al estimar que la actuación administrativa enjuiciada, en acorde a las normas de cuidado de internos exigida por la normativa penitenciaria, sin que exista anomalía, ni dejadez alguna por la Administración penitenciaria.

SEGUNDO.- El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En la interpretación de estas normas, el Tribunal Supremo -entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 1988, 12 de febrero, 21 y 22 de marzo y 9 de mayo de 1991, o 2 de febrero y 27 de noviembre de 1993 -, ha estimado que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurrieran los siguientes requisitos o presupuestos: 1º) Hecho imputable a la Administración; 2º) lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; 3º) relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y 4º) que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad. O, como señala el mismo Alto Tribunal en sus Sentencias de 14 de julio y 15 de diciembre de 1986, 29 de mayo de 1987, 17 de febrero o 14 de septiembre de 1989, para que nazca dicha responsabilidad era necesaria “una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración” .

Respecto a la apreciación de la existencia de la relación de causalidad entre hecho y perjuicio, es preciso, según el Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de octubre de 1998 o 4 de octubre de 1999), tener en cuenta los siguientes postulados: 1º) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél; 2º) no son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; 3º) la consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de casualidad, 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 la intencionalidad 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, y 4º) finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

TERCERO.- En relación con los fallecimientos de internos en establecimientos penitenciarios, hemos de tener en cuenta la jurisprudencia sobre esta materia, recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998 (entre otras), y que se puede concretar en los siguientes puntos:

“a) Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el caso de fallecimientos de internos en establecimientos penitenciarios que pone de manifiesto la necesaria determinación de si ha tenido lugar la intervención de una tercera persona como agente activo, al exigir la jurisprudencia de manera constante la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario que fuera suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, determinando con ello el carácter antijurídico del daño producido, a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción.

Este criterio jurisprudencial resulta, entre otras, de las sentencias de 15 de julio de 1988, 22 de julio de 1988, 13 de marzo de 1989, 4 de enero de 1991, 13 de junio de 1995, 18 de noviembre de 1996, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997 y 5 de noviembre de 1997 .

b) En los casos de fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios, no es obstáculo para la existencia del reconocimiento de responsabilidad patrimonial el carácter directo, inmediato y exclusivo con que la jurisprudencia caracteriza el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión producida, pues como ha reconocido esta Sala (así en sentencia de 25 de enero de 1997), la imprescindible relación de causalidad

entre la Administración y el resultado dañoso producido, puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aun admitiendo la posibilidad de una moderación de responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, lo cual se traduce en la necesaria ponderación a la hora de fijar la relativa indemnización.

c) Finalmente, esta Sala y Sección, excluye la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de no advertir anomalía en la prestación del servicio, por la existencia de una vigilancia adecuada (en el caso de la sentencia de 5 de mayo de 1998, en el recurso de casación núm. 7098/93) o la inexistencia de omisión de los servicios públicos penitenciarios (en el caso de la sentencia de 19 de junio de 1998, en el recurso de casación núm. 1985/94)”. Criterio reafirmado en las sentencias de 28 de marzo de 2000 y de 22 de octubre de 2004.

Debiéndose tener presente, como recuerda el mismo Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de marzo de 2007, la jurisprudencia consolidada que establece que, al ser la responsabilidad patrimonial objetiva o de resultado, “lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijurídica del resultado o lesión”.

CUARTO.- A la luz de estos principios procede examinar la cuestión de autos, que, como decíamos más arriba, por la parte actora se residencia la anormalidad del funcionamiento de los servicios penitenciarios, en la atención a la salud del interno, sin tratamiento de su obesidad mórbida y la falta de vigilancia en orden a evitar el consumo de sustancias tóxicas.

Esta Sala discrepa del juicio valorativo que efectúa la parte actora y puede adelantar la conclusión que no ha existido anormal funcionamiento, el examen del expediente administrativo lleva a la Sección a discrepar de tal tesis y a compartir la expuesta en la resolución impugnada, en el sentido de que no se ha acreditado ningún elemento de anormalidad que permita generar la responsabilidad patrimonial en el trato dispensado por la Administración penitenciaria.

En cuanto al deber de vigilancia, como obligación administrativa de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos (artículos 10.1 y 15, de la Constitución; 1, 3, 4 y 81, Ley General Penitenciaria); su cumplimiento dimana de los datos aportados al expediente administrativo, en el que se aprecia una actividad constante de control y revisión de las celdas de los internos para detectar la presencia de sustancias prohibidas, así

como los cacheos a los internos, sin que pueda imputarse dejadez o desidia en la instauración de un tratamiento preventivo al interno dados sus antecedentes de drogadicción, por cuanto que está acreditada la actividad del Centro Penitenciario, tal y como aparece del expediente administrativo y recoge el acto impugnado y ha sido parcialmente transcrito en los antecedentes de hecho de esta Sentencia.

Hay constancia, que las medidas adoptadas por el Centro Penitenciario de registro de celdas y cacheos de internos, dado su número y frecuencia en el caso de autos, son adecuadas en orden a conjugar, por un lado, la seguridad y control del centro penitenciario, y por otro, el respeto a la razonable intimidad y privacidad que como persona humana el interno ostenta como derecho personal.

El acceso que el fallecido tuvo a las sustancias psicotrópicas y medicamentosas que determinaron su muerte se realizó por su propia voluntad y a través de sus exclusivos y personales medios de acceso a las mismas, sin que a la Administración penitenciaria pueda exigírsele un acierto total y absoluto en las medidas de prevención al ingreso de drogas o sustancias estupefacientes, al ser esta una obligación de actividad no de resultado, es decir no se impone una efectividad al cien por cien, porque ello es contrario a la propia razón de las cosas.

Por lo que hemos de concluir que no existió anormalidad por parte de la Administración en la obligación de velar por la vida e integridad física del interno, obligación, que como hemos dicho anteriormente, es de actividad y no de resultado, de ahí que no deba imputarse al funcionamiento del servicio de prisiones el fallecimiento del hijo de la recurrente, sino a la propia y libre decisión del interno de consumir determinados fármacos cuyo ingestión produjo una reacción adversa, con resultado de muerte.

Asimismo, tampoco es admisible la imputación que se efectúa en la demanda a un deficiente funcionamiento de los servicios médicos del Centro Penitenciario en orden a paliar el aumento de peso, y la obesidad mórbida que llegó a padecer el interno, por cuanto en el expediente administrativo consta que dicha enfermedad, que era padecida por el interno desde su infancia, fue diagnosticada en prisión y se pautaron dietas dirigidas a su tratamiento, como hemos indicado en los antecedentes de hecho de esta sentencia, sin que además, la misma haya sido per se la causa determinante del fallecimiento.

QUINTO.- Por lo que se refiere a las costas, a tenor del artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la redacción dada por la Ley 37/2011, 10 de octubre, procede imponer las costas de esta instancia a la parte actora al ser rechazadas todas sus pretensiones.

POR TODO LO EXPUESTO

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña M.M.P.Y., en nombre y representación de Don H., contra la Resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Departamento, de fecha 4 de septiembre de 2015, que desestima la reclamación formulada por el recurrente en base a los perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de su hijo D. S., el día 6 de octubre de 2013, en el Centro Penitenciario Sevilla II, Morón de la Frontera, y debemos declarar y declaramos la conformidad a Derecho de la precitada resolución.

98.- SENTENCIA 37/2017 DEL JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 3 DE FECHA 02/03/17

Desestimación de recurso contencioso administrativo contra resolución desestimatoria de petición de indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se celebró el juicio oral en el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora reclamando una cantidad por responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el Ministerio del In-

terior que ha dictado Resolución de fecha 8 de julio de 2016 rechazando la solicitud formulada. Solicita la parte recurrente la indemnización de 14.000 € en los términos que después se explican.

Contestada la demanda por la Abogacía del Estado, se fijó la cuantía como determinada en el importe reclamado, siendo aportado el expediente administrativo al pleito y la documentación acompañada con el escrito de demanda; y, así, quedaron conclusos los autos digitalizados para Sentencia, la cual se dicta siendo observadas todas las prescripciones legales por este Órgano Jurisdiccional, con base en los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Impugna el demandante la Resolución Administrativa de 8 de julio de 2016 del Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que desestimaba su reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en base a los perjuicios sufridos por la información incorrecta, se decía, que sobre sus redenciones de pena, había sido facilitada a la Sala de lo Penal Sección Segunda, de la Audiencia Nacional, por el Centro Penitenciario Murcia II.

Pide la parte demandante, preso en aquel centro penitenciario, una indemnización de 14.000 € por lo que entiende son perjuicios sufridos relacionados con su régimen penitenciario, y también que se declare que la propuesta de 22-7-2015 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Murcia-II es nula de pleno derecho. Explica que ha sufrido diversos daños, con ocasión de informar dicho centro penitenciario al órgano jurisdiccional, que estaba de baja en redención ordinaria, desde el día 15 de enero de 2004 en base a un auto judicial de 9 de septiembre de 2004 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria; que la información no se ajustaba a la realidad, por lo que solicita 7.500 € por daños morales, refiriéndose a la información falsa, o a la deliberación, o acto de mala fe, o a la prevaricación, o al engaño que ha que determinado un alargamiento de su condena vulnerando el artículo 17 de la Constitución; y que además en 17 de febrero de 2016 presentó otra reclamación indemnizatoria por 6.500 €, al elevar dicho centro penitenciario otro informe de 22 de julio de 2015 de la Junta de Tratamiento sobre redenciones ordinarias, sin ningún rigor profesional, omitiendo deliberadamente un número de actividades y

trabajos y que ya había solicitado la nulidad en dichas solicitudes indemnizatorias de dicha propuesta; sostiene, conforme a la larga exposición de hechos que se contiene en el escrito de demanda, que han existido diversas resoluciones judiciales, citando el periodo comprendido entre el Auto de 9 de septiembre de 2004 hasta la liquidación de condena de la Sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2014 indicando que la Administración omitió en el informe enviado al órgano jurisdiccional, Sección segunda, el auto dictado por la misma Sección segunda aprobando dicha redención, y que le fue facilitada una hoja de cálculo el día 17 de febrero de 2014 facilitándole una información sobre el particular con esa omisión; que, además, el informe propuesta de 22 de julio de 2015 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Murcia II es realmente una segunda propuesta sobre hechos ya aprobados anteriormente de un periodo de redenciones resuelto en vía judicial que le genera indefensión, puesto que no pudo defender la anterior propuesta de 21 de septiembre de 2012 que tenía carácter de cosa juzgada: que se omitieron datos fundamentales, siendo una propuesta llena de errores, incompleta, informando sobre una serie de trabajos realizados por el interesado que pudieron generar redención, siendo claramente intencional en su finalidad de perjudicarlo y se le debieron abonar unos 1.100 días además de los 370 abonados ya reconocidos en el informe, intentando en ese informe la Subdirectora de Tratamiento, engañar a la Autoridad Judicial al omitir información primordial; y sigue razonando insistiendo en que se han omitido deliberadamente a la autoridad judicial una serie de actividades y trabajos, alargando la condena a este preso, justificando que existían ya autos que quedaron firmes, que poseía el centro penitenciario, que se le ha retrasado como consecuencia de esa falta de observancia, la fecha de licenciamiento que pasó de ser del 18 de enero de 2018 a ser en la actualidad la de 23 de julio de 2024, reproduciendo la jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que entiende le es de aplicación, e insistiendo en la mala fe o en su caso la negligencia de quien intervino en este tipo de información, motivando el mal funcionamiento de la Administración demandada; resalta su petición de nulidad de pleno derecho de la propuesta del centro penitenciario de Murcia II de 22 de julio de 2015, con arreglo al artículo 62.2 Ley de Procedimiento Administrativo puesto que la liquidación de condena de 5 de febrero de 2014 junto con las anteriores cinco resoluciones judiciales, han adquirido firmeza, eran invariables y que la redención estaba reconocida en su liquidación de condena y en su hoja

de cálculo, por lo que era “patrimonio del preso” con independencia del error o de la falta de error de la liquidación de condena o de los autos en cuestión, indicando que deben ejecutarse las resoluciones judiciales en sus propios términos y no desatenderlas con carácter retroactivo y contra el reo, entre otras consideraciones,

A estas alegaciones se opone el Abogado del Estado señalando que no existe daño moral que pueda ser indemnizable porque la parte, sobre todo se fija en aspectos derivados de una hoja de cálculo “Excel” en materia de redenciones de penas y que de ninguna manera pueden ser consideradas declaraciones de derechos, sino elementos que facilitan las expectativas del demandante y que se van nutriendo de las distintas informaciones dinámicas que aportan sucesivamente las autoridades que intervienen en el mantenimiento del régimen penitenciario del preso; que el régimen del interesado, como condenado a internamiento de larga duración, ha sido vigilado por el órgano jurisdiccional competente, en ocasiones desestimando y en ocasiones estimando incluso parcialmente la petición del interesado, siendo confirmados, en su caso, por la Sala de lo Penal competente; precisa que la Audiencia Nacional, ya confirmó las resoluciones de 30 de diciembre de 2015 y 9 de septiembre de 2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y que el recurrente, en definitiva, suscita ahora una reclamación sin justificación alguna porque está resuelta ya la problemática de la duración de la condena, indicando que, en todo caso, la parte demandante no ha suscitado una reclamación de responsabilidad por el procedimiento específico de “error judicial”, sino por vía general y subsidiariamente, entiende que la cuantía de la reclamación es desorbitada, porque en el fondo está reproduciendo dos reclamaciones con dos cuantías para suscitarse la misma problemática, solapando una reclamación con otra para pedir lo mismo.

Vistas las alegaciones de las partes el recurso tiene que ser desestimado; primeramente no discuten las partes que el procedimiento al que se está acudiendo es el reflejado en los artículos 139 y siguientes, título X Ley de Procedimiento Administrativo 30/1992, vigente, en su momento y lo que hay que establecer es la existencia de un daño antijurídico provocado por la Administración que la parte no tenga el deber de soportar y que sea consecuencia directa del régimen penitenciario en el que se encuentra incluido el preso. Por consiguiente el objeto de este procedimiento ha de acomodarse al régimen de aquellos preceptos y no a otro distinto. Como objeto propio de una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial realmente no

puede ser considerada ninguna declaración de nulidad como la que solicita la parte actora ahora de este Juzgado Central respecto de una propuesta; con independencia de que los actos de trámite puedan ser no susceptibles de recurso contencioso administrativo, artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ocurre más bien que las declaraciones judiciales de nulidad en materia de régimen penitenciario tendrán que ser solicitadas dentro de la jurisdicción competente, bien sea ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, bien sea ante la Sala jurisdiccional correspondiente del orden penal, salvo que revistan el carácter estricto de “acto administrativo” y se ejercite la acción jurisdiccional correspondiente ante esta jurisdicción especializada; supuesto que no es el caso. Lo que intenta la parte demandante es conseguir una indemnización por daños morales, que atribuye al mal funcionamiento de la Administración demandada derivada de la formulación de una propuesta del Centro Penitenciario Murcia II. Y esa pretensión indemnizatoria si es cognoscible por esta jurisdicción, por lo cual hemos de centrarnos en esa pretensión patrimonial desestimando enteramente lo referente a la declaración de nulidad referida a una propuesta de 22 de julio de 2015 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Murcia-II que tendrá que ser impugnada través del cauce jurisdiccional oportuno por la parte demandante, si lo estima fundamentado. En segundo lugar, lo que la Administración reconoce, junto con la parte demandante, es que la autoridad judicial en materia de vigilancia penitenciaria y en el orden jurisdiccional penal es la que ha estado interviniendo en este asunto, no de responsabilidad patrimonial, sino en materia del cálculo y redención de penas del preso, precisando las intervenciones habidas por el centro penitenciario Murcia II, y por el centro penitenciario de Almería, con una larga exposición de autos y resoluciones judiciales, que han debido contemplar la problemática de la redención de penas, actividades y trabajos desde la fecha de 18 de diciembre de 1999 hasta los presentes momentos. La Administración relata también diversos autos del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria del año 2016, posteriormente confirmados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sin que la parte demandante nos explique el grado de implicación de todas estas resoluciones judiciales en todos estos años hasta dicho año 2016 en esta materia de redención de penas por el trabajo con la fundamentación de sus pretensiones en esta vía contencioso administrativa; todo, pese a que invoca repetidamente el carácter firme e incluso la cosa juzgada de diversas decisiones judiciales dictadas en materia de vigilancia penitenciaria y en el orden penal. De

este modo la determinación del daño causado, que es el primer requisito para concluir en una responsabilidad patrimonial administrativa, no parece acreditada; puesto que el daño tiene que estar concretado, individualizado, y precisado aunque hayan sido alegados simplemente daños morales y no de otra naturaleza, pues, al ser “patrimonializados”, según se alega, deben de traducirse en una ponderación económica exacta con base a unos hechos concretos y cognoscibles que evidencien, en opinión del demandante, el mal funcionamiento de los servicios penitenciarios. Por el contrario aquí se ofrece más bien un relato de un continuo pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales penales competentes en esta materia que, en apariencia, no es contradicho por la Administración en el comportamiento reflejado por la parte demandante sin que se explique tampoco si tales incumplimientos reprochados han sido cuestionados instando la ejecución judicial correspondiente de las propias resoluciones judiciales penales que se reprochan infringidas a pesar de que se alega constituyen cosa juzgada o de su carácter firme. Y, en concreto, la propuesta mencionada de 22 de julio de 2015 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Murcia-II que se impugna en el suplico o solicito del escrito de demanda, es la que ya ha sido analizada y resuelta por el órgano jurisdiccional competente, pese a que hora se pide la nulidad nuevamente en esta vía contencioso administrativa que ya hemos desestimado anteriormente. Si bien como causa de justificación del daño, vemos también, que deriva esta petición de un pronunciamiento judicial firme que no permite entender un mal funcionamiento de la Administración demandada. En otro caso habría que demostrarlo igualmente, conforme establece el artículo 142.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo 20/1992.

Complementariamente, el daño alegado al ser patrimonializado, (según el demandante), tiene que ser efectivo, y no puede confundirse con los deseos, expectativas, o meras discrepancias del interesado con el comportamiento reprochado a la Administración; y no puede traducirse automáticamente en el resultado de sus cálculos de duración en el régimen de prisión en el que se encuentra; a tal fin es preciso recoger lo que ya dice la resolución administrativa, que se hace eco de esta distinción entre el derecho abstracto a redimir determinados periodos, y el derecho concreto a poderlo hacer, en los términos siguientes: “... En Auto de 30 de diciembre de 2015 (folios 124 y 125) del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que resuelve el recurso de reforma formulado contra auto de 09/09/2015, que resolvió la queja contra acuerdo de la Junta de Trata-

miento de 22/07/2015, indica en sus Razonamientos Jurídicos: De hecho, los Autos judiciales firmes a los que el interno se refiere en su recurso, le atribuyen un derecho abstracto a redimir en determinados periodos, en tanto que no se encontraba de baja en redención, pero es evidente que no es suficiente estar en situación de alta, pues ello es tan sólo el pórtico de salida, que puede dar lugar a la concreción de dicho beneficio, mediante la correspondiente proposición y obtención de redenciones concretas, previa acreditación de la realización de actividades laborales, formativas o tratamentales, así como su valoración y cuantificación por la Junta de Tratamiento. SEGUNDO.- Esta actividad es, precisamente, la que realizó la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Murcia II en su acuerdo de 22-07-15, en que, previo estudio del extenso y complejo expediente penitenciario del interno, realizó las propuestas de redenciones ordinarias concretas que, en razón de las actividades realizadas y su valoración de modo extensamente razonado, correspondía abonar al mismo. Por tanto, y a tenor de lo ya expresado, en ningún caso la referida propuesta de la Junta de Tratamiento, puede suponer modificación y/o anulación de redenciones aprobadas por autos judiciales firmes como pretende el interno, sencillamente porque, tal y como se detallará a continuación, antes del 22-7-15, no existían tales propuestas concretas de redención, ni obviamente Autos judiciales aprobatorios TERCERO.- En efecto, tal y como se detalla en el informe de la Subdirectora de Régimen del Centro Penitenciario de Murcia II: El auto 242/12 de 22 de junio de 2012, de la Sala de lo Penal Sección Primera de la Audiencia Nacional, reconoce el derecho al alta en redención ordinaria al interno con fecha 7 de octubre de 2010. La finalidad de Alta en el sistema no es el reconocimiento de un beneficio automático y continuado y en tanto no se produzca la Baja (por quebrantamiento de condena y mala conducta reiterada), sino que se constituye en el presupuesto para que el penado “pueda” redimir penas por trabajo. Este Auto reconoce el derecho al ALTA en redenciones al interno, que en ningún caso se discute, pero no supone la aprobación de redenciones concretas que se configuren como beneficio penitenciario con virtualidad reductora de pena. El auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 29-6-2012 (PYQ 929/03 0071) donde se estima la queja del interno en la que formula solicitud de alta en redención ordinaria computable desde el día 1-09-04, reconoce que el interno “está realizando estudios universitarios en la UNED” como actividad generadora de redención. El mismo Auto exige que la Junta de Tratamiento proponga la cuantía específica de

Redención, añadiendo en providencia de 18-9-12 que es la Junta de Tratamiento la que debe valorar el expediente del interno y, en su caso, proponer la oportuna redención. Propuesta efectiva, de días concretos y favorable que no se había producido por ninguna Junta de Tratamiento -hasta la sesión ordinaria de 22-7-15. Entiende erróneamente el interno que el Centro Penitenciario Castellón II, en fecha 21-9-12, envía propuesta concreta y favorable de la Junta de Tratamiento respecto de la redención ordinaria y aprobación de la misma por el Juzgado Central de Vigilancia. Lo cierto es que, el único acuerdo relativo a redenciones ordinarias de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Albocásser, se llevó a cabo en Sesión Ordinaria de 6 de septiembre de 2012 y este acuerdo se refería a “la elevación de propuesta de baja en redención por sanciones reiteradas, con efectos 22/11/2006, y rehabilitación en redención, por cancelación de sanciones, con efectos 16-03-08 ...”.

No es preciso ya repetir toda la larga argumentación que contiene la resolución administrativa porque con lo expuesto en orden a aquella actuación de 22-07-2015 impugnada, basta para definir que el daño efectivo no es el que siente o percibe el interesado a través de un resentimiento psicológico por lo que entiende es el modo de proceder de la Administración demandada, sino el producido con ocasión de un comportamiento objetivo que pueda ingresar, como hecho antijurídico provocado por la Administración, en el patrimonio del interesado y que no tenga el deber de soportar. Pese a las abundantes alegaciones formuladas por la parte demandante no se deduce en modo alguno que el daño moral, efectivo, tomado en este sentido objetivo y antijurídico, pueda ser reconocido de alguna manera.

Si el daño antijurídico no puede ser determinado en esta ocasión (y la resolución administrativa se hace eco de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, que resulta oportuna, y tampoco hay que reproducir aquí), todas las alegaciones hechas, insistentemente acerca de la intencionalidad, prevaricación, falsedad, engaño, como conducta que el demandante reprocha a algunas autoridades intervinientes en el tratamiento penitenciario del demandante, con ocasión del suministro de información, no pueden ser tomadas en consideración para dar parte, en su caso, al Ministerio Fiscal de las alegaciones efectuadas por el interesado; (independientemente de que resultan desproporcionadas con la solicitud hecha de simple com-

pensación por daños morales, de 7.500€, y otros 6.500€ más pues, con semejante gravedad de imputaciones, hubiera sido de imaginar la formulación de pretensiones distintas); si la parte demandante entiende que esas conductas pudieran estar acreditadas realmente, podrá ejercitar las acciones oportunas ante los órganos jurisdiccionales competentes, pero no por medio de una acción de responsabilidad patrimonial ante esta jurisdicción especializada contencioso administrativa por el mal funcionamiento de las administraciones públicas cuyo alcance viene determinado por la revisión del acto impugnado. Pues existiendo acciones legales previstas para perseguir, en su caso, las infracciones penales, la acción de responsabilidad patrimonial no es el procedimiento jurídico predeterminado para instrumentarlas. Todo se dice sin perjuicio de que la parte demandante no ha suministrado prueba alguna en el acto del juicio oral que pueda suministrar ningún indicio razonable y adecuado a este respecto. No puede olvidarse que la Administración se queja de que todas las decisiones de los órganos colegiados del centro penitenciario, relativas a esta problemática fueron recurridas por el interesado tanto ante el órgano jurisdiccional de vigilancia penitenciaria como ante la Sala de lo Penal resolviendo finalmente ésta la desestimación de todas las pretensiones en aquellos autos del año 2016, que sucesivamente se han ido pronunciando sobre las distintas cuestiones planteadas ya aludidas. Y que la reiteración de modo constante y sistemático de las impugnaciones de las decisiones de la autoridad penitenciaria, así como propiciar un empleo de los recursos públicos en procedimientos que carecen manifiestamente de contenido es el ejercicio de un derecho que puede ser entendido como abuso o ejercicio antisocial del mismo, con arreglo al artículo 7.2 del Código Civil.

Y por todo lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, se ha de dictar el siguiente:

FALLO:

Que desestimo enteramente el recurso contencioso administrativo contra la resolución desestimatoria de su petición de indemnización económica por responsabilidad patrimonial de la Administración demandada en importe de 14.000 €, ya revisada, porque es ajustada a Derecho.

99.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO CONTENCIOSO DE FECHA 28/06/17

Se estima parcialmente el recurso. Indemnización procedente al observar dejadez de los servicios penitenciarios en su obligación de velar por la vida del interno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. P., nacido en 1991, nieto de la aquí recurrente, cumplía varias condenas cuando el 7 de febrero de 2014 ingresó en el Centro Penitenciario de Burgos, procedente del de Álava y en tránsito para seguir el siguiente día al de Puerto de Santa María. Sobre las 7:35 horas del día 8 de febrero de 2014, en el momento del reparto del desayuno fue encontrado colgado de los barrotes de la ventana de la celda con un trozo de sábana atado al cuello.

Instruida una causa penal, seguida como procedimiento abreviado 157/2014 en el Juzgado de Instrucción número 3 de Burgos, terminó por auto de 21 de mayo de 2014 que acordó el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones.

Solicitada indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria, se instruyó el correspondiente expediente, que terminó por resolución de 4 de septiembre de 2015, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, que desestimó dicha solicitud.

Deducido recurso de reposición, fue desestimado por resolución de 11 de febrero de 2016, de la misma autoridad, también actuando por delegación.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: - Se revoque la resolución por no ser ajustada a derecho. - Se declare la responsabilidad de la Administración

demandada en el fallecimiento de D. P. - Se reconozca el derecho de mi mandante a ser indemnizada en la cantidad de 240.000 € incrementada en los intereses legales. - Se impongan las costas a la Administración.

Dado traslado al Abogado del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se desestime íntegramente la demanda por ser conforme a derecho la Resolución recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron varias documentales propuestas por la parte actora, rechazándose, por innecesaria, la testifical también propuesta por dicha parte, concediéndose a continuación a las partes, sucesivamente, el plazo de diez días para que presentaran escrito de conclusiones, lo que efectuaron ratificándose en sus respectivas pretensiones.

Con ello quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 27 de junio de 2017, en el que así tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 11 de febrero de 2016, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que desestimó el recurso de reposición deducido contra la resolución de 4 de septiembre de 2015, de la misma autoridad, también actuando por delegación, que desestimó la solicitud de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los perjuicios causados por, según se hace constar en la demanda, el fallecimiento del nieto de la actora el 8 de febrero de 2014 al suicidarse por ahorcamiento en el Centro Penitenciario de Burgos.

La recurrente sostiene su reclamación, esencialmente, en la circunstancia de que existió una falta del control adecuado sobre el fallecido, ya que, a lo largo de 2013 se le había aplicado el Protocolo de Prevención de Suicidios y se había lesionado en varias ocasiones, destacando que, el 29 de mayo de 2013, había intentado suicidarse con un trozo de sábana, teniendo

diagnosticado un trastorno de la personalidad; además, en el momento de los hechos no se encontraba acompañado en la celda y había anticipado mediante una instancia su intención de ahorcarse. De todo ello infiere que si se hubiesen adoptado las medidas adecuadas, no se habría producido el fallecimiento, concurriendo todos los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial, evaluando la indemnización solicitada en 240.000 euros, atendiendo a que tenía el fallecido 33 años y su esperanza de vida (en España era de 80 años en 2014 según estadísticas oficiales), siendo la reclamante la persona que se había hecho cargo y velaba por el interés del fallecido.

Frente a ello, el Abogado del Estado sostiene la conformidad a Derecho de los actos impugnados, al no apreciarse un mal funcionamiento de los servicios públicos, de modo que los daños causados son imputables a la conducta exclusiva de la víctima, faltando, por tanto, la necesaria relación causal entre la actuación de los servicios penitenciarios y el perjuicio por el que se reclama, resaltando el archivo de la causa penal, la imposibilidad de mantener a un persona en el programa de prevención de suicidios con carácter indefinido y reseñando las condiciones del interno, habiéndose informado médicamente que no presentaba psicopatología autolítica, siendo una medida de presión ante un traslado. Igualmente pone el acento en el medio empleado para el suicidio -una sábana-, que no constituye por sí un elemento peligroso, descartando la necesidad de acompañamiento. Todo ello recordando que la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y por la integridad física de los internos es de actividad y no de resultado, sin que, en el caso, se haya acreditado falta de atención o descuido por los funcionarios de los Centros Penitenciarios. Subsidiariamente, considera que la cantidad solicitada es excesiva, debiendo reducirse ya que el resultado dañoso se produce por una acción voluntaria de la víctima.

SEGUNDO.- El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que está recogido igualmente en el artículo 106.2 de la Constitución.

En la interpretación de estas normas, el Tribunal Supremo ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta (entre las últimas, sentencias de 23 de mayo de 2014 y de 19 de febrero de 2016).

Además, en supuestos relativos a perjuicios imputados a actuaciones u omisiones de la Administración penitenciaria, es constante la jurisprudencia que, tras afirmar el ineludible deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997), incumbiendo a la autoridad penitenciaria la adopción de las medidas necesarias para proteger a los reclusos, las cuales se integran en la organización y disciplina del Centro Penitenciario (entre otras, sentencias del mismo Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991 y 13 de junio de 1995), ha precisado que, para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, es exigible la constatación de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario, al que quepa atribuir entidad suficiente para establecer un nexo de causalidad entre su funcionamiento y el resultado dañoso, siendo entonces y sólo entonces cuando cabrá afirmar el carácter antijurídico de éste (a título de ejemplo, sentencias de 13 de junio de 1995, de 25 de enero, de 26 de abril y de 5 de noviembre de 1997, de 28 de marzo de 2000, de 7 de junio de 2001, de 22 de octubre de 2004 o la más reciente de 7 de marzo de 2012).

Asimismo, es reiterada la jurisprudencia que añade que la tendencia a una objetivación propia del instituto de la responsabilidad no puede, sin embargo, llegar a concebir el servicio público como el centro de imputación automática de todo lo que acaezca en el ámbito competencial o en las instalaciones de una Administración pública, siendo la anormalidad en el funcionamiento del servicio un concepto jurídico indeterminado, que, por definición, debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos

emanados de la función y las circunstancias concretas concurrente en el supuesto enjuiciado, en este caso, el suicidio de un interno en un centro penitenciario.

En definitiva, esta Sección ha establecido en supuestos similares al de autos, que hemos de partir del reconocimiento de que no se puede impedir al cien el cien el suicidio de un interno cuando éste tiene la firme y decidida voluntad de quitarse la vida, a menos que se adoptara la medida extrema de sometimiento a una vigilancia de tal severidad y rigor que se atente gravemente contra los derechos del interno como persona, lo que supondría, además, un evidente paso atrás en la finalidad de reinserción del penado (sentencia de 4 de febrero de 2005 -recurso número 64/2004-). De este modo, no cabe admitir la existencia de responsabilidad si el fallecimiento es fruto de una libre decisión suicida, pero, por el contrario, no existirá la obligación de soportar el daño si la decisión es consecuencia de un proceso evitable mediante la precisa y eficaz actuación administrativa, adoptando medidas preventivas y terapéuticas frente al riesgo suicida, ya que, como también ha declarado esta Sección en otras ocasiones (por ejemplo, sentencias de 20 y de 27 de junio de 2007, de 5 de marzo y 24 de septiembre de 2008 o de 17 de mayo de 2012), el deber público que la Ley impone a la Administración de velar por la salud e integridad físicas de las personas internadas en centros penitenciarios, es una obligación de actividad, no de resultado. Es decir, no se impone una efectividad al cien por cien, porque ello es contrario a la propia razón de las cosas, sino que ha de ponerse en conexión con la supuesta infracción de los deberes de la Administración Penitenciaria, constituyendo un no funcionamiento, o la adopción de una actitud pasiva o inactiva de la Administración.

En este mismo sentido, el proceso previo que lleva al sujeto a quitarse la vida, sea por una depresión, un trastorno psicológico o por una decisión reflexiva, que sería la causa inmediata productora del daño, debería conllevar una intervención administrativa anómala para considerar la muerte por suicidio como una lesión indemnizable. Es, por tanto, determinante ponderar la previsibilidad del evento y la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración (sentencia de esta Sección de 8 de marzo de 2017 -recurso número 327/2013-), teniendo en cuenta todos los factores concurrentes, como, entre otros, los antecedentes del interno o el instrumento utilizado para quitarse la vida, valorando, con relación a éste último, su idoneidad para el propósito perseguido (así, sentencias del Tribunal Su-

premo de 5 de mayo de 1998 -suicidio por ahorcamiento con una sábana-, de 14 de septiembre de 2001 -con una camisa- o de 20 de julio de 2011 -con unos pantalones-).

TERCERO.- En el supuesto de autos, del expediente administrativo y de la prueba practicada resultan los siguientes datos con respecto al interno fallecido:

- El 18 de diciembre de 2011 se le aplicó la medida de aislamiento provisional por agresión entre internos. El siguiente día 19 de diciembre de 2011 se le aplicó una medida de limitación de las actividades regimentales por inadaptación, siendo protagonista de numerosos partes disciplinarios en un corto espacio de tiempo y por extorsionar a otros internos.

- Debido a varios intentos autolíticos, tras ser dado de alta en el Servicio sanitario correspondiente, del 16 al 30 de enero de 2012 estuvo incluido en el Programa de Prevención de Suicidios, con turnos de internos de apoyo.

- El 23 de marzo de 2012 fue incluido en el Protocolo de Prevención de Suicidios, con acompañamiento continuo por un interno de apoyo, informándose sucesivamente la conveniencia de su continuación hasta que el 13 de junio de 2012 se dispuso el cierre de la circular de suicidios.

- El 15 de junio de 2012 se le impuso otra limitación de las actividades regimentales por acumulación [de] partes disciplinarios en corto lapso de tiempo como principal protagonista de ellos. Consta que el mismo día, a la hora del cierre de la celda, de forma repentina saca una cuchilla y amenaza con cortarse el cuello si no se le saca inmediatamente del módulo de aislamiento [...], imponiéndose una sanción disciplinaria de privación de paseos y actos recreativos comunes de 20 días. También el mismo 15 de junio de 2012, sobre las 23,15 horas, se corta el antebrazo izquierdo con una cuchillas para, con esta medida [...] que el médico le atienda las heridas superficiales causadas, para pedirle una inyección para dormir, por lo que se le instruyó un expediente disciplinario y se le impuso una sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes.

- El 16 de julio de 2012 se hizo unos cortes en el brazo izquierdo, instruyéndose un expediente disciplinario que culminó con una sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes.

- El 18 de julio de 2012 se realizó nuevos cortes en el antebrazo izquierdo, instruyéndose un expediente disciplinario e imponiéndose una sanción de privación de paseos y actos recreativos.

- El 11 de septiembre de 2012 rompió uno de los cristales blindados de protección de la luz de la celda, teniendo dos trozos de cristal en la repisa de la ducha y otro de mayor tamaño en la estantería, siguiéndose un expediente disciplinario en el que se impuso una nueva sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes.

- Desde el 29 de abril hasta el 23 de mayo de 2013 estuvo incluido en el programa de prevención de suicidios, con asignación de un interno de apoyo.

- El 27 de mayo de 2013 ingirió varios cuerpos extraños, siendo tratado en el departamento de Digestivo del Hospital de Txagorritxu.

- Sobre las 23:40 horas del día 29 de mayo de 2013, en el wc de la enfermería del Centro Penitenciario de Puerto de Santa María I, se colgó de los barrotes de la ventana con un trozo de sábana, consiguiendo otros internos descolgarlo y quitar los nudos, considerando el médico oficial que se trataba de una medida de presión sin fin autolítico serio.

- El 26 de septiembre de 2013 el interno se autolesiona ingiriendo cuerpos extraños, presuntamente para evitar su traslado a otro centro penitenciario, previsto para el día 27/09/13. Precisa asistencia médica extrapenitenciaria, acordándose su aislamiento provisional.

- El 1 de octubre de 2013, por razones médicas, se dispuso que estuviera acompañado, mientras permaneciera en su celda, por un interno de apoyo.

- El 6 de enero de 2014, el médico del Centro Penitenciario de Álava dispuso acompañamiento en celda, en base al conocimiento de sus antecedentes de ingestas, dado que siempre había estado acompañado en este centro y ante la duda de si a su regreso continuaba o no en esa situación de acompañamiento, señalando igualmente que, así como la notificación de la aplicación del protocolo de prevención de suicidios es expresa, los acompañamientos no se suelen notificar. Según otro facultativo del mismo Centro, se conocía la existencia de una orden de acompañamiento en el momento del traslado del interno, porque estaba en la historia clínica.

- El 23 de enero de 2014 remitió una instancia a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias manifestando su interés por quedarse en el Centro Penitenciario de Álava ante los procedimientos pendientes, advirtiendo de que [...] en menos de un mes me voy a ahorcar como me encontraron en la Enfermería del Puerto I [...].

- Del 26 al 27 de enero de 2014 se le aplicaron medios coercitivos (aislamiento provisional, sujeción mecánica y defensas de goma) al mostrar una actitud agresiva hacia su compañero de celda (amenaza con matarle) y hacia los funcionarios (intenta agredirlos) manifiesta haber ingerido objetos extraños (pila, crucifijo...) es necesario su traslado a centro hospitalario extrapenitenciario.

- El 27 de enero de 2014 se acordó, con la finalidad de salvaguardar su integridad física, la aplicación de limitaciones regimentales.

- Estando ingresado en el Centro Penitenciario de Álava, el Director del Centro, ante el traslado del interno al de Puerto de Santa María I, con tránsito en el de Burgos y en el de Madrid, participó al Jefe de la fuerza conductora y a los directores de los Centros Penitenciarios de tránsito y de destino que el interesado estaba incluido dentro del fichero FIES 3 B A, que presenta un historial penitenciario conflictivo, estando clasificado en 1º grado, lo que se comunica a los efectos de extremar las medidas de control y vigilancia sobre su persona, al objeto de evitar posible incidencias, tanto durante su traslado como su estancia en los Centros Penitenciarios de tránsito o destino.

- El 7 de febrero de 2014 ingresó en el Centro Penitenciario de Burgos, procedente del de Álava y en tránsito para seguir el siguiente día al de Puerto de Santa María, ocupando una celda él sólo, sin que manifestara al médico ninguna incidencia, problema o necesidad.

- Sobre las 7:35 horas del día 8 de febrero de 2014, en el momento del reparto del desayuno fue encontrado colgado de los barrotes de la ventana de la celda con un trozo de sábana atado al cuello.

Ponderando las circunstancias relatadas, así como que, según la propia Administración, prácticamente desde su ingreso había venido acumulando multitud de partes disciplinarios por hechos que, sin ser excesivamente graves, sí que evidenciaban un alto grado de inadaptación regimental (propuesta de resolución) y que tenía un trastorno de personalidad, antisocial,

con bajo control de impulsos (declaración del funcionario del Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria del Centro de Álava), entiende la Sección que la absoluta falta de medidas específicas durante su estancia en el Centro Penitenciario de Burgos, dados sus antecedentes -diez días antes se habían acordado limitaciones regimentales con la finalidad de salvaguardar su integridad física- y el aviso dado por el Director del Centro Penitenciario de procedencia, revelan cierta dejadez de los servicios penitenciarios en el cumplimiento de su obligación de velar por la vida del fallecido.

En efecto, si, como hace la Administración en la resolución impugnada, se tienen en cuenta aisladamente los datos más relevantes, como la no inclusión en el momento de los hechos en el protocolo de prevención de suicidios, la falta de indicios que permitieran sospechar las intenciones autolíticas como consecuencia del examen al ingresar en el Centro Penitenciario de tránsito o que se le alojase en una celda individual, sin acompañante, cabría descartar la existencia de negligencia alguna, pero si, como considera este Tribunal, han de valorarse todos los datos conjuntamente, como el historial del interno, sus anteriores intentos de suicidio y su amenaza con hacerlo de nuevo -al margen de cuál fuera su propósito según la opinión de los médicos- o las medidas cautelares adoptadas en el Centro Penitenciario de procedencia, la ausencia de alguna de estas medidas en el Centro de Tránsito, pese a la advertencia de que se debían extremar las medidas de control y vigilancia sobre su persona, al objeto de evitar posible incidencias, patentiza, según se ha dicho, un punto de anormalidad en el funcionamiento de los servicios penitenciarios, generador de responsabilidad patrimonial al reunirse los requisitos exigidos para el nacimiento de tal responsabilidad.

CUARTO.- Afirmada la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha de precisarse el alcance de la obligación reparadora, que, según se deduce de los artículos 106.2 de la Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, citada, y ha proclamado reiteradísimo el Tribunal Supremo, responde al principio de la reparación integral, comprendiendo, por tanto, el daño moral.

A la hora de cuantificar este tipo de daño, la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, de 15 de abril de 1988 o de 5 de abril y de 1 de diciembre de 1989, entre muchas) ha optado por efectuar una valoración global que derive de una apreciación racional, aunque no matemática (sentencia del mismo Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990), pues se carece de parámetros o módulos objetivos (sentencia del

Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, aun reconociendo las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (sentencia de 23 de febrero de 1988).

En el presente caso, aún admitiendo la existencia de alguna negligencia en el funcionamiento de los servicios penitenciarios, en los términos antes señalados, lo cierto es que el fallecimiento obedeció a la libre decisión del interno, que, además, utilizó una sábana para llevarla a cabo. A ello hay que añadir que los perjuicios por los que se reclama sólo pueden ser los irrogados a la demandante, no a la propia víctima, sin que, más allá del parentesco y de alguna otra circunstancia familiar, se hayan proporcionado datos que justifiquen la suma solicitada, ignorándose la concreta incidencia que el hecho luctuoso tuvo en los distintos ámbitos de la recurrente, como en el afectivo, que cabe dar por supuesto, o el económico.

En este contexto, atendidos pronunciamientos precedentes de esta Sección (sentencias de 25 de abril -recurso número 1.925/2009- o de 23 de mayo -recurso número 15/2010- de 2012, de 30 de abril de 2014 -recurso número 28/2012 - o de 23 de septiembre de 2015 -recurso número 63/2014-), se estima que veinte mil (20.000) euros es la suma que, ponderada y actualizadamente a la fecha de esta sentencia, cubre el perjuicio causado a la actora, rechazando la pretendida, que resulta excesiva y carente de justificación.

QUINTO.- De cuanto antecede se deduce la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por lo que, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer imposición de costas a alguna de las partes procesales.

POR TODO LO EXPUESTO

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D.^a A. contra la resolución de 11 de febrero de 2016, del Secretario General Técnico del Ministerio del

Interior, dictada por delegación del Ministro del Interior, que desestimó el recurso de reposición deducido contra la resolución de 4 de septiembre de 2015, de la misma autoridad, también actuando por delegación, que desestimó la solicitud de indemnización formulada en concepto de responsabilidad patrimonial, actos que ANULAMOS, por no ser conformes con el ordenamiento jurídico, declarando el derecho de la demandante a ser indemnizada en la suma de VEINTE MIL (20.000) euros.

CAPÍTULO XVIII

SANITARIA

100.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 24/01/17

Desestimación de recurso de apelación respecto a orden judicial de administración forzosa de medicación a interno que no es capaz de tomar decisión.

HECHOS

Por el Letrado en nombre de D.R.C.G, en el Expediente N° 006406/2016 se interpuso Recurso de Apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 3 de la Comunidad Valenciana, con sede en Villena, de fecha 2 de diciembre de 2016.

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 art. 766-3 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación 000063/2017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que autorizó la administración forzosa de medicación al penado D.R.C.G. interpuso éste recurso de reforma, que no fue admitido a trámite, y subsidiario de apelación, que ahora resolvemos. El recurso ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal.

El problema que se suscita es el de la administración de cierto medicamento al interno, que, según diagnóstico psiquiátrico, padece esquizofre-

nia residual y politoxicomanía, con clínica actual, con sintomatología aguda y nula conciencia de la enfermedad, el cual ha rechazado el tratamiento.

El artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 dispone: “Regla general: Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

En el mismo sentido, el artículo 8 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de formación y documentación clínica establece: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

La regla general es, pues, que no debe prestarse ningún tratamiento médico sin el consentimiento del paciente. No obstante, tanto la Ley 41/2002 como el Convenio establecen excepciones a dicha regla, una de las cuales es que el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación (artículo 9 de la Ley). El artículo 7 del Convenio contempla específicamente el caso del trastorno mental grave: La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Y en el ámbito penitenciario, el artículo 210 del Reglamento Penitenciario establece que la Intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro inminente para la vida del interno o evidente para la salud o la vida de terceras personas.

La resolución recurrida, en consonancia con la petición de la Administración Penitenciaria y el informe del Ministerio Fiscal autoriza el tratamiento no consentido por el paciente interno, estimando que el sujeto no está en condiciones de valorar y resolver al respecto. Y el apelante discrepa sobre el supuesto de hecho, afirmando que el interno puede ejercer sin restricciones la autonomía de su voluntad.

Pero la valoración de esa capacidad de decisión no depende de que el interesado haya sido o no declarado incapaz, como pretende el apelante. La declaración de incapacidad es un supuesto de hecho, contemplado en el párrafo tercero, b) de la Ley 41/2002, distinto del que se constata en este caso, esto es, que el paciente, a criterio médico, no es capaz de tomar la decisión, supuesto previsto en el apartado a) del mismo artículo y párrafo, y también en el citado artículo 7 de Convenio. Por tanto no es necesaria la declaración de incapacidad, bastando con que, a criterio médico, el sujeto no tenga suficientes facultades, por una disfunción mental, de prestar válidamente su consentimiento, o sufra un trastorno mental grave. Y tal criterio fue expuesto por el psiquiatra que prescribió el tratamiento, y confirmado por el médico forense, que expresa no solo que el trastorno estaba activo al tiempo de la decisión de administrarle el tratamiento, sino la valoración de que la enfermedad comporta peligros para la vida e integridad del paciente y de terceros, peligro que es necesario contener mediante, precisamente, el tratamiento prescrito.

Por estas razones confirmaremos la resolución recurrida.

SEGUNDO.- No obstante, se advierte la necesidad de establecer procedimientos de supervisión y control tal y como dispone el artículo 7 del Convenio. Aunque el precepto se refiere a medidas legales, en defecto de éstas, deben establecerse judicialmente cuando es la autoridad judicial la que autoriza el tratamiento, máxime si se considera que en este caso, la autorización quedó temporalmente abierta.

Por tanto, será necesario que la Administración Penitenciaria informe periódicamente sobre la persistencia de la necesidad del tratamiento y sus motivos y sobre el estado de salud mental del interesado, expresando esencialmente si, a criterio médico, ha recuperado sus facultades para decidir sobre la administración del tratamiento.

VISTOS por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE: Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por el Letrado en nombre de D.R.C.G. contra el auto de fecha 2 de diciembre de 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 3 de la Comunidad Valenciana, con sede en Villena, en el Expediente N° 6406/2016, CONFIRMAMOS dicha resolución, que deberá ser complementada mediante el establecimiento de medidas de supervisión y control, como las aludidas en el fundamento jurídico segundo del presente auto.

CAPÍTULO XIX

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

101.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA DE FECHA 06/09/17

Desestimación recurso apelación. La revisión de la celda se realizó para preservar la seguridad del establecimiento. No hay vulneración de derechos.

HECHOS

En el Expediente núm. 493/2012-003 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palencia, con fecha 26 de junio de 2017 fue dictado auto acordando no haber lugar a la queja presentada por el interno F. en su escrito de 17 de mayo de 2017.

El interno F. ha interpuesto recurso de apelación frente a dicha resolución, en el que ha estado defendido por la Letrada Doña A.C.

El Ministerio Fiscal ha informado solicitando la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El interno Sr. F. formula recurso de apelación frente a la resolución que no estimó su queja de fecha 17 de mayo de 2017. Su petición se refiere a la revisión efectuada en su celda, según dice el día 16 de mayo de 2017 por los dos funcionarios llamados T. y J.M. Resultando que el día 17 de mayo de 2017 se llevó a cabo una revisión ordinaria y rutinaria de celdas y que esas dos personas se encontraban libres de servicio.

En las actuaciones consta que, en esa fecha, se realizó una revisión ordinaria de celdas por los funcionarios del Centro Penitenciario La Moraleja. La orden de dirección que regula esta materia es diaria y para todos los módulos, con lo cual, cada día, el Encargado del módulo determina el número de celdas a revisar y a internos a cachear. La revisión de las celdas es para comprobar el orden y la limpieza, objetos pegados en paredes y ventanas, exceso de pertenencias, si sólo disponen de la ropa de cama que se entregó a los internos, si tienen objetos fuera de su lugar o cajas.

Sólo si el funcionario comprueba la existencia de objetos no permitidos o desorden en general, llama al interno para la incoación del correspondiente expediente administrativo o simplemente para llamarle la atención para que corrija su conducta.

No se ha producido pues registro alguno en los términos que sostiene el recurrente pero, de todas formas, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998 y de 18 de octubre de 2012, son legales los registros y cacheos en las personas de los internos, periódicos y rutinarios, al amparo del artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y los registros practicados en las celdas de los internos sin autorización del Juez y presencia del Secretario judicial, en los casos de investigación y prevención de actividades delictivas dentro del Centro Penitenciario. No ha de olvidarse que la propia Constitución, en el artículo 25, establece que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, pero añade expresamente que 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 la que se prevé la práctica de registros, cacheos y requisas, artículo 68 del Reglamento Penitenciario, disponiéndose expresamente que las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad, artículo 71 de esa misma norma.

Como sigue diciendo esa misma resolución es cierto, no obstante, que la inviolabilidad del domicilio es complemento del derecho a la libertad individual, pero es ese derecho el que se priva al condenado a penas de privación de libertad, por lo que parece evidente que también lo es del correlativo derecho a elegir un espacio limitado para garantizar un ámbito de privacidad (Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1984), imposible de mantener en instituciones penitenciarias donde la privacidad resulta, con escasos momentos de excepción, imposible, y así, aunque se

prevé en la legislación penitenciaria que se respete siempre la dignidad de la persona del interno (artículo 23 Ley Orgánica General Penitenciaria , y 3º.1 Reglamento Penitenciario), para la conservación de la seguridad, se prevén también cacheos, requisas, recuentos y la posibilidad de intervenir las comunicaciones orales y escritas (artículo 46.1º y 3º del Reglamento) y de someter a los internos a observaciones y recuentos (artículo 76.1º y 2º) y que no estén en celdas individuales (artículo 19 Ley Orgánica General Penitenciaria y 15 Reglamento).

Por lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio por el registro de celdas, no está de más señalar que la Sentencias del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 2006 ha señalado que la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida depresión. El domicilio constituye un ámbito de privacidad ‘dentro del espacio limitado que la propia persona elige’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 189/2004, de 2 de noviembre). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un ‘espacio apto para desarrollar vida privada’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 283/2000, de 27 de noviembre) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término.

Por otro lado, nada dice la normativa penitenciaria sobre la forma en que ha de llevarse a cabo el registro y las revisiones en celda, y si bien es cierto que la presencia el interno cuando se hace el registro es el medio deseable de informarle del acto, pero es suficiente la posterior información del resultado

del registro para preservarle de sus legítimos derechos. Pues bien, en este caso consta que se trató de una mera revisión de celdas por exclusivas cuestiones de orden y la limpieza y para comprobar objetos pegados en paredes y ventanas, exceso de pertenencias, si sólo disponen de la ropa de cama que se entregó a los internos, si tienen objetos fuera de su lugar o cajas.

Ninguna infracción pues se ha producido en los derechos del interno recurrente, pues la revisión de su celda y la de otros internos, se adoptó a los únicos efectos de preservar la seguridad y el buen orden del establecimiento, cumpliéndose todos los requisitos que exige la norma.

El recurso de apelación interpuesto, por todas estas razones, se desestima.

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

LA SALA ACUERDA:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. F. contra el Auto de fecha 26 de junio de 2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución íntegramente.

102.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 28/04/17

Desestimación de queja por realización de cacheo con desnudo integral.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno L.E.G.G. del Centro Penitenciario de Puerto de Santa María I formulando queja contra el mal funcionamiento de la Administración del Centro por someterle un cacheo con desnudo integral el día 9 de marzo de 2017.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, examinado el expediente y visto el informe del Centro Penitenciario, debe señalarse que con respecto al cacheo con desnudo integral, es doctrina constitucional la siguiente:

a) «El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 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 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 231/1585, fundamento jurídico 3.º; 179/1991, fundamento jurídico 3.º, y 20/1992 fundamento jurídico 3).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, 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 fundamente jurídico 7.a; 120/1990, fundamento jurídico 12 137/1990, fundamento jurídico 10)».

b) Ya «con referencia al concreto ámbito penitenciario la doctrina constitucional 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. Más 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 89/199”, fundamento jurídico 2º)».

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, éstos conservan todos los derechos 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 jurídicos 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.

TERCERO.- De otra parte, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones un medio necesario para el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla, ciertamente, aquélla en la que existe una situación con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión de 15 de mayo de 1990, caso McFeel y otros) al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Sin embargo, el anterior supuesto pone de relieve que para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, es preciso 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 bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, 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 autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.»

Incluso puede 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».

En el caso concreto aquí examinado, y vista Orden de cacheo integral de 9-3-17, se estima expresada en la misma una motivación concreta y específica que justifica suficientemente la adopción de la medida, pues el cacheo se realiza al ingresar el interno procedente de conducción a fin de evitar el riesgo de introducción de objetos prohibidos o consignas de la banda terrorista ETA, que menoscaban la seguridad del Centro Penitenciario o puedan llevar a incidentes graves atendidos los antecedentes de los internos de dicha organización de plantear incidentes de modo colectivo, (plantes, protestas colectivas, etc.) siguiendo instrucciones y consignas de la banda. Además se han observado las previsiones legales, en una sala

habilitada al efecto, presencia de otras personas y con ofrecimiento de una bata que el interno rehusó utilizando su propia ropa, procede desestimar la queja formulada, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno L.E.G.G. del Centro Penitenciario Puerto de Santa María I.

103.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 19/12/17

Desestimación de queja por las condiciones de realización del recuento.

ANTECEDENTES DE HECHO

En este juzgado se tramita expediente PYQ 1510/17-10, en virtud de escrito remitido por el interno A.L. del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una queja por recuento de pie en el patio, en la celda y por obligarle a comer a la fuerza en el comedor.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones, al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

A la vista de los datos resultantes de los informes que obran en el expediente, procede la desestimación de la queja planteada por el interno, ya que la manera en que se lleva a cabo el recuento de internos en celda,

exigiendo a los internos que estén de pie y con la luz encendida, nos parece razonable y justificada, en relación a su finalidad y en absoluto atentatoria contra la dignidad de la persona. Resulta evidente que es una forma adecuada de comprobar la identidad y estado del recluso y que en nada atenta contra su dignidad.

Por otra parte no existe prescripción médica ni cuestión de grado penitenciario alguno que le exima total o parcialmente del cumplimiento de las obligaciones regimentales genéricas como el acceder al comedor durante las horas señaladas para ello, por lo que la exigencia a la que el interno hace referencia debe encenderse como correcta. Por último tampoco el recuento de tarde atenta, en manera alguna, contra la dignidad del interno y se realiza en el patio o en la sala para interferir lo menos posible en el desarrollo de actividades o disfrute del tiempo libre, ya que se trata de un recuento rápido y eficaz, respetando siempre lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 65 y 67 del Reglamento Penitenciario.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja formulada por el interno A.L. al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, archivándose el presente expediente.

CAPÍTULO XX

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

104.- AUTO 66/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE FECHA 16/01/17

Procede la suspensión de condena pese a la existencia de tres condenas previas en el ámbito de violencia de género.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal 13 de Sevilla se dictó auto de fecha 14/06/16 por el que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena de un año de prisión impuesta a A. Contra dicho auto se interpuso recurso de reforma por la representación procesal del penado, que fue desestimado por auto de 06/10/16, resolución esta última contra la cual se articuló recurso de apelación, que fue admitido a trámite con el resultado que consta en autos y que es el que ahora corresponde resolver.

SEGUNDO.- Turnado el recurso a este Tribunal, se remitió seguidamente testimonio de la causa, formándose rollo y designándose ponente; tras la oportuna deliberación, la Sala acordó resolver como a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Prescindiendo de otros antecedentes de gran antigüedad, legalmente cancelables y relativos a delitos patrimoniales, el penado en la presente causa había sido condenado previamente en sentencia de 05/06/12, firme el mismo día, por un delito del artículo 153 del Código Penal cometido el 31-12-11 a una pena principal de trabajos en beneficio de la comunidad, y también en otra sentencia de 10/12/12, firme el 03/06/13, por hechos

del 19/10/12 que fueron calificados como quebrantamiento de condena, a la pena de seis meses de prisión que consta cumplida. Es cierto, por tanto, que cuando el apelante comete el delito que es objeto de esta ejecutoria, no era delincuente primario, pues ya era firme la primera causa, ni puede sostenerse tampoco que aquella condena por maltrato puntual en el ámbito de la violencia de género no sea relevante, por su naturaleza y circunstancias, respecto al pronóstico de peligrosidad futura en relación con la actual condena por delito continuado de amenazas a la expareja agravado por el quebrantamiento de condena.

Pero estos datos, que son prácticamente los únicos manejados por las resoluciones de instancia (en las que se copia una extensa sentencia de una Audiencia Provincial que no se identifica), no agotan el debate en las presentes, pues concurren otras circunstancias relevantes que es obligado reflejar ahora:

a) Los hechos a que se contrae la presente causa tuvieron lugar los días 20, 23, 24 y 26 de marzo de 2013, es decir, hace casi cuatro años, lo que aconseja dar una respuesta que de algún modo contemple ese transcurso de tiempo, sobre todo teniendo en cuenta que desde aquella fecha no consta la comisión de ningún otro delito por parte del penado.

b) Las tres condenas que venimos mencionando se contextualizan en la violencia de género y en un periodo de tiempo relativamente cercano, lo que parece describir un periodo de cierta compulsión delictiva que parece en trance de superación tras varios años sin nuevos incidentes y que, sobre todo, parece aconsejar más a estas alturas un abordaje terapéutico o tratamental que una mera retribución privativa de libertad.

c) Solo una de las dos condenas anteriores lo era a pena privativa de libertad, de seis meses de duración que, atendiendo a la hoja histórico-penal del recurrente, quedó extinguida en agosto de 2014, y pese a tratarse de hechos muy cercanos en el tiempo a los enjuiciados en esta causa no se logró, sin embargo, la ejecución conjunta de ambas penas, lo que sin duda habría dotado de más sentido reeducador y de reinserción social a cumplimiento de tales penas en su forma originaria.

d) La propia víctima de todos esos hechos firma escrito mostrándose a favor de la suspensión de la ejecución, refiriendo un cambio de actitud en el penado, que le pidió perdón, se mostró arrepentido y no ha vuelto a molestarla en estos cuatro años.

Así las cosas, a diferencia de la Magistrada a quo, la Sala entiende que se puede sostener un favorable pronóstico de futuro, conforme al cual no sólo la ejecución de la pena en su forma ordinaria no resulta necesaria para conjurar el riesgo de comisión de nuevos delitos, sino que además la medidas y condiciones que a continuación se dirán pueden contribuir de mejor forma no ya sólo a la protección de la víctima sino también a la propia reeducación del penado, conjurando así los riesgos residuales que pudieran persistir de forma más eficaz que con el cumplimiento en prisión que por su propia duración haría harto difícil el tratamiento.

Se trata, en definitiva y como establece la propia norma, de valorar las restantes circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, y en base a todo ello no advertimos razones sólidas que desaconsejen la concesión al apelante del beneficio de la suspensión, en la forma extraordinaria que contempla el artículo 80.3 del Código Penal, que es precisamente la que se reclama, prevista ahora legalmente también para quienes no son primarios aunque con ciertas condiciones anexas, beneficio que precisamente puede colmar su fundamento legal de evitar el ingreso en prisión de quien presenta reducida peligrosidad y fue condenado hace tiempo a una pena corta de privación de libertad, sin que por ello el derecho penal deje de cumplir sus fines de prevención general y especial, todo lo cual nos lleva a estimar el recurso interpuesto, concediendo al apelante la suspensión que ahora se contiene en ese artículo 80.3 del Código Penal, que conforme al artículo 84.1.3ª conllevará, además, la condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad (no cabe imponer la multa ex apartado 2 de ese mismo precepto, al no constar si existen relaciones económicas con la víctima o descendencia común), que no deja de ser una forma de reparación simbólica para con la víctima y la propia sociedad, cuya extensión fijamos en ochenta días (ligerísimamente por encima del mínimo legal que resultaría de aplicar los criterios de conversión sobre un quinto de la pena impuesta).

Por último, al tratarse de un delito “cometido sobre la mujer” en los términos que expresa el artículo 83.2, deben imponerse imperativamente las condiciones de prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio,

a su lugar de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ella, o de comunicar con la misma por cualquier medio durante el tiempo de la suspensión, lo que entraña la prohibición de acudir a tales lugares, así como la condición de participar en un programa formativo sobre violencia de género y de educación en la igualdad.

Por último y de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 81 del Código Penal, fijamos el periodo de suspensión en dos años, atendida la naturaleza del delito y las penas impuestas, así como las condiciones que se establecen.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que;

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. A. contra los autos dictados el 14/06/16 y 06/10/16 por el Juzgado de lo Penal nº 13 de Sevilla en la Ejecutoria 136/16, resolución que revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar acordamos SUSPENDER por el plazo de DOS AÑOS la ejecución de la pena de un año de prisión impuesta al referido penado, quedando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia condenatoria, suspensión que queda condicionada a que el referido penado:

- a) no vuelva a delinquir en el plazo indicado
- b) realice ochenta jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad,
- c) cumpla la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, a su lugar de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ella, o de comunicar con la misma por cualquier medio durante el tiempo de la suspensión, lo que entraña la prohibición de acudir a tales lugares,
- d) y participe en un programa formativo sobre violencia de género y de educación en la igualdad.

El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones podrá dar lugar a la revocación de la suspensión otorgada, con cumplimiento de la pena originaria de prisión.

105.- AUTO 49/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL DE FECHA 13/02/17

No procede la suspensión por considerar el tratamiento de deshabituación como instrumento para obtener los efectos suspensivos de las penas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo penal número 1 dicto auto acordando no conceder el beneficio de suspensión de la pena ni de sustitución a P.

La citada resolución fue recurrida por la Procuradora D^a A.O.G. en nombre y representación de Plácido alegando que procede la revocación del auto por el que se deniega la suspensión de la pena privativa de libertad, en tanto que concurren los presupuestos de la suspensión sustitutiva, la prevista en el artículo 80.5 del Código Penal en cuanto que ha cometido los hechos derivado de su grave adicción a sustancias estupefacientes.

SEGUNDO: Admitida a trámite la apelación interpuesta, se puso de manifiesto la causa a las partes, por el plazo común de cinco días, interesándose por el Ministerio Fiscal la confirmación de la resolución recurrida. Seguidamente se elevaron las Diligencias a esta Sala, donde se incoó el presente rollo, se designó Ponente a Ilma. Sra. Doña M.J.A.B. y, se deliberó la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ante el presente recurso de apelación interpuesto por la defensa del penado P. en el que alega que no procede sin más la desestimación de su pretensión de suspensión, ya que no se trata de un reo habitual, y por otro lado es posible la aplicación de la suspensión por drogadicción, habida cuenta de que la comisión de los delitos lo fue por su grave adicción a sustancias estupefacientes.

SEGUNDO.- Cuestiona el recurrente la resolución de la instancia estimando que concurren todos los presupuestos para que le sea concedida la

suspensión de la pena privativa de libertad bien al amparo de lo dispuesto en el artículo 80.3 y 80.5 del Código Penal.

Respecto a la suspensión de la pena al amparo del artículo 80.1 y 2 del Código Penal, es obvio que no procede el mismo por cuanto no concurren los requisitos previos para su concesión, esto es que se trate de delincuente primario, a la vista de la hoja histórica penal no es factible la misma, amén de que ha sido condenado por el mismo delito en al menos tres ocasiones sin contar esta ejecutoria en la que se insta la suspensión.

La reforma del Código Penal por la Ley 1/2015 de 30 de marzo supone una nueva regulación a la suspensión y sustitución de la pena, y en cuanto a este última la regula no ya como una fórmula de sustitución como venía recogida, en el artículo 88 del Código Penal anterior a la reforma, sino como una modalidad de suspensión esto es la suspensión sustitutiva, hemos de analizar a la luz de la nueva regulación si procede o no atender a tal petición.

En tal sentido el artículo 80.3 del Código Penal reformado, recoge “Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

A tenor de lo expuesto inicialmente la pena privativa de libertad impuesta al penado no excede de esos límites, fue condenado a ocho meses de prisión, pero si nos atenemos a la hoja histórico penal, el penado ha sido condenado en un periodo de dos años en cuatro ocasiones incluida la de esta ejecutoria por delitos contra el patrimonio, contenidos en el mismo capítulo. Esto es 29/5/2014, el 7 de agosto de 2014, 7 de octubre de 2015

así como en la presente ejecutoria por sentencia de fecha 11 de abril de 2016, todos ellos como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas.

De este modo tiene la calificación de reo habitual conforme a lo dispuesto en el artículo 94 del nuestro Código Penal, de modo que ello le priva de la posibilidad de acceder a este beneficio.

Ahora bien respecto a la posibilidad de estimar la suspensión sobre la grave adicción a sustancias estupefacientes que presenta el penado.

El artículo 80.5 del Código Penal, de cuya aplicación se trata en el caso, permite la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años, siempre que el hecho delictivo se hubiera cometido a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, y se certifique que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

De lo que se trata, para valorar la aplicación del tan repetido precepto, es de examinar si nos encontramos ante un supuesto de delincuencia funcional y de si se encuentra sometido a tratamiento de desintoxicación.

El primero de los requisitos no tiene por qué obtenerse necesariamente de la sentencia; considerando la Sala que la ejecución de la sentencia es fase procesal hábil para acreditar que la drogadicción sea presupuesto de su conducta delictiva, lo que resulta esencial para acceder a lo solicitado es que nos encontremos en presencia de una delincuencia funcional provocada por el consumo de sustancias. A este respecto es de ver que la sentencia de cuya ejecución se trata, condena al aquí recurrente como autor de un delito de robo con fuerza a la pena de ocho meses de prisión y en este caso a la vista de los informes obrantes en autos y el delito cometido cabe entender que cometió el hecho a consecuencia de su adicción a sustancias estupefacientes. No por ello basta para aplicar este beneficio de suspensión de la penal.

Pero igualmente es valorable el largo historial delictivo, se trata de un delincuente habitual, que cuando se ha sometido a tratamiento de deshabitación lo ha sido más que por voluntad de desintoxicarse, de obtener los efectos suspensivos de las penas a las que ha sido condenado, como se deduce del cumplimiento irregular de los tratamientos a los que se ha sometido, paralelos a las sentencias que ha sido condenado. Constando por

sus manifestaciones que al margen de esta ejecutoria, le resta por cumplir otra pena privativa de libertad de 18 meses de prisión.

A todo ello hay que valorar en cualquier caso a los efectos de su concesión un pronóstico de futuro lo que nos obliga a examinar que la prevención especial no ha surtido efecto, como nula ha resultado la eficacia de las penas impuestas en los delitos por los que ha sido condenado en un periodo no superior a dos años, lo que denota la escasa conminación que producen en el condenado las resoluciones judiciales y su ejecución y por ello no procede acceder a otro beneficio penal.

Por todo ello procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

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

LA SALA ACUERDA

Que debía desestimar y desestimaba el recurso de apelación, que se detalla en el primero de los hechos de esta resolución, dejando subsistente el Auto de fecha 29 de noviembre de 2016 a cuyo contenido ha de estarse, declarándose de oficio las costas de este recurso.

106.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 03/03/17

No procede revocación de la suspensión pese a comisión de delito durante el plazo establecido.

HECHOS

En la causa referenciada se dictó por el Juzgado de lo Penal Número 4 de Córdoba, el auto de 07/11/2016, cuya parte dispositiva es como sigue: «Se decreta dejar sin efecto los beneficios de la condena condicional otor-

gados en su momento al condenado F. decretando su ingreso en prisión a fin de que cumpla la pena que le fue impuesta.

Librense para ello los oficios y mandamiento necesarios y remítase nota de condena al Registro Central de Penados y Rebeldes».

Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de F. recurso de reforma y subsidiario de apelación. A través de auto de 28/11/2016 se desestima el recurso de reforma. Posteriormente se remiten las actuaciones a este Tribunal y seguidos los trámites establecidos se pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para su estudio y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El presente recurso tiene por objeto la impugnación del auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba dictado el 28 de noviembre de 2016 por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 7 de noviembre de 2016, por el que se se acuerda dejar sin efecto los beneficios de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad otorgados en su momento al condenado recurrente.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso en base a los argumentos del auto apelado.

El recurso debe ser estimado. El auto revocatorio de los beneficios se fundamenta en la circunstancia de haber cometido el penado nuevo delito durante el periodo de la suspensión. El beneficio concedido en su día estaba sujeto a la condición de no volver a delinquir durante el plazo que se le fijó. Acreditado su incumplimiento al constatarse que cometió un nuevo delito durante dicho periodo, el artículo 86.1-a) del Código Penal, conforme a la redacción vigente en el momento de resolverse sobre dicha cuestión, sólo ordena la revocación del beneficio cuando el nuevo delito ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspenderle la condena anterior, ya no puede ser mantenida. El referido precepto debe ser puesto en relación con el artículo 80 del Código Penal, tras la redacción operada por la mencionada Ley Orgánica 1/2015, que permite actualmente la concesión del beneficio de suspensión de la condena pese a existir antecedentes penales anteriores no cancelados, cuando

estén referidos a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros (artículo 80.2.1ª).

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, tanto la concesión del referido beneficio de suspensión de la condena como su mantenimiento no obstante la recaída del penado en el delito, aun siendo de naturaleza discrecional, ha de estar basada en la actualidad en la razonable previsión de que el cumplimiento de la condena no resulta necesario para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Su fundamento no es tanto el favorecimiento de la reinserción social o la conveniencia de evitar el efecto pernicioso del cumplimiento de penas privativas de libertad, sino la razonable previsión de que el cumplimiento de la condena no es necesario para evitar esa reincidencia futura en el delito.

Pues bien, ese fundamento basado en el factor de peligrosidad criminal, entendiendo por tal la probabilidad de comisión de nuevos delitos, no se constata en el presente caso con la entidad o gravedad suficiente para ordenar la revocación del beneficio concedido. Ciertamente que ha aparecido otra condena, pero las circunstancias concretas del caso aconsejan el mantenimiento del citado beneficio, y ello en base a las siguientes consideraciones.

1) Hemos de poner de manifiesto en primer lugar que en el procedimiento tramitado con motivo del nuevo delito cometido por el penado, se le impuso a éste la pena de seis meses de prisión como autor de un delito de quebrantamiento de condena, pero le fue concedido el beneficio de suspensión de dicha pena, no obstante constatarse la comisión de un delito anterior (el que es objeto de este recurso de apelación), al no apreciar la Ilma. Sra. Magistrada del segundo juzgado sentenciador que fuese razonable la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Dicha suspensión le fue concedida bajo condición de no volver a delinquir, y, además, el abono de una multa adicional.

2) El segundo delito ha sido cometido porque la pareja ha continuado conviviendo en el mismo domicilio, no obstante la prohibición de aproximación impuesta en su día, debido a dos factores: uno, la inexistencia de otro lugar para poder pernoctar el penado, cuya convivencia ha tenido lugar con el consentimiento de su ex pareja; y otro, la existencia de un negocio común con aquélla, de venta de artículos al por menor, de los comúnmente

denominados “chinos”, el cual sirve de sustento a la familia, aunque ésta en la actualidad esté rota.

3) El nuevo delito se comete en esa situación de convivencia contraviniendo las prohibiciones impuestas, siempre consentida por la otra persona, quien en el calor de una discusión decide llamar a la policía. Personados los agentes, comprueban que existe la prohibición mencionada, por lo que proceden a la detención del penado, sin que su ex pareja quisiera formular denuncia contra él.

4) No podemos desconocer también las circunstancias personales del penado en orden a su nacionalidad y a las posibles dificultades de comprensión o entendimiento no sólo de las condiciones impuestas en su día para el otorgamiento del beneficio de suspensión de la condena, sino también de las consecuencias que contra él pudieran derivarse de su incumplimiento.

5) Finalmente, la revocación del beneficio irrogaría graves perjuicios en el aspecto económico o de sustento tanto de su ex pareja como de los tres hijos que tienen en común, pues no en vano la llevanza del negocio mencionado resultaría extremadamente difícil, con la consiguiente repercusión a todos los niveles.

Las razones expuestas ofrecen dudas razonables sobre la necesidad del cumplimiento de la condena en orden a la prevención de nuevos delitos, ante cuyas circunstancias la Sala decide conceder una nueva oportunidad al penado en la confianza de que respetará las condiciones impuestas y las que a continuación se exponen.

No obstante lo anterior, y como quiera que se ha producido un incumplimiento, aunque no con la gravedad suficiente para provocar la revocación del beneficio mencionado, la Sala considera que deben agravarse las condiciones de la suspensión en su día acordada, y por tal motivo estima que procede fijar una nueva condición consistente en el pago de una multa de 100 días con una cuota diaria de 5 euros, que será abonada en las condiciones que fije el Juzgado sentenciador, todo ello al amparo del artículo 86.2-a) en relación con el artículo 84.1.2ª, ambos del Código Penal.

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

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos estimar y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por F., contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba dictado el 28 de noviembre de 2016 por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 7 de noviembre de 2016, por el que se acuerda revocar el beneficio de suspensión condicional de la pena privativa de libertad impuesta en la causa al penado F., cuyos autos recurridos DEJAMOS SIN EFECTO, y, en consecuencia, ACORDAMOS:

Mantener la suspensión de condena en los términos acordados en su día por el Juzgado sentenciador.

Añadir como condición para que el referido penado pueda seguir disfrutando dicho penado, el abono de una MULTA de 100 días, con una cuota diaria de 5 euros, que se abonará en los términos que acuerde el Juzgado sentenciador.

Sin especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

107.- AUTO 81/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LOGROÑO DE FECHA 24/03/17

En caso de comisión de delito durante la suspensión, no cabe la prórroga de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En Ejecutoria 497/14 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño se dictó Auto de 31.5.16 acordando no revocar la suspensión en su día concedida al penado U. y prorrogar el plazo de suspensión por un año más.

Contra dicho Auto interpuso el penado recurso de reforma y subsidiario de apelación. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de reforma y por auto de 25 de octubre de 2016 se desestimó el mismo admitiéndose el de

apelación, del cual se dio traslado al apelante quien evacuó alegaciones complementarias. De todo ello se dio traslado al Ministerio Fiscal que se opuso al recurso.

SEGUNDO: Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial se acordó formar el correspondiente rollo de apelación para la sustanciación de los recursos, y tras notificar el turno de registro y ponencia a las partes se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 16 de marzo de 2017 siendo designado ponente el magistrado de esta Sala Don F.S.A.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

1.- Los hechos que resultan relevantes para resolver son los siguientes:

a) Por sentencia del Juzgado de Instrucción nº 1 de Calahorra se condenó a U. a la pena de dos meses de prisión como autor de un delito de resistencia.

b) Por Auto de 18 de agosto de 2014 se acordó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad condicionada a no delinquir por tiempo de dos años. Este Auto fue notificado personalmente al penado.

c) En fecha 22 de enero de 2016 U. fue condenado por sentencia firme como autor de un delito perpetrado el 10 de enero de 2016 -dentro del periodo de suspensión- relacionado con la violencia de género.

d) Por Auto de 31 de mayo de 2016 el Juzgado de lo Penal acordó no revocar la suspensión concedida a U. pero prorrogar su duración por un año, decisión contra la que el penado interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación. El penado alega que no ha vulnerado ninguna de los deberes y prohibiciones que se le impusieron y a cuyo cumplimiento se condicionó la suspensión. Y aunque es cierto que ha cometido un nuevo delito, lo cierto es que el artículo 86.2 del Código Penal no permite prorrogar la duración de la suspensión en el caso de cometer un nuevo delito. Lo que el juez puede hacer, caso de cometer un nuevo delito, es revocar la suspensión si ello pone de manifiesto que la expectativa que fundaba la concesión de la suspensión ya no puede ser mantenida. Pero el Código Penal no le faculta a que en caso de cometer nuevo delito en el plazo

de suspensión el juez pueda prorrogar la duración de la suspensión. Esa facultad solo está prevista para el supuesto de que se produzca un incumplimiento grave o reiterado de los deberes obligaciones y prohibiciones a cuyo cumplimiento se condicionó la suspensión, pero nunca a la comisión de un nuevo delito.

e) El Ministerio Fiscal se opone al recurso, sobre la base de que el Juzgado bien pudo revocar la suspensión, y que lo que hizo fue una interpretación pro reo de la normativa aplicable. Esta argumentación es la que acoge el auto del Juzgado que desestima el recurso de reforma, de fecha 25.10.16.

SEGUNDO

1.- El problema subyacente en el recurso, de no fácil solución, exige una reevaluación de los preceptos todavía recientes que actualmente regulan la institución de la suspensión tras la Ley Orgánica 1/15 de 30 de marzo, y la adopción de un nuevo posicionamiento de esta Sala sobre la cuestión concretamente planteada, ciertamente conflictiva, y que atañe a lo siguiente: los casos en que resulta posible prorrogar la duración de la suspensión concedida al penado.

2.- El vigente artículo 86 del Código Penal establece:

“1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para

ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.^a y 3.^a.

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.”

3.- Como vemos, en este nuevo régimen, debemos distinguir dos supuestos:

1) caso de comisión de un delito durante el periodo de suspensión;

2) incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones a cuyo cumplimiento se subordinó la concesión de la suspensión.

a) En caso de comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal debe revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena no de forma automática -como sucedía antes de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo-, sino que solo debe hacerlo en el caso de que ello

ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

Por consiguiente, en el caso de que se cometa un nuevo delito durante la suspensión, la literalidad del precepto establece dos alternativas: a) revocar la suspensión; b) mantener la suspensión y no revocarla, pero siempre que existan razones que permitan concluir que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión todavía puede ser mantenida.

Sin embargo, lo que no está previsto en el caso de cometer un nuevo delito durante el periodo de suspensión, es que el juez pueda no revocar la suspensión pero prorrogar su plazo de duración. Tal posibilidad el Código Penal no la contempla.

b) Si durante el periodo de suspensión lo que se ha producido es un incumplimiento de las condiciones, obligaciones o prohibiciones a cuyo cumplimiento se condicionó la concesión de la suspensión, el Código Penal distingue:

- Si el incumplimiento no es ni grave ni reiterado: en tal caso el Juez puede: a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas. b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

- Si el incumplimiento es grave o es reiterado: procede revocar la suspensión.

4.- Conclusión: la prórroga de la suspensión no es factible en el caso de que se haya cometido un nuevo delito durante el periodo de suspensión. La prórroga de la suspensión es solo factible en caso de incumplimiento leve y no reiterado de las condiciones, obligaciones o prohibiciones a cuyo cumplimiento se condicionó la concesión de la suspensión.

5.- En este caso lo que sucedió es que el penado cometió un nuevo delito, por lo que en tal caso el Titular del Juzgado, ante dicha situación, pudo efectivamente revocar la suspensión en el supuesto de que entendiera defraudadas las expectativas que justificaron la concesión de dicho beneficio. No fue esta sin embargo la decisión del juez “a quo”, que optó por no revocar la suspensión debido a que todavía podían mantenerse aquellas expectativas, aunque decidió prorrogar la duración de la suspensión. Sin embargo, esta última solución, -la de prorrogar la suspensión-

no fue correcta; si cuando se comete un nuevo delito por el penado, el juez o tribunal opta por no revocar la suspensión, el Código Penal le impone el deber de mantener ésta con idénticas condiciones a las que preexistían. Por las razones que sean, el Legislador ha entendido que en estos casos de comisión de un nuevo delito no es procedente que el juez, ante la comisión de un delito, prorrogue la duración de la suspensión. Es meridiano que la interpretación estricta que impone el principio de legalidad y la aplicación no extensiva de los preceptos penales en perjuicio del reo (artículo 4.1 del Código Penal), impiden que el juez opte por la solución que contempla el Auto, por más que parezca razonable. Por ello el recurso se estima.

TERCERO

Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda:

La ESTIMACIÓN del recurso de apelación formulado por la representación procesal de U. contra el Auto de 31 de mayo de 2016 dictado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño ratificado por Auto desestimatorio del recurso de reforma dictado por el mismo Juzgado en fecha 25 de octubre de 2016, en procedimiento ejecutoria 497/14 de dicho Juzgado de la que deriva el Rollo de apelación nº 551/16 , debiendo revocar ambas resoluciones y en su lugar se acuerda no revocar los beneficios de la condena condicional otorgados en su día a U., manteniendo la duración del periodo de suspensión acordado por Auto de 18 de agosto de 2014, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso.

**108.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
DE FECHA 10/07/17**

Procede la suspensión de condena pese a contar con antecedentes penales.

HECHOS

Por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Granollers se dictó auto de fecha 21 de abril de 2015 por el que se acordó no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la pena de un año y seis meses de prisión impuesta al penado M. como autor de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal.

Contra dicho auto se interpuso recurso de reforma -que fue desestimado por auto de 3 de febrero de 2016- y subsidiario de apelación por la defensa del penado con base en las alegaciones que se dan aquí por reproducidas, del que se dio traslado a las demás partes, habiendo sido impugnado por el Ministerio Fiscal.

Una vez recibidos los autos en esta Sección se formó el Rollo correspondiente y se señaló día para la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En el auto de fecha 21 de abril de 2015 se denegó el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta a M. por no concurrir el requisito de la primariedad delictiva, ya que en el momento de comisión del delito de lesiones tenía antecedentes penales no cancelados.

En el auto resolutorio del recurso de reforma, dado que se ha dictado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/15, que da nueva regulación a los artículos 80 y siguientes del Código Penal, además de hacerse mención a la existencia de dichos antecedentes penales para la denegación del beneficio solicitado, se argumenta que el penado cometió el nuevo delito en el plazo de suspensión de la pena de prisión que le fue impuesta anteriormente y a que solo había abonado 930 euros de la indemnización por responsabilidad civil a la que ha sido condenado solidariamente con el otro penado, que asciende a 29.500 euros.

Por la defensa del penado se adujo que los antecedentes penales no debían ser tenidos en cuenta porque, a los efectos de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, para la primariedad delictiva no se deben tener en cuenta los delitos imprudentes, entendiendo el recurrente que, al haber sido condenado M. “por la imprudencia de conducir bajo los efectos del alcohol, lo que incidió de forma notoria al desobedecer a los agentes y no someterse a las pruebas de detección”.

Es evidente que el anterior argumento no es válido, ya que tanto el delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 como el delito del artículo 380 del Código Penal son delitos dolosos. No obstante, con la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, dichas condenas anteriores no son obstáculo para entender cumplido el requisito de primariedad delictiva, pues ahora, “tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros” (artículo 80.2.1ª inciso último Código Penal), y en el presente caso no parece que los delitos contra la seguridad vial cometidos, que nada tienen que ver con el delito de lesiones origen de la presente ejecutoria, sean relevantes a los efectos expresados.

Es cierto que la comisión del delito de lesiones se produjo en el periodo de suspensión de la ejecución de la pena de cuatro meses de prisión impuesta por el delito del artículo 380 del Código Penal, pero este dato, cuya relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros es innegable, en el presente caso pierde su virtualidad, no ya porque la comisión del nuevo delito se produjera cuando faltaban catorce días para que finalizara el plazo de suspensión, sino porque, desde la comisión del delito objeto de esta Ejecutoria -24 de enero de 2009-, han transcurrido más de ocho años sin que M. haya vuelto a delinquir. Además, también debe valorarse, como se alega por el recurrente, que aquel tenía tan solo veintiún años cuando cometió el delito de lesiones, y tan solo dieciocho, cuando cometió los anteriores.

El mayor escollo para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión es que no se han satisfecho las responsabilidades civiles, que en este caso son importantes porque ascienden a 29.500 euros, pues esta es una condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena (artículo 80.2.3ª Código Penal). No obstante, no puede obviarse aquí que dicha responsabilidad civil del penado es solidaria con otro de los pe-

nados, T., condenado como coautor de las lesiones, y, sin embargo, a dicho penado se le concedió el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena por carecer de antecedentes penales.

Por otro lado, en el testimonio remitido para la resolución del recurso consta que M. fue requerido de pago el día 5 de mayo de 2015, y el día 7 de julio de 2015 compareció en el Juzgado de lo Penal solicitando el pago aplazado y proponiendo pagos mensuales de 150 euros por hallarse en ese momento sin trabajo, manifestación a la que no consta que se diera respuesta por el Juzgado. A pesar de ello, M. había abonado hasta mayo del corriente la suma de 3.300 euros en concepto de indemnización, es decir, a razón de unos 144 euros mensuales.

En definitiva, siendo el fundamento del beneficio de la suspensión de la ejecución el evitar el cumplimiento de las penas cortas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo (Sentencias del Tribunal Constitucional 224/1992, 115/1997, 164/1999, 264/2000, 8/2001 y 110/2003, entre otras), en el presente caso, en el que el penado, tras dos condenas por hechos cometidos apenas alcanzada la mayoría de edad, no ha vuelto a delinquir en ocho años, se considera adecuada la concesión del beneficio de la suspensión.

Ahora bien, dicha suspensión se condiciona a que el penado no delinca en un plazo de tres años, plazo que podría haber sido superior de haberse resuelto sobre la suspensión con mayor prontitud y que se fija atendido que no se trata del primer delito que comete, que incumplió dicha condición en la primera condena y que la pena suspendida tiene una duración de un año y seis meses, es decir, cercana al máximo de dos años que permite la concesión del beneficio.

Asimismo, se condiciona a que se satisfaga la indemnización civil fijada en sentencia, entendiéndose que es razonable esperar que así sea por cuanto, según el recurrente, el penado finalmente ha encontrado trabajo, por lo que es esperable que haga los esfuerzos necesarios para el abono de la indemnización.

Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de M. contra el auto de fecha 3 de febrero de 2016 dictado por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Granollers en la Ejecutoria 148/15, REVOCANDO dicha resolución, así como la de 24 de abril de 2015, en el sentido acordar la suspensión de la ejecución de la pena de un año y seis meses de prisión impuesta al penado M. por un plazo de tres años, condicionada a que el penado no delinca en el plazo fijado y a que se haga efectiva la responsabilidad civil fijada en sentencia; se declaran de oficio las costas del recurso.

109.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 13/10/17

No procede la suspensión. En este caso se necesita un tratamiento penitenciario estricto individualizado y restringido de libertad deambulatoria.

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 6 de septiembre de 2017, la Jueza de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Córdoba condenó a C. -como autor de un delito de quebrantamiento de condena- a la pena, entre otras, de cuatro meses de prisión. Tal resolución ganó firmeza.

Por auto de esa misma fecha y tras el trámite preceptivo, la Jueza resuelve que no procede suspender la ejecución de la pena impuesta.

Contra tal resolución, C. interpuso recurso de apelación, el que, trasladado a las demás partes, no motiva pronunciamiento alguno de las mismas.

La causa llega a esta Audiencia el día 4 de octubre de 2017, formándose el rollo correspondiente y turnándose la ponencia, con fijación como día para la deliberación el 11 de ese mes y año.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La resolución recurrida y el objeto del recurso

El auto apelado acuerda la denegación del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena corta privativa de libertad impuesta al recurrente. En la resolución recurrida, la jueza que adopta la decisión explica los motivos que le llevan a decidir en ese sentido: la naturaleza y entidad de los hechos motivo de sanción y que el penado está cumpliendo penas por delito de violencia de género cometido sobre la misma víctima.

El recurrente combate esa resolución entendiendo que su particular situación aconseja la concesión de tal beneficio penitenciario al amparo de lo previsto en el artículo 80.3 del Código Penal.

La ley aplicable

Como sabemos, el artículo 80 del Código Penal permite que los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, dejen en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años en relación con personas condenadas que hayan delinquido por primera vez y hayan satisfecho las responsabilidades civiles impuestas, una decisión que queda siempre sujeta a los límites y las condiciones expresamente establecidos en ese precepto legal y en el siguiente.

Incluso, excepcionalmente, cabe la posibilidad de conceder tal beneficio al delincuente que no sea primario o a quien la suma de las penas impuestas sea superior a 2 años siempre que cada una de ellas no excediere de ese tiempo, si el mismo no es reo habitual, cuando así lo aconsejen las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, la conducta del reo y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado.

A través de este beneficio contemplado por la ley, se pretende evitar la distorsión a la debida resocialización del delincuente primario que podría derivarse del cumplimiento material de la pena en un centro penitenciario, acomodando entonces esa rehabilitación social a las particulares caracte-

rísticas sociales, familiares y personales del penado, a quien se le conmina a cumplir determinadas condiciones procesales, familiares y sociales.

Es un beneficio que, como tal, una vez que han sido oídas las partes, depende de la decisión del juez responsable de la ejecución penal, una decisión que en todo caso debe de estar motivada y ser razonable atendidas las particulares circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes.

Los datos incontrovertibles que ofrece la causa

Para saber de la justeza o no de la decisión adoptada por la jueza de Violencia Sobre la Mujer, hemos de sintetizar previamente los datos de interés a la misma, que son los siguientes:

1°. El penado fue ejecutoriamente condenado como autor de un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia sobre la mujer por sentencia de 5 de diciembre de 2016. En la misma se le impuso la pena de prohibición de aproximación a G. en un radio inferior a 100 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio. Tal prohibición estaba vigente hasta el 27 de noviembre de 2017.

2°. El 6 de septiembre de 2017, el penado es condenado como autor responsable de un delito de quebrantamiento de la pena de prohibición referida ejecutado el día 5 de septiembre de 2017 cuando entró en el domicilio de G.

3°. En la actualidad, el penado está cumpliendo pena de prisión en la Ejecutoria nº 623/2016 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba, por el delito de violencia de género en el que la víctima fue G.

La decisión de la jueza de Violencia Sobre la Mujer es razonable

La decisión judicial denegatoria del beneficio penitenciario está motivada y es lógica y congruente con las particulares circunstancias objetivas y subjetivas del caso. Hay que partir de la base de que el penado no reúne una de las condiciones necesarias establecidas por el artículo 80 del Código Penal para obtener tal beneficio (no es delincuente primario a la fecha de la comisión del hecho delictivo cuya pena se pretende suspender), aunque sí las otras dos (la pena impuesta es inferior a dos años de prisión y no consta si hay responsabilidad civil que cumplir o si la ha cumplido), y, desde esa premisa, la jueza argumenta en el auto recurrido que su decisión discrecional se debe al cumplimiento de la legalidad vigente, más a la naturaleza

del delito de quebrantamiento cometido, más a la reiteración delictiva del penado en infracciones criminales relacionadas con la violencia de género sobre la misma persona, lo que pone en evidencia el escasísimo éxito de prevención especial de las penas impuestas al mismo, y sin que consten acreditadas circunstancias excepcionales de ningún tipo que justifiquen la suspensión ejecutiva de pena privativa de libertad efectuada al amparo del párrafo 3° del artículo 80 del Código Penal, una tesis jurídica extraordinaria en la que desde luego no se encuentra un penado que desatiende sistemáticamente la ley y los mandatos judiciales que tratan de garantizar paz y seguridad en su víctima.

Esta Sala, que está funcionalmente llamada a corregir sólo las decisiones judiciales que sean ilógicas, incongruentes, irracionales, absurdas o ilegales, no puede hacer otra cosa que la que va a hacer, confirmar la decisión de la Jueza de Violencia Sobre la Mujer que, como ya se ha dicho precedentemente, está perfectamente acomodada a la ley vigente, ha sido razonada y está llena de sentido común jurídico, porque una persona que quebranta su condena de alejamiento de la víctima después de haberla maltratado necesita un tratamiento penitenciario estricto, individualizado y restrictivo de libertad deambulatoria que ha de llevarse a cabo, aunque sea por corto tiempo, alejado de la propia víctima, quien, de esa manera, añadidamente podrá contar con la tranquilidad de ánimo que le había privado el delito últimamente cometido por el recurrente.

Costas procesales

La Sala no aprecia que el recurrente haya incurrido en temeridad o mala fe a la hora de interponer el recurso de apelación, mostrando más bien la intención de defender su libertad hasta sus últimos extremos, razón por la que no procede imponerle las costas de esta instancia y sí declararlas de oficio. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por C. contra el auto de 6 de septiembre de 2017 dictado en la ejecutoria correspondiente al

Juicio Rápido nº 358/2017 por la Jueza de Violencia Sobre la Mujer Número Uno de Córdoba, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta instancia.

110.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID DE FECHA 27/10/17

Se deja sin efecto la revocación de la suspensión de la pena pese a la imposibilidad de efectuar el tratamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

En la causa referenciada se dictó por Juzgado de lo Penal Nº 3 de Valladolid auto de fecha 12 de septiembre de 2017 por el que se desestimaba la reforma del auto de 11 de mayo de 2017 que revocaba la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad de fecha 4 de noviembre de 2015, quedando pendiente del cumplimiento de la pena impuesta en este procedimiento de dos años de prisión al penado F.

Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de Francisco recurso de apelación, el cual fue admitido, remitiéndose en su virtud a este Tribunal autos originales, sustanciándose el recurso por todos sus trámites

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contra lo manifestado en el auto recurrido de 12 de septiembre de 2017, entendemos que, a la vista, sobre todo, del informe final emitido por la psicóloga terapeuta el 18 de agosto de 2017, lo que ha fracasado es el curso de reeducación, el programa aplicado al interno, el tratamiento programado; no ha fracasado el propio interno.

El sometimiento a tratamiento fue una condición impuesta para obtener la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad, el interno lo sabe porque se le ha notificado fehacientemente y el hecho de que acuda

a cumplir dicho tratamiento, inicialmente, con la única finalidad de que se le conceda o mantenga tal suspensión no implica que deba castigársele por ello, desde el primer momento del tratamiento, ya que, se supone que, cuando acude a recibirlo, no tiene por qué tener claro algunos conceptos, como la motivación del mismo, su ausencia de responsabilidad, su permeabilidad, etc., puesto que para eso precisamente se acuerda que le someta al tratamiento, para que adquiera conciencia de que los hechos por los que se le ha condenado suponen un comportamiento criminógeno, asuma responsabilidades, analice su comportamiento y adquiera compromiso de reinserción y cambie de conducta.

Ese es el contenido del Programa Terapéutico, lo que no es de recibo es que, el día del inicio del curso el interno acuda y, realizada una única sesión, se concluya que el programa ha fracasado porque el interno no reconoce su comportamiento criminógeno.

Efectivamente, su falta de motivación, su asunción de responsabilidad, su baja capacidad intelectual, sus escasos recursos cognitivos, su analfabetismo, son obstáculos que las terapeutas encargadas de la aplicación del programa, de acuerdo con el contenido del mismo, deberían haber intentado salvar, al menos llevando a cabo varias sesiones.

Es cierto que, dadas dichas características en el interno, se comprenden las dificultades de las terapeutas, pero no puede achacarse al interno exclusiva y absolutamente toda la responsabilidad. La función socio-educadora de este programa debe hallar los cauces adecuados para cada persona, de modo que, al menos de forma drástica como se ha hecho aquí en la primera sesión, no se prive al interno de la oportunidad de revertir su conducta, buscando la fórmula adecuada para sus capacidades.

El penado, que reconoció los hechos y se conformó con la pena solicitada, no se ha negado a participar en el programa, pero son las terapeutas las que, dadas sus capacidades cognitivas, lo consideran inviable, como decimos, tras una única primera sesión, máxime cuando esto acarrea un serio perjuicio al interno pues automáticamente lleva consigo la revocación de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

En este caso, obviamente, lo que ha fracasado es la actividad que es posible desarrollar con las condiciones por este tipo de delito de conformidad con los actuales Programas Terapéuticos, que no son capaces de adaptarse a determinados perfiles de agresores, como el que nos ocupa.

El problema en este caso es que, el sometimiento a tratamiento, se revela como importantísimo, imprescindible, para obtener la finalidad de reinserción y reeducación, dadas las características del penado, puesto que, de no obtenerse éxito en su reorientación, el peligro de reincidencia en comportamientos similares es muy elevado.

Y, por otra parte, el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, no debe apartarse de los fines previstos en el artículo 25 de la Constitución, la reinserción y reeducación del delincuente.

Por tanto, desde que no es voluntad o culpa del penado el incumplimiento de la condición que nos ocupa, la imposibilidad de efectuar el tratamiento no debe suponer la revocación de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad, sino que, en todo caso, los artículos 85 y 86 del Código Penal. Así, deberá analizarse por el juzgador la posibilidad de alzar o modificar el deber de someterse al tratamiento de la forma que se impuso en la sentencia, a la vista de la imposibilidad de cumplirse en los términos manifestados por los terapeutas, o la posibilidad de imponer otros deberes o condiciones, menos gravosas o de cumplimiento más adecuado.

No se hace pronunciamiento en costas.

PARTE DISPOSITIVA

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de F. contra el auto de 12 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valladolid, recaído en Ejecutoria 421/15, se revoca el mismo, y, en consecuencia, se deja sin efecto la revocación de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en la causa al recurrente, y se insta al Juzgado ejecutante a que, manteniendo la suspensión, analice la posibilidad de alzamiento de la medida y de modificación o adopción, en su caso, de otra menos gravosa o de cumplimiento efectivo, sin hacer pronunciamiento en costas.

CAPÍTULO XXI

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

111.- SENTENCIA 96/2017 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 17/07/17

Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por dar por incumplida la pena.

ANTECEDENTES

El día 18 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal un escrito de doña X.M.B. manifestando su voluntad de interponer recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal de 3 de febrero de 2016 se acordó librar despacho al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que se designara a la recurrente procurador y abogado del turno de oficio para su representación y defensa en el presente recurso de amparo. Recibidas las pertinentes comunicaciones de los Ilustres Colegios de Abogados y Procuradores, por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 14 de marzo de 2016 se tuvieron por designados a la Procuradora de los Tribunales doña M.C.C. para la representación de la recurrente y a la Abogada doña C.G.B. para su defensa, confiriéndose a la citada Procuradora un plazo de 20 días para que, bajo la dirección de la Abogada mencionada, presentara la correspondiente demanda de amparo.

En fecha 28 de abril de 2016, la recurrente presentó escrito solicitando que, con interrupción del plazo para presentar la demanda, se le diera vista de las actuaciones judiciales. De acuerdo con dicha petición, por diligencia de fecha 4 de mayo de 2016, la Secretaría de Justicia acordó, con suspensión del plazo para presentar la demanda, dirigir atenta comunicación a

la Audiencia Provincial de Santander (Sección Primera) y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria para que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación 812-2015 y al expediente 299-2012. Una vez recibidas las actuaciones, la recurrente presentó su escrito de demanda en el registro general de este Tribunal el día 11 de julio de 2016.

Los hechos en los que se funda el presente proceso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Mediante Sentencia de 30 de julio de 2010, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander condenó a la ahora recurrente de amparo como autora de un delito de estafa a las penas de 6 meses de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo. Esta condena ganó firmeza una vez que la Audiencia Provincial de aquella capital (Sección Primera) desestimó, en Sentencia de 15 de julio de 2011, el recurso de apelación interpuesto por la ahora demandante. Incoada la ejecutoria 386-2011, el Juzgado de lo Penal declaró, por medio de Auto de 5 de octubre de 2011, que no había lugar a la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al no tener la condenada, a la vista de su hoja histórica penal, la condición de «delincuente primario». En Auto de 16 de enero de 2012 el Juzgado de lo Penal acordó, no obstante, la sustitución «de la pena de seis meses de prisión por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», resultando competente para el seguimiento y control de la ejecución de esta pena sustitutiva el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente.

b) El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria formó el expediente 299-2012 para el seguimiento y control del plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad (180 jornadas) elaborado por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas. Tras una serie de vicisitudes, que determinaron que la primera entidad designada rechazara a la recurrente por no adecuarse al perfil demandado, el 9 de mayo de 2012 se fijó un nuevo plan de ejecución conforme al cual la penada debía realizar las jornadas de trabajo en el servicio de gestión de penas y medidas alternativas de Cantabria, realizando tareas de apoyo y limpieza, con horario de 15:30 a 21:30 horas.

c) El 31 de octubre de 2012 tuvo entrada en el Juzgado un escrito en el que la recurrente de amparo solicitaba un aplazamiento de la ejecución de

la pena, alegando motivos personales y adjuntando documentación médica relativa al seguimiento de un tratamiento de quimioterapia. El aplazamiento solicitado fue concedido por el Juzgado en providencia de 9 de noviembre de 2012. En fecha 17 de octubre de 2013, la recurrente de amparo presentó un nuevo escrito en el que alegaba que le resultaba imposible, por motivos de salud, llevar a cabo el cumplimiento de las jornadas de trabajo, alegando que se había sometido a una «intervención quirúrgica en los dedos de los pies» y que se encontraba «en espera de operación del hombro derecho», razón por la que solicitaba que fuera señalada cita con el médico forense para la evaluación de su estado de salud.

La recurrente fue reconocida por la Médico Forense el día 11 de noviembre de 2013, recibándose en fecha 16 de diciembre siguiente el informe elaborado por esta profesional, en el que se manifestaba lo siguiente: «considerando que de la patologías referidas [por la ahora actora], la única que en el momento actual produce limitación es la del hombro derecho, consideramos que puede realizar cualquier actividad, que no demande grandes requerimientos en el hombro».

d) En fecha 7 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Juzgado el nuevo plan de ejecución de las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad pendientes (156) elaborado por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas. El plan consistía en la realización de tareas de apoyo en el archivo del Fondo de Garantía Salarial entre el 17 de febrero de 2014 y el 4 de octubre de 2014. La penada no llegó, no obstante, a iniciar el cumplimiento de este nuevo plan de ejecución alegando que no podía realizar las tareas encomendadas, razón por la cual el servicio de gestión de penas y medidas alternativas elaboró un nuevo plan de ejecución que tuvo entrada en el Juzgado el 25 de febrero de 2014. En dicho plan se establecía que el cumplimiento de las 156 jornadas pendientes de cumplimiento se realizaría en la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de Cantabria, a través de una actividad «administrativa» y «de acompañamiento» a realizar entre el 21 de abril de 2014 y el 6 de agosto de 2014.

e) En fecha 17 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Juzgado un escrito del servicio de gestión de penas y medidas alternativas en el que se ponía en conocimiento del órgano judicial, como incidencia del plan de ejecución, que la recurrente de amparo había interrumpido el cumplimiento de la pena «alegando problemas médicos». En el informe de la jefa del

servicio de gestión de penas y medidas alternativas, de 9 de septiembre de 2014, se manifestaba lo siguiente: «personada la penada a la cita hecha para alegaciones por la interrupción del cumplimiento de la pena, manifiesta que dicha interrupción se debió a haber sufrido una caída que le imposibilitó continuar el cumplimiento y que actualmente no está en condiciones de poder elaborar un nuevo plan de ejecución ni sabe cuándo esto será posible ya que sigue pendiente de diversas consultas médicas». El informe señalaba, finalmente, que la penada sólo había llegado a cumplir un total de 69 jornadas de las 180 a las que había sido condenada.

f) En fecha 24 de septiembre de 2014, el Juzgado acordó que se procediese «al reconocimiento por el Médico Forense de la interesada». Ante la imposibilidad de citarla en el domicilio fijado por la actora, el funcionario de auxilio judicial del Juzgado se puso en contacto telefónico con ella, dándole la ahora recurrente de amparo la referencia de su nuevo domicilio. La recurrente fue citada, en cualquier caso, también por teléfono para que compareciera el 30 de octubre de 2014 a efectos de ser reconocida por la médico forense en el Instituto de Medicina Legal. En fecha 26 de noviembre de 2014 se recibió en el Juzgado el informe médico forense en el que se concluye que la recurrente de amparo «se encuentra recuperada de las patologías que presentó, pudiendo realizar cualquier tipo de trabajo en beneficio de la comunidad».

g) El servicio de gestión de penas y medidas alternativas intentó citar a la ahora demandante para la elaboración de un nuevo plan de ejecución. No obstante, la primera citación fue realizada en el domicilio anterior, circunstancia que motivó que aquélla no llegara a comparecer a la cita. Advertida por el Juzgado esta circunstancia, el órgano judicial ordenó al servicio de gestión de penas y medidas alternativas que intentara citar a la ahora actora en el nuevo domicilio designado por medio de correo ordinario, certificado y con acuse de recibo. Esta segunda citación, realizada en el domicilio correcto, no fue entregada personalmente a la recurrente, por estar ésta ausente en horas de reparto, dejándose aviso en el buzón, sin que, pese a ello, la ahora actora acudiera a la oficina de correos a recoger la citación. Ante esta circunstancia, el servicio de gestión de penas y medidas alternativas remitió al Juzgado un informe de fecha 22 de mayo de 2015, manifestando que la recurrente no había comparecido a la cita.

h) Mediante Auto de 5 de junio de 2015 el Juzgado resolvió tener por «incumplida voluntariamente» por la recurrente de amparo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que le había sido impuesta.

El día 15 de junio la recurrente envió una carta manuscrita al Juzgado, manifestando lo siguiente: «[y]o no me niego a realizar ningún trabajo en beneficio de la comunidad. El caso es que yo no he recibido ninguna carta o aviso en la dirección ya indicada. La primera carta que recibí fue el día 12 del presente, que es cuando me he puesto en contacto con ustedes». A la carta presentada por la recurrente de amparo se le dio tratamiento de recurso de reforma, que fue desestimado por el Juzgado mediante Auto de fecha 24 de junio de 2015. En el fundamento jurídico único de esta resolución se señala lo siguiente: «[l]a penada dice no haber recibido ni carta ni aviso pero no es cierto pues se la cita en el domicilio que aportó y sigue siendo el suyo para darle la oportunidad de reanudar los trabajos, no acudiendo a la oficina de correos a recoger la citación ni contactando con el CIS o el Juzgado que condenó».

i) La recurrente interpuso después recurso de apelación, alegando que «no nos encontramos ante un incumplimiento voluntario de la pena sustitutiva consistente en trabajos en beneficio de la comunidad sino ante un claro incumplimiento por parte de la Administración Penitenciaria de la obligación de agotar todos los posibles medios de comunicación personal con la penada». El recurso ponía de manifiesto que constaba en el expediente un número de teléfono móvil en el que la recurrente de amparo siempre había sido localizada por el propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

j) La Audiencia Provincial de Santander (Sección Primera), en Auto de fecha 8 de octubre de 2015, desestimó el recurso de apelación. La Sala considera en la resolución dictada que sobre la condenada pesa el deber de estar pendiente de cumplir la pena que le ha sido impuesta. Estima el tribunal provincial que se la citó con acuse de recibo en el domicilio que ella misma había designado y, pese al aviso de correos en el que consta la procedencia, no acudió a recoger la citación, lo que supuso un incumplimiento de sus obligaciones. Una vez notificada esta resolución a la penada, ésta se dirigió, en fecha 18 de noviembre de 2015, al Tribunal Constitucional manifestando su voluntad de interponer recurso de amparo.

k) Recibido el expediente del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander acordó en Auto de 13 de enero de

2016, previa audiencia del Ministerio Fiscal, que se procediera, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 88.2 del Código Penal, a la ejecución de la pena de prisión originariamente impuesta en la Sentencia (156 días de prisión). A estos efectos, requirió expresamente a la demandante de amparo para que, en el plazo de cinco días, ingresara voluntariamente en el Centro Penitenciario de su elección.

Sin que dicho ingreso en prisión llegara a verificarse, la demandante de amparo solicitó en fecha 10 de febrero de 2016 que se acordara la suspensión de la ejecución de la pena impuesta «en tanto se resuelve el expediente de solicitud de amparo constitucional», petición que fue rechazada por el órgano judicial en providencia de 1 de marzo de 2016. La actora presentó, después, recurso de reforma contra esta providencia, impugnación que fue también desestimada por resolución de 21 de abril de 2016. Consta, finalmente, que mediante Auto de 15 de julio de 2016 el Juzgado de lo Penal, apreciando que el plazo de prescripción de la pena de prisión había transcurrido en su integridad sin que hubiera llegado a iniciarse en ningún momento su cumplimiento, acordó declarar «la prescripción de la pena a la que fue condenada» la recurrente de amparo, así como disponer el consiguiente «archivo de las actuaciones», decisiones ambas que ganaron firmeza al no resultar recurridas.

En su demanda de amparo, la recurrente estima que las resoluciones impugnadas vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), ya que el órgano judicial no agotó todas las posibilidades que tenía a su disposición para citarla ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la elaboración de un nuevo plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. La recurrente subraya que «estamos en presencia de una notificación para dar cumplimiento a una pena que de no llevarse a efecto supondrá la entrada en prisión», estando en juego, por tanto, su libertad personal, habilitando igualmente la decisión adoptada «la deducción de testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468 del Código Penal, por quebrantamiento de condena».

Además, según afirma la actora, el mero aviso dejado por los empleados de correos en el buzón del domicilio no puede equipararse a una notificación personal. Frustrado este primer intento de notificación, la recurrente reprocha al Juzgado que no intentara «una segunda notificación». Añade que «tampoco se intentó la localización telefónica que había resultado efi-

caz en todas las ocasiones anteriores». En esas circunstancias, el órgano judicial dedujo indebidamente que la actora había decidido voluntariamente no comparecer ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas, cuando la realidad es que no había sido citada, de acuerdo con lo que prescriben los artículos 155 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil.

Considera, en suma, la demandante que la violación del derecho fundamental radica en que el órgano judicial «no cuidó que fuesen agotados todos los medios que tenía a su alcance para llevar a cabo una notificación personal incumpliendo de este modo la diligencia que le era debida y exigible desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ... teniendo especial relevancia dicha notificación, pues significaría tener por incumplida la pena con la consecuencia del ingreso en prisión de la recurrente y su posible procesamiento por quebrantamiento de condena».

Por providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal de 13 de febrero de 2017 se acordó admitir a trámite el recurso, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 a)】». En consecuencia, la misma resolución dispuso que se dirigiera atenta comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria, «a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, emplaze a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, en su caso, excepto la parte recurrente en amparo, para que puedan comparecer en el presente recurso de amparo». Por último se ordenó en la referida providencia, de conformidad con lo solicitado en la demanda, que se formara la correspondiente pieza separada de suspensión.

Formada la pieza de suspensión, que fue acordada por providencia dictada por la Sección Cuarta de este Tribunal en fecha 13 de febrero de 2017, una ulterior diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de 28 de febrero de 2017 acordó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander para que remitiera certificación o copia averada de las actuaciones correspondientes a la ejecutoria 386-2011, recibándose, finalmente, copia testimoniada de éstas en fecha 28 de marzo de 2017.

Mediante Auto 57/2017, de 24 de abril, la Sala Segunda acordó, finalmente, la extinción de la pieza cautelar de suspensión al constatar que el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander había declarado prescrita la pena de prisión en la que la recurrente cifraba el daño que podía irrogársele si no se acordaba la suspensión de las resoluciones impugnadas en amparo.

El día 28 de febrero de 2017, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interesó que se le tuviera por personado en el proceso constitucional. Así fue acordado mediante diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2017, dándose asimismo vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo de veinte días, para que presentaran alegaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El día 5 de junio de 2017 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento de amparo por vulneración «del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española) o a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española)».

Tras exponer los antecedentes del caso y el contenido de la demanda, destaca el Fiscal que, antes de abordar el fondo del asunto, cabe plantearse la posibilidad de que concurran dos óbices de admisibilidad. De un lado, entiende el Fiscal que el recurso de amparo podría haber perdido objeto, puesto que la pena de prisión originariamente impuesta, cuya ejecución venía determinada por la declaración judicial de incumplimiento voluntario de los trabajos, fue declarada prescrita por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander, circunstancia que ha determinado, incluso, que el propio Tribunal Constitucional haya declarado, en el seno de este mismo proceso, la extinción de la pieza cautelar.

También puede plantearse, a juicio del Fiscal, que resulte de aplicación el óbice de falta de agotamiento de la vía judicial [artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], puesto que lo acaecido en la ejecutoria demuestra, a su juicio, que la actora aún tenía en su mano algún cauce jurídico con el que tratar de evitar la ejecución de la pena privativa de libertad, como era precisamente la petición de declaración de prescripción de la misma. La prescripción, sin embargo, fue declarada de oficio, sin que la recurrente la solicitara.

Planteados los anteriores óbices, a los que el Fiscal alude como mera opción a evaluar por el Tribunal, sin asumirlos formalmente ni interesar,

por tanto, su apreciación en Sentencia, analiza el defensor de la legalidad el fondo del recurso de amparo planteado, concluyendo que debe estimarse la demanda por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) en relación con el valor libertad (artículo 17 de la Constitución Española). Estima, en este sentido, que la decisión judicial de declarar voluntariamente incumplidos los trabajos, al abrir «la puerta al cumplimiento de la privación de libertad, tal y como se acordó ... en Auto de 13 de enero de 2013», aun no afectando directamente al derecho fundamental sustantivo a la libertad, sí que suponía una «afectación de la libertad» que determina, de acuerdo con la doctrina constitucional, que el escrutinio de la decisión judicial deba ser especialmente exigente, al estar ésta sujeta a un deber reforzado de motivación. Siendo este el canon constitucional aplicable, el Fiscal estima que las decisiones judiciales de instancia y apelación dedujeron el incumplimiento voluntario de la pena de un acto de comunicación defectuosamente ejecutado, inidóneo, por ello, para sustentar el juicio de valor alcanzado por el órgano judicial.

En cuanto a los efectos de la estimación del amparo, el Fiscal interesa que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, pero considera, al tiempo, que no procede acordar retroacción alguna, dado que la pena privativa de libertad ha sido declarada prescrita y no se ha acordado, en el seno del procedimiento, la deducción de testimonio por posible delito de desobediencia.

En fecha 5 de junio de 2017 tuvieron entrada en el registro general de este Tribunal las alegaciones del Abogado del Estado, en las que se interesa la desestimación de la demanda de amparo. A juicio del representante del Gobierno, tanto el Juzgado de Vigilancia como la Audiencia Provincial se limitaron, en sus respectivas resoluciones, a apreciar la consecuencia jurídica legalmente prevista para el comportamiento realizado por la actora, que no acudió a la cita del servicio de gestión de penas y medidas alternativas. La falta de comparecencia de la interesada, según aprecia claramente la resolución de la Audiencia, fue el resultado de su falta de diligencia, ya que la sujeción a los trabajos, como pena sustitutiva de la prisión, implicaba el deber de la recurrente de colaborar activamente con los órganos competentes. Para el Abogado del Estado «decidida la aplicación de una pena sustitutiva de la prisión, ciertamente la recurrente debía en cierto modo estar al tanto o ser proactiva en este sentido, de cara al desarrollo de la ejecución». El Abogado del Estado entiende que «la notificación fue

correcta» y que «la interesada debió acudir a la Oficina de correos a retirar el aviso y enterarse del contenido material de una comunicación que la misma notificada intuía, pero insistimos que no es tanto esa intuición, que también cuanto que la actuación adecuada del empleado de comunicación en el domicilio de la penada, ante la situación de ausencia de esta última». Por tanto, concluye solicitando el representante de la Administración que el amparo sea desestimado.

En fecha 13 de junio de 2017 fueron registradas en este Tribunal las alegaciones de la demandante de amparo, en las que interesa la estimación de la demanda. En su escrito, la recurrente pone de manifiesto que ha sido designada una letrada de turno de oficio de Madrid, habiéndose producido los hechos determinantes del recurso «en Cantabria, es decir a más de 450 kilómetros de distancia, lo que imposibilita que la letrada que suscribe puede acudir a preguntar al Juzgado de Cantabria sin más».

Por providencia de 13 de julio de 2017, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se impugna en el presente recurso de amparo el Auto de 5 de junio de 2015, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria, resolución en la que el citado órgano judicial tuvo por voluntariamente incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta a la recurrente de amparo en sustitución de la pena de seis meses de prisión originariamente establecida en la Sentencia condenatoria de 30 de julio de 2010. También se impugna el Auto de 8 de octubre de 2015 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Primera), desestimatorio del recurso de apelación interpuesto frente a la anterior resolución.

La recurrente de amparo estima que las resoluciones impugnadas vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), pues en ambas se dedujo el incumplimiento voluntario de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de la incomparecencia de la recurrente a una cita con el servicio de gestión de penas y medidas de seguridad que no le había sido correctamente comunicada y de la que, por dicha razón, no había tenido conocimiento. El Ministerio Fiscal apoya la estimación de la demanda de amparo al considerar que las resoluciones

dictadas no cumplen con el deber reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución Española) que es exigible a los órganos judiciales cuando está afectada la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española). Se opone, en cambio, al otorgamiento de amparo el Abogado del Estado, que estima que si la recurrente no llegó a tener conocimiento de la citación efectuada fue por su propia negligencia, ya que tenía la obligación de permanecer atenta a cualquier incidencia relativa al cumplimiento de la pena. Dicha obligación determinaba, a su juicio, que la actora debiera «intuir» que se había producido un intento de notificación en su nuevo domicilio, buscando en su buzón el aviso y presentándose, después, en la oficina de correos para recoger la notificación correspondiente.

Como se ha señalado en los antecedentes, el Ministerio Fiscal plantea la posibilidad de que concurren dos óbices de admisibilidad.

a) De un lado, afirma el Fiscal que el hecho de que la pena de prisión originariamente impuesta haya sido declarada prescrita sin que hubiera llegado siquiera a iniciarse la ejecución de la misma puede determinar que el recurso de amparo haya perdido su objeto. Alega, en este sentido, que ya el incidente cautelar tramitado en el seno de este mismo procedimiento de amparo fue declarado extinguido justamente por esa circunstancia en el Auto 57/2017, de 24 de abril. La pérdida de objeto planteada por el Ministerio Fiscal no puede, sin embargo, ser estimada, dada la diferencia que existe entre el interés tutelado en el incidente cautelar y el que debe ser atendido por este Tribunal en el trámite de dictar Sentencia:

(i) En el seno del incidente cautelar, la misión de este Tribunal es evitar la consumación de un perjuicio irreparable directamente derivado de la inmediata ejecutividad de las resoluciones impugnadas y cuya reparación no puede demorarse, por su especial naturaleza, al propio trámite de Sentencia. En el caso que nos ocupa, la recurrente alegaba en el aludido incidente que, de no acordarse la suspensión de las resoluciones impugnadas, la pena de prisión inicialmente impuesta en la Sentencia condenatoria debía ser ejecutada por disposición expresa de la ley [artículo 88.2 del Código penal, en la redacción entonces vigente]. Afirmaba, así, la actora que se cernía sobre ella un peligro cierto e inmediato de verse materialmente privada de libertad por efecto de lo acordado en las resoluciones concretamente impugnadas en el recurso amparo presentado.

Este Tribunal constató entonces, en el citado Auto 57/2017, que la pena de prisión originaria había sido declarada prescrita por el Juzgado de lo Penal con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, y concluyó, por ello, que el riesgo de daño personal que la actora invocaba como fundamento de su petición cautelar había desaparecido por completo. La petición de suspensión realizada había perdido, por ello, su objeto, máxime cuando la ejecutoria 386-2011 había sido objeto de archivo.

(ii) La valoración de la pervivencia del objeto del recurso que ha de realizarse una vez llegados al trámite de Sentencia, estadio procedimental en el que ahora se halla este Tribunal, es, sin embargo, distinta. Como hemos señalado en otras ocasiones lo esencial, en este punto, es dilucidar si la circunstancia sobrevenidamente producida ha hecho desaparecer la causa determinante de la lesión del derecho fundamental y ha tenido, por ello, un verdadero efecto reparador, lo que no puede apreciarse, en particular, cuando «la extinción de responsabilidad de los recurrentes se fundó en motivos distintos [...] a los planteados en este recurso de amparo ... no habiéndose reparado la lesión en la vía ordinaria» (Sentencias del Tribunal Constitucional 61/2001, de 25 de febrero, FJ 2; 8/2002, de 14 de enero, FJ 2; 167/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 63/2014, de 5 de mayo, FJ 2). En dichos supuestos subsiste, pues, un interés legítimo en la resolución del amparo «sin perjuicio de que los efectos de su eventual estimación sean meramente declarativos y deban limitarse a la anulación de las resoluciones impugnadas» (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2014, de 5 de mayo, FJ 2).

A efectos, pues, de determinar la posible pérdida de objeto del recurso resulta decisivo que la circunstancia sobrevenidamente acaecida haya hecho desaparecer la causa determinante de la lesión consumada en los derechos fundamentales de la actora, teniendo, por ello, un claro efecto reparador sobre la misma. Pues bien, siguiendo dicho patrón de enjuiciamiento, puede observarse que, en el caso que nos ocupa, la declaración de prescripción de la pena originaria no ha hecho desaparecer la causa determinante de la lesión denunciada por la recurrente, en cuanto no ha supuesto el reconocimiento del carácter no voluntario del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Esto determina la pervivencia de un interés legítimo en que la lesión del derecho fundamental sea declarada formalmente y en que las resoluciones impugnadas sean anuladas para hacer desaparecer la valoración judicial sobre la existencia de un comportamiento ilícito atribuible a la penada. No puede olvidarse, en este

punto, que la nulidad de las resoluciones impugnadas puede ser de utilidad a efectos de dejar sin sustento toda posibilidad futura de incoación de un procedimiento penal por posible delito de quebrantamiento de condena.

b) De otro lado, el Fiscal parece señalar en sus alegaciones que, puesto que la pena de prisión no llegó a ejecutarse por haberse declarado prescrita y puesto que tal prescripción fue acordada de oficio por el Juzgado de lo Penal y no a instancia del propio interesado, la recurrente no llegó a agotar todos los medios de impugnación que estaban a su alcance.

Este posible óbice de admisibilidad tampoco puede ser estimado. La obligación resultante del artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la de agotar todos los medios de impugnación que están al alcance del recurrente de amparo dentro de la vía ordinaria, lo que significa que el actor tiene el deber de utilizar todas las vías procesales existentes para depurar la vulneración sufrida en sus derechos fundamentales. Tal obligación de combatir la vulneración padecida por todos los medios procesales a su alcance no puede confundirse, sin embargo, con un supuesto, y más amplio, deber de utilizar todas las estrategias legales posibles (como, por ejemplo, alegar la prescripción de la pena) para evitar el perjuicio final que puede resultar de la vulneración del derecho fundamental. Es claro que, en este caso, la posible prescripción de la pena de prisión originariamente impuesta podía constituir un medio de defensa plausible para evitar el ingreso en prisión, pero es igualmente patente que se trata de una cuestión jurídica completamente independiente de la vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución Española eventualmente acaecida en la ejecución de la pena sustitutiva, sin que una y otra compartan siquiera el mismo sustrato fáctico (que en el caso de la prescripción es el puro transcurso del tiempo y en el de la frustración de la pena sustitutiva, el incumplimiento voluntario de la misma por parte de la penada). No puede, pues, reprocharse a la actora, a efectos de apreciar un óbice de admisibilidad del recurso de amparo, que no alegara la posible prescripción de la pena de prisión originariamente impuesta.

En todo caso, la alegación del Fiscal podría dar lugar, más bien, a valorar si la demanda de amparo incurre en el óbice del artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por resultar prematura la interposición del recurso, al no haberse verificado, al tiempo de registrarse la demanda, la privación de libertad que, en última instancia, pretendía prevenirse. Pero este argumento tampoco resulta atendible, puesto que,

como acaba de señalarse, este Tribunal ha estimado que la recurribilidad en amparo de las vulneraciones del artículo 24.1 de la Constitución Española atribuidas a decisiones judiciales que implican afectación del valor libertad no está condicionada a la efectiva materialización de la ejecución de la privación de libertad correspondiente (vid. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, de 2 de noviembre, en la que el recurrente se hallaba en situación material de libertad por haber accedido a la libertad condicional), siendo lo decisivo, en el caso que nos ocupa, que en el momento de la interposición del recurso de amparo existiera un riesgo cierto de privación efectiva de libertad derivado de la ejecución de la pena de prisión originariamente impuesta, al resultar dicha privación de libertad una consecuencia legalmente asociada a la declaración de incumplimiento voluntario de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad según la redacción del Código penal vigente al tiempo de los hechos (artículo 88).

Por todas estas razones, los óbices de admisibilidad apuntados por el Ministerio Fiscal han de ser desestimados.

Descartada la concurrencia de los óbices de admisibilidad planteados por el Ministerio Fiscal, ha de realizarse una primera delimitación objetiva del presente proceso constitucional, identificando la concreta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) que queda comprometida en el mismo. Puede observarse, en este punto, que, en la demanda de amparo, la actora combina dos tipos de argumentaciones sobre la vulneración consumada en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así:

(i) De un lado, la demandante reprocha a los órganos judiciales actuantes que extrajeran una conclusión jurídica (el incumplimiento «voluntario» de la pena sustitutiva) de un hecho-base (la incomparecencia a la cita del servicio de gestión de penas y medidas alternativas) que, en su opinión, no se correspondía con la verdad. A su juicio, como se ha expresado en los antecedentes, no podía calificarse como voluntario el incumplimiento de una obligación de la que la actora ni siquiera tenía conocimiento. Desde este concreto prisma, la lesión del derecho fundamental se atribuye en la demanda al contenido argumental de las propias resoluciones impugnadas, que sería incompatible con las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) poniendo de manifiesto la actora, de forma expresa, el efecto final que la decisión adoptada por los órganos judiciales tiene en su situación perso-

nal de libertad, al ser legalmente obligada la ejecución de la pena de prisión originaria y al resultar, igualmente, posible la deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena.

(ii) De otro lado, la actora reprocha al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que no asegurase que las comunicaciones entre el servicio de gestión de penas y medidas alternativas y la propia penada se ajustaran al régimen de los actos de comunicación procesal que, con carácter general, se regula en la Ley de enjuiciamiento civil. Desde esta perspectiva, la actora parece situar el origen de la lesión de su derecho fundamental en la forma en la que fue citada ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas y, más concretamente, en el hecho de que, una vez frustrada la primera tentativa de notificación en su domicilio, no se siguieran las formalidades legales que rigen los actos de comunicación procesal de naturaleza personal.

El Ministerio Fiscal, por su parte, centra sus alegaciones, y la consiguiente solicitud de estimación de la demanda de amparo, en la primera de las dos perspectivas aludidas, poniendo el acento en la afectación de la libertad personal que supone la decisión judicial de declarar incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Según razona, tal decisión determinaba legalmente la ejecución de la pena de prisión originariamente impuesta en la Sentencia condenatoria, circunstancia por la cual entiende que la resolución del órgano judicial quedaba sujeta a un deber reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el valor libertad dimanante del artículo 17 de la Constitución Española), siendo las razones empleadas por los órganos judiciales para deducir el carácter voluntario del incumplimiento de la pena claramente inidóneas, según el *custos legis*, para satisfacer dicho estándar de exigencia.

Pues bien, en este marco argumental, hemos de señalar, en línea con lo alegado por el Fiscal, que es únicamente la dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) como derecho a obtener una resolución motivada, especialmente en un supuesto de afectación de la libertad individual, en los términos materialmente invocados por la recurrente en su demanda de amparo, la que está en juego en el caso que ahora nos ocupa, lo que determina que sea la solvencia constitucional de los razonamientos empleados en las resoluciones impugnadas y no la idoneidad formal de los cauces de comunicación entablados en un concreto trámite de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el objeto jurídico sobre el que hemos de centrar nuestro escrutinio.

En efecto, no puede ignorarse que la relevancia constitucional de la forma de un acto de comunicación procesal (entre el órgano judicial y las partes) está ligada, en la doctrina de este Tribunal, bien a la adecuada constitución de la relación jurídico procesal (lo que exige el correcto emplazamiento de los interesados para que puedan comparecer en el proceso), bien a la necesidad de otorgar a las partes ya comparecidas la posibilidad de alegar y probar lo que estimen necesario en defensa de sus pretensiones. En ambos supuestos, la forma en que el órgano judicial comunica con el individuo afectado adquiere una singular dimensión constitucional, al resultar directamente comprometido, en el primer caso, el derecho de acceso al proceso y, en el segundo, el derecho a no padecer indefensión en el seno del mismo, como contenidos sustanciales y autónomos del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, según la propia dicción literal del artículo 24.1 de la Constitución Española.

Siendo esto así, en el caso que ahora nos ocupa no se individualiza ningún acto de comunicación que pueda ser subsumido en una de estas dos vertientes del aludido derecho fundamental, pues la actora se hallaba debidamente comparecida en el proceso ejecutivo y no puede decirse tampoco que la omisión de una determinada formalidad en un acto de comunicación con el órgano judicial le haya privado de la oportunidad de defenderse en un trámite determinado.

La realidad es que el acto de comunicación cuestionado (cita para comparecer ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas para fijar un nuevo plan de cumplimiento de los trabajos) se sitúa en el ámbito ordinario de desarrollo de la relación jurídico-procesal entablada, durante la ejecución de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, entre el penado y la entidad administrativa encargada de gestionar la prestación de dichos trabajos, bajo control y seguimiento judicial. En este concreto plano, la forma de comunicación ordinaria entre los indicados servicios administrativos y el penado es, en sí misma, una cuestión de legalidad ordinaria, carente, por sí sola, de toda dimensión constitucional. Ni el Código penal, ni la Ley de enjuiciamiento criminal, ni tan siquiera la norma reglamentaria que desarrolla el modo de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (Real Decreto 840/2011, de 17 de junio), regulan, en realidad, un modo específico y unívoco de sustanciación de las comunicaciones ordinarias entre el penado, los servicios administrativos y la concreta entidad empleadora; comunicaciones que pueden producirse,

por ello, a través de medios que, en principio, pueden ser flexibles y que, en todo caso, resultan constitucionalmente irrelevantes.

Sí es, en cambio, objeto de regulación precisa en el Código Penal (artículo 49) la obligación que pesa sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria de valorar las incidencias acaecidas en esa relación de tracto sucesivo y determinar si suponen un incumplimiento voluntario por parte del penado de la obligación asumida de realizar la prestación de los trabajos. En el caso que nos ocupa, es esa valoración judicial, y sólo ella, la que trasciende el ámbito de la legalidad ordinaria.

En efecto, lo que puede tener un alcance que rebase el ámbito de la legalidad ordinaria para adentrarse en el nivel de la constitucionalidad es la decisión judicial que considere que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ha sido voluntariamente incumplida, lo que implica *ope legis*, como consecuencia para la penada, la ejecución de la pena de privación de libertad originariamente impuesta en Sentencia. Y todo ello en la medida en que la resolución judicial dictada no sólo ha de ser motivada (artículo 24.1 de la Constitución Española) sino que ha de cumplir con un deber reforzado de motivación por afectar a la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española).

Como ha señalado este Tribunal, que la decisión del órgano judicial no pueda reputarse directamente lesiva del derecho fundamental previsto en el artículo 17 de la Constitución Española no significa que la afectación del valor superior de la libertad no tenga un importante influjo en el examen de la eventual lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), pues, según hemos declarado, hay resoluciones judiciales que, sin lesionar dicho derecho, afectan a la libertad como valor superior del ordenamiento constitucional en cuanto «modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se llevará a cabo» (Sentencias del Tribunal Constitucional 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).

En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, hemos afirmado que debe «entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española» (Sentencias del Tribunal Constitucional 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) «de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior

no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; y 226/2015, FJ 4). Esta exigencia se hace aún más evidente desde la perspectiva resocializadora que debe presidir la ejecución de las penas privativas de libertad de acuerdo con el artículo 25.2 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/2008, FJ 4, y 226/2015, FJ 4).

No corresponde, en suma, a este Tribunal entrar a dilucidar el modo en que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad haya de ser ejecutada, mucho menos la concreta manera en que los diferentes actos de comunicación entre el servicio administrativo competente y la propia penada hayan de llevarse a efecto, cuestión que, como queda dicho, en ningún caso puede confundirse con las exigencias constitucionales relativas a la adecuada constitución de una relación jurídico-procesal o a la proscripción de indefensión en el seno del proceso, debiendo evitarse la traslación mimética de tales exigencias fuera de su marco estricto de aplicación, pues tal cosa supondría la invasión de un espacio que sólo al legislador corresponde llenar.

Como acaba de señalarse, nuestro estricto cometido en el presente recurso de amparo es examinar la suficiencia de la motivación empleada por los órganos judiciales para concluir que la frustración de la ejecución de la pena judicialmente establecida era achacable a la voluntad del penado y que no obedecía, en cambio, a la falta de diligencia de los órganos administrativos encargados de su gestión ordinaria.

Debemos recordar, en este punto, que, de acuerdo con nuestra doctrina, «para verificar ... si una resolución que afecta al valor libertad está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 de la Constitución Española, este Tribunal no debe limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Sin abandonar el plano externo de enjuiciamiento que caracteriza el examen constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debemos, antes bien, asegurarnos de que el órgano judicial ha

cumplido el deber reforzado de motivación que sobre él pesaba plasmando en su resolución razones acordes a la regulación legal del beneficio penitenciario solicitado y específicamente ligadas al concreto supuesto de hecho planteado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, FJ 4), de modo que pueda comprobarse «la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma» (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, FJ 2).

Dicho en otros términos, «la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 de la Constitución Española» (Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, FJ 4), ya que se trata, en definitiva, de «comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas ... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española)» (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; y 226/2015, FJ 4).

Llevando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, puede constatarse sin mayor dificultad la realidad de la lesión denunciada por la actora y, en consecuencia, la procedencia de otorgar el amparo por ella solicitado, con las prevenciones que después se harán sobre el alcance del mismo. Los órganos judiciales de instancia y apelación entendieron que la penada había incumplido de modo voluntario la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y extrajeron tal conclusión, no de la valoración del conjunto de circunstancias acaecidas a lo largo de la ejecución de la misma, sino de una incidencia muy determinada: la falta de comparecencia de la recurrente de amparo a la cita concertada por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la elaboración de un nuevo plan de cumplimiento (informe del referido servicio de 22 de mayo de 2015). Sin embargo, en la resoluciones judiciales no se exteriorizan elementos de juicio suficientes, a la vista de las circunstancias del caso, para inferir de esta mera incidencia puntual la voluntariedad del incumplimiento de la pena, razón por la cual la resolución dictada ha de reputarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artí-

culo 24.1 de la Constitución Española) en relación con la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española).

En efecto, en las resoluciones impugnadas la voluntariedad del incumplimiento de la pena se deduce lisa y llanamente del hecho de que la recurrente de amparo no acudiera a la oficina de Correos a pesar de que se le había dejado un aviso en el buzón de su domicilio, no habiendo, en realidad, constancia de que dicho aviso llegara a ser conocido por la penada. Resulta notorio, en cambio, que, a efectos de lograr que tal cita fuera efectivamente cumplimentada, no se intentó siquiera, por parte del servicio de gestión de penas y medidas alternativas o del Juzgado, entablar contacto telefónico con la interesada, medio de comunicación sencillo e informal que anteriormente se había demostrado eficaz para incidencias similares con ella misma. Las circunstancias fácticas relativas al modo en que habían tenido éxito citas anteriores (como el reconocimiento forense en el Instituto de Medicina Legal) ponen de relieve, por ello, la manifiesta falta de ponderación en las resoluciones judiciales impugnadas de las circunstancias previas del asunto, que revelaban que un simple intento de contacto telefónico podía ser suficiente para salvar la incidencia acaecida. En tal sentido, la deducción de la voluntariedad del incumplimiento de los trabajos, con el consiguiente efecto de ejecución de la pena de prisión originaria, no resultó suficientemente motivada, a la luz de las circunstancias del caso, todo ello desde la óptica de los artículos 24.1 y 17 de la Constitución Española.

Por todo lo anterior, procede estimar el amparo solicitado, debiendo, no obstante, limitarse el alcance de nuestra tutela a la declaración de la vulneración del derecho fundamental y a la nulidad de las resoluciones impugnadas, sin que proceda, como advierte el Fiscal, retroacción alguna, ya que la pena de prisión originariamente impuesta ha sido declarada prescrita y la ejecutoria 386-2011 se encuentra en estado de archivo.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña X.P.M.B. y, en consecuencia:

Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con su derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).

Restablecerla en el citado derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de 8 de octubre de 2015, dictado por la Audiencia Provincial de Santander (Sección Primera) en el rollo de apelación núm. 812-2015. Y del Auto de 5 de junio de 2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria, dictado en el expediente 299-2012, para el seguimiento y control del plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en la ejecutoria 386-2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander.

112.- SENTENCIA 181/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA DE FECHA 13/06/17

Hacer caso omiso a los requerimientos para comparecer ante el Servicio de Gestión de Penas constituye delito de desobediencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los citados autos recayó Sentencia con fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente FALLO: Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. como autor penalmente responsable de un delito de DESOBEDIENCIA GRAVE A LA AUTORIDAD JUDICIAL del artículo 556 del Código Penal, no concurriendo ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE MULTA con cuota DIARIA DE SEIS EUROS Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO PENAL EN CASO DE IMPAGO O INSOLVENCIA, Y A ABONAR LAS COSTAS PROCESALES.

SEGUNDO.- La Sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: D. resultó condenado en Sentencia de fecha 5 de octubre de 2011 dictada por el Juzgado de Instrucción Nº 11 de Zaragoza a la pena de 42 días de trabajos en beneficio de la comunidad por un delito contra la seguridad

vial. El día 5-10-2011 en el mismo Juzgado se le requirió personalmente para acudir a los servicios sociales para cumplimiento de los trabajos con apercibimiento de desobediencia.

D. fue citado por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Zaragoza para elaborar el plan de ejecución, constando que no estaba en el domicilio, y se le volvió a requerir ante el Juzgado de lo Penal Nº 5 de Zaragoza que tramitaba la ejecutoria de forma personal el día 31-3-2015 para que en tres días acudiera a los servicios sociales penitenciarios, y nuevamente citado el 20-8-2015 D. no acudió al mencionado servicio, y por diligencia del Juzgado de lo Penal Nº 5 de nuevo se acordó requerirle para que justificara la incomparecencia, con lo que impidió que pudiera ejecutarse la condena impuesta.

Hechos Probados que como tales se aceptan.

TERCERO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal del acusado D., alegando en síntesis los motivos que se dirán y admitido en ambos efectos, se dio traslado a las partes, solicitando el Ministerio Fiscal la confirmación de la Sentencia, tras lo cual se elevaron las actuaciones a la Audiencia, formándose rollo, con designación de Ponente y señalamiento para votación y fallo el día 15-5-2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado D., contra la Sentencia Nº 102/2017 de fecha 31-3-2017 dictada en su contra por la señora Juez de lo Penal Nº 6 de Zaragoza, en su Procedimiento Abreviado Nº 242/2016, esgrime los motivos siguientes:

1º Nulidad del acto del juicio oral por no haber sido suspendido pese a haberse solicitado por la defensa del acusado con anterioridad a la celebración del mismo.

2º Subsidiariamente para el caso de no ser declarada la nulidad de la vista oral solicitó la defensa del acusado el motivo de errónea apreciación de las pruebas por la Juzgadora de la 1ª Instancia con la consiguiente indebida aplicación del artículo 556 del Código Penal vigente al acusado D.

SEGUNDO.- Respecto del primer motivo cabe decir que no puede ser estimado en esta alzada ya que si bien es cierto que la representación procesal del acusado solicitó en escrito de fecha 8 de marzo de 2017 la suspensión del juicio oral señalado para el día veintidós de marzo a las 10 horas y 15 minutos por el supuesto fallecimiento de su madre y su hermano en Bélgica, también es cierto que la carta del acusado D. no está firmada por él mismo y se trata de una mera fotocopia. Además tal solicitud del acusado D. está dirigida a su Letrada defensora, no al Juzgado de lo Penal N° 6 de Zaragoza y sobre todo no justifica mínimamente siquiera ese fallecimiento de su madre y de su hermano en Bélgica en un accidente de tráfico y su necesidad de llevar los cuerpos de los fallecidos a África (al Congo).

Por ese motivo el juzgado de lo Penal N° Seis de Zaragoza, le denegó la suspensión del Juicio Oral y su aplazamiento durante dos meses, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 10 de marzo de 2017 de la Letrada de la Administración de Justicia de dicho Juzgado de lo Penal y ello sin perjuicio de que pudiera su defensa reproducir tal petición de suspensión en la fase de cuestiones previas al inicio de la vista oral del día 22 de marzo de 2017.

Al inicio de la vista oral del día 22 de marzo de 2017 la defensora del acusado reprodujo su petición de suspensión de la vista y su aplazamiento por dos meses pero sin aportar justificación alguna que apoyara tal pretensión de suspensión y aplazamiento de la vista oral contra su patrocinado.

No tiene nada de extraño que la señora Juez de lo Penal N° Seis de Zaragoza denegara tanto esa suspensión de la vista oral como su aplazamiento por dos meses pues el artículo 786.1, párrafo segundo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente al acto del juicio oral en la persona por él designada, no será causa de suspensión del juicio oral, si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, oída la defensa estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento cuando las penas solicitadas no excedan de dos años de prisión.

Esta normativa es totalmente homogénea con lo dispuesto en el artículo 746.6° párrafo segundo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de enfermedad o incomparecencia del procesado.

Pero es que además el acusado D. en el escrito que dirige a su abogada (que no al Juzgado de lo Penal N° 6 de Zaragoza) ni siquiera dijo en qué

día habían supuestamente fallecido en Bélgica su madre y su hermano ni en qué ciudad de Bélgica y cuando era el traslado de los cadáveres.

La pretendida suspensión y aplazamiento del acusado parece a todas luces un fraude, por lo que ésta ha de ser desestimada lo mismo que lo fue en la 1ª Instancia.

TERCERO.- En cuanto al segundo motivo del recurso de apelación cabe decir que tampoco puede ser estimado en esta alzada pues la señora Juez de lo Penal N° seis de Zaragoza no erró ni un ápice en la apreciación de las pruebas practicadas a su presencia en el acto del Juicio oral con plena aplicación de los principios procesales de inmediación, concentración, oralidad, publicidad y contradicción que rigen ese momento estelar del proceso penal que es el acto del Juicio Oral.

En efecto, la prueba documental fue reproducida en el acto del juicio oral sin que la defensa la impugnara siquiera.

El ahora, otra vez acusado D. fue requerido de forma personalísima el mismo día de su condena por delito contra la seguridad vial (día 5-10-2011) a que acudiera al llamamiento de los Servicios Sociales Penitenciarios de Zaragoza, sita en la Calle Fray Julián Garcés N° 67 para el cumplimiento de 42 días de trabajos en beneficio de la comunidad advirtiéndole expresamente en tal requerimiento que en caso de no acudir a realizar al plan de ejecución podría incurrir en un delito de desobediencia.

También se le advirtió expresamente en ese requerimiento que una vez realizado el plan de ejecución deberá cumplir el mismo y en caso de incumplimiento podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del código Penal vigente, manifestando D. que estaba enterado.

CUARTO.- El servicio de Gestión de Penas y Medidas alternativas acusó recibo al Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza (como encargado de la Ejecutoria N° 435/2011) el día 19 de octubre de 2011 (fol. 11).

Ese mismo servicio de Gestión de penas y Medidas alternativas le comunicó al Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza, el día 27 de noviembre de 2014, que el penado D. no había comparecido a la cita para concretar el plan de ejecución de su condena de 42 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Es pues patente que el penado D. más de tres años después no es que hubiera incumplido su condena de 42 días de trabajos en beneficio de la Comunidad es que ni siquiera había acudido a fijar el plan de ejecución de su condena y ello a pesar de que el Servicio de Gestión de Penas y Medidas alternativas le había cursado varias diligencias de notificación en legal forma en la que se le comunicaba a tal penado su cita en ese Servicio y especificando el día y hora y dirección del mismo a los efectos de cumplir la Ejecutoria N° 435/2011.

El penado no compareció en ninguna ocasión durante esos tres años y ni siquiera llamó por teléfono.

Por tal motivo, el Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza, que tramitaba la Ejecutoria n° 435/2015 tomó cartas en el asunto y el día 19 de diciembre de 2014 como tampoco compareció, la Sra. Juez de lo Penal N° 5 de Zaragoza, ordenó la detención de D. por Auto de fecha veintisiete de marzo de 2015 y ello solo para requerirle que se presentara en el plazo de tres días ante el Servicio de Gestión de Penas y medidas alternativas, para el cumplimiento de los 42 días de trabajos en beneficio de la comunidad y tras ello dejarlo en libertad.

Ese Auto de fecha 23 de marzo de 2015 se ejecutó el día 31 de marzo de 2015 en el que fue presentado el penado D. ante el Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza para requerirle personalmente a comparecer en tres días ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para el cumplimiento de la condena de 42 días de trabajo en beneficio de la Comunidad manifestando que quedaba enterado (sic) y que señalaba como domicilio suyo Zaragoza.

El servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas con fecha 29 de octubre de 2015 le comunicó al Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza que el penado D. no había comparecido a la cita para fijar su plan de ejecución y ello a pesar de haberle cursado diversas diligencias de notificación en tiempo y forma.

Dada cuenta al Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza que tramitaba la Ejecutoria N° 435/2015 contra D. ordenó citarle y sin embargo no compareció por lo que se dio traslado al Fiscal que en escrito de fecha catorce de diciembre de dos mil quince solicitó que se dedujera testimonio de particulares contra D. como presunto autor de un delito de quebrantamiento de condena.

QUINTO.- El penado D. lleva más de cuatro años haciendo caso omiso a las múltiples citaciones del Servicio de Gestión de Penas y Medidas alternativas y al Juzgado de lo Penal N° 5 de Zaragoza y ello para cumplir su condena de 42 días en beneficio de la comunidad.

Tal comportamiento constituye una auténtica burla a la Autoridad Judicial no solo una desobediencia grave a la Autoridad Judicial por lo que se dan todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que menciona la Juez a quo en su segundo Fundamento de Derecho in fine para considerar el relato fáctico constitutivo de un delito de desobediencia grave a la autoridad tipificado en el artículo 556 del Código Penal vigente.

Por tanto el segundo motivo del recurso de apelación debe de ser totalmente desestimado ya que el factum construido por la Juez a quo es acertado.

Por tanto la subsunción de tales hechos en el artículo 556 del Código Penal es también correcta.

En consecuencia el recurso de apelación debe perecer por entero caren- te como está de base y fundamento alguno.

Las costas de esta alzada deben ser declaradas de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240.1º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación del acusado D. contra la Sentencia N° 102/2017 dictada en su contra por el Juzgado de lo Penal N° seis de esta Ciudad de Zaragoza, en el procedimiento Abreviado N° 242/2016 de dicho Juzgado N° Seis de lo Penal y confirmamos íntegramente tal Sentencia dictada con fecha 31-3-2017 por la Iltma. Sra. Magistrada-Juez de lo Penal nº seis de esta capital.

113.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA DE FECHA 13/11/17

La reiterada incomparecencia ante los servicios sociales para determinar el cumplimiento de las jornadas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad no constituye delito de desobediencia, pero sí de quebrantamiento de condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

El juzgado citado dictó en los referidos autos sentencia con fecha 23 de junio de 2017, sentando como hechos probados los siguientes:

«El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Totana, en las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido 225/2014, dictó sentencia firme en fecha 28 de noviembre de 2014, en la que se condenaba a J.I., nacido en Ecuador y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, a la pena de cuatro meses de trabajos en beneficio de la comunidad.

Turnada la causa para ejecución de la sentencia firme al Juzgado de lo Penal número 1 de Lorca, dando origen a la Ejecutoria 584/2014, en la misma se dictó decreto en fecha 10 de diciembre de 2014, acordando requerir a J.I. para que compareciera ante los Servicios Sociales Penitenciarios de Murcia CIS “Guillermo Miranda”, para concretar la forma de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, librando a tal efecto exhorto a los Juzgados de Totana.

En fecha 28 de enero de 2015, se requiere personalmente a J.I. para que compareciera ante los Servicios Sociales Penitenciarios del CIS “Guillermo Miranda” para concretar la forma de cumplimiento de la pena de cuatro meses de trabajos en beneficio de la comunidad, bajo apercibimiento que de no hacerlo incurriría en un delito de desobediencia a la autoridad judicial del artículo 556 del Código Penal; requerimiento al que el acusado manifestó que había recibido carta de los Servicios Sociales Penitenciarios citándole para que se presentara el día 24 de febrero de 2015.

El día 24 de febrero de 2015 el acusado no acudió al Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas en CIS “Guillermo Miranda”, por causa que no ha quedado suficientemente acreditada, y compareció en ese Servicio el día 4 de marzo de ese mismo año, y este día, como quiera que, según el procedimiento de actuación del referido Servicio, se concede a los interesados un margen de confianza para poder presentarse de 30 días, no pudo ser atendido en cuanto a la elaboración del plan de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pero sí fue citado personalmente para hacerlo el día 24 de marzo siempre del mismo, haciéndole entrega en mano de la citación que obra al folio 29 de la causa, firmando en constancia de su recibo.

Sin embargo, el día 24 de marzo de 2015, consciente de la obligación de comparecer ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Murcia y advertido que de no hacerlo podría incurrir en delito de desobediencia, no acudió a la cita, sin que conste acreditado, y así se declara, que lo hiciera al día siguiente; y a las cero horas del día 25 de marzo el sistema informático procedía al archivo del expediente por incomparecencia del penado, al haberse agotado también el margen de confianza que se viene concediendo a los interesados para acudir al Servicio, sin posibilidad de su reapertura sin la mediación de una resolución emanada del órgano judicial que conoce de la ejecución».

Asimismo, dictó el siguiente fallo:

«Que debo condenar y condeno a J.I., como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de multa, a razón de una cuota diaria de tres euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al pago de las costas causadas en este procedimiento».

Dicha resolución fue impugnada en la forma descrita en el encabezamiento. Tras los oportunos traslados y repartos, se remitieron las actuaciones a esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia donde se registraron y formó el correspondiente rollo, recibándose en esta UPAD el día 9 de los corrientes, procediéndose hoy a su deliberación, votación y fallo por la sala.

En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Se acepta y da por reproducida la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución apelada condena al ahora recurrente D. J.I. como autor de un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial. El ilícito deriva de su reiterada incomparecencia ante los Servicios Sociales Penitenciarios del CIS “Guillermo Miranda” para concretar la forma de cumplimiento de la pena de cuatro meses de trabajos en beneficio de la comunidad a la que había sido condenado por sentencia firme de 28 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Totana en las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido 225/2014.

Sostiene el recurso que la conducta por la que se sanciona, de estar contemplada en el Código Penal, no sería por un delito de desobediencia, sino de quebrantamiento de condena, pues con independencia del requerimiento que efectuase al apelante el Juzgado de Totana, deberá prevalecer el que al efecto llevó a cabo el CIS “Guillermo Miranda” (f. 29 de las actuaciones), en el que se le advertía que el incumplimiento tendría los efectos previstos en el Código Penal, que los regula en su artículo 49, mencionando el delito de quebrantamiento del artículo 468. Por lo que, tratándose de delitos heterogéneos y no habiendo sido acusado el Sr. J.I. por este último delito, habría de ser absuelto.

La pretensión debe prosperar. En casos como el planteado, el delito que se cometería sería a lo sumo el de quebrantamiento de condena, no el de desobediencia. Así se deduce claramente del artículo 49-6ª.d), siempre del Código Penal, cuando dice que en caso de incumplimiento se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468, precepto este que sanciona precisamente el quebrantamiento de condena. Si el Legisla-

dor hubiera querido que se procediera por el artículo 556, lo habría manifestado así en la norma mencionada.

Cuestión distinta es si el concreto ilícito aquí cometido puede subsumirse en el delito de quebrantamiento de condena dado que en el caso de autos, en puridad, la pena no había empezado a cumplirse, ya que se produce en la fase preliminar, en la de elaboración del plan de ejecución de la misma. En dicha pena cabe distinguir dos periodos: uno, inicial, destinado a establecer el necesario plan de cumplimiento; y otro, definitivo, en la que se procede a realizar materialmente el trabajo asignado.

Con base en esta distinción, una corriente dentro de la jurisprudencia menor, partiendo de la afirmación que hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005 de que «el quebrantamiento de condena solo puede producirse cuando se ha iniciado el cumplimiento efectivo de la condena», considera que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad solo puede ser quebrantada una vez se ha elaborado el plan de cumplimiento de la misma.

Sin embargo, otras audiencias provinciales -y este es el criterio de esta Sección Tercera- consideran que tanto la inasistencia injustificada a la citación de los servicios sociales penitenciarios para elaborar el plan de cumplimiento de la pena como el incumplimiento del plan una vez fijado, aprobado e iniciado, darían lugar al delito de quebrantamiento de condena. Ello porque, una vez impuesta la pena, no se puede dejar al albur de la voluntad del penado el cumplimiento de la misma, y dicho cumplimiento pasaría tanto por la definición y fijación del plan -sin ello no se puede pasar a la siguiente fase- como por su concreta ejecución.

En consecuencia, esta alzada, coincide con el apelante, en que los hechos, de constituir delito, lo serían, en todo caso, de quebrantamiento de condena del artículo 468.1. No obstante, no cabe aquí la condena al no haber sido acusado por el mismo y tratarse de delito heterogéneo con el de desobediencia.

Procede, por todo ello, estimar el recurso, revocar la condena y dictar un pronunciamiento absolutorio.

VISTOS los preceptos legales citados en la sentencia y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su majestad el rey D. Felipe VI de España,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación ut supra referenciado, REVOCAR dicha resolución, y absolver al apelante del delito de desobediencia por el que venía acusado, declarando de oficio las costas causadas en ambas instancias.

114.- SENTENCIA 26/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA DE FECHA 23/01/17

La no comparecencia para la elaboración del plan de ejecución no constituye ni delito ni desobediencia ni quebrantamiento de condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juez Juzgado de lo Penal nº 001 de FERROL, con fecha 29/04/16 dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así: Que debo condenar y condeno a A. como autor penalmente responsable de un delito de desobediencia a la autoridad previsto y penado en el artículo 556.1 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de 3 MESES DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al abono de las costas causadas.

TERCERO.- Notificada mencionada sentencia, contra la misma se formalizó recurso de apelación por la representación procesal de A., que fue admitido en ambos efectos y practicadas las diligencias oportunas y previo emplazamiento de las partes, fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal y no habiéndose propuesto diligencias probatorias, al estimar la Sala que no era necesaria la celebración de la vista para la correcta formación de una convicción fundada, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación.

HECHOS PROBADOS.- Se aceptan los de la resolución recurrida a efectos puramente formales, por las razones que se deducirán de la fundamentación de la presente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De nuevo afronta la Sala una cuestión en la que la objeción principal planteada en el recurso tiene que ceder ante la secundaria, en tanto que ésta afecta a la misma tipicidad del hecho y no a la culpabilidad del autor. Frente a la alegación de la ausencia de una voluntad expresa y consciente del sujeto de incumplir el mandato judicial que haría la conducta atípica por no concurrir el elemento volitivo imprescindible exigido por el artículo 5 del Código Penal para otorgar a la acción la condición de ilícito penal, corresponde comenzar con el análisis de una cuestión de estricta legalidad sobre la tipicidad de la conducta que obliga a contrastar el contenido real de la acción con la previsión del artículo 468 del Código Penal.

Comenzando por lo relativo al núcleo de tipicidad, elemento inicial de la estructura del delito, cumple indicar que esta Sección dictó dos sentencias de fecha 16 de octubre de 2015 y otra de 26 de abril de 2016 sobre supuestos análogos en los que la no incorporación al cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los términos establecidos por el plan de cumplimiento se sancionaban como constitutivos de un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal. En las tres resoluciones se establece que comportamientos como el narrado en los hechos de la sentencia apelada no suponen un delito de quebrantamiento ni tampoco de desobediencia del artículo 556 del Código Penal o de quebrantamiento del artículo 468 del mismo texto legal. Sobre esta base, con la plena aceptación de la valoración de la prueba contenida en la sentencia, no se puede establecer que los hechos declarados probados sean constitutivos de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, en los términos en los que condena la sentencia recurrida, ni de quebrantamiento de condena, empleada en muchas ocasiones como calificación alternativa frente a conductas de este contenido. Queda fuera de duda la realidad de la conducta omisiva del sujeto ante los requerimientos judiciales para compareciera ante los servicios sociales penitenciarios. Pero ello no supone, por sí mismo, la comisión del delito objeto de condena, en la medida en que esa actuación puramente renuente o no cooperadora no puede ser calificada sin más como desobe-

diencia, con independencia de las advertencias que hayan acompañado al requerimiento, cuando pueden emplearse otras vías legales para forzar el cumplimiento de la pena impuesta sin necesidad de acudir al refuerzo de la amenaza de la imposición de una nueva sanción penal.

En este sentido, los requerimientos judiciales al penado para elaborar el plan de cumplimiento no pueden anudarse, en caso de incumplimiento, a las consecuencias pretendidas de ninguno de los delitos citados. El Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, y en concreto el artículo 5 que regula la “Valoración y selección del trabajo”, cuando establece que “Al citar al penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le advertirán de las consecuencias de su no comparecencia. En los supuestos de incomparecencia no justificada remitirán los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución...”. Por lo tanto el juzgado debe adoptar las medidas necesarias en caso de que el condenado no acuda a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas para colaborar en la elaboración del plan de ejecución o para cumplir con la misma. Y la respuesta, en el caso de que los trabajos en beneficio de la comunidad sean una pena sustitutiva, sería la de acordar la rehabilitación y el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta; y cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se hayan impuesto como pena inicial, acordar su detención tal y como sucede en el supuesto de que se requiera judicialmente a un penado para ingresar en prisión a cumplir la pena impuesta privativa de libertad, y si incumple dicho requerimiento la solución es la de que la autoridad judicial acuerde la detención e ingreso en prisión del penado siempre que se le encuentre, pero en ninguno de los dos casos puede generarse una imputación por desobediencia o quebrantamiento.

SEGUNDO.- Lo dicho supone la revocación de la sentencia dictada por una cuestión de estricta legalidad referida a la definición de la conducta típica. Lo que supone la absolución del apelante A.

TERCERO.- Procede hacer declaración de oficio de las costas causadas, por mandato de los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLAMOS

Estimar el recurso interpuesto por A. contra la sentencia dictada con fecha 29 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Penal número Uno de los de Ferrol en los autos de Juicio de Oral 131/2015, absolviendo al citado apelante del delito de desobediencia objeto de acusación y posterior condena. Todo con declaración de oficio de las costas procesales devengadas en esta alzada.

115.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 14/11/17

Se anula plan de ejecución por haberse acordado dar por incumplida la pena de TBC en auto de fecha anterior.

HECHOS

Que en fecha 18-10-17 se ha recibido en este Juzgado procedente del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del CIS de Huelva nuevo plan de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado L.R.G., en Ejecutoria 186/13 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Dispone el artículo 49 del Código Penal que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación

de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas normativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios ...”

El desarrollo reglamentario de dicho precepto se lleva a cabo por Real Decreto 840/2011, de 17 de junio. Tal y como señala dicha norma reglamentaria, debe partirse de que la legislación impone que el cumplimiento de todas las penas y medidas de seguridad debe realizarse bajo el control de los Jueces y Tribunales, conforme a lo establecido en el artículo 3.2 del Código Penal; pero la existencia de un control judicial de la ejecución presupone la existencia de una ejecución administrativa que pueda llegar a ser controlada. En el nuevo modelo diseñado por dicho Real Decreto, ordenada la ejecución por el órgano jurisdiccional competente, articulada a través de la oportuna orden o mandamiento judicial de ejecución, la Administración Penitenciaria procederá a su materialización, definiendo un plan administrativo que se concretará previa citación para audiencia del sentenciado, que tiene la oportunidad de expresar sus prioridades individuales y sociales; una vez notificado al sentenciado el plan, éste tiene ejecutividad, y el sentenciado debe proceder a su cumplimiento escrupuloso, sin perjuicio de las facultades revisoras de la Autoridad judicial a la que confía el control judicial de la legalidad de la ejecución administrativa de la medida penal, articuladas a través de la puesta en conocimiento del plan, sin perjuicio de que el sentenciado pueda oponerse al mismo.

La normativa actual establece que la actuación a llevar a cabo por la administración penitenciaria, una vez recibido el mandamiento u orden judicial de ejecución de la pena y los particulares necesarios, consiste en la valoración del caso para determinar la actividad más adecuada, informando al penado de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo; así mismo, se escuchará la propuesta que el penado realice y realizada la valoración, elaborará el plan de ejecución dando traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Puesto que la

potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3 y que de acuerdo con ello, el control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio compete al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (artículo 49 del Código Penal), corresponde a este juzgado precisar cuáles son las medidas oportunas para ejercer adecuadamente ése.

Y en el presente supuesto, se ha elaborado un nuevo plan de ejecución, siendo que por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de nº 11 con sede en Sevilla se dictó auto de 30-3-17 en expediente TBC 1950/16, por el que se acordaba dar por incumplida la pena de trabajo en beneficio de la comunidad impuesta en Ejecutoria 186/13 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla, dentro de la competencia atribuida a ese órgano conforme al artículo 49.6º del Código Penal, por lo que, tratándose de una pena de trabajo en beneficio de la comunidad acordada en sustitución de una pena de prisión la consecuencia jurídica del incumplimiento, conforme al artículo 53 del Código Penal será el cumplimiento de la pena privativa de libertad y no el cumplimiento de una nueva pena de trabajo en beneficio de la comunidad, no procediendo por ello a la elaboración de un nuevo plan, por lo que, en ejercicio de la facultad revisora de este órgano judicial, procede acordar la nulidad del plan elaborado por la Administración Penitenciaria.

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

PARTE DISPOSITIVA

SSª DISPONE: REVISAR el plan de ejecución de las 13 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad pendientes de las impuestas al penado L.R.G. en la Ejecutoria nº 186/13 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla de fecha 18-10-17 y ANULAR el mismo.

CAPÍTULO XXII

TRABAJO PENITENCIARIO

116.- SENTENCIA 1999/2017 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE FECHA 18/07/17

En caso de extinción de contrato de trabajo no procede indemnización ni en concepto de daños y perjuicios ni en concepto de salarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: “FALLO: Se condena al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias a pagar al demandante, T., la cantidad de 1.440 euros”.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: “PRIMERO.- El demandante, T., interno en la Prisión de Picassent, prestaba servicios como trabajador en la lavandería de dicha prisión, como auxiliar, desde el día 8.4.2016, con un salario diario de 9,20 euros. SEGUNDO.- En virtud de acuerdo del Director del Establecimiento Penitenciario, en calidad de delegado de la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, de fecha 5.5.2016 (notificado el día 12.5.2016), se procedió a la extinción de su relación laboral; decisión motivada en el hecho de que supuestamente habría instigado a otros internos a realizar una protesta. TERCERO.- En vía administrativa se terminó por dejar sin efecto la referida extinción (el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dejó sin efecto la sanción por esos mismos hechos en virtud de auto de 24.8.16, resolución a la que se remitía la resolución de la reclamación previa para dejar sin efecto la extinción de la relación laboral), no siendo reincorporado el actor a un puesto de trabajo hasta el día 8.11.2016”.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación

para el Empleo, que fue impugnado de contrario. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 7 de Valencia, por la que es condenaba a la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo a abonar al actor, T., interno en el centro penitenciario de Picassent una cantidad de 1.440 euros, recurre en suplicación la citada entidad, impugnando su recurso el actor.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado formula su recurso a través de dos motivos, redactados ambos al amparo del apartado c) del artículo 193 Ley reguladora de la jurisdicción social, que por su estrecha relación serán examinados conjuntamente al presente fundamento de derecho.

Y así, se dicen infringidos los arts. 2.1 c) Estatuto de los Trabajadores, y artículos 9 y 10 Real Decreto 782/200. Se argumenta en el cuerpo del recurso que la sentencia de instancia infringe el concepto de relación laboral penitenciaria al reconocerse el abono de los salarios dejados de percibir desde que el actor fue cesado hasta su reincorporación, pues el cese en la relación laboral especial de los internos en establecimientos penitenciarios no puede asemejarse a un despido y aplicarle las consecuencias jurídicas derivadas de dicha semejanza. Invoca en apoyo de su pretensión, sentencia de esta Sala de 7-7-15 rs. 2418/2015 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, de 2 de marzo de 2017, que no constituyen jurisprudencia a los efectos pretendidos.

Conviene antes de proceder a examinar el fondo de la cuestión debatida, destacar los antecedentes fácticos y procesales que han dado lugar al recurso que ahora se nos plantea. El actor, interno en la prisión de Picassent, trabajaba en la lavandería de dicho centro hasta que el 5-5-2016, por acuerdo del Director del establecimiento penitenciario, se procedió a la extinción de su relación laboral motivada por el hecho de que supuestamente el interno había instigado a otros compañeros a realizar una protesta.

Interpuesta reclamación previa a la vía jurisdiccional social, fue dictada resolución de 7 de junio de 2016, por la que se estimaba parcialmente la misma, condicionando la decisión extintiva a la finalización del expediente disciplinario que se estaba tramitando con un acuerdo sancionador por los hechos informados. De no producirse, debería reincorporarse al reclamante en el mismo puesto de trabajo u otro similar, de acuerdo con la disponibilidad del Centro penitenciario, instándose a la dirección del centro a la adopción de un acuerdo de suspensión de la relación laboral especial durante la sustanciación del expediente disciplinario.

No obstante el dictado de dicha resolución, que el actor desconocía al momento de interponer demanda ante el Juzgado de lo Social (se expresaba en el escrito rector que “aún no se había recibido contestación alguna”), interpuso el actor demanda por despido suplicando “se reconozca la improcedencia de la que ha sido objeto el actor, mismas condiciones anteriores al despido y que abone los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar en la debida y legal forma”.

El 24-8-16 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Valencia dictó auto estimando el recurso de alzada del preso y dejando sin efecto el acuerdo sancionador de 7-6-16 recaído en el expediente disciplinario y por ende, la sanción impuesta.

Conforme a doctrina de la Sala Cuarta, expresada en Sentencia del Tribunal Supremo de 11-12-2012, Rs. 3532/2011: “Respecto de las reclamaciones por despido efectuadas por los penados a los que se les notifica el cese en el trabajo, la doctrina de esta Sala IV ha venido sosteniendo que el despido no figura entre las causas de extinción de contrato en este tipo de relación laboral especial. Así, Sentencia del Tribunal Supremo 5 mayo 2000 (rcud. 3325/1999), 25 septiembre 2000 (rcud. 3982/1999) y 30 octubre 2000 (rcud. 639/2000).

Señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 2000 (rcud. 3325/1999) que el Reglamento Penitenciario no contiene ninguna remisión expresa a la normativa del Estatuto de los Trabajadores reguladora del despido (artículos 54 y siguientes). Siendo claro que el envío a la Ley de Procedimiento Laboral que se contiene en el transcrito artículo 134.5 no puede contradecir el número 4 del mismo precepto pues una interpretación racional del número 5 conduce a considerar que se está refiriendo a cuestiones

litigiosas de carácter sustantivo que previamente hayan sido acotadas por las previsiones directas o por reenvío del Reglamento Penitenciario. Y es que el despido es una figura de derecho material o sustantivo y regulado en los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, aunque la Ley de Procedimiento Laboral, además de regular la modalidad procesal correspondiente, en sus artículos 103 y siguientes, reproduzca en parte el contenido de ley sustantiva”.

Y remite la citada resolución a las reglas específicas previstas en el artículo 10 Real Decreto 782/2001 para regular la extinción contractual de la relación laboral de carácter especial de los penados en instituciones penitenciarias.

En atención a lo expuesto, la Sala concluye en primer lugar que la petición articulada en demanda relativa a la declaración de improcedencia del cese operado no podía tener favorable acogida, pues de un lado, como ya hemos avanzado, el despido no figura entre las causas de extinción de la relación laboral de carácter especial que ahora abordamos, sin perjuicio de que pueda examinarse la causalidad de dicho cese a efectos de ser el mismo ajustado a derecho.

Lo que ocurre es que entendemos que dicha pretensión ha devenido inoperante, pues ya fue dictada resolución, estimando parcialmente la reclamación previa del trabajador en el sentido de condicionar la decisión extintiva a la finalización del expediente disciplinario que se estaba tramitando con un acuerdo sancionador por los hechos informados. Acuerdo sancionador que fue anulado por auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Valencia en fecha 24-8-2016.

Resta entonces por valorar si procede confirmar la condena a la Entidad demandada a abonar al actor la cantidad de 1.440 euros en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados desde que fue cesado hasta que fue de nuevo reincorporado a su trabajo.

El Juez de instancia, pese a que en el escrito rector se reclamaban literalmente “los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar en la debida y legal forma” concede lo que denomina una “indemnización que aunque tenga un cierto paralelismo con los salarios de tramitación, deriva de los perjuicios causados al demandante por la decisión extintiva”, petición que no resulta del tenor literal articulado en demanda.

Cita en apoyo de su resolución Sentencia de esta Sala de 12-7-2016 que concede la misma. Sin embargo, en el supuesto que ahora nos ocupa, la Sala, siguiendo el criterio mantenido en la ya apuntada resolución de la Sala Cuarta así como en las dictadas por esta Sala y que se invocan en el escrito de recurso, ha decidido revocar la resolución que ahora se dicta. En primer término, porque como dijimos, no siendo aplicable al cese del demandante los efectos derivados de un despido, por no regularse expresamente en el artículo 10 del Real Decreto 782/2001, no puede efectuarse el paralelismo que se pretende por el actor, condenando a la institución penitenciaria al abono de los salarios dejados de percibir tras el cese, al haber sido declarado nulo el acto sancionador que lo motivó.

En segundo lugar, porque aun cuando se dictase una resolución convalidando lo ya resuelto por la Administración, declarando que el actor debía ser repuesto en su puesto de trabajo, ello no desvirtuaría el contenido de aquélla, que no olvidemos, viene limitado y conformado por lo pedido en demanda, y que dicho sea de paso, se interpuso cuando la administración ya había resuelto la reclamación administrativa previa en sentido parcialmente desestimatorio, llegando el recurso a esta Sala cuando el acto ya ha sido anulado en vía administrativa, lo que se encuentra fuera de nuestro alcance.

En tercer lugar, porque aun cuando entendiéramos como así hizo el Juez a quo, que lo que se reclama por el recurrente en una indemnización por los perjuicios ocasionados, haciendo un paralelismo con los salarios de tramitación (conclusión que no compartimos), tampoco procedería imponer a la Administración la condena a su abono, pues el Ato Tribunal, en su sentencia de 11 de diciembre de 2012, después de analizar los requisitos de la comunicación extintiva de la relación laboral del penado en una institución penitenciaria, sostiene lo siguiente:

“Desde la óptica del mandato constitucional y de esa concreción legal, la comunicación del cese efectuada en este caso con referencia a la causa de extinción, por remisión al artículo 10.2 f) del Real Decreto 782/2001, se está limitando a expresar los fundamentos de derecho del acto administrativo por el que el Director del Centro acuerda la extinción de la relación laboral. Sin embargo, la mera mención del fundamento jurídico, sin conexión con un mínimo relato de los hechos sobre los que se aplica la normativa invocada, impide que el trabajador pueda conocer la causa de tal decisión porque lo que se le comunica es exclusivamente la calificación

jurídica efectuada por quien ostenta la competencia extintiva, sin relacionarla con los hechos objeto de tal calificación.

Tal modo de proceder hace anulable el acto, por tratarse de un vicio de anulabilidad que ha producido indefensión al administrado, con conculcación del derecho constitucional de tutela, y tal y como asimismo prescribe el artículo 63.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se trata de un defecto que no podía ser convalidado ni por la cita de los informes previos sobre los que se sustentó aquella decisión, ni por la aportación ulterior de los mismos. Y ello porque no consta que el trabajador conociera tales informes con anterioridad a la demanda y, si bien éstos pueden servir como medio de prueba para justificar la concurrencia de la causa extintiva, no enervan el defecto de motivación de la comunicación, que puso en juego el derecho de defensa del trabajador.

Así, pues, la doctrina correcta es la que se contenía en la sentencia de contraste, que abogó por exigir la referencia, aunque no fuera pormenorizada, a las conductas determinantes de la decisión de extinguir la relación”.

Y resolviendo el debate, casa y anula la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia recurrida, condenando únicamente al Organismo demandado, a reponer la relación laboral especial al momento anterior de su extinción, matizando además, “sin que quepa aquí efectuar pronunciamientos propios de la declaración de improcedencia del despido disciplinario”.

Por todo ello, entendemos que esa era la única consecuencia que se deriva de la anulación del acto sancionador, sin que proceda indemnización alguna, ni en concepto de salarios de tramitación (que es lo que se reclamaba en demanda), ni en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por las razones expuestas.

TERCERO.- No procede la imposición de costas, al estimarse íntegramente el recurso interpuesto, ex artículo 235.1 Ley reguladora de la jurisdicción social.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo frente a la Sentencia dictada el 10 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social número 7 de Valencia, en autos número 732/2016 seguidos a instancia de D. T. frente a la precitada recurrente; y en consecuencia, con revocación de la citada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, absolvemos al Ente demandado de todos los pedimentos de la demanda. Sin imposición de costas.

117.- SENTENCIA 640/2017 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE FECHA 16/11/17

En la relación laboral especial penitenciaria no se contempla la figura del despido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por demandante D. T., contra el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado Social número 1 de Zaragoza, de fecha seis de julio de dos mil diecisiete, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

“QUE DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por D. T., frente al ORGANISMO AUTÓNOMO DE TRABAJO Y PRESTACIONES PENITENCIARIAS debo confirmar la decisión impugnada, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas frente a ella.”

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

“1.- El demandante, D. T., interno en el centro penitenciario de Zaragoza-Zuera, trasladado al centro penitenciario de Daroca el día 15.04.2016,

ha prestado servicios en virtud de relación laboral especial penitenciaria para la demandada “Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias”, como peón en el taller de lámparas del Centro Penitenciario de Zuera, desde el 2 de octubre de 2015, percibiendo una retribución bruta mensual de 273,95 € que incluye la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

2.- El demandante fue alta en el referido taller por acuerdo de la Junta de tratamiento de la misma fecha de 2.10.2015, causando alta en la Seguridad Social.

3.- Con efectos de 21 de diciembre de 2015, el Director del centro acordó la suspensión de la relación laboral especial penitenciaria, por razones de disciplina y seguridad penitenciaria, inicio de expediente disciplinario (el 21/12/2015 en el taller nº 1 se peleó con otro interno). Con la misma fecha de efectos de 21.12.2015 la demandada tramitó la baja del actor en Seguridad Social. El acuerdo fue notificado al demandante el 14.01.2016. El actor formuló reclamación previa contra dicha resolución, interesando se reconociera la improcedencia del despido, petición que fue desestimada por resolución de 18.02.2016.

4.- Previamente, el funcionario de servicio el día 21.12.2015 en el Taller nº 1, había informado al Sr. Jefe de Servicios que, sobre las 10:30 horas, había escuchado al final del taller una discusión entre varios internos y que, al acercarse, la discusión finalizaba. Y seguidamente, los internos pasaron al Módulo nº 7, ya que no había trabajo, y constatando entonces que el demandante presentaba lesiones en el rostro, comentando éste que había tenido una pelea en el taller. Se comprobó igualmente que el interno A. también presentaba lesiones. El funcionario de servicio indagó sobre los hechos, preguntando a varios internos, que coincidieron en afirmar que A. había protestado por considerar que el actor le quitaba el trabajo a los demás y que no le correspondía ganar más dinero, y que por ese motivo iba a hablar con el encargo del taller, momento en el que el actor se abalanzó sobre A., comenzando una pelea entre ambos.

5.- A ambos internos se aplicó aislamiento provisional, y posteriormente se impuso sanción que, en el caso del actor, fue de aislamiento en celda por 8 días, que fue impugnado por el demandante ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza. El Juzgado dictó auto de fecha 24.05.2016 desestimando el recurso de alzada formulado por el actor, y nuevo auto de

6.06.2016 desestimatorio del recurso de reposición. Se da por reproducido el contenido de las resoluciones referidas cuya copia obra en autos.”.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor prestaba servicios para el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, en el centro penitenciario de Zaragoza-Zuera, en virtud de una relación laboral especial penitenciaria. Con efectos de 21-12-2015 el Director del centro acordó la suspensión de la relación laboral especial penitenciaria por razones de disciplina y seguridad. Asimismo, se le impuso la sanción de aislamiento en celda por 8 días. Interpuesta demanda por despido, fue desestimada por la sentencia recurrida.

Interpuesto recurso de suplicación, fue impugnado por el recurrido.

SEGUNDO.- Por la parte recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, se postula la revisión de hechos probados, con base a lo actuado en el procedimiento Juicio de delito leve 834/16, sin concretar folio en donde se encuentra, si bien en relación a dicho procedimiento, lo único que consta en autos es el acta del juicio (folio 98), en la que se recogen las declaraciones del denunciante y denunciado, con calificación del Ministerio Fiscal de petición de condena para ambos, incluido, por tanto el actor. Sin proponer texto alternativo.

La jurisprudencia, entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 22-3-2013, rs. 81 y 9/12, 19-12-2013, r. 37/13 y 29-4-14, r. 58/13, respecto a la revisión en casación de los Hechos Probados, con doctrina aplicable al recurso de suplicación, tiene declarado que los Hechos sólo pueden adicionarse, suprimirse o rectificarse si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que haya sido negado u omitido en la resultancia fáctica recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias divergentes o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el juzgador ha elaborado apoyándose

en tales pruebas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, es decir, que la modificación haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación; y e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

No queda acreditada la existencia de error en la juzgadora de instancia, ni dicho documento lo acredita, pues contiene las manifestaciones efectuadas en el acto del juicio por el actor y el otro recluso implicado en los hechos, con petición de condena para ambos por parte del Ministerio Fiscal, sin que conste la sentencia que se dictó, lo que no desvirtúa la valoración conjunta de la prueba practicada efectuada por la juez de instancia, con intermediación, y conforme a la reglas de la sana crítica (artículo 97.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social), Incumpléndose además con uno de los requisitos esenciales del motivo invocado que es la proposición del texto alternativo correspondiente. El motivo se desestima.

TERCERO.- Como segundo motivo, al amparo del artículo 193.c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, se postula la infracción de norma sustantiva por inaplicación del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 9 y 10 del Real Decreto 782/2001 de 6 de julio regulador de la relación laboral especial de penados en talleres penitenciarios, pretendiendo la declaración de despido improcedente.

Respecto a si es aplicable la regulación del despido a dicha relación especial, se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 10-2-2012 Rec. 30/2012, al afirmar que:

“Respecto a la no aplicación a las relaciones laborales especiales de los internos de establecimientos penitenciarios de las normas generales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, y en concreto para el presente caso de las relativas al despido, se ha pronunciado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 5 de mayo y 25 de septiembre de 2000 (rcuds núms. 3325/1999 y 3982/1999). La cuestión debatida versaba sobre si en una relación laboral especial penitenciaria de carácter productivo por cuenta ajena «puede darse como modo de extinción de la relación laboral la figura jurídica del despido».

La respuesta fue negativa (continúa diciendo la citada resolución de 5.5.2006), sentando las citadas sentencias «que el Reglamento Penitenciario no contiene ninguna remisión expresa a la normativa del Estatuto de los Trabajadores reguladora del despido (artículos 54 y siguientes). Siendo claro que el envío a la Ley de Procedimiento Laboral que se contiene en el transcrito artículo 134.5 no puede contradecir el número 4 del mismo precepto pues una interpretación racional del número 5 conduce a considerar que se está refiriendo a cuestiones litigiosas de carácter sustantivo que previamente hayan sido acotadas por las previsiones directas o por reenvío del Reglamento Penitenciario. Y es que el despido es una figura de derecho material o sustantivo y regulado en los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, aunque la Ley de Procedimiento Laboral, además de regular la modalidad procesal correspondiente, en sus artículos 103 y siguientes, reproduzca en parte el contenido de Ley sustantiva.- Por otra parte, el artículo 152 del Reglamento Penitenciario contiene diversas causas de extinción de esta relación laboral especial, entre las que no figura el despido.- Y tal como resulta del artículo 144 del Reglamento Penitenciario, es a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, (órgano dependiente del Ministerio del Interior, cuya composición y funciones se regulan en los artículos 272 a 275 de dicho Reglamento), y no al Organismo Autónomo empleador, a quien corresponde decidir la asignación a un recluso de un trabajo directamente productivo, que genera automáticamente el nacimiento de esa relación laboral especial, (adjudicación que se realiza en función de los criterios previstos en ese mismo artículo). Y es también esa Junta de Tratamiento a quien corresponde decidir si, por razones técnicas, debe darse de baja a un penado del puesto de trabajo que ocupe, con la consiguiente extinción de la relación laboral especial, en los términos y por las causas contempladas en el artículo 152 del mismo texto reglamentario. Por lo tanto, no puede imputarse la extinción de esa relación laboral especial derivada de un acuerdo de la Junta de Tratamiento a la voluntad unilateral del Organismo Autónomo que ocupa la posición de empleador... En consecuencia la jurisdicción laboral no puede sino examinar si la decisión administrativa de cese reúne los requisitos de motivación de las resoluciones administrativas, falta de motivación que determinaría la anulabilidad del auto impugnado conforme al artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el artículo 54 del mismo texto legal que es

la norma reguladora del deber de motivación de los actos de las Administraciones Públicas».

Por su parte en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11-12-2012 Rec. 3532/2011 manifiesta que: “Respecto de las reclamaciones por despido efectuadas por los penados a los que se les notifica el cese en el trabajo, la doctrina de esta Sala IV ha venido sosteniendo que el despido no figura entre las causas de extinción de contrato en este tipo de relación laboral especial. Así, Sentencia del Tribunal Supremo 5 mayo 2000 (rcud. 3325/1999), 25 septiembre 2000 (rcud. 3982/1999) y 30 octubre 2000 (rcud. 639/2000).

Señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 2000 (rcud. 3325/1999) que el Reglamento Penitenciario no contiene ninguna remisión expresa a la normativa del Estatuto de los Trabajadores reguladora del despido (artículos 54 y siguientes). Siendo claro que el envío a la Ley de Procedimiento Laboral que se contiene en el transcrito artículo 134.5 no puede contradecir el número 4 del mismo precepto pues una interpretación racional del número 5 conduce a considerar que se está refiriendo a cuestiones litigiosas de carácter sustantivo que previamente hayan sido acotadas por las previsiones directas o por reenvío del Reglamento Penitenciario. Y es que el despido es una figura de derecho material o sustantivo y regulado en los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, aunque la Ley de Procedimiento Laboral, además de regular la modalidad procesal correspondiente, en sus artículos 103 y siguientes, reproduzca en parte el contenido de ley sustantiva.

Las Sentencia del Tribunal Supremo 25 septiembre y 30 octubre 2000 (rcud. 3982/1999 y 639/2000, respectivamente) reproducen idéntica doctrina, sin añadir ningún nuevo argumento.

... Pero que entre las causas de extinción de la relación laboral especial no se halle el despido, no quiere decir que dicho sistema no contemple la causalidad de la ruptura del vínculo contractual cuando sea acordada por la parte empleadora. De hecho tanto el supuesto contemplado en la sentencia recurrida, como aquel que se enjuició en la de contraste se enmarcaban en unos motivos tasados, con ciertas analogías entre sí que se caracterizan por permitir a la parte empleadora la rescisión del vínculo por causas relacionadas con la conducta o actitud del trabajador (artículo 10.2 e) “Por razones de disciplina y seguridad penitenciaria” y artículo 10.2 f)

“Por incumplimiento de los deberes laborales básicos en la relación laboral especial penitenciaria”).

Es evidente que, como cualquier otra relación laboral la conducta del trabajador puede determinar la decisión empresarial de poner fin a la relación; probabilidad que se hace particularmente adecuada en una relación como la presente en donde concurren otros elementos relacionados con el tratamiento del interno y con la seguridad en el centro. Se trata, pues, de supuestos extintivos cercanos a lo que se denomina despido disciplinario en el ámbito de la relación laboral ordinaria, pero que aquí ni tienen asignada tal denominación, ni llevan aparejado el mismo procedimiento para la adopción de la decisión empresarial, ni tampoco comportan una calificación jurídica y efectos como los del despido disciplinario del Estatuto de los Trabajadores”.

Teniendo en cuenta la anterior doctrina, y el inmodificado relato de hechos probados, no resulta acreditada la infracción de las normas que se denuncia en el recurso, al no figurar el despido entre las causas de extinción de la relación laboral especial. El motivo se desestima.

CUARTO.- Como tercer motivo, al amparo del artículo 193.c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, se denuncia la vulneración del principio “non bis in idem” en relación con la infracción del artículo 25.2 de la Constitución española, que dispone que el condenado a pena de prisión “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.”

La cuestión relativa a la infracción del principio “non bis in idem” ha sido resuelta acertadamente por la sentencia recurrida recogiendo doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 25-1-2016.

Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005:

“El principio non bis in idem despliega sus efectos tanto materiales como procesales cuando concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia y ha encontrado reflejo en el Derecho positivo, como lo demuestran los dos preceptos que acaba de transcribirse que aluden a la misma. En este orden de ideas, hemos indicado que «la triple identidad constituye el presupuesto

de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 de la Constitución Española, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, F. 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, F. 3).”.

Que el actor, por unos mismos hechos, ha sido sancionado por la comisión de una falta muy grave (con aislamiento en celda por 8 días), aplicando el régimen disciplinario penitenciario. Y por otra parte ha visto extinguido su contrato por razones de disciplina y seguridad penitenciaria, que aparece contemplada como una de las causas de extinción de la relación laboral especial en el artículo 10.2.e) del Real Decreto 782/2001. Y si bien coinciden los sujetos y los hechos, no se produce dicha coincidencia en los fundamentos que son diferentes, pues la sanción tiene como fundamento el cumplimiento de una normativa disciplinaria penitenciaria, que tiene por objeto salvaguardar el régimen y orden interno de la prisión, y por otra parte, en cuanto a la suspensión de la relación laboral especial por razones de disciplina y seguridad, según el artículo 3.2. de Real Decreto antes citado, los puestos existentes, que no son ilimitados, deben de ser adjudicados siguiendo un criterio de selección, entre los que se encuentra en su apartado 4º “la conducta penitenciaria”, respondiendo, por tanto, al criterio selectivo que debe de existir de observancia de buena conducta, base de la confianza que debe de tenerse respecto del penado en el desempeño de su trabajo. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 25-1-2016 Rec. 773/2015.

Siendo los fundamentos diferentes entre la sanción disciplinaria impuesta y la extinción de la relación laboral especial por razones de disciplina y seguridad penitenciaria, causa expresamente prevista en la norma reguladora de la relación laboral especial referida, procede la desestimación del motivo.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación n° 586/2017, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 1 de Zaragoza con fecha 6 de julio de 2017, autos 140/2016, que confirmamos. Sin costas.

118.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 01/06/17

Desestimación de queja. No se incumplen criterios de prelación para acceso a trabajo remunerado.

HECHOS

Se ha recibido en este juzgado escrito del interno I.C.C. del Centro Penitenciario Córdoba formulando queja sobre no concesión de trabajo remunerado.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno y a la vista de lo actuado en la presente pieza de queja y de lo informado por

el Centro Penitenciario procede, con carácter previo, hacer las siguientes consideraciones:

Que según la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo penitenciario y a los beneficios de la Seguridad Social que establece el artículo 25 de la Constitución es un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse su total exigencia de forma inmediata (Sentencias del Tribunal Constitucional 82/1986 y 2/1987), pues son derechos cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/93 de 13 de enero).

Que los puestos de trabajo remunerados existentes en el Centro Penitenciario, que obviamente siempre existen en un número inferior al número total de internos ingresados en el mismo, se adjudican por la Junta de Tratamiento del Centro en función de las carencias o necesidades que presentan los internos, y en función de los criterios de prelación establecidos por la Junta, dando prioridad a aquellos internos que precisen del trabajo productivo como parte de su tratamiento individualizado, así como los demás criterios fijados por el Real Decreto 782/2001 en consonancia con lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Penitenciario, y una vez recabados y examinados los informes necesarios de los funcionarios de servicio interior, servicios médicos, trabajador social, educador, etc.

Que en el presente caso, y a tenor de lo informado por el Centro Penitenciario de Córdoba, se trata de un penado que puede calificarse de especialmente peligroso, que está clasificado en primer grado desde hace años, además de por la gravedad de los delitos que ha cometido, por la vinculación de los mismos con la actividad de una organización terrorista, que aún no se ha disuelto, porque en prisión ha seguido y sigue voluntariamente formando parte de la misma y recibiendo apoyos, instrucciones y directrices de la estructura de la banda terrorista.

Por último, y en relación a su solicitud de abono de redención ordinaria, se indica que el interno actualmente redime de forma ordinaria por los estudios universitarios que cursa en la UNED y que a petición propia se encuentra dado de alta en el Programa de Régimen Cerrado, valorándose a partir del próximo trimestre su participación y aprovechamiento.

Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Re-

glamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno I.C.C. de Centro Penitenciario Córdoba, en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución, por no objetivarse abuso de poder ni desviación en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración Penitenciaria.

CAPÍTULO XXIII

TRASLADOS

119.- AUTO 40/2017 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FE- CHA 28/02/17

**Inadmisión de recurso de amparo por inexistente vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (denegación de solicitud de traslado al Centro Penitenciario más cercano a domicilio familiar).
Voto particular en contra.**

I. ANTECEDENTES

El Procurador de los Tribunales don J.F.E., en nombre y representación de don S. M. P. presentó el día 9 de junio de 2016 en el Registro General de este Tribunal demanda de amparo contra el Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de febrero de 2016, que desestimó a su vez la queja que había interpuesto solicitando ser trasladado para el cumplimiento de su condena a un Centro Penitenciario más próximo a su domicilio familiar, toda vez que la administración no había atendido su solicitud en tal sentido.

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

a) El demandante de amparo tras ser extraditado desde Francia cumple en España condena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de un delito de daños en grado de tentativa en concurso ideal con un delito de transporte de sustancias o aparatos explosivos o inflamables (artículo 568 del Código) en conexión con un delito de colaboración con banda armada (artículo 577 del Código Penal).

En el recurso de amparo manifiesta que el día 15 de julio de 2015, hallándose interno en el Centro Penitenciario Madrid V (Soto del Real), presentó a la Junta de Tratamiento un escrito en el que solicitó ser trasladado al Centro Penitenciario de Martutene (Guipúzcoa) por ser más cercano a su domicilio habitual y que dicha petición no le fue contestada.

b) El día 28 de julio de 2015 la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dictó Acuerdo de Clasificación Inicial en primer grado de tratamiento penitenciario y le destinó al Centro Penitenciario de Valladolid. Este Acuerdo fue recurrido en queja ante el Juzgado Central de Menores, en funciones de Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (al que en lo sucesivo se denominará Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria) mediante escrito de fecha 10 de agosto de 2015, queja que, según las alegaciones vertidas en la demanda de amparo, fue desestimada por Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 30 de septiembre de 2015.

c) El recurrente remitió desde el Centro Penitenciario de Valladolid un escrito de queja al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el que recordaba que su solicitud de ser trasladado a un Centro más próximo a su domicilio familiar no había recibido contestación alguna y que en su lugar la Administración había acordado trasladarle al Centro Penitenciario de Valladolid, situación que vulneraba su derecho a la vida privada y familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 8 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), por la lejanía de dicho Centro respecto de la localidad en la que vivían sus abuelos y su padre (Sorluze-Plasencia de las Armas, Guipúzcoa, a unos 400 kms.) y los diversos e importantes problemas de salud que sufrían éstos que les impedían viajar.

d) El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictó Auto el 15 de febrero de 2016 (Expediente “Peticiones y Quejas” 411-2015) en el que desestimó la queja por falta de competencia objetiva. El Juzgado argumenta, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1986, de 7 de noviembre, que no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria conocer de los recursos contra las resoluciones administrativas que afecten al traslado de penados de un establecimiento a otro, cuestión que debe dilucidarse en vía administrativa y, agotada ésta, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Citaba asimismo en apoyo de su decisión la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1986 y varios pro-

nunciamentos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Matizaba que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede asumir de manera excepcional el control judicial de las decisiones administrativas de traslado de centro cuando entrañen una vulneración de derechos fundamentales y penitenciarios de los internos susceptible de ser corregida mediante su revisión, pero consideraba que en el caso planteado por el demandante no existían razones para entender que su traslado a Valladolid constituyese una sanción encubierta ni que se hubieran visto afectados sus derechos fundamentales.

e) El demandante interpuso contra este Auto recurso de apelación que fue resuelto en sentido desestimatorio por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo. Tras analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1986, y varios pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, concluye que la posibilidad de control de la decisión de traslado por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria es excepcional y sólo podrá operar “previa acreditación o constancia de que la resolución administrativa en cuestión ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía del traslado de Centro Penitenciario”.

Declara ajustada a Derecho la resolución recurrida y descendiendo a las particularidades del caso señala:

“La lejanía del centro penitenciario no impide las visitas al recurrente. El informe del Director del Centro Penitenciario, pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario.

La situación de los familiares en cuanto a un hipotético impedimento de desplazamiento al lugar del Centro Penitenciario, ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico, se solventan con los permisos extraordinarios que puede solicitar el interno, sin perjuicio de que aquellos rechacen el tratamiento penitenciario, en cuyo caso las dificultades o trabas para el ejercicio de este derecho, serían una consecuencia de la propia voluntad del interno” (FD 2).

Contrasta a continuación las exigencias del derecho a la vida privada y familiar de los presos conforme las interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 25 de octubre (sic) de 2013 (Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia) y 23 de octubre de 2014 (Vintman c. Ucrania) y manifiesta que el propio Tribunal reconoce que en la selección de los centros de cumplimiento son motivos justificados evitar el hacinamiento o garantizar la disciplina adecuada. Señala que sólo se producirá una afectación de derechos fundamentales “cuando la excesiva distancia, unida a las dificultades de medios de transporte, impidan o dificulten seriamente las visitas de familiares y amigos al punto de quebrar el derecho a la vida familiar”.

En el caso concreto, valora que se trata de un condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas, y que mantiene comunicaciones y recibe visitas de su entorno familiar y de sus amigos; en relación con los parientes mencionados en el recurso (abuelos, el padre ya había fallecido) afirma que no se trata de parientes de primer grado “por lo que (la) afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios”; no aprecia en definitiva vulneración de derechos fundamentales que justifique el conocimiento de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria siendo la competente la jurisdicción contencioso-administrativa (FD 3).

En la demanda de amparo se achaca a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado en el artículo 18.1 de la Constitución Española en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretado y aplicado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que según el recurrente califica de injerencia desproporcionada en el derecho reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales el rechazo de las autoridades administrativas y judiciales a aproximar a los presos a sus familiares.

El Pleno de este Tribunal por providencia de 16 de febrero de 2017 acordó, conforme a lo previsto en el artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a propuesta de su Presidente, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de febrero de 2016, que fue confirmado en apelación por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto núm. 377/2016, de 11 de mayo.

El demandante plantea un único motivo de queja, expuesto en los antecedentes, que no resulta acreedor de un pronunciamiento de admisión a trámite, ya que la existencia de lesión del derecho fundamental invocado en amparo no resulta mínimamente verosímil.

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

El motivo único del recurso de amparo gira en torno a la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española, que el recurrente entiende debe ser puesto en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aduce que conforme a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 25 de octubre(sic) de 2013 (Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia) y 23 de octubre de 2014 (Vintman c. Ucrania), así como en la más reciente Sentencia de 14 de enero de 2016 (Rodeillo c. Ucrania), el rechazo a aproximar a los presos a sus familiares constituiría una injerencia desproporcionada en el derecho reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El recurrente sugiere que los meritados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforman una doctrina de alcance general para todos los países incorporados a su sistema de garantías susceptible de moderar el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española en el caso de las personas internas en Centros Penitenciarios.

Este planteamiento impugnatorio, por lo tanto, sólo presentaría visos de prosperabilidad en un procedimiento constitucional de amparo como el presente si fuera cierta y asumible la premisa de la que parte el recurrente: que el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fun-

damentales, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las merитadas Sentencias, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado por el artículo 18.1 de nuestra Constitución.

La doctrina constitucional no ha admitido que el deslinde del ámbito material de protección del derecho constitucional a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española deba verificarse mediante la mimética recepción del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española no son coextensos.

A la hora de delimitar los aspectos de la vida privada que a la luz de la Constitución española quedarían acogidos al régimen de tutela del artículo 18.1 de la Constitución Española -recurso de amparo ex artículo 53.2 de la Constitución Española- son imprescindibles los siguientes pronunciamientos:

a) La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11) que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Esta resolución indagó en el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar al analizar la aplicabilidad de las reservas de ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución Española) y ordinaria (artículo 53.1 de la Constitución Española) a la materia de reagrupación familiar de extranjeros. Este derecho, se dijo entonces, “no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal” pues “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 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 3)”, ámbito que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar.

En relación con el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se dijo que 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[sic] de 1996 § 52)” aunque “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 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de 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”.

b) La Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2010, de 7 de octubre [FJ 8 c)], que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8821-2005, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, respecto del artículo 57.2 del Código Penal. El Pleno de este Tribunal se pronunció en el sentido de que la imposición de la pena de alejamiento (que impide al penado y a su víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía), afecta al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española) y consecuentemente a la configuración autónoma del propio plan de vida, 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), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal

Constitucional 151/1997, de 29 de septiembre)”. El hecho de que nuestra Constitución no reconozca un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales “en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese ‘derecho a la vida familiar’ derivado de los artículos 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional”.

c) La Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre (FJ 7) proclama nuevamente que dentro de nuestro sistema constitucional la protección del “derecho a la vida familiar” derivado de los artículos 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “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...”.

d) La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2016, de 1 de febrero (FJ 2) invoca doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [singularmente las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de febrero de 2008 (Hadri-Vionnet c. Suiza §§ 52-62), 12 de junio de 2014 (Maric c. Croacia §§ 62, 64, 67-71) y 30 de octubre de 2002 (sic) (Pannullo y Forte c. Francia)] para reconocer a unos padres el derecho a disponer de los restos de un feto de 22 semanas de gestación producto de una interrupción voluntaria del embarazo para proceder a su incineración en una ceremonia privada como manifestación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española.

Este pronunciamiento se atiene a un supuesto singular, sin manifestar una genuina vocación revisora de la doctrina precedente, y sin aseverar en ningún momento que sea procedente reformular el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española mediante la íntegra recepción de la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en todas sus posibles facetas. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se toma únicamente como “criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (artículo 10.2 de la Constitución Española)” (FJ 3).

Descartada la vulneración en las resoluciones judiciales impugnadas de un derecho subjetivo de naturaleza sustantiva susceptible de amparo constitucional en los términos del artículo 53.2 de la Constitución Española, la cuestión subyacente es más bien de intensidad o grado de la tutela que los Tribunales deben dispensar a las variadas manifestaciones que el desenvolvimiento de la autonomía personal puede desplegar en la experiencia vital de un ciudadano. En este punto se ha de recordar que los constreñimientos personales que impone el ingreso y permanencia en un Centro Penitenciario, entre otros, el alejamiento de familiares, amigos y allegados, son consecuencia y no causa de la pena, por lo que no constituyen un acto autónomo de injerencia del poder público discernible del contenido de la relación de sujeción especial a la que se ve ordinariamente sujeto el ciudadano que ingresa en prisión. En este contexto las decisiones administrativas de asignación de Centro Penitenciario solo adquirirían relevancia constitucional y entrarían en la esfera competencial de los Jueces de Vigilancia Penitenciario conforme al artículo 76.2 g) Ley Orgánica General Penitenciaria en supuestos verdaderamente excepcionales en los que fuera detectable un ejercicio desviado de las potestades administrativas indicativo de una arbitrariedad constitucionalmente proscrita (v. gr., el traslado de centro como sanción encubierta).

Por lo demás, también desde la perspectiva extensa del derecho a mantener los lazos familiares el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha marcado límites precisos al establecer que el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no reconoce el derecho del preso a elegir su lugar de detención, que la separación familiar es una consecuencia inevitable de su prisión

[Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2014 (Vintman c. Ucrania , §§ 77-78)], y que las autoridades gubernativas tienen un amplio margen de discrecionalidad en la asignación de destino con arreglo a la legislación interna, constituyendo fines legítimos en una sociedad democrática para limitar los contactos familiares i) evitar la superpoblación de los centros, ii) mantener la disciplina en ellos o prevenir el crimen, iii) desarrollar un programa individualizado de rehabilitación o iv) proteger los derechos y libertades de terceros [Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2014 (Vintman c. Ucrania § 89), y de 14 de febrero de 2016 (Rodzevillo c. Ucrania § 84)].

En concreto, un examen detenido de los supuestos que dieron lugar a las citadas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión evidencia importantes diferencias con la situación del aquí recurrente en amparo, singularmente en cuanto a las distancias concernidas, situación del transporte en el país y dificultad y penosidad del desplazamiento.

a) En el caso de la Sentencia Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia, de 25 de julio de 2013, se trataba de dos condenados por corrupción, defraudación fiscal y otros delitos de índole económica, destinados, el primero a una colonia penitenciaria distante 6.320 kilómetros de su domicilio en Moscú, que en el sistema público de transporte demandaba un mínimo de dos días de viaje, y el segundo a una colonia penitenciaria distante 3.300 kilómetros de Moscú. Ambos habían reclamado ser destinados a centros de la Rusia Central mucho más próximos a su domicilio, lo cual les fue denegado.

Ante esta situación, el Tribunal afirma que la asignación de centro puede afectar al derecho del preso a su vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales “si los efectos de la medida sobre la vida privada y familiar del recurrente van más allá de las privaciones normales y de las restricciones inherentes al concepto mismo de prisión” (§ 837), y establece también que la “situación geográfica” de la colonia, unida a las “realidades del sistema ruso de transportes”, que hacían que en aquel caso el viaje implicase un “largo y exhaustivo esfuerzo, especialmente para los niños pequeños de los solicitantes”, son factores que interfieren en el derecho a la vida privada y familiar del preso y de sus familiares (§ 838). Consecuentemente, aprecia una injerencia a los efectos del artículo 8 Con-

venio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En todo caso, al examinar acto seguido si esa injerencia está justificada al amparo del artículo 8.2 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por estar prevista en la Ley y ser necesaria para el logro de determinados fines necesarios en una sociedad democrática, el Tribunal Europeo considera “legítimos” a los efectos del citado artículo 8.2 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales los fines alegados por las autoridades rusas de salvaguardar la seguridad de los propios presos y evitar la sobrepoblación de los centros (§ 845), aunque rechaza que en el caso concreto los demandantes estuvieran más seguros en los centros que les habían asignado (§ 856) y que no existieran centros más próximos a Moscú para ubicarles (§ 849), valorando en ambos casos la falta de explicaciones concretas de las autoridades penitenciarias, que aludían al riesgo de que las víctimas de los delitos cometidos pudieran tomar venganza sobre los recurrentes -cuando según el Tribunal la víctima de los delitos por los que habían sido condenados era el propio Estado- y a la ausencia de plazas más próximas a Moscú, cuando lo cierto es que existen, respectivamente, más de treinta y cinco y más de cincuenta y cinco regiones más cercanas a la capital rusa que aquella a la que los recurrentes habían sido en cada caso destinados. Por todo ello concluye que la medida es desproporcionada (§ 850).

En concreto, en este último apartado (§ 850) el Tribunal Europeo insiste en el “amplio margen de discrecionalidad” de las autoridades gubernativas en la asignación de destino con arreglo a la legislación interna, aunque afirma que ese margen de apreciación “no es ilimitado” ni debe quedar enteramente a la entera discrecionalidad de aquéllas, de suerte que “debe tenerse en cuenta de alguna manera el interés de los presos en el mantenimiento de al menos algunos lazos familiares y sociales”.

b) En la Sentencia Vintman contra Ucrania, de 23 de octubre de 2014, un condenado por asesinato a cadena perpetua que posteriormente le sería conmutada por quince años de prisión había sido destinado a una colonia penitenciaria distante 700 kilómetros de su domicilio familiar antes de la revisión de la pena de cadena perpetua, y trasladado a una colonia distante 1.000 kilómetros, tras su revisión. En aquel caso el viaje en ferrocarril a ésta última exigía entre diecinueve y veintitrés horas; su madre, nacida en

1938, presentaba una discapacidad de grado medio, que hacía muy penoso el desplazamiento para visitar a su hijo. Ambos solicitaron en repetidas ocasiones el traslado a una prisión más cercana, lo cual fue denegado por diversos motivos -entre otros la existencia de una previsión legal de que el preso debía cumplir toda su condena en la misma prisión, falta de espacio en centros más cercanos y mal comportamiento penitenciario-.

Entrando a examinar si en tales circunstancias había existido una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar, el Tribunal recuerda nuevamente que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce del derecho del preso a elegir su lugar de detención y que la separación de su familia es una consecuencia inevitable de su prisión, aunque, por otra parte, ubicarle en una prisión cuya lejanía del domicilio familiar dificulte seriamente o imposibilite las visitas puede equivaler en ciertos casos a una injerencia en su vida familiar, pues la oportunidad de los familiares de visitar al preso es vital para mantener la vida familiar (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Ospina Vargas c. Italia*, 6 de abril de 2010, § 61) (§ 78). Recuerda también que en la Sentencia *Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia*, recién citada, apreció que “la asignación de los demandantes a una prisión remota (situada a varios miles de kilómetros de la ciudad donde vivían sus familiares) constituyó una injerencia en sus derechos del artículo 8”, teniendo en cuenta, “en particular, las largas distancias, la situación geográfica de las colonias afectadas y las realidades del sistema de transporte ruso, que hacen el viaje desde la ciudad natal de los solicitantes a sus colonias un largo y agotador esfuerzo, especialmente para sus hijos pequeños” (§ 79).

Aplicando esa doctrina al supuesto examinado, el Tribunal concluye que en las circunstancias del caso -edad y delicado estado de salud de la madre, distancia kilométrica y limitaciones del sistema ucraniano de transporte- la denegación de traslado había supuesto la denegación del contacto familiar entre madre e hijo (§ 81 y 82).

Al efectuar al examen del carácter legítimo de la injerencia, el Tribunal, admitiendo como motivos legítimos de limitación del derecho la superpoblación de los centros (§ 96) y el mantenimiento de la disciplina en ellos (§ 98), considera sin embargo que en el caso concreto las decisiones de las autoridades ucranianas no justificaron suficientemente la concurrencia de tales fundamentos (§ 100-102), ni valoraron, pese a constarles, la imposibilidad física de la madre para viajar a lugares tan distantes (§ 103). En parti-

cular, en este último apartado (§ 103) el Tribunal hace especial hincapié en que las autoridades nunca valoraron el interés del demandante y de su madre por mantener sus lazos familiares, a pesar de su continua invocación.

c) Finalmente, por lo que hace a la Sentencia Rodzevillo contra Ucrania, de 14 de enero de 2016, en ella un condenado a cadena perpetua por pertenencia a organización criminal, asesinatos, robos y otros delitos, había sido destinado a un centro penitenciario distante 1.000 kilómetros del domicilio familiar en el que residían sus padres, de avanzada edad; entre dichos puntos no existía conexión ferroviaria directa, el viaje exigía veinticuatro horas y suponía un desembolso importante para las posibilidades económicas de la familia, por lo que su madre sólo pudo visitarle siete veces en el período comprendido entre el año 2007 a 2015 y no recibió visitas de ningún otro miembro de su familia (su padrastro sufría una discapacidad). Solicitado su traslado en repetidas ocasiones, las autoridades lo denegaron oponiendo la previsión legal de que el preso debía cumplir toda su condena en el mismo centro o la falta de espacio en centros más cercanos.

El Tribunal, después de reiterar nuevamente su doctrina anterior ya comentada (§ 83), declara legítimos conforme a los parámetros del artículo 8.2 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales los fines legales de evitar la sobrepoblación carcelaria y “la necesidad de implementar un programa de rehabilitación individualizado y consistente” (§ 84), pero descendiendo al caso considera que la respuesta dada por las autoridades constituyó una interpretación formalista y restrictiva de la Ley y que aparentemente no tomaron en cuenta las alegaciones del demandante y de su madre sobre su situación personal, problemas de salud y limitaciones económicas que impedían a los padres viajar para visitarle (§ 85), de modo que siguiendo los criterios del caso Vintmann el Tribunal declara vulnerado el artículo 8 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

De cuanto antecede podemos extraer la conclusión de que de acuerdo con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos la asignación de plaza penitenciaria es una facultad discrecional de la Administración, y en modo alguno un derecho del preso derivado de su derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y solo constituye una injerencia ilegítima:

a) Cuando las autoridades no evalúan adecuadamente las circunstancias personales del preso, premisa que rige igualmente en los casos de denegación de permisos penitenciarios por preteritorias necesidades familiares [vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2016 (Kanalas c. Rumania §§ 65-67), en un caso de denegación de permiso para acudir al funeral de la madre].

b) Cuando las autoridades ignoran la necesidad de conservación de un mínimo grado de vinculación familiar [vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2013 (Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia § 850, cuando afirma que el interés de los internos en mantener al menos ciertos lazos sociales y familiares debe ser tomado en consideración al planificar la distribución de la población penitenciaria]. Los pronunciamientos estimatorios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes resumidos constataban en realidad situaciones de virtual anodamiento de los lazos familiares derivadas de la lejanía de los centros de detención, las graves deficiencias de los sistemas de comunicaciones y transporte de los países demandados, y las circunstancias particulares de los demandantes y sus familiares.

En el presente recurso de amparo, ni la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar (400 kilómetros según la propia demanda), ni el estado de los transportes en España, ni, consiguientemente, las características del desplazamiento exigido, son equiparables a las valoradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias antes citadas. Además, las resoluciones recurridas han valorado y ponderado de forma expresa e individualizada el interés del recurrente en mantener sus relaciones familiares, en los términos que más adelante se detallan.

En la concreción de la tutela otorgada por nuestro ordenamiento jurídico a las relaciones familiares se ha de partir del principio de protección de la familia, proclamado en el artículo 39.1 de la Constitución Española entre los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I del Libro I de la Constitución Española), con valor informador de la legislación y de la práctica judicial y administrativa, invocable ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (artículo 53.3 de la Constitución Española) y de su conexión, en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad, con la finalidad de reducción y reinserción social proclamada en el artículo 25.2 de la Constitución Española, lo que ha constituido el germen de un despliegue

normativo sectorial del que son exponente cualificado las previsiones normativas recogidas en los artículos 51 a 53 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y en los artículos 41 a 47 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, al regular las comunicaciones orales y las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, las comunicaciones escritas y las comunicaciones telefónicas, que tratan de precaver la desconexión del recluso de su entorno familiar y social de procedencia.

Dice el artículo 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria:

“Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

El artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria por su parte dice:

“Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

También es reseñable el artículo 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria:

“Los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida.

Estas visitas se concederán con sujeción a lo dispuesto en el número 1, párrafo segundo, del artículo 51, y en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen”.

El derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española no opera como presupuesto material o fundamento del régimen jurídico de comunicaciones penitenciarias instituido en la normativa sectorial, que responde más bien a parámetros de

política criminal y penitenciaria dirigidos a evitar el desarraigo de los reclusos y fomentar su resocialización, sino como límite de las restricciones aplicables a su desenvolvimiento: vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 201/1997, de 25 de noviembre, en relación con la prohibición del uso de la lengua propia en las comunicaciones telefónicas, que considera que constituye una vulneración del artículo 18.1 de la Constitución Española.

Este Tribunal ha elaborado por lo demás una doctrina clara sobre los requisitos que deben cumplir los acuerdos administrativos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas adoptados al amparo del artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria: motivación, dación de cuenta inmediata a la autoridad judicial competente, notificación al interno afectado y establecimiento de un límite temporal de vigencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6, con amplia cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2001, FJ 6).

En cualquier caso el mantenimiento y desarrollo de las relaciones interpersonales en cualquiera de sus múltiples manifestaciones constituye una facultad inherente al ejercicio de la libertad personal, no un derecho fundamental autónomo (Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1987, de 3 de junio, FJ 2, para las relaciones sexuales, y 128/2013, de 3 de junio, FJ 3, sobre comunicación con familiares), y su restricción constituye una consecuencia legítima del status penitenciario al que queda sometido quien ingresa en prisión.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2013, de 3 de junio (FJ 3), al interpretar el alcance del artículo 25.2 de la Constitución Española, dice:

“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, ‘[l]os 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”.

La ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2010, de 7 de octubre [FJ 8 b)] también proporciona una adecuada intelección del contenido constitucional genuinamente afectado cuando se interpone un obstáculo jurídico en el desarrollo de las relaciones afectivas:

“... la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tenida en cuenta, en los términos que después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación”.

En definitiva, las diversas manifestaciones del ejercicio de la autonomía personal en el plano de las relaciones personales y familiares no integran derechos fundamentales autónomos, sino intereses jurídicos invocables ante

la Jurisdicción ordinaria según su particular configuración legal, por lo que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales impugnadas sólo podría ser enjuiciada desde la perspectiva de la razonabilidad de la interpretación y aplicación que hacen del ordenamiento jurídico y del mandato constitucional de proscripción de la arbitrariedad (artículo 24.1 de la Constitución Española), motivo de amparo que no ha sido esgrimido por el actor.

Desde esta perspectiva, las restricciones que el demandante dice sufrir en el libre desenvolvimiento de sus relaciones familiares en razón de la distancia geográfica del Centro Penitenciario en el que se encuentra interno respecto del lugar de residencia de sus familiares no carecen ex ante de legitimidad constitucional, al tratarse de consecuencias necesariamente asociadas al sentido, naturaleza y contenido de la pena privativa de libertad que está extinguiendo (artículo 25.2, inciso segundo de la Constitución Española).

Por otra parte, tampoco puede afirmarse que en este caso la Jurisdicción ordinaria haya prescindido de una valoración individualizada de su situación personal, ni del grado de afectación de sus relaciones interpersonales y su posible compensación mediante el disfrute de permisos, visitas y comunicaciones con arreglo a las posibilidades que ofrece el ordenamiento sectorial. Esto es predicable del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que en concreto constató que “[l]a lejanía del centro penitenciario no impide las visitas al recurrente. El informe del Director del Centro Penitenciario, pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos, como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario”.

Asimismo, ponderó que el contacto con familiares que no pueden desplazarse al lugar Centro Penitenciario “ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico”, puede también producirse a través de los permisos extraordinarios previstos en la legislación penitenciaria y que puede solicitar el interno, aunque siempre vinculados a las necesidades del tratamiento penitenciario (lo que constituye finalidad legítima en una sociedad democrática según la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Rodzevillo contra Ucrania, antes citada, § 84).

E igualmente razonó que “Su padre al que se refería en su inicial petición ha fallecido posteriormente. La enfermedad de su abuela, demencia

avanzada que la incapacita para cualquier desplazamiento, y la de su abuelo, artrosis de ambas caderas, les incapacitan para las visitas a cualquier centro penitenciario con independencia de su distancia.

No se trata de parientes de primer grado por lo que afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios”.

En esta resolución la Audiencia Nacional declina su competencia objetiva para entrar a revisar las decisiones gubernativas de destino penitenciario de acuerdo con los límites predeterminados en el artículo 76.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria (que dice que al Juez de Vigilancia corresponde “[a]cordar 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”) sin incurrir en irracionalidad o error patente, e incorporando a su razonamiento una valoración singularizada de las circunstancias personales del recurrente.

En definitiva, cabe concluir que las resoluciones objeto de este recurso de amparo no solo han dado adecuada respuesta a la petición del recurrente desde la perspectiva de la Constitución Española que, como ya se ha razonado en el fundamento jurídico 3 de esta misma resolución, no incluye en el derecho fundamental a la “intimidad personal y familiar” (artículo 18.1 de la Constitución Española) el derecho a la “vida familiar” del artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que también, partiendo de premisas diferentes, han llegado a una solución concordante con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo núm. 3312/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don J.F.E. en representación de don S. M. P., con arreglo a lo previsto en los artículos 50.1 a) y 44.1 de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional, dada la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados.

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

Voto particular que formulan el Magistrado don J.A.X.R. al Auto de inadmisión dictado en el recurso de amparo avocado núm. 3312-2016, al que se adhieren la Magistrada doña A.A.B. y el Magistrado don F.V.D.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Tribunal en la que se sustenta el Auto, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de este, que entiendo hubiera debido de ser de admisión, ya que no puede afirmarse que concurra la causa de inadmisión de que la vulneración del derecho a la intimidad familiar y personal (artículo 18.1 de la Constitución Española) alegada por el demandante de amparo sea manifiestamente inexistente.

I. La necesidad de reconsiderar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad familiar para evitar las paradojas de su contenido.

1. La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto concluye que la lesión aducida por el demandante de amparo de su derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española), derivada de la decisión de denegar su traslado a un centro penitenciario más cercano a su domicilio familiar, es manifiestamente inexistente. Esta conclusión se fundamenta en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no incluye dentro del ámbito de aplicación del artículo 18.1 de la Constitución Española el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía. Se razona, además, que no resulta suficiente para reconsiderar esa doctrina el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya reconocido en diversas resoluciones que queda afectado el derecho a la vida familiar en aquellos supuestos, como el presente, en los que la lejanía del centro penitenciario del domicilio familiar imposibilita o dificulta el normal desarrollo del contacto con familiares más cercanos a través de las diversas instituciones penitenciarias diseñadas para el mantenimiento de los vínculos familiares (así, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de octubre[sic] de 2013, as. Khodorkovskiy y Lebedev c.

Rusia; de 23 de octubre de 2014, as. Vintman c. Ucrania; o de 14 de enero de 2016, as. Rodzevillo c. Ucrania).

La renuencia de la jurisprudencia constitucional a reconocer como contenido del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española la convivencia y contacto entre los miembros de una familia debe ser reconsiderada, ya que (i) carece de un sustento argumental sólido; y (ii) ha derivado en algunas paradojas axiológicas sobre su contenido esencial.

2. Las discrepancias con la jurisprudencia constitucional que niega que el disfrute de la mutua compañía entre personas con vínculos familiares forme parte del contenido del derecho a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española ya fueron puestas de manifiesto en el apartado 6 del voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre, en la que se denegó un recurso de amparo contra una decisión de expulsión que implicaba la separación de la demandante de su hija española menor de edad. Basta ahora con remitirse a dicho voto particular.

En todo caso, habida cuenta de que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto ha hecho cita expresa de la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013 para argumentar la manifiesta inexistencia de lesión, quizá merezca la pena recordar cuál fue la suerte que deparó a este asunto su paso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el citado voto particular se concluía, en relación con la injustificada diferencia entre el ámbito de aplicación del artículo 18.1 de la Constitución Española y el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que se había “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”. Y, en efecto, la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpuesta por la recurrente finalizó mediante la decisión de 17 de marzo (sic) de 2015, as. GVA c España (demanda núm. 35765/14), por la que el Gobierno español reconoció la vulneración de los derechos de la demandante que resultan de los artículos 8 y 13 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, comprometiéndose a “dejar sin efecto el acuerdo jurídico administrativo por el que se decretó

la sanción de expulsión del territorio nacional de la demandante”, al pago de una cantidad de dinero en concepto de satisfacción equitativa y “a que en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizara puesta en relación con los criterios que recoge el artículo 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, de conformidad al artículo 8 del Convenio y se tutelaré de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto”.

De ese modo, tomando en consideración la dimensión institucional de los derechos fundamentales; el mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española de que se proceda a su interpretación de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos; y la tutela multi-nivel de estos derechos a nivel nacional, regional e internacional, no parece razonable negar la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda ponderar la procedencia de una reconsideración de su jurisprudencia mediante la expeditiva vía de rechazar la admisibilidad de recursos que pueden propiciar esa situación. La simple negación de que casos como el presente tengan siquiera relación con derechos fundamentales que, sin embargo, en todo nuestro ámbito regional están reconocidos como tales, acredita una autarquía jurisprudencial de este Tribunal muy alejada de la necesidad del tan proclamado -aunque no compartido por todos los magistrados de la casa- diálogo entre Tribunales.

3. El problema, sin embargo, no solo está en que la jurisprudencia constitucional haya establecido una enorme brecha con el ámbito de protección dispensado a la vida e intimidad familiar por los instrumentos regionales de derechos humanos y los órganos jurisdiccionales que deben interpretarlos. Lo más preocupante es que la jurisprudencia constitucional está derivando en situaciones axiológicamente paradójicas en cuanto al reconocimiento del contenido del derecho fundamental a la vida familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto pretende limitar el contenido del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana que igualmente alcanza a determinados aspectos

tos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar. A esos efectos, cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2016, de 1 de febrero, en que este Tribunal reconoce a unos padres el derecho a disponer de los restos de un feto de 22 semanas de gestación producto de una interrupción voluntaria del embarazo para proceder a su incineración en una ceremonia privada como manifestación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2002(sic), as. Pannullo y Forte c. Francia; de 14 de febrero de 2008, as. Hadri-Vionnet c. Suiza; y de 12 de junio de 2014, as. Maric c. Croacia). Sin embargo, sostiene que este pronunciamiento es un supuesto singular que no manifiesta una genuina vocación revisora de la doctrina precedente

Pues bien, lo relevante de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2016, como de las no citadas por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo; 16/2004, de 23 de febrero; y 150/2011, de 29 de septiembre, en que se sostiene que forma parte del contenido esencial del artículo 18.1 de la Constitución Española la tutela frente a agentes contaminantes acústicos del domicilio familiar, no es su eventual carácter aislado. La importancia de estas sentencias es que ponen de manifiesto que hace ya tiempo que se ha iniciado una transición hacia una confluencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el ámbito de aplicación del derecho a la vida familiar reconocidos en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, superadora de la estrecha comprensión de la intimidad familiar como un mero ámbito de privacidad reservado del conocimiento de terceros. La jurisprudencia constitucional no puede mantenerse por más tiempo atrincherada en una comprensión de la intimidad familiar que ya no responde a los parámetros impuestos por la evolución de la realidad social.

4. Esta transición es preciso concluirla a la mayor brevedad posible con la admisión de asuntos como el presente recurso de amparo que posibilita la creación de un cuerpo de jurisprudencia que, atendiendo a la alta función encomendada a este Tribunal por la Constitución española, dote a la juris-

dicción ordinaria de líneas orientadoras en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. En defecto de que se culmine esa transición, no puede dejarse de mencionar que la jurisprudencia constitucional en la materia se ha instalado en una suerte de paradoja axiológica de la que resulta preciso salir para evitar una lectura alejada del sentir social del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2016, en los términos ya expuestos, ha considerado que forma parte del contenido esencial del artículo 18.1 de la Constitución Española el derecho a que una familia pueda hacerse cargo de unos restos abortivos, en recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera que forma parte del derecho a la vida familiar que sean entregadas a las familias los restos mortales de aquellas personas con las que exista un vínculo familiar. Contrasta con ello la rígida posición de la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, que se produce en el sentido de que no forma parte de ese derecho a la intimidad familiar la posibilidad de un contacto con aquellas personas con las que se mantienen esos mismos vínculos familiares. No puede evitarse un atisbo de crueldad -la evitación de la crueldad, según muchos pensadores (Rorty, Dworkin...), es un concepto clave para explicar los deberes éticos inherentes a la condición humana- cuando se advierte que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto reconoce que este Tribunal ha consagrado como un derecho fundamental que los padres puedan tener junto a sí a sus hijos muertos pero se niega a posibilitar el reconocimiento como derecho fundamental a permanecer juntos cuando están vivos.

Esas paradojas son también evidentes en el ámbito del reconocimiento del derecho a la intimidad familiar en las relaciones penitenciarias. No parece que sea justificable desde una perspectiva axiológica que se considere conformador del núcleo esencial del derecho a la intimidad familiar de los reclusos la posibilidad de comunicar telefónicamente con sus familiares en su propio idioma hasta el límite de considerar contrario al artículo 18.1 de la Constitución Española una decisión administrativa de prohibir a un recluso el uso del euskera en la comunicación telefónica semanal con sus familiares (así, Sentencia del Tribunal Constitucional 201/1997, de 25 de noviembre); y, por el contrario, que en el trámite de admisibilidad de un recurso de amparo, se tache de manifiestamente inexistente una lesión de ese derecho cuando se trata de controlar decisiones que afectan a la posibilidad

misma de que se mantenga una comunicación personal entre esas mismas personas que mantienen vínculos familiares.

II. La existencia de una lesión del derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española) configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

5. La exposición ya realizada, tendente a acreditar que la lesión del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución Española no puede ser reputada como manifiestamente inexistente, podría eximir de cualquier otra consideración, ya que con ello ha quedado expuesta la discrepancia con la concurrencia de la causa de inadmisión apreciada en este recurso de amparo.

Ahora bien, el esfuerzo argumental invertido por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto para acreditar que es manifiestamente inexistente la lesión del artículo 18.1 de la Constitución Española, la extensión con la que se ha desarrollado ese proceso de razonamiento y el hecho de que esta decisión sobre la admisibilidad haya sido avocado por el Pleno hace materialmente equiparable este Auto de inadmisión a una sentencia de desestimación. Con la sola ausencia del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, es una decisión que perfectamente podría haber tomado forma de sentencia, ya que (i) tiene por objeto resolver la cuestión de fondo de la eventual concurrencia de la vulneración de los derechos fundamentales alegados y, por tanto, es coincidente con los pronunciamientos que, según el artículo 53 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debe tener una sentencia; y (ii) ha sido dictada por el Pleno de este Tribunal de una manera extensamente motivada, excepcionando con ello la regla general de que la decisión de inadmisión sea adoptada por la Sección mediante una providencia en que solo se especificará el requisito incumplido.

En estas singulares circunstancias, como ya sucediera con el Auto del Tribunal Constitucional 155/2016, de 20 de septiembre, debe comprenderse que este voto particular, aun lamentando no poder contar con la siempre ilustrativa posición del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, tiene que extenderse no solo a mostrar la discrepancia con el alcance que se pretende dar al contenido esencial del artículo 18.1 de la Constitución Española sino también a exponer las razones sustantivas y de fondo en

que se fundamenta esta discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto respecto de la existencia de una lesión del derecho a la intimidad familiar configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Es especialmente obligado realizar estas consideraciones habida cuenta de que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, a pesar de haber negado desde un principio esa identidad de contenidos entre el artículo 18.1 de la Constitución Española y el artículo 8.1 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha extendido su argumentación haciendo un considerable esfuerzo por defender que, en cualquier caso, tampoco habría existido una eventual vulneración del artículo 18.1 de la Constitución Española con un contenido semejante al que ha dotado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su jurisprudencia.

6. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular puede quedar resumida en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2016, as. Rodzevillo c. Ucrania, en que se afirma que “la Corte reitera que la Convención no concede a los presos el derecho a elegir su lugar de detención y que el hecho de que los presos pueden ser separados de sus familias y a cierta distancia de ellos es una consecuencia inevitable de su encarcelamiento (véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de abril de 2000, as. Ospina Vargas c. Italia). Sin embargo, es inconcebible que los presos queden privados de todos sus derechos del artículo 8 simplemente por su condición de personas condenadas a una pena privativa de libertad (véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2013, as. Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, § 836). Un elemento esencial del derecho de un preso al respeto a su vida familiar es que las autoridades penitenciarias deben ayudar a él o ella en mantener el contacto con sus familiares más cercanos [véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20(sic) de septiembre de 2000, as. Messina c. Italia (núm. 2), § 61]. El mantener a una persona en una prisión tan alejada de su familia que dificulta o incluso imposibilita las visitas familiares puede constituir, en determinadas circunstancias, una injerencia desproporcionada en la vida familiar (véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23

de octubre de 2014, as. Vintman c. Ucrania, §§ 78 y 103-104). Si bien la Corte ha aceptado que las autoridades nacionales deben gozar de un amplio margen de apreciación en materia de ejecución de sentencias, la distribución de la población carcelaria no debe quedar a discreción de los órganos administrativos. Debe tenerse en cuenta, de alguna manera, el interés de los presos en mantener al menos algunos lazos familiares y sociales (véanse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2013, as. Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, §§ 836-838 y 850)” (§ 83).

7. En el presente caso, el Auto del Juzgado Central de Menores (con funciones de Vigilancia Penitenciaria) de 15 de febrero de 2016 se limitó a rechazar la queja del recurrente relativa a la denegación de su traslado al Centro Penitenciario de Araba/Zaballa, argumentando que “es evidente que no cabe considerar vulneración de derechos el solo hecho del cumplimiento de la condena en Centro Penitenciario distinto al de su preferencia”, seguido de una amplia cita jurisprudencial en que se reitera que “no existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria, ni desde luego, en la Constitución. El derecho de ser destinado o mantenido en un determinado Centro Penitenciario, ni siquiera a uno próximo al del lugar de residencia habitual” (fundamento de derecho cuarto). Más allá de ello, ninguna valoración sobre la situación penitenciaria, familiar o los argumentos en que se fundaba la solicitud de traslado del interno fueron valorados o ponderados en esta resolución judicial.

Por su parte, el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2016 desestimó el recurso de apelación interpuesto por el ahora demandante de amparo poniendo de manifiesto que la posibilidad de control de la decisión sobre traslados por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria “solo podrá operar, previa acreditación o constancia de que la resolución administrativa en cuestión ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida por la vía de traslado de Centro Penitenciario” (fundamento de derecho 1). A partir de ello, sostiene que “si bien la regla general ha de ser ubicar a los penados en el establecimiento penitenciario más cercano a su domicilio, siempre que se trate del establecimiento correspondiente a la clasificación del penado, y así se desprende del artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria cuando menciona la necesidad de evitar el desarraigo social de los penados. Sin

embargo, existen motivos que pueden justificar que se asignen penados a otros lugares (...) como pueden ser la necesidad de evitar hacinamientos o garantizar la disciplina adecuadas”. Además, pone de manifiesto que “no todo alejamiento implica una afectación de derechos fundamentales, que solo se producirá cuando la excesiva distancia, unidas a las dificultades de medios de transporte, impidan o dificulten seriamente las visitas de familiares y amigos al punto de quebrar el derecho a la vida familiar” (fundamento de derecho 2).

Al ponderar las concretas cuestiones alejadas por el recurrente para propiciar su acercamiento, el Auto impugnado expone que la enfermedad de los abuelos y la mala salud de los padres del ahora demandante de amparo no implican una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar por la lejanía del centro de cumplimiento, ya que esa circunstancia no impide las visitas al recurrente. Destaca que “el informe del director del Centro Penitenciario pone de manifiesto que el interno ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos, como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario. La situación de los familiares en cuanto a un hipotético impedimento de desplazamiento al lugar del Centro Penitenciario, ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico, se solventan con los permisos extraordinarios que puede solicitar el interno, sin perjuicio de que aquellos rechacen el tratamiento penitenciario, en cuyo casos las dificultades o trabas para el ejercicio de este derecho, serían una consecuencia de la propia voluntad del interno” (fundamento de derecho 2). Igualmente, afirma que “se trata de un preso condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas. Mantiene comunicaciones y recibe visitas de su entorno familiar y de sus amigos. Su padre al que se refería en su inicial petición ha fallecido posteriormente. La enfermedad de su abuela, demencia avanzada que la incapacita para cualquier desplazamiento, y la de su abuelo, artrosis de ambas caderas, les incapacita para las visitas a cualquier centro penitenciario con independencia de su distancia. No se trata de parientes de primer grado por lo que la afectación a la vida familiar no es tan intensa y pueden ser ocasionalmente visitados por el interno en permisos extraordinarios” (fundamento de derecho 3).

8. Esta argumentación, discrepando de la posición mantenida por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, no es susceptible de su-

perar los estándares de un derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española) construido sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El punto de partida de este análisis deber ser, tal como se reconoce en el Auto judicial impugnado, que la regla general derivada del artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria es que el interno debe cumplir su condena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio por respecto a su derecho a la intimidad familiar. A partir de ello, si bien la Administración penitenciaria goza de un amplio margen de apreciación para distribuir a la población penitenciaria, sus decisiones en esta materia no son puramente discrecionales y deben estar informadas por el interés constitucional del interno derivado del artículo 18.1 de la Constitución Española en el mantenimiento de sus lazos familiares y sociales. De esa forma, la injerencia que en este derecho fundamental se produce con el mantenimiento del interno en centros tan alejados de su familia que dificulta o incluso imposibilita las visitas familiares solo puede resultar proporcionada cuando concurren circunstancias de peso que permitan el excepcionar la regla general de cumplimiento cerca del domicilio habitual impuesta por el artículo 18.1 de la Constitución Española, por el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En ese contexto, las razones aducidas por las resoluciones judiciales impugnadas para confirmar la denegación del traslado del recurrente a un centro penitenciario más cerca de su domicilio habitual no permiten excluir que la injerencia en su intimidad familiar resulte desproporcionada e innecesaria. Como ya se ha expuesto, las razones para denegar el acercamiento del recurrente no han versado ni sobre razones de organización penitenciaria -nada se dice en relación con que el centro al que se pretendía el traslado no se correspondiera con la clasificación del penado o estuviera hacinado, por ejemplo-; ni sobre razones de tratamiento -nada se dice tampoco en relación con la posible negativa afectación al tratamiento penitenciario del recurrente-; ni, explícitamente, sobre razones regimentales -nada se expone en relación con motivos de seguridad, disciplina o buen orden de los establecimientos-. En realidad, solo se menciona de una manera muy genérica que se trata de un preso condenado por terrorismo, lo que exige

especiales cautelas; que se están desarrollando con normalidad el régimen de visitas; y que las enfermedades alegadas de algunos familiares cercanos imposibilitarían la visita con independencia del centro penitenciario, que pueden ser suplidas con los permisos extraordinarios.

9. Los argumentos referidos a que se están desarrollando con normalidad el régimen de visitas de sus amigos y allegados y a que las enfermedades alegadas de algunos familiares cercanos imposibilitarían la visita con independencia del centro penitenciario, que pueden ser suplidas con los permisos extraordinarios, no se vinculan con que la injerencia en el derecho a la intimidad familiar no resulta desproporcionada, sino con la negación de la premisa principal de que exista una real injerencia en este derecho.

En el presente caso, el recurrente estaba cumpliendo condena en el centro penitenciario de Madrid V (Soto del Real), cuando instó su traslado al de Araba/Zaballa, y en el de Valladolid, cuando presentó su recurso de queja. Esto es, una distancia de unos 400 kilómetros a su domicilio familiar. En aquel momento se alegó no solo las dificultades de traslado de su padre, de 66 años de edad, aquejado de una cardiopatía; sino de los abuelos de 94 y 87 años de edad, el primero de los cuales tenía una doble prótesis de cadera que le obligaba a usar bastones para desplazarse, y la segunda una demencia senil. En estas circunstancias, el hecho de que efectivamente se pueda estar desarrollando el régimen de visitas de familiares y allegados no implica, por sí mismo, que no exista una injerencia en el derecho concernido, ya que lo relevante no es que se imposibilite con carácter general ese contacto familiar sino también que se imposibilite o dificulte respecto de un concreto grupo de familiares más allá de lo razonable en relación con el cumplimiento de la regla general de que la pena se desarrolle en un centro cercano al domicilio habitual.

De ese modo, atendiendo a la regulación de estos regímenes de visitas -que se limitan a las comunicaciones mediante locutorio los fines de semana, con una duración de 40 minutos, o a comunicaciones vis a vis de convivencia familiar y de allegados una vez al mes, con una duración de entre una y tres horas y un máximo de 4 visitantes-, puesto en relación con la distancia por recorrer, que sería de 800 kilómetros de ida y vuelta, la edad de los familiares y su situación sanitaria hay que concluir que concurren una serie de circunstancias que suponen objetivamente dificultar el contacto del recurrente con allegados familiares en línea directa que, por

tanto, pertenecen a un círculo de vinculación muy cercano, incidiendo de ese modo en el núcleo esencial del derecho a la intimidad familiar.

10. El único argumento judicial en que cabría sustentar que esta injerencia en la intimidad familiar del recurrente no es desproporcionada sería que se trata de un preso condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas.

Esta mera afirmación, carente de ningún otro sustento argumental, no resulta suficiente como para que se pueda concluir que en este caso está justificada una denegación del traslado del recurrente con el fin de dar cumplimiento a la regla general, reconocida por el propio órgano judicial, del cumplimiento de la pena en un centro penitenciario cercano al domicilio habitual. Con carácter general, puede resultar necesario sacrificar los intereses de la intimidad familiar cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses de relevancia constitucional o vinculados al cumplimiento de la pena de prisión. Sin embargo, ninguno de ellos es puesto de relieve en las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo. El hecho de que se trate de un condenado por delito de terrorismo y que esto exija especiales cautelas nada dice en relación con las razones por las que dichas cautelas sí pueden ser adoptadas en el centro penitenciario de Valladolid y no el de Araba/Zaballa. De hecho, tal como se reconoce por la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto, el recurrente tras ser extraditado desde Francia cumple en España condena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de un delito de daños en grado de tentativa en concurso ideal con un delito de transporte de sustancias o aparatos explosivos o inflamables (artículo 568 del Código Penal) en conexión con un delito de colaboración con banda armada (artículo 577 del Código Penal). Por tanto, se trata de una pena de prisión que, al no alcanzar los cinco años, ni siquiera tiene la consideración legal de pena grave, sino de pena menos grave [artículo 33.3.a) del Código Penal]. Tampoco cabe olvidar, a los efectos de las alegadas especiales cautelas, que la situación de abandono unilateral de sus actividades por parte de la organización ETA desde hace ya algunos años también debe servir de elemento para hacer la debida ponderación en este tipo de decisiones.

Por tanto, tampoco desde esta perspectiva aparece como constitucionalmente justificada una injerencia en la vida familiar del recurrente como la que supone denegar que el cumplimiento de su pena privativa de libertad se desarrolle en un centro penitenciario más cerca de su domicilio para

enervar las especiales dificultades que supone para mantener los vínculos ordinarios con determinados familiares directos aquejados de dificultades de movilidad y desplazamiento por motivos de salud. Esto hubiera debido resultar determinante para concluir que, en este caso, habría existido una vulneración de su derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española), configurado con el contenido del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

120.- SENTENCIA 1475/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 29/09/17

Desestimación de recurso de casación. La resolución administrativa acordando el traslado de Centro Penitenciario no es arbitraria ni carece de motivación.

ANTECEDENTES DE HECHO

En el recurso n.º 746/2015, seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 13 de abril de 2016 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

Que rechazando la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado y desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Sra. L.M. en representación de don L. contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto frente a Resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 22 de septiembre de 2015 debemos declarar y declaramos que las citadas resoluciones no

vulneran los Derechos Fundamentales alegados. Las costas del recurso se imponen a la parte actora».

Contra la referida sentencia preparó recurso de casación don L., que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 11 de julio de 2016, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

Por escrito de 26 de septiembre de 2016, la procuradora doña M.J.C.B., en representación del recurrente, interpuso el recurso anunciado que articuló en los siguientes motivos:

«Motivo Primero de Casación: Violación de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria así como su Reglamento de aplicación; así como los artículos 9.3, 14, 24.1 y 25 de la Constitución Española.

[...]

Segundo Motivo: como consecuencia de los anteriores, se viola el principio de motivación sucinta.

[...]».

Y suplicó a la Sala que

«previa la tramitación oportuna, se dicte sentencia mediante la que, estimando íntegramente este recurso, case la sentencia recurrida y, en consecuencia, acuerde declarar la vulneración de los derechos fundamentales enunciados e imponer las costas de las anteriores instancias a la otra parte».

Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones, en principio, a la Sección Tercera y, posteriormente, a esta Sección Cuarta, de conformidad con las normas establecidas para el reparto de asuntos entre las secciones de la Sala.

Evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 24 de noviembre de 2016, el Fiscal, en virtud de lo expuesto en su escrito de 15 de diciembre de 2016, considera que procede desestimar el recurso, con expresa imposición de las costas al recurrente.

Por su parte, el Abogado del Estado se opuso al recurso por escrito de 12 de diciembre de 2016 en el que pidió, asimismo, la desestimación del recurso y que se impongan las costas al recurrente.

Mediante providencia de 22 de junio de 2017 se señaló para la votación y fallo el 19 de septiembre del corriente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don P.L.M.C.

En la fecha acordada, 19 de septiembre de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 25 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso que, por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, interpuso don L. Se dirigía contra la resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de 22 de septiembre de 2015, confirmada por silencio enalzada por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, que dispuso su continuidad en el segundo grado penitenciario y le destinó al Centro Penitenciario de Burgos.

El Sr. L., cuya familia -sus padres y tres hermanos- reside en Sestao, cumplía condena de dieciocho meses de prisión en el centro penitenciario de Basauri por delitos de lesiones y amenazas. Consumidor de drogas desde los catorce años, estaba siguiendo un tratamiento de desintoxicación. La decisión administrativa se adoptó a la vista de la propuesta unánime de la junta de tratamiento del centro penitenciario de 1 de septiembre de 2015, la cual, a su vez, tuvo en cuenta informes desfavorables sobre la evolución del interno, y mantuvo su clasificación en segundo grado. Además, propuso que fuera trasladado a otro centro, preferentemente al de Álava o al de Burgos. La resolución impugnada consideró que, además de atender las necesidades de redistribución de la población penitenciaria, el traslado podía incentivar “la evolución conductual y tratamental” del Sr. L.

La demanda sostenía que el destino en el centro penitenciario de Burgos carecía de la necesaria motivación e incurría en arbitrariedad y, sobre todo, causaba al Sr. L. desarraigo e impedía su reinserción, además de infringir su derecho fundamental a la intimidad familiar y de discriminarle por razones económicas. Invocaba en apoyo a sus pretensiones los artículos 25.2, 24.1, 18.1, 14 y 9.3 de la Constitución así como el artículo 12.1 de

la Ley Orgánica 1/1979, de 29 de septiembre, General Penitenciaria , y su Reglamento.

La sentencia cuya casación nos pide el Sr. L., rechazó, en primer lugar, la inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado y afirmó la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de las cuestiones relativas al traslado de centro penitenciario. Seguidamente, razonó la desestimación del recurso. En particular, explicó que el artículo 12.1 de la Ley orgánica 1/1979 no reconoce un derecho subjetivo de los internos a cumplir la pena en un centro determinado y recordó pronunciamientos anteriores de la Sala de instancia en ese sentido. Por lo demás, observó que la decisión administrativa estaba suficientemente motivada pues descansa en los informes considerados por la junta de tratamiento del centro de Basauri. Además, destacó que, precisamente, la consideración de que debía mantenerse la clasificación en segundo grado determinaba en cierta medida el centro de cumplimiento.

Asimismo, rechazó que se hubiera vulnerado su derecho fundamental a la intimidad familiar por perder el arraigo. La sentencia dice que la protección del artículo 18 de la Constitución en el sentido en que se invocaba no se ve afectada por la privación de libertad debida a la condena por la comisión de un delito. Además, observó que el centro de Burgos no está especialmente alejado del núcleo familiar y que no se aportaba dato alguno sobre la incidencia que el traslado pudiera tener en los posibles contactos del Sr. L. con sus padres. Añadió, igualmente, que el derecho a la convivencia familiar no está integrado en ese precepto constitucional.

La sentencia de instancia recordó, también, que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 25.2 de la Constitución a propósito del sentido que han de tener las penas pone de manifiesto que la reeducación y la resocialización no son sus únicos fines legítimos aunque deban ciertamente orientar su cumplimiento. Y citó la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2014 (casación 3075/2013) en la que se señala que la referencia del apartado 2 del artículo 25 de la Constitución a la reinserción social no entraña un derecho fundamental sino un principio para cuya consecución la Administración cuenta con un margen razonable de actuación que no se sobrepasó en este caso.

Por último, la sentencia negó que el recurrente hubiera sido objeto de discriminación económica por la lejanía geográfica que le impide la comu-

nicación con su familia y le produce desarraigo. Aquí la sentencia constató que no se había aportado un término de comparación válido y volvió a apuntar las razones que llevaron al traslado además de indicar que no se ha acreditado mínimamente esa discriminación económica alegada.

Según se ha visto en los antecedentes, son dos los motivos de casación interpuestos contra esta sentencia en cuya virtud se nos pide que la anulemos y que estimemos el recurso contencioso-administrativo.

El primero afirma que ha vulnerado la Ley Orgánica 1/1979 y su reglamento, así como los artículos 9.3, 14, 24.1 y 25 de la Constitución. Al desarrollarlo, el escrito de interposición se refiere al artículo 45.5 del reglamento penitenciario que reconoce el derecho de los internos a la comunicación con sus familiares y allegados. Alude, igualmente, al artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1979 y a su preocupación por evitar que el cumplimiento de las penas suponga el desarraigo social de los penados. De los artículos 2, 3.1 y 3.3 del reglamento destaca que ponen de manifiesto el fin primordial de la reinserción social de los penados y el sometimiento de la actividad penitenciaria a la Constitución y a la Ley. De ellos deduce, también, que en cada área territorial han de existir suficientes centros penitenciarios para que los penados no estén alejados de sus domicilios familiares. Luego alega el artículo 51 de la Ley Orgánica y los artículos 41 y siguientes del reglamento para invocar el derecho de los internos a comunicarse oralmente con sus familiares y amigos de forma regular e indica que la lejanía geográfica impide su pleno ejercicio y provoca la infracción del artículo 14 de la Constitución causándole una discriminación económica. Dice el Sr. L. que solamente “las familias y amigos del interno con un nivel económico podrán permitirse la comunicación oral con la persona presa con la regularidad y constancia que resultara conveniente para (...) [su] correcta evolución” mientras que “la mayoría se verán abocadas a no realizar dichas visitas con regularidad ante la imposibilidad de costearse el desplazamiento. Por eso, en su traslado a Burgos ve una infracción de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución y, también, del artículo 59 de la Ley Orgánica 1/1979 en relación con el artículo 110 de su Reglamento. Completa este conjunto de argumentos recordando que, según el artículo 25.2 de la Constitución, el penado goza de sus derechos fundamentales salvo en la medida en que se vean expresamente limitados por la condena e insiste en que, de no revocarse el traslado, se lesionarán “ya que se le privaría de forma irregular de

las visitas de sus familiares, y por ende, se le privaría de su reinserción en la sociedad y se violaría el fin último de la Ley Penitenciaria”.

El segundo motivo se limita a afirmar que como consecuencia de lo dicho en el primero se ha violado el principio de motivación sucinta. Observa al respecto que, de haberse hecho, de haberse motivado y tenido en cuenta “se habría valorado que (...) necesita permanecer junto a sus padres por motivos humanitarios y familiares dado que sus padres están enfermos (...) para que puedan visitarle y poder reintegrarse en la sociedad”. Dice, asimismo, que no se ha tenido en cuenta el informe social y añade que no tiene pareja, que sus hermanos viven con sus padres, que su problema de toxicomanía hace aún más necesario el contacto con su entorno habitual y que está totalmente arraigado en el centro de Basauri. Relaciona todo esto con el derecho a la tutela judicial efectiva y entiende que el artículo 24.1 de la Constitución ha sido vulnerado ya que no se ha tenido en cuenta por la sentencia que, en realidad, la actuación administrativa carece de motivación. Y es que, insiste, “la decisión del centro penitenciario se antoja arbitraria, esto es, caprichosa” pues “constituyó ejecución de criterios generales de aplicación de la normativa reguladora del régimen penitenciario; sin la exposición de los motivos que realmente llevan a la decisión de traslado de centro penitenciario”.

El Abogado del Estado solicita, en primer lugar, que inadmitamos, por su defectuosa interposición, el primero de los motivos. Señala al respecto que el recurrente no ha precisado el apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción al que se acoge. Defecto en el que, apunta, incurre también el segundo motivo aunque no solicita su inadmisión. En todo caso, sostiene que el recurso de casación ha de ser desestimado.

En efecto, señala, a propósito del primer motivo, que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que no existe un derecho individual al cumplimiento de las condenas en un centro penitenciario determinado y que corresponde, a la vista de las circunstancias del caso, a la Administración elegirlo. Recoge a este respecto los fundamentos de nuestras sentencias de 30 de junio de 2014 (casación 3075/2013), de 29 de junio de 2015 (casación 2402/2014) y de 2 de noviembre de 2016 (casación 1022/2014). Sobre el segundo motivo de casación dice que la sentencia de instancia sobradamente explica y justifica su conclusión.

El Ministerio Fiscal, por su parte, propugna también la desestimación de los dos motivos de casación.

En particular, nos dice que el primero debe ser desestimado porque la resolución administrativa impugnada en la instancia es razonable y está bien motivada. Además, indica que no ofrece un término válido de comparación que permita sostener la alegación de que se infringió el artículo 14 de la Constitución y que, como la sentencia contiene una respuesta judicial razonable y lógica, no debe prosperar el reproche de infracción del artículo 24.1 del texto fundamental. Sobre la alegada vulneración de su artículo 25.2, cita la sentencia de esta Sala de 2 de noviembre de 2016 (casación 1026/2014) para descartarla y concluir que el traslado a otro centro penitenciario no supone per se su infracción sino el ejercicio legítimo de una facultad discrecional por la Administración. El resto de las alegaciones, indica el Ministerio, son de legalidad ordinaria. En cualquier caso, considera que tampoco se han dado las infracciones a que se refieren.

El segundo motivo lo tiene por mal interpuesto pues debería haber invocado el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción . Además, observa que no se dirige, como debería, contra la sentencia sino contra la resolución administrativa cuestionada. No obstante, en la medida en que el motivo parece referirse, también, a la motivación de la sentencia, advierte que tanto la resolución de 22 de septiembre de 2015, cuanto la sentencia objeto de este recurso de casación contienen una motivación adecuada.

Efectivamente, el escrito de interposición no hace referencia al concreto apartado de los del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción bajo el que interpone los motivos de casación. En realidad, ni siquiera se refiere a éste. No obstante, en el de preparación anuncia que el recurso se fundará en sus apartados a), c) y d).

La jurisprudencia ha considerado procedente la inadmisión de recursos de casación defectuosamente interpuestos. Ahora bien, ha considerado igualmente que no era obstáculo a su admisibilidad ese defecto cuando, pese a no señalarse en la interposición el singular apartado del artículo 88.1 de la Ley reguladora elegido, no hay duda de cuál se trata. Esto es, precisamente, lo que sucede con el primero y, en la medida en que el segundo se presenta como consecuencia de cuanto se mantiene en el anterior, también puede decirse de él.

Es decir, el Sr. L. reprocha a la sentencia la vulneración de los derechos fundamentales que le reconocen los artículos 24.1 y 25.2 y también se considera discriminado injustamente. En esencia, está diciéndonos que, a su parecer, la sentencia de la Sala de Madrid, ha infringido el ordenamiento jurídico de manera que no es razonable la inadmisión que solicita el Abogado del Estado.

Y, respecto de la alegación del Ministerio Fiscal de que el segundo motivo apunta a la actuación administrativa en vez de a la sentencia contra la que se dirige, hay que decir que es cierto pero también lo es que considera que, precisamente por entenderla inmotivada, debió ser acogido su recurso. Por eso, el mismo Ministerio Fiscal tiene que apreciar que la crítica puede considerarse dirigida, además, contra la sentencia.

Por tanto, no hay obstáculos que nos impidan entrar en el examen de estos motivos.

Dicho esto, inmediatamente hay que añadir que ninguno de estos dos motivos -que, dada su relación, abordaremos conjuntamente- puede prosperar. La sentencia, en efecto, no incurre en las infracciones que le reprocha el recurrente.

De un lado, no es posible apreciar la discriminación de la que se queja el Sr. L. No nos ofrece un término de comparación válido para apreciarla. Es decir, no aporta supuestos en que se hubiera dado un trato diferente al que él ha recibido a quien se hallara en circunstancias semejantes a las suyas.

De otro lado, en cuanto a su invocación de la reinserción social como fin de las penas y al propósito de evitar el desarraigo de los penados como criterio a tener presente para fijar la ubicación de los centros penitenciarios, hay que recordar los términos en que se ha pronunciado la jurisprudencia. Nos referimos a la expresada, entre otras, en las sentencias de 25 de septiembre de 2002 (casación 451/2001); de 2 de abril de 2008 (casación 3281/2005); de 30 de abril de 2009, (casación 3986/2005); de 27 de enero de 2010 (casación 4317/2007) y 2 de noviembre de 2016 (casación 1022/2014). En esas ocasiones la Sala, apoyándose en la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 25.2 de la Constitución (sentencias 2/1987, 28/1988), ha mantenido que ese precepto no reconoce un derecho fundamental a la efectiva reinserción social de los penados sino que solamente establece un mandato del constituyente al legislador para

orientar la política penal y penitenciaria. Y, también, ha dicho que no hay reconocido tampoco en la Ley Orgánica 1/1979 un derecho de los penados a elegir el centro de cumplimiento.

Esto no significa que quede al mero arbitrio de la Administración la decisión correspondiente pues al adoptarla habrá de tener presentes las circunstancias singulares de cada caso, atender no sólo esa orientación constitucional sino también los criterios sentados por la legislación penitenciaria y, en lo que hace a la cuestión controvertida en este caso, a los de los artículos 12.1 y 59 de la Ley Orgánica 1/1979 y de las disposiciones reglamentarias que los desarrollan. Además, naturalmente, habrá de observar los principios y reglas generales a los que está sujeta la actividad administrativa entre los que, desde luego, se encuentran la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución) y la exigencia de motivación de los actos (artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y ahora artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Pues bien, el exámen del expediente y de las actuaciones pone de manifiesto que no es cierto cuanto alega el recurrente y ya señaló detalladamente la Sala de Madrid.

La decisión de trasladar al Sr. L. se apoya en la propuesta de la junta de tratamiento del centro penitenciario de Basauri, la cual relaciona el juicio desfavorable a su progresión de grado y consiguiente mantenimiento en el segundo con la conveniencia del traslado. Sobre esto nada ha dicho el recurrente. Además, es la propia junta de tratamiento del centro de Basauri la que propone que dicho traslado sea o bien al centro de Álava o bien al de Burgos prioritariamente. Hay que añadir que esa junta tuvo presente el informe de la trabajadora social en el que se deja constancia de las circunstancias personales y familiares del recurrente de modo que era consciente de ellas. Así, pues, no cabe tachar a la resolución administrativa impugnada en la instancia de falta de motivación ni tampoco de arbitrariedad ya que no responde al capricho sino que descansa en la propuesta que le hizo el órgano especializado encargado del seguimiento del tratamiento penitenciario del recurrente.

En fin, mucho menos puede hacerse ese reproche a la sentencia pues, como hemos visto, da cuenta de todos los extremos relevantes que obran

en el expediente y resuelve razonadamente las pretensiones hechas valer por las partes de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y con la jurisprudencia.

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción y considerando las circunstancias del caso, no hacemos imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que no ha lugar al recurso de casación n.º 2465/2016, interpuesto por don L. contra la sentencia n.º 203, dictada el 13 de abril de 2016 , por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y recaída en el recurso n.º 746/2015, y no hacemos imposición de costas.

121.- SENTENCIA 81/2017 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS CON SEDE EN LAS PALMAS DE FECHA 14/02/17

Recurso contencioso administrativo. Se anula la resolución de traslado por ser contraria a derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de octubre de 2014 la Procuradora doña E.P.B., en nombre y representación de don E., presentó ante esta Sala escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra -reproducimos textualmente- la resolución de la Dirección de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 12/09/2014, en virtud de la cual se acuerda la CLASIFICACIÓN INICIAL de PRIMER GRADO y el traslado de Centro Penitenciario respecto de DON E.....

Segundo.- Presentado el recurso, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, mediante diligencia de ordenación, requirió a la Administración para que remitiese a esta Sala el expediente administrativo, ordenándole la práctica de los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción para que, cuantos apareciesen como interesados en el recurso pudiesen personarse como demandados en el plazo de nueve días.

Una vez recibido el expediente, se tuvo por personado al Sr. Abogado del Estado, en nombre de la Administración General del Estado, y se ordenó hacer entrega del expediente al representante procesal del recurrente para que en el plazo de veinte días presentase la correspondiente demanda; trámite, el indicado, que efectuó con fecha 15 de abril de 2015 mediante escrito en el que, tras consignar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó convenientes, termina con la súplica siguiente:

[...] Que tenga por presentado escrito de demanda con sus copias y documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y, tras los trámites legales de aplicación, dicte sentencia por la que se estime la presente demanda, con revocación expresa de la pretensión de traslado acordada por la Administración demandada; con expresa condena en costas a la Administración demandada, por imperativo de la Ley.

Tercero.- Presentada la demanda, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia dio traslado de la misma, con entrega del expediente administrativo, a la parte demandada, concediendo a la representación procesal de la Administración General del Estado el plazo de veinte días para contestarla, lo que, en efecto, llevó a cabo mediante escrito presentado ante esta Sala con fecha 2 de septiembre de 2015. En dicho escrito expuso la representación procesal de la demandada los hechos y fundamentos jurídicos que consideró oportunos, terminando con la súplica de que se desestime el recurso y se confirme el acto recurrido, por ser ajustado a Derecho; con imposición de las costas a la parte actora.

Cuarto.- Por Auto de fecha 1 de diciembre de 2015 se acordó recibir el recurso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones. Concluso el periodo de proposición y práctica de pruebas, se ordenó unir las practicadas a los autos y se concedió a la representación procesal de la parte actora el plazo de diez días para presentar escrito de conclusiones sucintas, lo que efectuó con fecha 17 de mayo de 2016, insistiendo en el planteamiento de su escrito de demanda.

Quinto.- Recibido el escrito de conclusiones de la parte actora, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta sección 1ª dictó diligencia confiriendo a la representación procesal de la demandada igual plazo de diez días para evacuar el trámite de conclusiones, lo que realizó dicha representación el 14 de julio mediante escrito en el que nos remite al contenido del de contestación a la demanda.

Sexto.- Declarado concluso el pleito, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para cuando por turno correspondiese, fijándose para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 2 de diciembre de 2016, teniendo efectivamente lugar en el día de la fecha de la presente, con observancia de las reglas establecidas por la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El acto impugnado razona la decisión que en el mismo se adopta en los siguientes términos:

La Junta de Tratamiento, en su sesión de fecha 03/07/2014, ha formulado a este Centro Directivo propuesta razonada de CLASIFICACIÓN INICIAL correspondiente al interno E.

El artículo 31.1 del Reglamento Penitenciario confiere a esta Secretaría General la competencia para decidir la clasificación y destino de los internos. La propuesta recoge los datos esenciales relativos a las variables intervinientes en la clasificación, permitiendo resolver conforme a derecho.

De su valoración no se infiere la presencia en el interno de circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, constatándose, por el contrario, una manifiesta inadaptación al régimen ordinario por concurrir los siguientes factores:

Naturaleza y gravedad de los delitos cometidos, atentan contra la libertad sexual de las personas, conforme al artículo 105.2 del Reglamento Penitenciario, concurren elementos de riesgo elevado que aconsejan la aplicación del régimen cerrado. Se considera adecuado el cambio de Centro Penitenciario de destino atendiendo a las razones alegadas en la Propuesta elaborada por la Junta de Tratamiento.

Así, conforme a lo establecido en los artículos 89, 102.3 y 5 y 91.2 del Reglamento Penitenciario, esta Dirección General acuerda su CLASIFICACIÓN EN PRIMER GRADO/artículo 91.2 y destino al centro penitenciario de VALLADOLID.

Esta clasificación -concluye el autor del acto- será reconsiderada en los términos establecidos en el artículo 105 del Reglamento Penitenciario.

Tras ello, se recuerda al interesado que contra la presente resolución de clasificación, podrá interponer el interno recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, de acuerdo con lo previsto en los artículos 76.2 f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31.1 del Reglamento Penitenciario.

Segundo.- Naturalmente, el interno hizo uso de su derecho a recurrir la anterior resolución ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que, sin dudar, estimó el recurso mediante Auto fechado a 17 de octubre de 2014, cuya contundencia -y, claro está, por su interés para el presente litigio- aconseja reproducirlo íntegramente:

«ANTECEDENTES DE HECHOS.- PRIMERO.- El/la interno/a E. del Centro Penitenciario de LAS PALMAS II, ha interpuesto ante este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria recurso contra la decisión de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias por la que se le clasifica inicialmente en PRIMER grado y solicita ser clasificado en SEGUNDO grado de tratamiento. SEGUNDO.- Admitida a trámite se solicitó informes sobre la misma al Centro Penitenciario, el cual ha contestado remitiendo la documentación que obra unida al expediente, que se dan por reproducidos en la presente resolución. TERCERO.- Pasado el expediente al Ministerio fiscal, éste ha evacuado el traslado conferido e interesa en su informe LA DESESTIMACIÓN DE LA QUEJA .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.- PRIMERO.- El artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, establece que los internos pueden dirigirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria formulando peticiones o quejas en relación con el régimen o tratamiento penitenciario, en cuanto afecten a sus derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, y que corresponde a la Autoridad Judicial correspondiente el acordar lo precedente sobre las peticiones o quejas formuladas. En el presente caso, examinada la petición del/de la interno/a y los informes remitidos por el Centro Penitenciario, tenido en cuenta el parecer del Ministerio Fiscal, es procedente acceder a lo solicitado pues se estima justificada la

petición del/de la interno/a y acorde con la legislación penitenciaria -vid. artículos 65 y 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en relación con los artículos 102.3 y 103 del Reglamento Penitenciario-. SEGUNDO.- Debe en primer lugar recordarse la necesidad de que las Administraciones penitenciarias y los órganos colegiados de los Establecimientos en cumplimiento de la Ley Orgánica General Penitenciaria, deben motivar los acuerdos de clasificación en primer grado y también aquéllos adoptada. En el presente supuesto concurren los dos supuestos, esto es se clasifica inicialmente en primer grado al interno y se hace además en contra del criterio emitido por mayoría por la Junta de Tratamiento. A pesar de esta doble circunstancia la Administración no motiva de forma suficiente el acuerdo que ahora se recurre. Es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en la que se dispone que existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente. Se dispone en el artículo 102 del Reglamento Penitenciario, bajo la rúbrica variables y criterios de clasificación, que para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. En su apartado n° 3 se dispone que serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad. Así en el presente supuesto la Junta de Tratamiento después de analizar todas las circunstancias concurrentes llega a la conclusión de que el régimen adecuado el segundo grado de tratamiento y ello por los motivos expuestos y que obran en la documentación existente en autos. Parece claro que el criterio mayoritario de la Junta de Tratamiento era el de clasificación inicial en segundo grado, debe analizarse por tanto si existe en el expediente algún elemento, dato o indicio que permitan considerar que el régimen adecuado sea el primero. En primer lugar, en el apartado n° 5 del precepto anteriormente analizado, se dispone que conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgá-

nica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando para ello la concurrencia de los factores descritos en el mismo apartado bajo las letras a) a f). Ello no supone que directamente cuando concorra alguno de tales factores debe ser clasificado el interno directamente en el primer grado, sino que se trata de factores a valorar para considerar que concurren características en el interno de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada. No existe en el expediente dato alguno relativo al interno recurrente que permita llegar a la conclusión fundada que el mismo pueda ser calificado desde el punto de vista penitenciario como de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, No existe constancia de la existencia de ningún tipo de incidente negativo protagonizado por el interno dentro del Centro Penitenciario. No se entiende por tanto el motivo por el que se clasifica al interno en primer grado, debe en consecuencia estimarse el recurso interpuesto por el interno dejando de modo inmediato sin efecto la clasificación inicial».

Coherentemente con lo anterior, en la parte dispositiva del Auto se acuerda “revocar el acto administrativo por el que se acordó clasificarle inicialmente en primer grado de tratamiento penitenciario, debiendo ser progresado al segundo grado de tratamiento”.

Tercero.- Pues bien, pese a la claridad con la que el auto de referencia resalta la manifiesta ilegalidad y, aún más, la arbitrariedad de la resolución administrativa, la Administración Penitenciaria, tras tener noticias de la decisión judicial, se limita -como no podía ser menos- a clasificar a don E. en el segundo grado, pero se empeña en mantener lo que, en este caso, no era sino la consecuencia de la clasificación en el grado primero, esto es, el traslado al Centro de Valladolid (destino ordinario de los reclusos clasificados en primer grado, tal y como se acreditó en fase de pruebas). Y todo esto, ya no sólo de modo absolutamente gratuito, sino contrariando cachazudamente todos y cada uno de los informes obrantes en el expediente, de los que, entre otras cosas, se deduce que el comportamiento de don E. durante los años de reclusión ha sido intachable, ejemplar.

Cuarto.- Desde el punto de vista estrictamente legal, tanto el artículo 12.1 de la Ley como el 9 del Reglamento Penitenciario son claros y tajantes.

tes al señalar que la política de redistribución geográfica de los penados debe estar encaminada a evitar el desarraigo social de los mismos, procurando que las áreas territoriales coincidan, en la medida de lo posible, con el mapa del Estado de las Autonomías (...).

En el mismo sentido se ha pronunciado, desde antiguo, la Asamblea General de Naciones Unidas. Así en su resolución nº 45/110, de 14 de diciembre de 1990, recordaba que la propia Asamblea General, en resolución 43/173, señala la conveniencia de que el lugar de detención o prisión esté situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.

Evidentemente, en el presente caso, la inexplicable decisión -u ocurrencia- de la Administración Penitenciaria fomenta justo lo contrario, esto es, el desarraigo del interno.

Y, naturalmente, resulta ocioso recordar que este tipo de traslados son inconstitucionales, en cuanto colisionan frontalmente con uno de los propósitos que el artículo 25.2 de la Constitución Española anuda a las penas privativas de libertad: la reinserción social.

Este mandato -reproducido en el artículo 1 de la de la Ley Orgánica General Penitenciaria - exige considerar que las personas condenadas a penas privativas de libertad no son seres eliminados de la sociedad -como aquí, siquiera tácitamente, mantiene la Administración- sino que son personas que deben continuar formando parte activa de la comunidad social.

En suma, a la vista de lo actuado, la decisión administrativa de alejar a don Epifanio de su tierra, de su mujer, hijos, hermanos, etc., supone un inaceptable plus de aflicción en el contenido de la pena, un castigo añadido ilegal, no decidido por ningún Juez ni Tribunal; una medida arbitraria basada en no se sabe qué criterio y que, por todo eso, clama su urgente desaparición.

Quinto.- Las costas serán abonadas por la Administración demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurídico Contencioso Administrativo.

En su virtud, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

1º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don E. contra la resolución de fecha 12 de septiembre de 2014, dictada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; acto que anulamos por ser contrario a Derecho.

2º.- Anular el traslado en dicho acto ordenado y reconocer el derecho de don E. a cumplir su pena de prisión en la Isla, con las consecuencias de toda índole legalmente inherentes a este pronunciamiento.

3º.- Imponer las costas del recurso a la Administración demandada.

122.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA MALLORCA DE FECHA 02/11/17

Estimación de recurso de apelación dejando sin efecto el traslado por ser nulo de pleno derecho.

VISTO por esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con la anterior composición, el presente Rollo número 175/17 en trámite de apelación contra el auto de 21/09/2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el procedimiento PYQ 346/17 procede dictar la presente resolución sobre la base de los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

El auto recurrido acuerda desestimar la queja formulada por el interno B.C.M., del Centro Penitenciario de Alicante II.

Contra dicha resolución se interpuso de apelación que es objeto de la presente resolución. Dado traslado al Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La representación procesal de B.C.M. construye su recurso sobre la base de las siguientes alegaciones: 1) incumplimiento del requerimiento realizado por el Juzgado de Vigilancia en oficio de 3/07/2017, no obra en el expediente ninguno de los documentos requeridos al Centro Penitenciario; 2) el traslado en cuestión, sin explicación racional o motivación del acuerdo que la justifique y cuyo contenido se desconoce supone una vulneración clara de derechos fundamentales y causa manifiesta de indefensión; 3) parece que el juez de vigilancia insinúa las posibles causas del traslado cuando el acuerdo de traslado no ha accedido a la causa y tampoco ha sido notificado al preso preventivo; 4) lo anterior constituye una sanción encubierta o castigo, siendo el mismo arbitrario; 5) flagrante vulneración de derechos fundamentales que causan indefensión, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de falta absoluta de motivación, insistiendo en que el acuerdo, de existir, no se había notificado al interno; 6) ante dicha indefensión la defensa se vio obligada a recurrir una decisión de un órgano administrativo sin conocer su contenido y sin saber si el mismo era o no ajustado a derecho, conculcándose los mencionados derechos fundamentales; 7) vulneración del derecho fundamental a la defensa y a la legalidad y a la libertad, agravando las condiciones de vida al carecer además de presupuesto legalmente previsto que pueda autorizar el traslado de Centro sustrayéndole de su lugar de arraigo.

Solicitaba la estimación del recurso y la revocación del auto apelado, ordenando proceder al traslado inmediato del recurrente al Centro Penitenciario de Palma.

El artículo 31.3 del Reglamento Penitenciario señala que “(...) 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”.

El artículo 75.4 del Reglamento Penitenciario establece: 4. Los acuerdos de traslado se comunicarán, en el caso de los detenidos y presos, a la Autoridad Judicial de que dependen y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente.

El artículo 97 del Reglamento Penitenciario establece: 3. En los supuestos previstos en el artículo 95.3, se procederá al traslado por el Centro Directivo como se indica en dicho precepto, poniéndolo en conocimiento tanto de la Autoridad judicial de que dependa el interno, como del Juez de Vigilancia correspondiente.

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria aparecen dos tipos de materias en las que se atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para conocer por vía de recurso de los acuerdos adoptados por la Administración Penitenciaria: las sanciones disciplinarias (artículo 76.2.e) y las resoluciones sobre clasificación penitenciaria inicial y progresiones y regresiones de grado (artículo 76.2.f). Junto a estas dos, bien definidas, la letra g) del mismo precepto recoge con gran ambigüedad y generalidad otra materia que, muchas veces, en la práctica, viene funcionando como un atípico recurso “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”.

Ahora bien, como recordó la Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1985 en todas las cuestiones cuyo conocimiento no está específicamente atribuido a los Juzgados de Vigilancia la jurisdicción contencioso-administrativa sigue manteniendo sus competencias, sin que sea dable acudir al Juez de Vigilancia cuyo listado de atribuciones establecido en el art. 76 ha de considerarse tasado.

En ese sentido señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1986 que “la Ley General Penitenciaria no atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones de la Dirección General que afectan al traslado de los penados de un establecimiento a otro, traslado que es atribución de ese organismo, lo que necesariamente supone que en esta materia debe dirigirse el interno a la vía judicial a través del consiguiente procedimiento contencioso-administrativo”.

También en varias sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como en las de 8 julio 1991, 7 julio 1995 y 25 junio 1998, se ha venido a declarar la competencia de la Administración en conflictos planteados entre ésta y un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en materia de traslados de internos a otros centros penitenciarios, y muy en concreto la

sentencia del mismo Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 15 octubre 2002 aborda y resuelve, desde dicha perspectiva, asimismo a favor de la competencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la cuestión relacionada con el traslado de un interno a un determinado Centro Penitenciario que cumplía condena en otro Centro, ya que el art. 31 del Reglamento Penitenciario dispone que 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.

Por tanto, mientras que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es competente para resolver sobre el grado, sólo será competente para conocer de la queja o recurso del interno, en cuanto al traslado, si afecta a los derechos fundamentales de éste o a sus derechos y beneficios penitenciarios o si el traslado supone abuso o desviación en la aplicación de los preceptos reglamentarios.

En este sentido el Auto del Audiencia Provincial Madrid núm. 4151/2008 (Sección 5ª), de 11 noviembre señala que “... como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, los recursos contra las resoluciones administrativas que acuerden o denieguen los traslados de los internos son los previstos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, si bien si la resolución afectase a derechos fundamentales, la tutela de los mismos correspondería al Juez de Vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Penitenciaria y, por lo tanto, a la Audiencia Provincial por vía de apelación.

Consideramos que constituye exigencia ineludible la relativa a la motivación de la resolución que acuerde el traslado del interno, pues la Administración Penitenciaria está obligada a motivar sus decisiones, ya que en caso contrario se impide su control, en los supuestos previstos en el artículo 76.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a los que antes nos referíamos, esto es, respecto de quejas o peticiones en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de los internos”.

La resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 27 de junio de 2007 mantiene el siguiente criterio respecto de la cuestión planteada:

“... el Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, en el artículo 31.1 que se ocupa de la competencia para ordenar traslados y desplazamientos dispone 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”. Y añade respecto de la existencia de motivación lo siguiente:” Olvida de ese modo la decisión judicial que la determinación de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias se adoptó tomando en consideración la propuesta razonada de clasificación inicial, emitida por unanimidad por la Junta de Tratamiento del Centro, que contenía los distintos informes del área psicológica, de conducta y actividades y social, e invocando como fundamentos el artículo 31.1 del Reglamento Penitenciario y 101.1 y 102.3 del mismo texto normativo, y conteniendo el pie de recurso preceptivo en el que de conformidad con lo previsto en los artículos 76.2.f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31.1 de su Reglamento, se ofrecía al destinatario el recurso procedente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Es decir no se trataba de una decisión carente de motivación sino que lejos de ello había cumplido el procedimiento establecido y resolvía el destino inicial del penado haciendo suya la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro de Pamplona en la que se recogían los informes de los profesionales que forman parte de ese Órgano especializado y que estaban contestes en el grado de clasificación del recluso, e indicaban el tipo de centro adecuado para él, decisión que en último término correspondía a la Dirección General. Había por tanto una motivación in aliunde, sin duda válida para fundar cualquier acto administrativo, que, por cierto, se podía discutir ante esa Jurisdicción,... “. Y todo ello con arreglo, se decía, a “ una consolidada línea jurisprudencial (sic) de este Tribunal de Conflictos en la que sin vacilación alguna se viene sosteniendo que la decisión para el inicial destino de un penado así como para decidir el traslado de un centro penitenciario a otro es competencia de la Administración del Ramo, y el Juez de Vigilancia carece de jurisdicción para enjuiciar esa decisión, que, en todo caso, podría residenciarse en cuanto a su impugnación ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. Así citaremos entre las recientes dos Sentencia de trece de octubre de dos mil cuatro, otra de cinco de octubre de dos mil dos y las que en ella se citan”.

En nuestro caso no contamos con una motivación por remisión a la propuesta de la Junta de Tratamiento, simplemente no contamos con resolución o acuerdo alguno, que, como tal, haya podido ser notificado al recurrente. Lo anterior, por sí solo, supone un desviado actuar administrativo que entronca de manera directa con los derechos fundamentales que se invocan en el recurso.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria remitió oficio de fecha 13/06/2017 dirigido al Centro Penitenciario de Mallorca “a fin de que informe sobre lo expuesto por el interno en copia de su escrito que se adjunta” (referido al recurso de queja). Se remitió informe de 14/06/2017 firmado por el Director del Centro en el que reproduce el artículo 31 del Reglamento Penitenciario y de forma expresa indica “en el caso del interno quejoso, el Centro Directivo acordó su traslado al Centro Penitenciario de Alicante II en virtud de las competencias anteriormente señaladas. Contra dicho acuerdo, el letrado del interno interpuso recurso de alzada ante la oficina de Registro de este Centro Penitenciario. Se desconoce el estado de tramitación de dicho recurso, ya que a día de la fecha el interno y su expediente penitenciario se encuentran en el Centro de Alicante II”.

Pues bien, a pesar de dicho informe, no obra en el expediente el mencionado acuerdo de traslado. Expediente que ha sido revisado ya en dos ocasiones puesto que esta Sección dictó providencia volviendo a requerir al Centro penitenciario Alicante II para que remitiera íntegro el expediente y lo ha vuelto a revisar sin que el mencionado acuerdo o la notificación del mismo al interno aparezcan. De otro lado, tal y como se indica en el recurso de alzada al que se hace referencia en el anterior informe, se insiste en el mismo sobre la falta de notificación del acuerdo y el desconocimiento de las causas fundadas del traslado, siendo el fundamento de dicha alzada el mismo argumentorio sobre vulneración de derechos fundamentales sostenido en el presente recurso. Es más, en el recurso de alzada se hace expresa mención a que se interpone recurso ante el Ministerio del Interior “contra el traslado del que ha sido objeto mi representado al Centro Penitenciario de Alicante II Villena, sin previa, simultánea o posterior notificación del Acuerdo y sus fundamentos, actuando en consecuencia la Administración Penitenciaria, por la inadmisibles vía de los hechos consumados”, debiendo indicarse que a fecha de esta resolución y habiendo requerido de nuevo todo el expediente del interno no hemos encontrado subsanación a tan grave déficit.

Como se ha expresado, el Juzgado de Vigilancia en fecha 3/07/2017 remitió dos oficios al Centro penitenciario, al folio 76 “se remita con carácter de urgencia copia íntegra del expediente personal del interno” y otro de idéntica fecha de contenido más específico al folio 77 en el que con carácter de urgencia se solicita “se remita, con carácter de urgencia, copia del acto administrativo por el que ese Centro Penitenciario propone al Centro Directivo de Madrid el traslado del interno.

Que se remita copia del informe de la Dirección del Centro y que se incorporó al expediente penitenciario en el que se exponía el potencial criminal del interno.

Que se informe si la representación legal del interno recurrió en alzada el acuerdo administrativo del Centro Directivo por el que se acordaba el traslado del citado interno. Y, si dicho acuerdo fue notificado a la mencionada representación legal.

Que se remita copia de acuerdo de traslado que fuese emitido por algún órgano de ese Centro.

Que se remita acuse de recibo o notificación del acuerdo citado en el párrafo anterior, en el que conste la firma del interno y la fecha en que, en caso de haberse producido, se habría notificado el citado acto.

Que se remita copia del acuerdo emitido por el Centro Directivo por el que, una vez transcurrido el plazo para formular alegaciones -debiendo indicarse si ese plazo se concedió- por el que se ordenó el traslado del interno”.

Como contestación al anterior oficio en fecha 5 de julio de 2017 se envió “copia de documentos y hojas de vicisitudes a los que hace referencia y en el sentido por VD interesados”, despachando el “índice de vicisitudes en situación penitenciaria” del interno, documento que como tal no puede considerarse propiamente un acto administrativo ni una resolución, acuerdo o proposición como veremos.

En dicho documento, folios 139 a 144, se hace constar los siguientes hitos: 1) 03/03/2017 “ingreso”; 2) 13/03/2017 “se remite a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Colectivos Especiales, informe de la directora para estudiar si procede su inclusión en fichero FIES”;3) 14/03/2017, “se recibe de la Subdirección General de Instituciones Penitenciarias inclusión en el fichero FIES 2-DO (Nivel Superior). Se notifica el interno”.

En la siguiente vicisitud (4) de fecha 19/05/2017 consta “se solicita al Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma, (DP 1176/2014, si existe inconveniente a su traslado a otro Centro Penitenciario”.

La siguiente vicisitud (5) de 19/05/2017 “se recibe del Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca (D.P 1176/2014) oficio en el que no se opone a que el interno B.C.M. se trasladado a otro Centro Penitenciario”.

La vicisitud (6) de fecha 25/05/2017 “se recibe escrito de alegaciones del abogado del Interno referente al traslado del mismo a otro centro”.

Respecto de este escrito que obra a los folios 8 a 11 se reclamaba por parte del letrado del Sr. C. la necesidad de notificación al preso, todo ello partiendo de las noticias que habían salido en la prensa local, indicando el letrado que el traslado “ que al parecer, ya se ha decidido y que se va a ejecutar inminentemente, constituye un acto administrativo nulo de pleno derecho por haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento para su dictado y, como colofón, habérsele sumergido en una absoluta e Inadmisible indefensión”.

La vicisitud (7) de fecha 05/06/2017 “en el día de hoy se produce su baja en este Centro por motivo de traslado. Se participa. Minuta Unida”.

Sí que obran unidos al expediente como anexos las hojas de control de traslados y relación de equipaje, debiendo insistirse en que no consta en el documento de “vicisitudes” que dicho traslado se haya autorizado por escrito, el acuerdo en concreto, o la propuesta asumida por el Consejo de Dirección, ni que se haya notificado al interno a diferencia de lo que ocurrió con el acuerdo de inclusión en el Registro FIES.

Existe en la causa otro informe de fecha 21 de julio de 2017 en contestación al mencionado oficio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 3 de julio de 2017 en el que se indica: “El interno arriba referenciado, en calidad de preso preventivo, fue trasladado al centro penitenciario de Alicante II en virtud de resolución del Centro Directivo. Dicha resolución se efectuó en base a la propuesta formulada por el Consejo de Dirección del Centro Penitenciario, de fecha 30/05/2017”. En el expediente ni consta la propuesta a la que el informe refiere, ni consta la resolución, ni la notificación de acuerdo de traslado al interno.

En los dos informes mencionados tampoco se evidencian las razones que motivaron el traslado, provocando idéntica indefensión por falta ab-

soluta de motivación por mucho que la competencia le corresponda de conformidad con el artículo 31 anteriormente transcrito.

Las razones que vislumbra el juez de vigilancia penitenciaria y que en cierta forma refleja en el auto que ahora se recurre no pueden asumirse, precisamente por no ser el competente en el tema de los traslados, siendo que la Administración competente no ha despejado la razón de dicho traslado en tanto que ni siquiera consta la resolución en que el mismo fue acordada. Difícilmente puede el interno defenderse frente a razones y alegaciones inexistentes, que tampoco se traslucen en los informes de la Dirección antes mencionados. Lo único que consta en el listado de vicisitudes de la prisión de Alicante II es en fecha 06/06/2017 “ingreso en el Centro.- con esta fecha ingresa en este centro procedente del Centro penitenciario de Mallorca y por motivo de REGIMENTALES. Se Participa ingreso o las autoridades y acusa recibo M.U.”.

Destacamos, igualmente, que al folio 123 de la causa consta testimonio de otro auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 14/06/2017 en expediente de queja del interno B.S.N. que fue archivado por carencia sobrevenida de objeto por cuanto el Centro Penitenciario, en asunto idéntico al presente, informó “que no existía a fecha 8/06/2017, ningún acuerdo de traslado del interno arriba referenciado a otro Centro Penitenciario”, por tanto partiendo del propio actuar del Centro en un supuesto idéntico, en el caso que nos ocupa y puesto que el traslado se formalizó en las fechas indicadas, 5/06/2017, necesariamente debió existir un acuerdo de traslado que simplemente, a pesar de haber sido requerido, no obra en el expediente, ni así su notificación al interno.

Por último indicar, que remitido de nuevo el expediente por parte del Centro de Alicante II, a petición de esta Sección, consta una resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 19/09/2017 referida a un traslado solicitado por el interno en la que, en el fundamento tercero, se indican las razones de la denegación. Previamente, la Subdirección General a fin de resolver sobre la petición de traslado del interno, interesó informe de conducta, informe social de vinculación familiar y relación de comunicaciones desde el ingreso. Tras dicha remisión se dictó la resolución de 19/9/2017 a la que acabamos de hacer referencia.

Sin embargo en el caso objeto de recurso, no solo no contamos con el acuerdo de traslado, sino que tampoco podemos deducir razonamiento

alguno de informes de los técnicos del centro penitenciario o de propuesta de la Junta o del Consejo Directivo, en tanto que nada de esto consta en el expediente, más allá del trámite de solicitar autorización al Juzgado de Instrucción conecedor de la causa en el que tampoco se indica el motivo de dicho traslado. No estamos, por tanto, ante un supuesto de la denominada motivación “in aliunde”. Visto lo anterior, al no constar el acuerdo de traslado del interno, ni su notificación al mismo se constata la vulneración de derechos fundamentales por falta de motivación; desviación de poder en el uso de las facultades que el Reglamento Penitenciario reconoce a la Administración, en sus artículos 31 y 75.4, al haber prescindido del trámite fundamental cuál es el dictado del acto administrativo motivado de traslado, extremo que determina que la decisión de facto sea arbitraria produciendo indefensión.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Letrado actuando en nombre y representación de B.C.M. contra el auto de fecha 21/09/2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Illes Balears revocando el mismo, estimando la queja formulada por el interno B.C.M. en la actualidad en Centro Penitenciario de Alicante II, dejando sin efecto el traslado del interno B.C.M. acordado en fecha 5 de junio del 2017 por ser nulo de pleno derecho.

CAPÍTULO XXIV

OTROS

123.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA DE FECHA 26/01/17

Se ratifica resolución que denegaba la concesión de dispositivo de detección de proximidad solicitado por la víctima.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza se tramita Ejecutoria número 99/2015, en cuyo procedimiento se dictó auto de fecha 21 de noviembre de 2016 por el que se denegaba la concesión de dispositivo de detección de proximidad solicitado por la víctima respecto del condenado, C., que cumple pena de prisión por varias causas hasta el 15 de septiembre de 2017.

Contra la meritada resolución se interpuso recurso de reforma por la representación de la víctima, que fue admitido, oponiéndose el Ministerio Fiscal a la admisión del recurso, que fue desestimado por auto de 13 de diciembre de 2016. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación que se admitió a trámite y se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la representación del penado que solicitaron la confirmación de la resolución recurrida.

Recibidas en esta Sala las actuaciones, se formó el oportuno Rollo de Apelación número 49/2017, se designó Magistrado Ponente, se cumplieron los trámites pertinentes y, quedaron las actuaciones vistas para la resolución del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea por el letrado recurrente su disconformidad con la denegación de la concesión del dispositivo de detección de proximidad, que supo-

ne en la práctica la colocación al penado de un brazalete que ha de llevar colocado en su cuerpo (muñeca o tobillo) junto con un dispositivo o batería del que no puede desprenderse.

El artículo 48.4 del Código Penal establece que el juez o tribunal podrá acordar que el control de la prohibición de aproximación a la víctima se realice a través de medios electrónicos que lo permitan. Se trata pues de una facultad del juzgador, que podrá acordar o no en atención a las circunstancias de cada caso.

En el presente caso, el magistrado deniega la concesión del dispositivo, ya que el último informe de la Policía de fecha 10 de octubre de 2016, sobre el riesgo de la víctima, lo valora como bajo. Consta que el penado disfrutó de un permiso penitenciario sin incidencias del 3 al 9 de octubre. La circunstancia alegada por el recurrente de que el padre del acusado le haya mentido a la víctima, diciéndole que su hijo había fallecido con la finalidad de obtener cierta información, además de no estar acreditada, no genera riesgo, ya que no consta, ni siquiera de forma indiciaria, que el padre haya actuado de mutuo acuerdo con su hijo, ni que la finalidad de la supuesta mentira fuese facilitar al hijo el incumplimiento de la pena de prohibición de aproximación. Por tanto, esta Sala estima que dadas las circunstancias concurrentes en el momento en que se dictó la resolución denegatoria, la misma estaba justificada y, por tanto, procede la desestimación del recurso. Ello no obsta para que la petición pueda reiterarse en el futuro en función de las modificaciones que se vayan produciendo en la valoración del riesgo o por la concurrencia de nuevos factores que aconsejen la adopción de la medida de control telemático o que tal medida se adopte de oficio por el juzgador en atención a dichas circunstancias.

Las costas de este recurso se declaran de oficio.

Vistos los artículos de aplicación al caso.

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la procuradora de los tribunales, en nombre y representación de C., contra el auto de fecha 13 de diciembre de 2016, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, que confirma el auto de 21 de noviembre de 2016, resolución

que se ratifica íntegramente, con declaración de oficio de las costas de este recurso.

124.- AUTO 401/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 06/11/17

Se abona el tiempo que permaneció en régimen cerrado en Proyecto Hombre al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de abril de 2017, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca, y en la Ejecutoria núm. 331/15, se dictó Auto cuya parte dispositiva es como sigue:

“SE APRUEBA la liquidación de condena de privación de libertad practicada al penado L.Á., de TRES AÑOS DE PRISIÓN y 15 DÍAS de PRISIÓN impuesta en concepto de Responsabilidad Personal Subsidiaria, impuesta en Sentencia.

Remítase testimonio de la misma al Centro Penitenciario donde se halla interno el penado librándose a tal efecto el oportuno despacho.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante interposición de RECURSO DE REFORMA en tres días ante este Órgano judicial.”

Segundo.- Contra referida resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora Dña. M.P.M. en nombre y representación de L.Á., y dado traslado de referido escrito a las partes, por medio de Auto de 27 de junio de 2017 se rechazaba el recurso de reforma y notificado a las partes, por referida Procuradora Sra. P.M. en la representación antes indicada se interponía recurso de apelación, admitiéndose el mismo, y verificados los traslados pertinentes, se elevó testimonio de particulares a la Audiencia Provincial para dictar resolución, registrándose al Rollo núm. 339/17 y pasando las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- La parte apelante fundamentó su recurso de apelación en el error de derecho cometido en el auto apelado, toda vez que en él no se han tenido en cuenta en la liquidación de la condena privativa de libertad del apelante el tiempo que éste estuvo ingresado en la comunidad terapéutica “El Caminero” de Proyecto Hombre de Salamanca, en régimen residencial de internamiento cerrado, a causa de su dependencia al alcohol y a las drogas por un periodo total que abarca las fechas comprendidas entre el 26 de julio de 2016 y el 3 de febrero de 2017, lo que hace un total de 198 días.

El Ministerio Fiscal se opuso a dicho recurso, porque el internamiento para la deshabitación fue una medida voluntaria, aceptada por la parte para la evitación de la situación de cumplimiento en régimen penitenciario, y no se trata de una medida privativa de libertad, sino de una medida de naturaleza terapéutica, por lo que no tiene la misma magnitud ni la misma naturaleza cuantitativa y cualitativa.

Segundo.- Como es sabido, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, dictó el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013 según el cual “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 “. Dicho acuerdo ha sido desarrollado por medio de numerosas sentencias, entre otras las sentencias de 7 de enero de 2014 y 3 de junio de 2015. Y en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Penal sección 1 del 19 de octubre de 2015, Sentencia: 619/2015 Recurso: 10415/2015, declaró que “ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2013 de 7 de enero de 2014, la que ha recogido ya esa decisión argumentando en lo esencial lo siguiente:

La obligación de comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la de 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. Añadiendo: 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.

Y que: 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.

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 latan 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.

Concluyendo que: “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).

Tercero.- Sobre la base de la anterior doctrina jurisprudencial no cabe, pues, sino reiterar, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en el auto de fecha de 22 de abril de 2016, que si bien es cierto que expresamente el legislador no contempla que el período en que el interno ha estado sometido a rehabilitación y reinserción social en régimen cerrado compute a efectos de ser abonado como tiempo efectivo de prisión, pues en definitiva la suspensión de la condena quedó sometida a dicha condición, y en caso de abandono voluntario o incumplimiento de las reglas impuestas puede provocar la revocación del beneficio, sin referencia legal expresa a descuento alguno, que tan sólo está previsto para los periodos correspondientes al cumplimiento realizado de la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, entendemos que en el caso de que el condenado

deba cumplir en su totalidad la pena privativa de libertad impuesta tras la revocación de la suspensión, se entraría en una grave contradicción con los postulados propios del sistema vicarial establecido en el artículo 99 del Código Penal, según el cual cuando por un mismo hecho criminal concurren pena y medida de seguridad privativa de libertad, el tiempo transcurrido en aplicación de la medida se debe abonar a efectos de cumplimiento de la pena, y el sometimiento del condenado a un tratamiento de deshabituación supone realmente la imposición de esta medida de seguridad.

Ciertamente las reglas de conducta, como la que es objeto de análisis, internamiento en un centro de desintoxicación en régimen cerrado, no pueden literalmente equipararse a penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, y, por otra parte, su finalidad es eminentemente rehabilitadora y responden a un previo “voto de confianza” que evita el ingreso en prisión, de modo que en caso de quebrantamiento de esa confianza, por comisión de un nuevo delito o incumplimiento de la reglas, podría entenderse que razones de justicia se alzan en contra del abono de las mismas a la pena que ha ejecutarse.

Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal. Constitucional (ya en ss. 112/96, 2/97, 204/99) ha venido señalando reiteradamente que una de las finalidades esenciales de toda pena privativa de libertad no es otra que la reeducación y la reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española) al contribuir a lo que se ha denominado la “corrección y readaptación del penado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/88), pena que se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Pues bien, precisamente al cumplimiento de esa finalidad de prevención especial propia y consustancial del derecho penal, mediante la corrección y readaptación del penado, es a la que se dirigen las condiciones impuestas a los penados que, como en el caso que nos ocupa, se han visto sometidos a un tratamiento de deshabituación del alcohol y de las drogas en régimen cerrado en tanto en cuanto la dependencia de tales sustancias ha sido una de las causas últimas, sino la principal, de los delitos objeto de enjuiciamiento. De ahí que deba tenerse en cuenta el periodo en el que el recurrente estuvo privado de su libertad por someterse a un tratamiento de deshabituación de las drogas y del alcohol en régimen cerrado, cuya finalidad no era sino obtener la deshabituación del mismo y con ello su reeducación y reinserción social, es decir, la finalidad que persigue también toda pena privativa. No se trata, por tanto, de que el reo se haya sometido voluntariamente a dicho tratamiento- voluntariedad sin la cual, en efecto, el tratamiento por

razones terapéuticas no podría llevarse a cabo-; sino que de lo que se trata es de que a la postre, como ha declarado nuestro Tribunal Supremo en las sentencias antes transcritas, es evidente que en casos como el presente se ha producido una privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso de ejecución de la pena, lo cual 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 liquidación de la pena impuesta. Compensación que en el presente caso debe consistir que en el cómputo de un día de prisión por cada día de internamiento en régimen cerrado para el tratamiento de desintoxicación. Y ello en atención, como señaló nuestro Tribunal Supremo en el acuerdo del pleno jurisdiccional antes citado, al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento ha comportado.

Con ello, por lo demás se envía un mensaje positivo al condenado en el sentido de que, no solo si respeta plenamente el voto de confianza que en él se ha depositado terminará por cumplir íntegramente la pena mediante el tratamiento de deshabitación, sino que también se tendrá en cuenta todo el tiempo que respete ese voto de confianza a los efectos del cumplimiento parcial de la pena. Lo cual, según las reglas del racional criterio humano, es razonable pensar que actuará como motivación positiva para que dicho condenado se esfuerce por eliminar una de las causas sino el principal de su vida delictiva, su adicción a las drogas y al alcohol. De modo que se cumple así la “ratio legis” o razón de ser de la regulación especial de la suspensión de la pena en los casos, como el que nos ocupa, de drogadicción del condenado.

Por consiguiente, y toda vez que, salvo error u omisión el condenado recurrente ha permanecido en régimen cerrado en el Proyecto Hombre de Salamanca un total de 198 días, tal periodo debe serle computado como abono en la liquidación de condena realizada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de L.Á. contra el auto del Juzgado de lo Penal número 1 de Salamanca de fecha 27 de julio de 2017 que desestimó el

recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 19 de abril de 2017 por el que se aprobaba la liquidación de condena, y en consecuencia declaramos que debe ser de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta los 198 días que el penado L.Á. permaneció en régimen cerrado en el Proyecto Hombre de Salamanca. Todo ello sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso.

125.- AUTO 425/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE FECHA 27/11/17

Se abonan los días que el penado permaneció en régimen de internamiento a la pena de un año de prisión a cumplir en comunidad terapéutica.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de julio de 2017, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca, y en la Ejecutoria núm. 174/15, se dictó Auto cuya parte dispositiva es como sigue:

“El anterior informe del Ministerio Fiscal únase a la presente ejecutoria y no ha lugar a abonar al penado J.F. los días que estuvo en la Comunidad Terapéutica ALUCOD-CASA ROJA en Llenera (Badajoz) (desde el 15 de abril de 2014 hasta el 14 de mayo de 2015) ya que el mismo estuvo cumpliendo el tratamiento de forma voluntaria, no siendo acordado el ingreso en dicho Centro judicialmente, teniendo carácter voluntario y no entrando en ninguno de los supuestos previstos de abono.

Notifíquese la presente resolución personalmente al penado, librándose para ello el oportuno exhorto al Juzgado Decano de lo Penal de Cáceres.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante interposición de RECURSO DE REFORMA en tres días ante este Órgano judicial.”

Segundo.- Contra referida resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora Dña. C.M.R. en nombre y representación de J.F., y dado traslado de referido escrito a las partes, por medio de Auto de 3 de octu-

bre de 2017 se rechazaba el recurso de reforma y notificado a las partes, por referida Procuradora Sra. M.R. en la representación antes indicada se interponía recurso de apelación, admitiéndose el mismo, y verificados los traslados pertinentes, se elevó testimonio de particulares a la Audiencia Provincial para dictar resolución, registrándose al Rollo núm. 401/17 y pasando las actuaciones al Ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Frente al auto de fecha 3 de octubre de 2017 desestimatorio de reforma de la providencia de 10 de julio de 2017 dictado por la magistrada Juez de lo Penal nº 1 de Salamanca en la ejecutoria nº 174/2015 cuya parte dispositiva figura en los antecedentes de esta resolución, recurre en apelación la representación procesal de J.F., toda vez que de conformidad con las alegaciones señala que procede que sean abonados los días que cumplió por esta causa J.F. en la Comunidad Terapéutica ALUCOD Casa Roja en Llerena (Badajoz) desde el día del juicio 15 de abril de 2015 hasta el día 14 de mayo de 2015 pues debía entrar en prisión el 19.

Así el 15 de abril de 2015 se celebró por videoconferencia entre el Juzgado de lo Penal nº 1 y Llerena y se dictó sentencia de conformidad en cuyo fallo se le impuso la pena de un año de prisión a cumplir en la Comunidad Terapéutica Casa Roja ALUCOD de Llerena (Badajoz) en régimen de internamiento. Siendo la sentencia firme ese mismo día y en presencia de la asistente social, la juez ordenó al condenado que desde ese momento debía pasar al menos un año de estancia en la citada Comunidad Terapéutica. Habiendo permanecido en la misma hasta el 14 de abril de 2015, debido a que el 19 de mayo de 2015 ingresó en prisión por orden de otro juzgado.

Por principio de igualdad y justicia y equidad se interesa la revocación de la resolución recurrida y en consecuencia que se ordene abonar en la liquidación de condena los días que efectivamente cumplió por esta causa, ejecutoria nº 174/2015 en la Comunidad Terapéutica ALUCOD Casa Roja en Llerena (Badajoz).

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso, por entender que dicho cumplimiento se efectuó en su caso de forma voluntaria, sin que llegase a dictarse resolución alguna del juzgado, ordenando la permanencia o ingreso.

Segundo.- Como es sabido, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, dictó el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013 según el cual “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”. Dicho acuerdo ha sido desarrollado por medio de numerosas sentencias, entre otras las sentencias de 7 de enero de 2014 y 3 de junio de 2015. Y en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Penal sección 1 del 19 de octubre de 2015, Sentencia: 619/2015 Recurso: 10415/2015, declaró que “ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2013 de 7 de enero de 2014, la que ha recogido ya esa decisión argumentando en lo esencial lo siguiente:

La obligación de comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la de 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. Añadiendo: 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.

Y que: 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.

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.

Concluyendo que: 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).

Tercero.- Sobre la base de la anterior doctrina jurisprudencial no cabe, pues, sino reiterar, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en el auto de fecha de 22 de abril de 2016, que si bien es cierto que expresamente el legislador no contempla que el período en que el interno ha estado sometido a rehabilitación y reinserción social en régimen cerrado compute a efectos de ser abonado como tiempo efectivo de prisión, pues en definitiva la suspensión de la condena quedó sometida a dicha condición, y en caso de abandono voluntario o incumplimiento de las reglas impuestas puede provocar la revocación del beneficio, sin referencia legal expresa a descuento alguno, que tan sólo está previsto para los periodos correspondientes al cumplimiento realizado de la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, entendemos que en el caso de que el condenado deba cumplir en su totalidad la pena privativa de libertad impuesta tras la revocación de la suspensión, se entraría en una grave contradicción con los postulados propios del sistema vicarial establecido en el artículo 99 del Código Penal, según el cual cuando por un mismo hecho criminal concurren pena y medida de seguridad privativa de libertad, el tiempo transcurrido en aplicación de la medida se debe abonar a efectos de cumplimiento de la pena, y el sometimiento del condenado a un tratamiento de deshabitación supone realmente la imposición de esta medida de seguridad.

Ciertamente las reglas de conducta, como la que es objeto de análisis, internamiento en un centro de desintoxicación en régimen cerrado, no pueden literalmente equipararse a penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, y, por otra parte, su finalidad es eminentemente rehabilitadora y responden a un previo “voto de confianza” que evita el ingreso en prisión, de modo que en caso de quebrantamiento de esa confianza, por comisión de un nuevo delito o incumplimiento de la reglas, podría entenderse que

razones de justicia se alzan en contra del abono de las mismas a la pena que ha ejecutarse.

Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Constitucional (ya en ss. 112/96, 2/97, 204/99) ha venido señalando reiteradamente que una de las finalidades esenciales de toda pena privativa de libertad no es otra que la reeducación y la reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española) al contribuir a lo que se ha denominado la “corrección y readaptación del penado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/88), pena que se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Pues bien, precisamente al cumplimiento de esa finalidad de prevención especial propia y consustancial del derecho penal, mediante la corrección y readaptación del penado, es a la que se dirigen las condiciones impuestas a los penados que, como en el caso que nos ocupa, se han visto sometidos a un tratamiento de deshabitación del alcohol y de las drogas en régimen cerrado en tanto en cuanto la dependencia de tales sustancias ha sido una de las causas últimas, sino la principal, de los delitos objeto de enjuiciamiento. De ahí que deba tenerse en cuenta el periodo en el que el recurrente estuvo privado de su libertad por someterse a un tratamiento de deshabitación de las drogas y del alcohol en régimen cerrado, cuya finalidad no era sino obtener la deshabitación del mismo y con ello su reeducación y reinserción social, es decir, la finalidad que persigue también toda pena privativa. No se trata, por tanto, de que el reo se haya sometido voluntariamente a dicho tratamiento- voluntariedad sin la cual, en efecto, el tratamiento por razones terapéuticas no podría llevarse a cabo-; sino que de lo que se trata es de que a la postre, como ha declarado nuestro tribunal supremo en las sentencias antes transcritas, es evidente que en casos como el presente se ha producido una privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso de ejecución de la pena, lo cual 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 liquidación de la pena impuesta. Compensación que en el presente caso debe consistir que en el cómputo de un día de prisión por cada día de internamiento en régimen de cerrado para el tratamiento de desintoxicación. Y ello en atención, como señaló nuestro Tribunal Supremo en el acuerdo del pleno jurisdiccional antes citado, al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento ha comportado.

Con ello, por lo demás se envía un mensaje positivo al condenado en el sentido de que, no solo si respeta plenamente el voto de confianza que en él se ha depositado terminará por cumplir íntegramente la pena mediante el tratamiento de deshabitación, sino que también se tendrá en cuenta todo el tiempo que respete ese voto de confianza a los efectos del cumplimiento parcial de la pena. Lo cual, según las reglas del racional criterio humano, es razonable pensar que actuará como motivación positiva para que dicho condenado se esfuerce por eliminar una de las causas sino el principal de su vida delictiva, su adicción a las drogas y al alcohol. De modo que se cumple así la “ratio legis” o razón de ser de la regulación especial de la suspensión de la pena en los casos, como el que nos ocupa, de drogadicción del condenado.

Por consiguiente, y en atención a la propia sentencia firme, en la que dictada de conformidad se le impone la pena de 1 año de prisión a cumplir en la Comunidad Terapéutica Casa Roja (ALUCOD) en Llerena Badajoz, y declarada la firmeza por auto de idéntica fecha en cuya parte dispositiva se acuerda librar oficio a la Comunidad Terapéutica Casa Roja ALUCOD de Llerena para que el penado J.F. cumpla en dicho centro, en régimen de internamiento al pena de 1 año de prisión y oficio de idéntica fecha y la certificación del centro que acredita que permaneció en régimen de internamiento desde el 9 de marzo al 14 de mayo de 2015, fecha en la que se causó el alta voluntaria, deben ser acogidas las alegaciones del recurrente y en consecuencia en la liquidación de condena en esta ejecutoria, le será abonado para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta los días en que el penado permaneció en régimen de internamiento en ALUCOD de Llerena Badajoz desde el 15 de abril de 2015 fecha del juicio y firmeza de la sentencia hasta el 14 de mayo de 2015.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación promovido por la representación de J.F. contra el auto de fecha 3 de octubre de 2017 desestimatorio de la reforma de la providencia de 10 de julio de 2017 dictados por la Magistrada Juez de lo Penal nº 1 de Salamanca en la ejecutoria nº 174/2015 que revocamos y en consecuencia declaramos que debe ser de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por esta causa, los días en que el penado J.F. permaneció en régimen de inter-

namiento en la Comunidad Terapéutica Casa Roja (ALUCOD) de Llerena, Badajoz, que comprenden el siguiente periodo temporal desde el 15 de abril de 2015 (día del juicio) hasta el 14 de mayo de 2015 fecha del alta voluntaria.

126.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 30/06/17

Estimación de queja anulando el licenciamiento definitivo.

HECHOS

Se ha recibido en este Juzgado escrito del Procurador en nombre y representación del interno L.M.S. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha formulando solicitud la anulación del acto administrativo por el que se solicitó a los tribunales sentenciadores el licenciamiento definitivo de las condenas cuando se estaban cumpliendo otras.

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 que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

En el presente caso, el interno L.M.S. formuló queja en solicitud de anulación del acto administrativo por el que se solicitó a los Tribunales

sentenciadores el licenciamiento definitivo de las ejecutorias 160/1991 de la Audiencia Provincial de Madrid y 1/2002 de la Audiencia Provincial de Ávila que estaba cumpliendo cuando le fue revocada la libertad condicional y cuya solicitud de licenciamiento fue solicitada por el Centro Penitenciario, tras recibirse Auto de revisión de Sentencia de 21/07/2016 en relación a la Ejecutoria 160/1997 conforme a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal y por cuya virtud se sustituyó la pena inicialmente impuesta de 11-03-00 por la de 7-06-01, lo que determinó que ambas causas refundidas, tuvieran como fecha de extinción, la del 30/01/2011.

Puesto que en dicha fecha el interno se encontraba en libertad condicional y no ingresó hasta el 28/10/2011 como preso preventivo dando lugar a la suspensión de la misma, el Centro Penitenciario consideró procedente realizar dicha propuesta de licenciamiento de ambas causas con efectos retroactivos a dicha fecha; es decir, al 30/01/2011.

Para la resolución de la cuestión planteada, procede tener presente lo siguiente:

- Que según lo dispuesto en el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario, 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. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

- Que, según dispone la Instrucción 1/05 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en su apartado 3º, existiendo responsabilidades penales en curso, procede demorar la refundición de condenas hasta que se cierre la situación penal del interno, y además que (si bien en relación a la revisión de sentencias por aplicación del Código Penal de 1995 como situación residual), si la causa concurre con otras, y producto de la revisión de condenas dicha causa quedará hipotéticamente extinguida, no se procederá a su licenciamiento, dado el perjuicio que ello ocasionaría al interno al imposibilitar la refundición de condenas de esa causa con el resto que tuviese por cumplir.

En el presente caso, y cuando se produce la revisión de la Ejecutoria 160/1997, el interno se encontraba cumpliendo 3 ejecutorias más y, en cuanto que solo había disfrutado de la libertad condicional por las 2

antiguas, no habría existido ruptura de vinculación con la Administración penitenciaria.

Debe entenderse, por tanto, y siguiendo la filosofía que se deduce de los términos ya expresados de la Instrucción 1/05 (apartado 3) que, en cuanto que la causa revisada concurría en dicho momento con otras ya en cumplimiento, y que el efecto de la revisión suponía una extinción con carácter retroactivo, no debió procederse a solicitar dicho licenciamiento definitivo, debiendo estimarse la queja formulada.

En efecto, y aun cuando los hechos de las causas que cumple, actualmente fueron cometidos en situación de libertad condicional por las causas anteriores, dando lugar a la revocación de dicho beneficio, tampoco procedería el licenciamiento definitivo de éstas, pues no existe ningún precepto legal ni reglamentario que establezca dicha imposición en relación con la naturaleza de las condenas que cumple el interno.

Sólo en relación a los supuestos que preveía el artículo 93 del Código Penal anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, establece la Instrucción 1/05, la posibilidad de instar el licenciamiento definitivo de causas refundidas, cuando se ha revocado la libertad condicional y se exija el cumplimiento íntegro sin posibilidad de disfrutar de nuevo de este beneficio (delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal).

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

PARTE DISPOSITIVA

SE ESTIMA la queja formulada por la representación del interno L.M.S. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

127.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALMERÍA DE FECHA 19/01/17

Desestimación de queja solicitando que se deje sin efecto la inclusión en el fichero FIES.

HECHOS

El presente expediente penitenciario fue incoado por providencia de fecha 14 de diciembre de 2016 en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en escrito del interno R.M. en cuya virtud pretende que se deje sin efecto su inclusión en el “Fichero de Internos de Especial Seguimiento” (FIES).

Consta en el presente expediente penitenciario los pertinentes informes remitidos por el Centro Penitenciario de Almería relativos al objeto de discusión.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emite informe interesando el archivo del presente expediente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Tal y como previene el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde especialmente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos. A tal efecto, incoado el presente expediente penitenciario en virtud de documentación remitida por el Centro Penitenciario consistente en escrito del interno R.M. en cuya virtud pretende que se deje sin efecto su inclusión en el “Fichero de Internos de Especial Seguimiento” (FIES), resulta que según la Instrucción 6/06 en materia de seguridad, el alta y baja de los internos en el fichero FIES es competencia de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, teniendo este fichero un carácter eminentemente administrativo, la inclusión en un fichero “FIES” de los datos de un determinado interno no requiere un pronunciamiento motivado. Creado un

fichero por el acuerdo de la Autoridad Administrativa competente, la incorporación a él de los datos sólo exige la información al interesado de determinadas circunstancias previstas en el artículo 5 de la Ley de protección de Datos, como de la propia existencia del fichero automatizado, la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información, de las consecuencias de la obtención de los datos, o de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación; información que el propio artículo excluye cuando del contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban. Pero es que, además, el artículo 6 de la misma Ley y el artículo 7 del Reglamento Penitenciario exigen el consentimiento del recluso para el tratamiento de datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios, lo que sería incongruente con la exigencia de una especial motivación y el reconocimiento de un derecho del interno a impugnar su inclusión en alguno de esos ficheros.

De este modo, no es exigible una especial justificación para la incorporación a una de las clases de ficheros “FIES” de los datos del interno aquí reclamante, pues los datos que se almacenan en tal fichero están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria, pudiéndose considerar una prolongación de su expediente personal penitenciario, todo ello sin perjuicio del eventual ejercicio del derecho de rectificación de esos datos, en los casos y condiciones establecidos, si alguno de ellos no se correspondiera con la realidad.

Respecto de la supuesta limitación de derechos, resulta que el hecho de estar incluido en la base de datos no puede servir para justificar las limitaciones o restricciones contempladas en la normativa vigente. Finalmente, no puede aceptarse que el establecimiento de un fichero de estas características vulnere los límites del artículo 17 de la Constitución siempre que, conforme a las anteriores normas, no se funde exclusivamente en los datos contenidos en el fichero el régimen penitenciario aplicado al interno y lo mismo puede decirse respecto a la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución y respecto a la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos que recoge el artículo 9.3, pues el fichero en sí mismo no afecta a esos derechos. Tampoco se infringe el principio de individualización científica de la pena ni el artículo 24.2 de la Constitución. Lo primero, pues en nada afecta a la clasificación del penado su inclusión en un fichero de estas características, que, debe reiterarse, no puede ser-

vir para determinar la situación del interno en el centro penitenciario. Y, respecto al derecho a la presunción de inocencia, en nada se altera por la inclusión en este fichero, que sólo parte respecto de presos preventivos de las resoluciones judiciales que determinan la imputación del preso por determinados delitos.

En definitiva, de acuerdo con los datos que constan en el expediente, no apreciamos que por la inclusión en el fichero “FIES “ hayan resultado afectados la vida penitenciaria y los derechos del interno en el mismo ámbito, por lo que procede la desestimación de la petición del interno y en consecuencia, procede el archivo del presente expediente, de conformidad, también, con lo informado por el Ministerio Fiscal.

Visto lo anteriormente expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Por S.Sª SE ACUERDA la desestimación de la queja formulada por el interno R.M. en cuya virtud pretende que se deje sin efecto su inclusión en el “Fichero de Internos de Especial Seguimiento” (FIES).

128.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 06/03/17

Desestimación de queja sobre discriminación por razón de sexo.

HECHOS

Se ha recibido en este Juzgado escrito de la interna del Centro Penitenciario ALBOLOTE, C.Q.M., interponiendo queja contra el acuerdo de dirección de establecer un turno rotatorio para realizar las tareas de limpieza de los baños comunes en el módulo nº 9 del Centro Penitenciario de Albolote.

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

Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de oponerse a lo solicitado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Estudiado el contenido de la queja presentada por el interno, y a la vista del informe emitido por el Centro y el Ministerio Fiscal, procede acordar la desestimación de aquella por entender suficiente y justificante el contenido del primero y ser el mismo conforme a lo prevenido en el artículo 76.2 apdº g) y 29.2 “in fine” de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 5.2.f y 78.2 del Reglamento Penitenciario.

En primer lugar hemos de señalar, que está fuera de toda duda, que todos y cada uno de los internos e internas de un establecimiento penitenciario, tienen la ineludible obligación de realizar “las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, limpieza y higiene de los establecimientos”. Tampoco cabe duda alguna, que la negativa de los mismos a realizar tales prestaciones es sancionable, pues tal negativa sin consecuencia alguna, produciría un grave desorden y caos organizativo que incluso podría alcanzar inimaginables proporciones.

Argumenta la penada, sobre una base no exenta de aparente lógica, que existe una discriminación por razón de sexo ya que, en algunos módulos habitados por hombres, tal prestación se realiza por interno sujetos a relación laboral especial con la administración penitenciaria. Tal sería así, si lo fuese en la totalidad de los módulos destinados a hombres, y no lo fuese en la totalidad de los destinados a mujeres. Pero ocurre que, de los catorce módulos residenciales existentes en el Centro Penitenciario de Albolote, en el cual solamente dos lo son de mujeres, sólo en tres tal prestación se realiza por penados sujetos a relación laboral especial. Fácilmente se puede colegir, que en al menos nueve módulos habitados por hombres, la limpieza de los baños se lleva a cabo por los internos sin que estos estén sujetos a relación laboral especial alguna y por turno rotatorio.

El centro penitenciario además, sobre ello, da una lógica y razonable explicación. En primer término, el número de destinos productivos es limitado y limitado es el presupuesto para contratar internos que queden sujetos a una relación laboral especial. Por ello, el Consejo de Dirección, en función de sus exclusivas competencias de organización, señala de entre

todas aquellas prestaciones personales, las que, en función de su especial penosidad, complejidad o responsabilidad, deben ser llevadas a cabo por internos sujetos a relación laboral especial. En segundo lugar y, derivado de lo anterior, motiva el porqué de su decisión, que no es arbitraria o caprichosa. El señalamiento de los módulos en los cuales esta prestación se realiza por internos sujetos a relación laboral, no es otra que la especial penosidad pues, se trata de aquellos módulos en los cuales, en función de la clasificación interior, se encuentran internos de más difícil convivencia y menor adaptación y, en los cuales (módulos) se aprecia de manera objetiva una mayor falta de higiene.

Todo lo anteriormente expuesto y razonado, lleva a la desestimación de la queja interpuesta, tal y como se había anunciado. Siendo en todo caso el hecho de la sanción que se pueda interponer, materia reservada a cada expediente disciplinario que pudiera incoarse, con absoluta individualización y análisis de sus circunstancias.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

DISPONGO

Que debo desestimar y desestimo la queja presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, C.Q.M., sobre discriminación por razón de sexo, en la realización de prestaciones personales obligatorias de los penados, en concreto, la limpieza de los baños comunes del módulo.

129.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 13/03/17

Desestimación de queja sobre el coste de revisión de los aparatos electrónicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por el interno del Centro Penitenciario de referencia P.J.M. se formuló queja ante este Juzgado sobre abono y coste revisión aparatos electrónicos.

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

A la vista de los informes obrantes en autos, el interno ha formulado una queja por el coste de revisión de los aparatos electrónicos que pretende introducir en el Centro, pero de la documental aportada se deduce claramente que según las normas de régimen interno, la Administración Penitenciaria es la obligada a proporcionar a los internos mediante el servicio de demandaduría allá donde la posesión de tales aparatos esté expresamente autorizada, y solo excepcionalmente se viene autorizando a aquellos internos que ya disponían de dichos aparatos antes de su ingreso en el Centro su introducción en el mismo, teniendo presente que por razones de seguridad y del buen orden del establecimiento dichos aparatos deben de ser revisados para acreditar que no han sufrido manipulaciones perjudiciales, revisión que debe abonar en todo caso el interno dado el carácter excepcional de autorización de dichos aparatos usados, la cual ha de efectuar un profesional de electrónica ajeno al Centro, aportándose al efecto los precios libres y las tarifas mínimas de la empresa contratada, a lo que habrá que unir los gastos de desplazamiento, que se minimizan por el propio Centro al ser varios los objetos a revisar en una misma visita, siendo los precios de mercado, no observándose, en consecuencia, por parte del Centro dejación de funciones, arbitrariedad o abuso de poder, todo lo cual determina que, conforme lo solicitado por el Ministerio Fiscal, dicha queja deba denegarse por los motivos expuestos.

En atención a lo expuesto

DISPONGO: Desestimar la queja planteada por el interno P.J.M., sobre abono y coste revisión aparatos electrónicos.

130.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 16/03/17

Desestimación de queja sobre autorización para tener una máquina de cortar el pelo.

HECHOS

El interno del Centro Penitenciario de SORIA, M.J.G.G., presenta queja porque en el Centro no le permiten tener una máquina de cortar pelo de uso personal pese a sus problemas de dermatitis.

Previa recepción del oportuno informe remitido por el Centro Penitenciario, el Ministerio Fiscal informa en sentido de interesar la desestimación de la queja presentada.

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 derechos de 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 en el Centro no le permiten tener una máquina de cortar pelo de uso personal pese a sus problemas de dermatitis. Del análisis de la documentación que obra en autos se desprende que el interno no padece enfermedad en el cuello cabelludo que aconseje auto-

rizarle una máquina de uso particular, en consecuencia, tratándose de un objeto prohibido, la queja presentada no puede prosperar.

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

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA la petición del interno M.J.G.G., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

131.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 19/04/17

Desestimación de queja. No autorización a pernoctar en Sevilla tras el desplazamiento.

HECHOS

Que el presente expediente se incoó en virtud de escrito del interno F.N.R. del Centro Penitenciario Huelva formulando queja solicitando poder pernoctar en Sevilla tras desplazamiento.

Recabados los informes pertinentes del Centro Penitenciario, se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de interesar la desestimación de dicha queja.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Que valoradas en conjunto, las alegaciones contenidas en el escrito del interno y la información aportada por el Centro Penitenciario procede desestimar la queja planteada en cuanto el artículo 86 del Reglamento Penitenciario prevé que las salidas del Establecimiento Penitenciario (familiares, laborales, formativas o de otro tipo) sean planificadas y reguladas por la

Junta de Tratamiento, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento siendo “el horario y la periodicidad de las salidas autorizadas las necesarias para realizar la actividad y para los desplazamientos” previendo el punto 4º que “en general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento”, salvo los supuestos de control telemático, por lo que no encontrándose el interno en dicha modalidad, y no requiriendo las salidas laborales autorizadas pernoctar fuera de Huelva, se considera ajustada a derecho el acuerdo denegatorio de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva de fecha 05-04-2017.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.Sª ACUERDA: Desestimar la queja formulada por el interno F.N.R. del Centro Penitenciario Huelva solicitando poder pernoctar en Sevilla tras desplazamiento y el archivo del presente expediente.

132.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 11/10/17

Desestimación queja por no retirada protocolo SSPD.

ANTECEDENTES DE HECHO

En este Juzgado se tramita expediente PYQ 346/17-1, en virtud de escrito remitido por el interno J.L.L.V. del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una QUEJA porque no le quitaron el Protocolo SSPD.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece que Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia para acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación al régimen y al tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

A la vista de los datos resultantes de los informes que obran en el expediente, procede la desestimación de la QUEJA planteada por el interno L.L.V., ya que el alta del interno en el programa de seguimiento de internos con problemas de drogadicción se acordó el día 28-09-2016 tras un grave episodio de sobredosis a sustancias tóxicas ocurrido el día 04-08-2016 dada la negativa expresa del recluso a su inclusión en los programas de intervención en drogodependencias de forma voluntaria y en la medida en que garantiza un mayor control del problema del abuso de drogas tóxicas del recluso en el interior del Centro Penitenciario sin que ello suponga una modificación o una limitación al régimen de ordinario de vida que tiene asignado por sus clasificación en el segundo grado de tratamiento penitenciario. Además la medida de la asignación preferente de la celda compartida para los internos sujetos a este tipo de programas de control o de seguimiento en drogas tóxicas es muy útil y eficaz al igual que en el caso de los reclusos incluidos en el programa de prevención de suicidios, ya que posibilita una adecuada valoración, atención y observación para evitar peligros para su salud, su integridad física o su propia vida. Por lo tanto resulta que la queja o que la petición no tiene un fundamento o un sustento mínimo como para estimar vulnerados los derechos o los beneficios penitenciarios del interno.

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

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA la queja formulado por el interno L.L.V. al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, archivándose el presente expediente.

133.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 18/12/17

Propuesta dirigida a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias relativa a la duración del PCAS en virtud del artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

HECHOS

En el expediente 4889/17 de este Juzgado, seguido a instancia del interno T.P.M.G. en materia de permiso, se denegó éste por no haber realizado aquél el Programa para el Control de la Agresión Sexual (PCAS). considerado en su caso como imprescindible.

A instancias de la Fiscalía se incoó nuevo expediente con objeto de instar una solución a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 77 de la Ley General Penitenciaria establece que: Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativos y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

El interno anteriormente referido no puede acceder a los permisos al considerarse esencial en su caso haber realizado el Programa para el control de la agresión sexual (PCAS). Dicho programa tiene una duración de 18 meses, no obstante el licenciamiento del interno tendrá lugar el 16 de enero de 2018, motivo por el cual no ha sido incluido dicho interno, careciendo el Centro Penitenciario de Villena de instrumentos terapéuticos de menor duración para el tratamiento de esta problemática (sin perjuicio de las entrevistas individuales de asesoramiento y evaluación que el Psicólogo pueda mantener con el interno).

Procede, por tanto, formular a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la propuesta de dotación de los medios necesarios al efecto de que se incluyan instrumentos terapéuticos de menor duración para el tratamiento de los internos que, requiriendo realizar el PCAS, por la escasa duración de su condena, no puedan ser incluidos en el mismo (de 18 meses).

Por todo ello, vistos los artículos citados y demás de aplicación:

DISPONGO

Dirigir a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la siguiente propuesta:

Dotación de los medios necesarios al efecto de que se incluyan instrumentos terapéuticos de menor duración para el tratamiento de los internos que, requiriendo realizar el PCAS, por la escasa duración de su condena, no puedan ser incluidos en el mismo (de 18 meses).

134.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 19/12/17

Elevación de propuesta de cumplimiento de medida de libertad vigilada.

HECHOS

Con fecha 16 de noviembre de 2016 recayó en el procedimiento de referencia auto acordando el archivo del expediente, sin perjuicio de reapertura una vez próximo el cumplimiento de la pena privativa de libertad a que fue condenado D. J.A.E.G., en ejecutoria 94/2016 de la Audiencia Provincial de Alicante Sección 2ª.

Conforme a la ejecutoria el penado cumplía condena por un delito de abuso sexual en progresión delictiva con un delito de agresión sexual en tentativa desistida, con una pena -entre otras- de dos años de prisión, con fecha de cumplimiento el 24 de febrero de 2018, y medida de libertad

vigilada a ejecutar después de la pena privativa de libertad, que en todo caso consistirá en la obligación de J.A.E.G. de participar en un programa o curso formativo de educación sexual, así como la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que se establezca en cada momento.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en los términos que obran en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

Tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, conforme al artículo 98 del Código Penal: A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos una vez al año una propuesta de mantenimiento, cese sustitución o suspensión de la misma (...)

Por su parte el artículo en su punto 2º dispone que: Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabara directamente de la Administraciones....

A su vez el artículo 96.3 del Código Penal establece como medida no privativa de libertad, la libertad vigilada, cuyo contenido desarrolla en el artículo 106 del Código Penal señalando que:

1.- La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

El apartado 2 del artículo 106 del Código Penal establece que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105 el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

Es para este último supuesto cuando, al menos con dos meses antes a la extinción de la pena privativa de libertad, debe el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevar al Sentenciador la oportuna propuesta conforme al procedimiento establecido en el artículo 98.

Con arreglo a esta normativa, el Centro Penitenciario de Villena ha remitido Informe Técnico proponiendo medidas a seguir conforme al artículo 106.1 del Código Penal. Del mismo resulta un PRONÓSTICO DE INTEGRACIÓN SOCIAL muy desfavorable atendiendo a los siguientes factores: Reincidencia en delitos contra la libertad sexual, víctimas vulnerables (por su edad) y aleatorias, forma de comisión del delito, no realización del programa específico de tratamiento (PCAS) -no era susceptible de tratamiento de acuerdo a los criterios de inclusión de dicho Programa-

Baja asunción delictiva, con transferencia de responsabilidad hacia la víctima y baja concienciación del daño causado-, consumo abusivo de alcohol y THC sin abordaje terapéutico y baja o nula red de apoyo social familiar.

Visto dicho informe, teniendo además en cuenta el dato de que SU POTENCIAL PELIGROSIDAD CRIMINAL ES ELEVADA, la propuesta es la siguiente:

1.- Obligación de participar en programas de tratamiento por delito contra la libertad sexual (artículo 106.1.j del Código Penal), adaptados a sus limitaciones cognitivas, las cuales han impedido el tratamiento específico en prisión en el programa PCAS.

2.- Sometimiento a tratamiento y/o control de consumo de tóxicos, concretamente THC y alcohol (artículo 106.1.k).

3.- La prohibición de aproximarse a la víctima (artículo 106.1.e)

4.- Presentación periódica ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (artículo 106.1.b).

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

PARTE DISPOSITIVA

ELEVAR al Tribunal Sentenciador Audiencia Provincial de Alicante Sección 2ª, propuesta de cumplimiento de medida no privativa de libertad, consistente en LIBERTAD VIGILADA, impuesta a J.A.E.G., en ejecutoria 94/2016 en los siguiente términos:

1.- Obligación de participar en programas de tratamiento por delito contra la libertad sexual, adaptados a sus limitaciones cognitivas, las cuales han impedido el tratamiento específico en prisión en el programa PCAS.

2.- Sometimiento a tratamiento y/o control de consumo de tóxicos, concretamente THC y alcohol.

3.- La prohibición de aproximarse a la víctima.

4.- Presentación periódica ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas.

135.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 22/11/17

Se desestima queja sobre la no autorización de participación de interno clasificado en primer grado en curso de verano de la UNED.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.R.L. del Centro Penitenciario Albolote formulando queja por no autorizar participación en cursos de verano UNED.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaren oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno por no permitirle participar en los cursos de verano organizados por la UNED durante el mes de julio, visto lo informado por el Centro Penitenciario, procede su desestimación concurriendo las siguientes circunstancias:

Que el penado se encuentra clasificado en primer grado, modalidad del artículo 91.2 Reglamento Penitenciario, por lo que con carácter general y salvo excepciones puntuales, y con las medidas de seguridad y control adecuadas (como puede ser la realización de exámenes) las actividades en las

que participa se desarrollan en general, en su módulo de adscripción, por razones de seguridad, y en atención al régimen de vida que le corresponde, sujeto a un mayor control y seguridad.

La actividad demandada se realiza concretamente, en el Salón de Actos del Departamento de Sociocultural, y está dirigido a internos, alumnos de la UNED, funcionarios de prisiones, alumnos universitarios en general o a cualquier persona interesada, procedente de cualquier punto de España o Extranjero lo que supone que los internos y visitantes interactúen de modo que una adecuada selección de los internos es de suma importancia, ya que, en caso no realizarse, supondría, además de una merma en la propia seguridad del Centro, un obstáculo para buen desarrollo del curso. Esto supone ser especialmente cuidadosos en la selección de los internos que acuden al acto, primando aquellos internos que carecen de sanciones, puesto que la capacidad de control sobre los asistentes del exterior es prácticamente nula al ser gestionadas las matriculas de inscripción directamente por la propia UNED. En el caso concreto del interno, está clasificado en primer grado de tratamiento, y por tanto su asistencia al curso estaría en contra del principio de clasificación interior; pero es que además, este interno, diez días antes del inicio del curso, protagonizó un incidente muy grave cuando, junto a otros internos de la Banda Terrorista ETA, participó en un plante colectivo, negándose a subir a celdas, siendo evidente el riesgo concurrente para la seguridad y buen orden, si se tiene en cuenta dicho precedente y la tendencia a los actos reivindicativos del colectivo al que pertenece el solicitante. Por consiguiente, y no objetivándose vulneración alguna de los derechos del interno, que está desarrollando la actividad formativa de su elección (estudios en la UNED) sin problema alguno, no cabe sino la desestimación de la queja formulada.

TERCERO.- Se colige que no existe base para estimar la queja, pues la actuación de la Administración penitenciaria se adecúa a lo previsto en la Ley y el Reglamento sin que se aprecie abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g 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.R.L. del Centro Penitenciario Albolote.

136.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 04/05/17

Estimación de queja. La Administración Penitenciaria debe proceder a la adquisición de material conveniente para la realización de contra analítica a internos que carecen de peculio

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, M.A.V.S, interponiendo queja contra la decisión del Centro Penitenciario de no realizar al mismo una contra analítica, al haber dado resultado positivo a consumo de sustancias tóxicas, tras regreso de permiso, sobre la justificación de no disponer de dinero en su cuenta de peculio para subvenir al pago de dicha contra analítica.

SEGUNDO.- Se remitió la petición al Ministerio Fiscal que interesó la desestimación de la misma por falta de competencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se nos informa por el Centro Penitenciario que, cuando a un interno se realiza analítica de control de consumo de sustancias tóxicas, y da resultado positivo a consumo de una o varias de aquellas sustancias consideradas como tales, tienen la posibilidad de aceptar el resultado, firmando su conformidad o, por el contrario, solicitar la práctica de la correspondiente contra analítica ya que, el primigenio análisis se realiza mediante el sistema de tiras reactivas que, según el servicio médico, tienen

mayor sensibilidad que especificidad. Cuya consecuencia es la posibilidad de error o constatación de falso positivo, si bien tal error se ha detectado en menos de un 1% de las analíticas que se practican. Ahora bien, la práctica de la contra analítica, que tiene un evidente y no desdeñable costo económico, y en evitación de abusos, ha de ser sufragada por el propio penado siendo que, en caso de ausencia de fondos en la cuenta de peculio, la práctica de la correspondiente contra analítica no se lleva a cabo.

La primera cuestión que este juzgador ha de plantearse, es la de la propia competencia del juzgado para la resolución de queja sometida hoy a nuestra consideración ya que, el artículo 76.g de la Ley Orgánica General Penitenciaria, señala como de la competencia de los jueces de vigilancia penitenciaria, el conocimiento y resolución de aquellas peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen o tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos. Quedando por lo tanto excluidas del ámbito de competencia objeto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, entre otras muchas, toda cuestión que suponga dar órdenes de funcionamiento interno u organización del centro penitenciario.

Es decir, se precisa la existencia de un acto o hecho sobre el que interpone el interno la queja o petición cuya resolución interese del juzgado de vigilancia penitenciaria y, por supuesto, dicha cuestión ha de venir referida al tratamiento o régimen penitenciario.

En el caso que nos ocupa existe ese acto de la administración penitenciaria, y aun siendo una cuestión de organización y funcionamiento del centro, el mismo tiene una evidente incidencia en los derechos y/o beneficios penitenciarios del interno pues, siendo la intervención en la adicción de los penados al consumo de sustancias tóxicas, elemento prioritario del tratamiento penitenciario, el resultado positivo a consumo de tales sustancias, que denota la existencia de una adicción activa, supone en la práctica la denegación de los permisos penitenciarios, revocación o suspensión de los mismos y en su caso no proposición de la progresión en grado con lo que todo ello comporta incluso en la obtención de la suspensión de la condena y posterior concesión de la libertad condicional, cuando se alcancen los requisitos objetivos que para ello establece el artículo 90 del Código Penal.

Por todo ello, la competencia para la resolución de la queja, con estimación o desestimación en cuanto al fondo de la cuestión de refiere, ha de ser plenamente asumida por este juzgado de vigilancia penitenciaria.

SEGUNDO.- Sentado cuanto que antecede, el propio centro penitenciario admite que: “puede ser una medida que cause un perjuicio para aquellos internos que no disponen de peculio...” Y ello es así.

Efectivamente, la norma del centro en cuanto a la realización de la contra analítica cuando los internos no disponen de dinero en su cuenta de peculio es discriminatoria con respecto a aquellos que sí lo tienen y, en caso de auténtica certeza de no haber consumido sustancias tóxicas, pueden demostrarlo y por lo tanto continuar en el disfrute de aquellos elementos del tratamiento o beneficios obtenidos con tanto trabajo y esfuerzo. Tal discriminación no puede ser propiciada por la administración, ni admitida por este juzgado.

Cierto es, y las reglas de la experiencia nos lo enseña, que puede producirse un mal uso y por supuesto abuso en la petición de la contra analítica, que es justo y razonable evitar. Por ello, el penado que aun consciente de haber consumido sustancias tóxicas pese a su prohibición, solicita la contra analítica y ésta ratifica el resultado de la tira reactiva, ha de satisfacer el coste de la misma. Pero es igualmente justo, que aquel que careciendo de medios económicos y bajo una relación de especial sujeción con la administración, sabe que no ha consumido tales sustancias y por error ha dado un falso positivo, pueda acceder a la realización de la contra analítica no viéndose así privado de forma injusta, de aquellos elementos tratamentales o beneficios que con tanto trabajo alcanzó. Por ello, la administración penitenciaria, debe adoptar por todos los medios a su alcance, las medidas necesarias para que tal discriminación no se produzca. En ello parece estar cuando en su informe nos dice que: “se está trabajando para mejorar el sistema y que el número de errores sea el mínimo posible” pero, mientras ello se instaura, esta resolución quedaría vacía de contenido si no adoptara, siquiera sea de forma interina y hasta tanto la administración penitenciaria dicte las oportunas normas, aquellas medidas tendentes a evitar tan grave discriminación.

Llegados a este punto, nos dice el centro, que tras valorar el posible pago por parte de la administración de las contra analíticas en el supuesto de internos sin peculio, tal fue desechado al no existir partida presupues-

taria donde encajar tal gasto; pues la partida presupuestaria 482 que permite satisfacer para internos sin peculio prestaciones sanitarias tales como prótesis dentales, prótesis ortopédicas o lentes correctoras, no permite la incardinación de la contra analítica. Tampoco puede ser incardinada en la partida 22, materiales suministros y otros. No siendo este juzgado competente para modificar ni el concepto de las partidas presupuestarias, ni para acordar que se incluyan en alguna de las existentes, determinadas partidas de gasto que, es cuestión administrativa ajena a la jurisdicción de este juzgado. Por ello, se estima razonable la solución ofrecida por el centro y hasta tanto por la institución penitenciaria se arbitre otro sistema, se acuerda que con cargo a la indicada partida 22 se adquieran el material necesario para realizar por el propio centro una contra analítica a aquellos internos que, careciendo de recursos, muestren su disconformidad con el primer resultado obtenido. Material que por razones obvias, deberá ser de diferente naturaleza del utilizado en primer lugar.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, SS^a dijo:

DISPONGO

Que estimando la queja presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, M.A.V.S., debía acordar y acordaba:

1.- Que por el Centro Penitenciario se proceda a la adquisición del material que estime conveniente, que deberá ser distinto del utilizado hasta ahora, para el único fin de que pueda ser realizada contra analítica a aquellos internos que carentes de peculio, muestren su disconformidad con el primer resultado obtenido en la analítica de control realizada para comprobar la abstinencia a consumo de sustancias tóxicas.

2.- Remitir copia de la presente a la Secretaría General de IIPP que servirá de propuesta, para que se arbitre un sistema por el cual se garantice la realización de la contra analítica externa a aquellos internos que carezcan de peculio para sufragar su importe, sin perjuicio de que, confirmado el resultado, la administración penitenciaria pueda resarcirse de dicho importe una vez el penado tenga en su cuenta de peculio los ingresos suficientes.

137.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 05/06/17

Estimación de queja. Interno clasificado en tercer grado, para hacer efectiva la expulsión del artículo 89.1 del Código Penal, debe ser trasladado a centro de régimen abierto.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, R.W., interponiendo queja contra su permanencia en un módulo ordinario con régimen de vida ordinario, cuando su clasificación lo es en tercer grado de tratamiento.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de la misma.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la desestimación de la queja.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Estudiado el contenido de la queja presentada por el interno, y a la vista del informe emitido por el Centro y el Ministerio Fiscal, procede acordar la estimación de aquella conforme a lo prevenido en el artículo 76.2 g) y 72.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 80, 82, 88 y 101.2 del Reglamento Penitenciario ya que, clasificado el penado en tercer grado de tratamiento, el citado artículo 72.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria determina que el tercer grado se cumplirá en un centro de los denominados de régimen abierto.

El interno pues, de forma indebida, permanece en un centro de régimen ordinario que actualmente carece de sección abierta sin que sean atendibles las razones esgrimidas por el centro directivo para su destino ya que, el artículo 82 del Reglamento Penitenciario, establece modalidades de vida que pueden ser aplicadas a un interno que sea preciso ob-

servar por sus circunstancias personales y, que al parecer, no han sido tenidas en cuenta para la clasificación del interno en tercer grado de tratamiento. Pues, como ya tiene dicho este juzgado, el artículo 89.1 del Código Penal (antes 89.5) no contempla en modo alguno una modalidad de tercer grado distinta de la general establecida en las ya mencionadas disposiciones del Reglamento Penitenciario y que pueda ser considerada instrumental para conseguir o lograr la expulsión del territorio español de aquellos condenados extranjeros a los que por cualquier motivo, el tribunal sentenciador no haya considerado oportuno sustituir la pena por la expulsión.

Lo dispuesto por el mencionado nº 1 “in fine” del artículo 89 o en su nº 2 es que cuando un extranjero que cumpla condena en España acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, por el juez o tribunal sentenciador se procederá a su expulsión del territorio nacional previa valoración por el mismo de las circunstancias concurrentes pero, en modo alguno, que el interno, sin concurrir los requisitos penitenciarios establecidos al efecto, pueda ser progresado de grado con la única finalidad de ser expulsado de España, y sin que por lo tanto le sea aplicada la modalidad de vida establecida para tal clasificación.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

DISPONGO

Que estimando como estimo la queja presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, R.W., debo acordar y acuerdo que el mismo, a la mayor brevedad posible, y dada su clasificación en tercer grado de tratamiento, sea trasladado a un centro de régimen abierto, al carcer actualmente de sección abierta dependiente, el Centro Penitenciario de Albolote.

138.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 27/09/17

Desestimación de queja sobre petición de entrega de expediente médico completo.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno del Centro Penitenciario Albolote, hoy en libertad, J.J.M.M., solicitando que por los servicios médicos de dicho centro penitenciario se le haga entrega de su “expediente médico completo” con todas las pruebas, informes, tratamientos, diagnósticos, fechas de visita y facultativos que le atendieron.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de la misma.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido que consta en autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Estudiado el contenido de la petición presentada por quien en su día fue interno del Centro Penitenciario de Albolote y que ínterin la tramitación de este expediente fue puesto en libertad en fecha 16 de mayo del corriente año, y a la vista del informe emitido por el Centro y el Ministerio Fiscal, procede acordar la desestimación de aquella en los términos planteados por entender suficiente y justificante el contenido del primero y ser el mismo conforme a lo prevenido en el artículo 76.2 apdº g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 215.2 del Reglamento Penitenciario.

Efectivamente. Dispone el artículo 215.2 del Reglamento Penitenciario como no podía ser de otra forma, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad que, “los internos tendrán en cualquier caso derecho a ser informados de forma clara y comprensible sobre todo lo referente a su estado de salud, así como a la expedición de los informes que soliciten”.

En el caso que se analiza, el interno en ningún momento manifiesta haberle sido negada por el servicio médico información alguna demandada sobre su estado de salud. Tampoco solicita la expedición de un informe comprensivo de extremos concretos y determinados. Lo que solicita es un la entrega de su expediente médico concreto y tal no está contemplado así ni en el reglamento penitenciario, ni en la ley general sanitaria. Y no está contemplado así, porque el expediente médico no se conforma sólo con una serie cronológica de pruebas, citas diagnósticos y tratamientos si no que puede contener anotaciones personales de los facultativos a ellos mismos dirigidas para recordatorio de extremos que puede ser variados o, a otros facultativos que puedan sucederles cronológicamente en la atención al paciente y en definitiva, sea por la razón que sea, la ley no contempla un derecho absoluto del paciente a obtener la entrega de su historia clínica o expediente médico completo si no de los informes que particularizadamente solicite sobre datos concretos y determinados.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

DISPONGO

Que debo desestimar y desestimo la petición presentada por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, hoy en libertad. J.J.M.M., sobre entrega de su expediente médico completo. Sin perjuicio de que se le haga entrega de una copia de la documentación remitida por el centro penitenciario y que igualmente por fotocopia obra unida al expediente.

ÍNDICE ANALÍTICO

ACUMULACIÓN

Delimitación de la competencia de los Juzgados de Instrucción en materia de acumulación de condenas.: § 1

Desestimación de recurso de casación. No procede la acumulación de una condena impuesta y cumplía en Francia con otras penas impuestas en España.: § 2

Interpretación de la redacción dada al artículo 76.2 del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. Viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación.: § 5

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no aumenta la pena privativa de libertad a efectos del artículo 76 del Código Penal.: § 3

Recurso de casación. Procede incluir en la acumulación condenas en periodo de suspensión.: § 7

Se estima recurso de casación, se fija límite máximo de cumplimiento sometiéndose la ejecución al Código Penal de 1995, renunciando expresamente a beneficios derivados del Código Penal de 1973.: § 4

Se estima recurso de casación. Si procede la acumulación de la pena de localización permanente.: § 6

BENEFICIOS

Desestimación de queja sobre abono de redención extraordinaria.: § 11

Desestimación de queja. Los días de redención ordinaria serán los que correspondan a los días efectivamente trabajados.: § 12

Desestimación de queja. No procede abono de redención ordinaria, ya que no realiza ninguna actividad.: § 13

Estimación de recurso reconociendo derecho a redención ordinaria por trabajo intelectual.: § 9

Existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No pueden modificarse liquidaciones de condena que contemplan periodos de redención una vez que devienen firmes.: § 8

Indulto. Se estima recurso de apelación. Es necesario motivar y fundamentar la decisión de no tramitar la solicitud.: § 14

Se estima parcialmente el recurso de reforma. Para la redención ordinaria se tendrá en cuenta el número de asignaturas matriculadas y el rendimiento obtenido.: § 10

CLASIFICACIÓN

Desestimación de recurso contra regresión de grado. Mal uso del régimen abierto.: § 15

Desestimación de recurso de apelación denegando la aplicación del control por medida telemática.: § 16

Desestimación de recurso. No concurrencia de suficientes factores positivos para la progresión a tercer grado ni programa específico que justifique la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.: § 18

Desestimación de recurso: no satisfacción de la responsabilidad civil. Riesgo de reincidencia y no haber cumplido la 1/4 parte.: § 20

Desestimación recurso de apelación por ínfima satisfacción de la responsabilidad civil y pronostico de comportamiento futuro en libertad.: § 21

Desestimación recurso de apelación. La enfermedad grave e incurable no varía el pronóstico de reincidencia alto.: § 19

Estimación parcial del recurso. Se aplica el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario en atención a la edad y estado de salud del interno y con la exigencia de realizar actividades de voluntariado.: § 22

No procede la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. No puede utilizarse como medio para minimizar los efectos perjudiciales que la pena pueda tener sobre el modo de vida anterior del penado.: § 17

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra progresión a 3º grado por no cumplir el requisito del pago de la responsabilidad civil.: § 24

Se estima parcialmente el recurso. Aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario a interno condenado por integración en organización terrorista, una vez desvinculado de la misma.: § 23

COMUNICACIONES

Desestimación de queja por denegación de comunicaciones vis a vis. No concurren requisitos para considerarla allegada.: § 31

Desestimación de queja. Debe acreditar documentalmente que la persona con la que desea comunicar es un abogado.: § 30

Estimación de queja autorizando comunicación telefónica sin acreditar la titularidad del número.: § 32

Estimación de queja sobre admisión de allegados.: § 29

Limitación de las comunicaciones escritas de interno atendiendo a su posible relación con movimientos extremistas de origen islámico.: § 26

Se considera procedente la suspensión de las comunicaciones, rebajando el tiempo de la duración de la medida.: § 25

Se desestima la queja por interceptar carta a interno incluido en FIES, procedente de la Delegación del Gobierno.: § 27

Se estima queja en relación a la solicitud de exclusión de las llamadas al letrado del máximo de llamadas semanales autorizadas.: § 28

DERECHOS

Desestimación de queja por el suministro de calefacción.: § 40

Desestimación de queja. No existe vulneración de derecho del interno a acceso a la información del expediente.: § 36

Desestimación de queja. No se vulneran los derechos religiosos al no autorizar rezos en el patio ni vestiduras tradicionales musulmanas.: § 34

Desestimación de recurso. No existe vulneración del derecho a la cultura, dada la imposibilidad de ofertar determinados estudios.: § 35

Desestimación queja. No es posible la entrega completa del expediente.: § 38

Estimación de recurso de apelación sobre gastos de traslado del televisor.: § 39

La negativa a participar en rueda de reconocimiento puede constituir delito de desobediencia.: § 41

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria autorizando el uso del hiyab. Voto particular.: § 33

Se estima parcialmente la petición del interno. Tiene derecho a la información del contenido de su PIT, pero no al acceso de forma directa a los informes.: § 37

ELEMENTOS Y CONSIDERACIONES DEL DELITO CSP EN CENTROS PENITENCIARIOS

Condena como autores del delito al interno y a su compañera sentimental por sustancias incautadas a esta en cacheo realizado antes de la comunicación.: § 45

Delito contra la salud pública en grado de tentativa, interceptación de la droga en los controles de entrada.: § 44

Estimación parcial del recurso. No se aprecia el subtipo agravado de la realización de la conducta típica en un Centro Penitenciario.: § 42

No se aprecia el supuesto de entrega compasiva, dada la cantidad de droga aprehendida y demás circunstancias del caso.: § 43

Se duda de que la droga incautada estuviera destinada al tráfico en el Centro Penitenciario. Indubio pro reo.: § 46

EXPULSIÓN

Interpretación de la directiva 2003/109/de la Constitución Española. Especial protección de los nacionales de un tercer estado residentes de larga duración frente a la expulsión.: § 47

Interpretación de la directiva 2004/38, el que una persona esté encarcelada en el momento de dictarse una resolución de expulsión no excluye que constituya una amenaza real.: § 48

Interpretación del artículo 89 del Código Penal en su redacción dada por la L.O. 1/2015.: § 49

No conceder la sustitución de la pena por expulsión, por tratarse de un ciudadano comunitario.: § 51

No procede la sustitución de la pena por la expulsión de manera inmediata. Prevalece la defensa del orden jurídico.: § 50

LIBERTAD CONDICIONAL

Denegación de la aplicación del artículo 197 del Reglamento Penitenciario solo procede en aplicación en los casos de nacionales de estados en los que no se hubiera implementado la ley 23/14.: § 58

Denegación de libertad condicional por no apreciarse conducta del interno destinada a la reparación de la víctima.: § 60

Denegación de libertad condicional por no cumplir con la condición del artículo 90 c) del Código Penal.: § 55

Desestimación queja; no concesión libertad condicional por enfermedad incurable.: § 57

Estimación de recurso de apelación. Se concede la libertad condicional con suspensión de la ejecución del resto de la pena, aunque resten por cumplir más de cinco años.: § 52

Estimación recurso de apelación. No procede aplicar de manera retroactiva el artículo 90 del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015) por resultar menos favorable para el penado.: § 54

No concesión libertad condicional. Distinción entre enfermedad crónica y enfermedad con padecimientos graves.: § 56

No ha lugar a la revocación, pese a incumplimientos reglas de conducta.: § 61

Remisión de pena suspendida condicionalmente por haber transcurrido el plazo señalado sin incidencias.: § 59

Revocación de la libertad condicional al valorar que una causa en libertad provisional supone cambio importante de circunstancias.: § 53

LIQUIDACIONES DE CONDENA

No ha lugar a efectuar nueva liquidación de condena al ser firme la anterior y existir normativa específica para lo interesado por el Centro Penitenciario.: § 64

No ha lugar a nueva liquidación de condena por ser la ya realizada firme, y por existir una previa refundición de condenas.: § 62

No ha lugar a realizar una nueva liquidación de condena.: § 63

Se modifica liquidación de condena de pena privativa de derechos para su cumplimiento de forma sucesiva.: § 65

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Se establece el límite en favor del reo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable.: § 66

Suspensión de la ejecución de la pena y sustitución por medida de seguridad por tratamiento mental sobrevenido.: § 68

Suspensión del cumplimiento de pena privativa de libertad, imponiéndole la medida de seguridad de internamiento en Hospital Psiquiátrico Penitenciario.: § 69

Sustitución de la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico Penitenciario por la de tratamiento externo en Hospital Psiquiátrico.: § 67

PERMISOS

Desestimación de queja sobre denegación de salidas de fin de semana.: § 77

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal. Se deniega el permiso de salida por no apreciar una modificación de los aspectos de la personalidad relacionados con la actividad delictiva.: § 73

Estimación parcial de recurso de apelación. No procede revocación de permiso. Únicamente suspensión provisional hasta esclarecimiento de procedimiento pendiente.: § 71

La lejanía en el tiempo de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena como criterio de valoración en el estudio del permiso.: § 72

No concesión de permiso de salida, pese a propuesta favorable de la Junta de Tratamiento. No ha finalizado programa específico.: § 78

No procede concesión de permiso: nula asunción de los delitos cometidos y distorsiones cognitivas.: § 76

Permiso extraordinario concedido a preso preventivo. Autorizado por el Juzgado de Guardia.: § 79

Se estima recurso de apelación por considerar útil reforzar el proceso de cambio del interno una vez transcurrido tiempo prudencial desde analítica positiva.: § 75

Se estima recurso de apelación contra auto denegatorio de permiso. No se aprecian elementos bastantes para denegar el mismo.: § 74

Se estima recurso de apelación contra denegación de permiso. El permiso es un elemento para preparar la vida en libertad y para revertir las consecuencias de la prisionización.: § 70

PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Comparativa entre la prisión permanente revisable y la acumulación de condenas del artículo 76 del Código Penal.: § 80

PRISIÓN PREVENTIVA

Inadmisión recurso de casación: no cabe un abono del doble de tiempo de prisión preventiva, atendiendo a la aflicción que pueden producir las condiciones de la misma.: § 81

Se abona prisión preventiva sufrida en Turquía por actuaciones penales seguidas en España.: § 83

Se desestima recurso de casación. No existe coincidencia temporal entre la situación de prisión provisional y penado para poder apreciar el doble cómputo.: § 82

RECONOCIMIENTO MUTUO RESOLUCIONES PENALES

Denegación de transmisión de condena a Países Bajos por existencia de causas pendientes.: § 84

Se acuerda la transmisión a Rumanía de libertad condicional y medidas acordadas en la misma.: § 85

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Estimación de recurso de apelación acordando la inclusión en la refundición de causas ya licenciadas.: § 87

Se estima la petición del interno y se incluyen causas ya licenciadas para el cómputo de beneficios penitenciarios.: § 86

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Desestimación de recurso interpuesto contra acuerdo sancionador por comisión de falta tipificada en el artículo 109.A del Reglamento Penitenciario por declaraciones de la interna en un programa de televisión.: § 93

Desestimación de recurso. Es ajustada a derecho la calificación de la falta y la imposición de la sanción.: § 92

Desestimación recurso de apelación. Los criterios aplicables a la limitación del artículo 76 del Código Penal son extensibles al derecho penitenciario.: § 88

Estimación de recurso contra sanción impuesta por no reingreso al Centro Penitenciario después del disfrute de un permiso.: § 91

Estimación de recurso de alzada. Los hechos objeto del expediente disciplinario tienen lugar fuera del Centro Penitenciario.: § 94

Estimación parcial de recurso de alzada. Con carácter general no procede imponer sanción más grave que la propuesta por el instructor.: § 95

Estimación parcial de recurso. Se mantiene la calificación jurídica pero se reduce la sanción.: § 90

No existe vulneración del principio de *nom bis in idem*. Concurrencia de sanción administrativa y condena en el ámbito penal.: § 89

Se estima recurso contra sanción. No existe desobediencia pese a la negativa al uso de esposas.: § 96

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Desestimación de recurso contencioso administrativo contra resolución desestimatoria de petición de indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración.: § 98

No procede indemnización. Se ha cumplido con el deber de vigilancia y el correcto funcionamiento de los servicios médicos.: § 97

Se estima parcialmente el recurso. Indemnización procedente al observar dejadez de los servicios penitenciarios en su obligación de velar por la vida del interno.: § 99

SANITARIA

Desestimación de recurso de apelación respecto a orden judicial de administración forzosa de medicación a interno que no es capaz de tomar decisión.: § 100

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

Desestimación de queja por las condiciones de realización del recuento.: § 103

Desestimación de queja por realización de cacheo con desnudo integral.: § 102

Desestimación recurso apelación. La revisión de la celda se realizó para preservar la seguridad del establecimiento. No hay vulneración de derechos.: § 101

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

En caso de comisión de delito durante la suspensión, no cabe la prórroga de la misma.: § 107

No procede la suspensión por considerar el tratamiento de deshabitación como instrumento para obtener los efectos suspensivos de las penas.: § 105

No procede la suspensión. En este caso se necesita un tratamiento penitenciario estricto individualizado y restringido de libertad deambulatoria.: § 109

No procede revocación de la suspensión pese a comisión de delito durante el plazo establecido.: § 106

Procede la suspensión de condena pese a contar con antecedentes penales.: § 108

Procede la suspensión de condena pese a la existencia de tres condenas previas en el ámbito de violencia de género.: § 104

Se deja sin efecto la revocación de la suspensión de la pena pese a la imposibilidad de efectuar el tratamiento.: § 110

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Se anula plan de ejecución por haberse acordado dar por incumplida la pena de TBC en auto de fecha anterior.: § 115

Hacer caso omiso a los requerimientos para comparecer ante el Servicio de Gestión de Penas constituye delito de desobediencia.: § 112

La no comparecencia para la elaboración del plan de ejecución no constituye ni delito ni desobediencia ni quebrantamiento de condena.: § 114

La reiterada incomparecencia ante los servicios sociales para determinar el cumplimiento de las jornadas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad no constituye delito de desobediencia, pero sí de quebrantamiento de condena.: § 113

Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por dar por incumplida la pena.: § 111

TRABAJO PENITENCIARIO

Desestimación de queja. No se incumplen criterios de prelación para acceso a trabajo remunerado.: § 118

En caso de extinción de contrato de trabajo no procede indemnización ni en concepto de daños y perjuicios ni en concepto de salarios.: § 116

En la relación laboral especial penitenciaria no se contempla la figura del despido.: § 117

TRASLADOS

Desestimación de recurso de casación. La resolución administrativa acordando el traslado de Centro Penitenciario no es arbitraria ni carece de motivación.: § 120

Estimación de recurso de apelación dejando sin efecto el traslado por ser nulo de pleno derecho.: § 122

Inadmisión de recurso de amparo por inexistente vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (denegación de solicitud de traslado al Centro Penitenciario más cercano a domicilio familiar). Voto particular en contra.: § 119

Recurso contencioso administrativo. Se anula la resolución de traslado por ser contraria a derecho.: § 121

OTROS

Desestimación de queja sobre autorización para tener una máquina de cortar el pelo.: § 130

Desestimación de queja sobre discriminación por razón de sexo.: § 128

Desestimación de queja sobre el coste de revisión de los aparatos electrónicos.: § 129

Desestimación de queja sobre petición de entrega de expediente médico completo.: § 138

Desestimación de queja solicitando que se deje sin efecto la inclusión en el fichero FIES.: § 127

Desestimación de queja. No autorización a pernoctar en Sevilla tras el desplazamiento.: § 131

Desestimación queja por no retirada protocolo SSPD.: § 132

Elevación de propuesta de cumplimiento de medida de libertad vigilada.: § 134

Estimación de queja anulando el licenciamiento definitivo.: § 126

Estimación de queja. Interno clasificado en tercer grado, para hacer efectiva la expulsión del artículo 89.1 del Código Penal, debe ser trasladado a centro de régimen abierto.: § 137

Estimación de queja. La Administración Penitenciaria debe proceder a la adquisición de material conveniente par la realización de contra analítica a internos que carecen de peculio: § 136

Propuesta dirigida a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias relativa a la duración del PACS en virtud del artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.: § 133

Se abona el tiempo que permaneció en régimen cerrado en Proyecto Hombre, al cumplimiento de la pena privativa de libertad.: § 124

Se abonan los días que el penado permaneció en régimen de internamiento a la pena de un año de prisión a cumplir en comunidad terapéutica.: § 125

Se desestima queja sobre la no autorización de participación de interno clasificado en primer grado en curso de verano de la UNED.: § 135

Se ratifica resolución que denegaba la concesión de dispositivo de detección de proximidad solicitado por la víctima.: § 123

