

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2018**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2018

I.^a edición
Septiembre de 2019



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:

Antonio Marqués Haro
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



Producción encomendada a:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y
Formación para el Empleo



Diseño y Maquetación:

Taller de Artes Gráficas
Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



CÁMARA CERTIFICA QUE EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN IMPRESIÓN, ARTES GRÁFICAS, DISEÑO Y CONFECCIÓN INDUSTRIAL ES CONFORME A LA NORMA ISO 9001:2008. 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. Web: 126-15-040-2

N.I.P.O. DVD: 126-19-119-2

Depósito Legal: M-30815-2019

PRÓLOGO

Esta nueva edición de la colección “JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA” correspondiente al año 2018, tiene como objetivo, como en anteriores ediciones, poner a disposición de los profesionales del derecho, estudiosos y operadores jurídicos del sistema penitenciario una recopilación sistemática y actualizada de las resoluciones judiciales que se han adoptado sobre decisiones tomadas por la Administración penitenciaria, en cumplimiento de los fines que le asigna la ley penitenciaria, que precisamente este año cumple su 40º aniversario.

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

La satisfacción de la responsabilidad civil a la que están obligados determinados condenados, que condiciona la clasificación en 3^{er} grado y posteriormente la posibilidad de la suspensión de la condena para el acceso a la libertad condicional. Particularmente interesante ha sido la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2-02-08 que, a la hora de examinar los requisitos de la suspensión a efectos de libertad condicional, concluye que no se puede exigir el pago de la responsabilidad civil a penados cuyos ingresos no superan el salario mínimo interprofesional, al considerar que tienen la condición de inembargables.

La acumulación jurídica, que sigue siendo causa de diversas resoluciones judiciales, resaltando la fijación de criterios que en este tema realiza el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 27-06-18, donde se establecen hasta once criterios a tener cuenta sobre este particular.

La clasificación penitenciaria en grados, también ha sido abordada esta cuestión en diversas resoluciones judiciales, porque sin duda esta decisión administrativa es especialmente trascendente, en cuanto que la misma condiciona el modelo de cumplir la pena privativa de libertad y, afecta al status jurídico del interno.

Las comunicaciones y visitas, una temática incardinada en el derecho del interno a no romper los lazos con el mundo exterior para evitar una desvinculación que podría dificultar la futura integración social de éste cuando salga en libertad.

Los derechos e intereses legítimos de los reclusos, en este marco han sido abordadas por la jurisprudencia cuestiones tales como: la posibilidad de realizar exámenes en euskera, las condiciones de habitabilidad que debe reunir la celda, el derecho a realizar determinadas actividades, el reintegro por los gastos del traslado de televisores propiedad de los internos, etc.

La expulsión judicial, que ha sido objeto de atención, particularmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6-04-18 y, también, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29-10-18.

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

Las limitaciones regimentales, previstas en el del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, sigue dando lugar a resoluciones jurisdiccionales como el Auto del Juzgado de Vigilancia de Bilbao de fecha 23-11-17, que valida la aplicación de dichas limitaciones regimentales a un interno que no respeta las normas de aseo personal ni de limpieza de la celda.

Las medidas de seguridad, particularmente la denominada medida de seguridad de “libertad vigilada post-penitenciaria” cuya

regulación legal en el Código penal ha dejado enormes lagunas en lo relativo a su cumplimiento, que no ha llenado el Real Decreto 840/2011.

Los permisos penitenciarios, que siguen siendo materia de debate jurídico en todo lo relativo a la concurrencia o no de los requisitos para su concesión, particularmente, de aquellos que están más relacionados con el objetivo de preparar al interno para su futura vida en libertad. Algunos problemas interpretativos se han presentado a la hora del disfrute de estos permisos en países extranjeros y a la hora de exigir o no el pago de la responsabilidad civil para su disfrute.

La prisión provisional, donde siguen produciéndose resoluciones sobre el controvertido tema del doble cómputo de periodos de prisión en situación de preventivo y de penado, la duración y, también, la posibilidad de que proceda una indemnización cuando esta prisión provisional se ha sufrido por error.

El reconocimiento mutuo de resoluciones penales, con planteamientos sobre las distintas situaciones relacionadas con la aplicación por los juzgados de vigilancia penitenciaria de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

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

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, existen distintos pronunciamientos sobre posibles incumplimientos de la Administración Penitenciaria en su deber de preservar la vida y la integridad física de las personas sometidas a su custodia

Por último, en el tema sanitario, se ha planteado cierta polémica sobre los traslados de los internos a consulta hospitalaria cuando

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no atienden estas salidas por falta de efectivos.

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

Madrid, 25 de septiembre de 2019

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping, fluid strokes that form a complex, abstract shape. The signature is positioned centrally on the page, below the date and above the name.

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

SUMARIO

SUMARIO

Página

Prólogo	7
Sumario	13
Comentarios	17
Capítulo I: Acumulación	43
Capítulo II: Clasificación	75
Capítulo III: Comunicaciones	101
Capítulo IV: Derechos	155
Capítulo V: Expulsión	175
Capítulo VI: Juez de Vigilancia	201
Capítulo VII: Libertad condicional	209
Capítulo VIII: Limitaciones regimentales	261
Capítulo IX: Medidas de seguridad	271
Capítulo X: Permisos	279
Capítulo XI: Prisión provisional	319
Capítulo XII: Reconocimiento mutuo de resoluciones penales	403
Capítulo XIII: Régimen disciplinario	411
Capítulo XIV: Responsabilidad patrimonial	423
Capítulo XV: Sanitaria	445
Capítulo XVI: Seguridad Establecimiento	459
Capítulo XVII: Suspensión de la condena	465
Capítulo XVIII: Trabajo en Beneficio de la Comunidad	519
Capítulo XIX: Traslados	543
Capítulo XX: Otros	559
Índice analítico	569

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

En la presente edición de Jurisprudencia Penitenciaria, siguiendo con la tradición de exposición de resoluciones agrupadas en capítulos o apartados, en esencia se siguen manteniendo los de ediciones anteriores si bien con alguna ausencia o incorporación en base a las resoluciones judiciales halladas en el transcurso de 2018.

En este año, quiero resaltar la trascendencia que ha tenido la satisfacción de la responsabilidad civil a que están obligados determinados condenados, la cual ha sido tratada –como un poliedro– desde distintas aristas o planos. Encontramos en primer lugar, la importancia que tiene este punto a efectos de clasificación en el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21-12-98; a continuación encontramos la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 2-02-08 que, a la hora de examinar los requisitos de la suspensión a efectos de libertad condicional, concluye que no se puede exigir el pago de la responsabilidad civil a penados cuyos ingresos no superan el salario mínimo interprofesional, al considerar que tienen la condición de inembargables. En materia de permisos también se pondera si el pago insuficiente de esta responsabilidad civil no es motivo bastante para no autorizarlos, como razona el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 31-10-18; y por último, hay que citar el Auto del Tribunal Constitucional de 23-01-18 que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en torno a si es necesario el antecitado pago de la responsabilidad civil para la concesión de la suspensión de condena.

En materia de acumulación de condenas sigue siendo prolífica la producción jurisprudencial, resaltando la fijación de criterios en este tema realizada por la el Pleno del Tribunal Supremo de 27-06-18 –y recogida en la Sentencia del mismo órgano de 5-12-18–, donde se establecen once criterios a tener cuenta.

También es llamativa la cantidad de resoluciones judiciales que dentro del apartado de las comunicaciones, se siguen sucediendo en torno a la definición, alcance y extensión del concepto de allegados. En esta edición hemos recopilado la mención que de este concepto hace una Ley alejada del ámbito penal y penitenciario, como es la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y a la que se refiere el Auto de la Audiencia Nacional de 25-10-98. En el mismo capítulo de comunicaciones, hemos traído a colación como en ediciones pretéritas, el controvertido asunto de la autorización de hacer fotografías en el transcurso de aquéllas.

Por su singular significado, hay que llamar la atención de un permiso extraordinario, cuya denegación dio lugar nada menos que a un Auto del Tribunal Constitucional: me refiero concretamente al Auto de dicho órgano de 22-05-18 que ante la petición de un interno para ejercer funciones de diputado en Parlamento autonómico, no se le concedió, así como su participación en la Cámara autonómica por medio de videoconferencia.

En lo relativo a la prisión provisional, hay que poner atención en el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 8-01-18, que admite el abono del periodo de prisión provisional que finaliza mediante sobreseimiento provisional, conforme al artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También es de remarcar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-05-18 que sienta que el error en la prisión tras decretar la absolución del preso, no es indemnizable en todos los supuestos, sino cuando se trata de un error esencial.

En el aspecto sanitario hemos recogido la particular resolución del Juzgado Central Vigilancia, que en un Auto de 11-04-18 autoriza al interno para que se lleve a cabo una terapia realizada por una psicóloga privada designada por aquél. Y también es de subrayar la declaración que realiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15-01-18, acerca de la finalidad que persigue el legislador cuando posibilita la suspensión de la ejecución de la condena a los internos con drogodependencia.

ACUMULACIÓN

Inauguramos este apartado con la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2018, que reproduce a la interpretación del Pleno de esta Sala

Casacional, de fecha de 27 de junio de 2018, sobre “fijación de criterios en casos de acumulación de condenas”, donde se recogen criterios tales como que: “Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce ex novo en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación”, o el que establece que “Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento”, o la que determina asimismo que “No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación”.

La sentencia de este Alto Tribunal de 11 de octubre de 2018 estima parcialmente el recurso de casación en varios aspectos. Por un lado sienta que “Cuando una acumulación, posible cronológicamente, es descartada por no arrojar resultados favorables, las sentencias refundibles pueden rescatarse y utilizarse para otras eventuales acumulaciones”. Por otra parte recoge uno de los criterios del acuerdo no jurisdiccional antecitado de 27-06-18, según el cual “La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa”.

CLASIFICACIÓN

Comenzando con las resoluciones favorables a la progresión, hemos recogido el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26-12-18 que desestimando un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, confirma el Auto del Juzgado de Vigilancia, que apoyándose en el acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento del centro penitenciario de Brians, considera que un interno penado por delitos de apropiación indebida y blanqueo de capitales y condenado al pago de una responsabilidad civil superior a cuatro millones de euros, y que lleva pagados poco más de tres mil, estima que es susceptible de ser progresado en grado de clasificación. El Fiscal considera oportuno en su recurso de apelación volver a evaluar si el interno ha hecho

el esfuerzo reparador suficiente, en base a lo exigido en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto al pago de la mencionada responsabilidad civil, entendiendo que el requisito de este pago no puede entenderse con carácter absoluto, si bien –a su entender– en este caso no se cumple con suficiencia. La Audiencia sin embargo considera que, teniendo en cuenta el conjunto de los factores favorables que concurren en el interno, procede la progresión. Por su parte, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada en resolución de un recurso de alzada, si bien considera prematura la progresión a tercer grado, entiende que procede la concesión del principio de flexibilidad “teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos y la extensión de la pena impuesta que aconseja un mayor periodo de observación, si es procedente la ya anticipada aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario que en su día propuso la junta de tratamiento para que el penado pueda desarrollar su actividad laboral. Y, en su consecuencia, otorgar al penado salidas laborales, debiendo en todo caso pernoctar diariamente en el centro penitenciario”.

Siguiendo con resoluciones desfavorables, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Córdoba de 5-02-18 no considera aplicable la concesión del tercer grado por razones de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, a un interno que si bien padece una cardiopatía isquémica arteriosclerótica, según el informe del Médico Forense tal enfermedad es compatible con la normalidad, aportando unos porcentajes de probabilidad de supervivencia altos, tanto a corto cuanto a medio plazo. En la misma línea, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 10-05-18 estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal respecto a la progresión de grado de una interna que, entre otros factores desfavorables, ostentaba el de la adicción a las sustancias tóxicas, como lo demostró el hecho de que el mismo día de su clasificación diese positivo en control toxicológico practicado en el CIS de Huelva.

Terminamos este apartado con el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13-04-18 que desestima el recurso de apelación interpuesto por el interno contra la resolución de regresión a primer grado, que lo fundamenta al decir que “nos encontramos con una “inadaptación manifiesta” puesto que el penado encuentra cualquier oportunidad para desatender a requerimientos del personal del centro penitenciario, hace un uso muy inadecuado de los soportes informáticos que ha llevado a que no pueda acceder a su utilización, haciendo uso de un lenguaje agresivo de manera constante,

y se comparte con el juez a quo que el penado, con su comportamiento, ha conseguido “la percepción personal de persecución, agresión, ataque respecto a los funcionarios o autoridades que intervienen en la ejecución de la condena...”. Este comportamiento es desarrollado en el tiempo y obliga a considerar que hay una evolución muy negativa en su tratamiento”.

COMUNICACIONES

Comenzamos este capítulo de variado contenido con la intervención de comunicaciones; así, el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 6-02-18 estimó una queja de un interno a quien se le retiró una carta con anagramas y lemas utilizados habitualmente por la organización terrorista ETA en solicitud de la agrupación de los presos en el País Vasco, por entender que tales lemas “no es una exclusiva que detenten los terroristas y que identifique automáticamente texto y organización, ya que se trata de una reivindicación que asumen fuerzas políticas de Euskadi que tienen representación en las Instituciones del Estado y de la Comunidad Autónoma, alejados históricamente de la influencia terrorista”. El interesante Auto de la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 1ª de 12-11-18 razona minuciosamente la legalidad de la renovación de la intervención de las comunicaciones a un interno perteneciente a ETA, tanto desde el punto de vista de su ajuste a la jurisprudencia constitucional aplicable, cuanto por necesidades internas de seguridad del centro penitenciario.

De manera recurrente y como ya hemos ido viendo en ediciones anteriores, el concepto de allegado sigue proporcionando resoluciones judiciales. Así, el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 29-06-18 autoriza comunicaciones vis a vis con allegada al entender que “se cumple la mínima apariencia de vinculación que la ley exige para considerar a dichas personas allegadas, máxime cuando no se indica por el Centro Penitenciario, que concurren motivos de seguridad, interés del tratamiento o de orden del Establecimiento”, aludiendo a la doctrina contenida en la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. Sin embargo este último órgano jurisdiccional en Auto de 25-10-18 deniega la comunicación a una persona que no considera allegado; a este respecto toma la definición de allegados que hace la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes

de circulación, en su artículo 67.1: “Son allegados aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad”. En relación al caso concreto establece que hay que poner el acento en la relación de afectividad, calificada de especialmente cercanía asimilable al parentesco, y “pareciéndonos que ese periodo de cinco años de relación puede ser una pauta para valorar su consolidación en tal sentido”, aspecto que no concurre en la persona con la que quiere comunicar en calidad de allegado, ya que por una parte le ha designado como un amigo de una pandilla de veinte, y por otra, que lo ha incluido de forma intermitente durante los últimos años en sus relaciones de personas con quien quiere comunicar.

En cuanto a las comunicaciones familiares, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 16-01-18 aporta una nueva definición de allegados y razona que a falta de otros familiares acreditados con los que la solicitante pueda mantener las comunicaciones familiares y de allegados, “parece razonable conceder la consideración de allegados tanto a su propia pareja sentimental, como a los familiares más cercanos del mismo que aquella designe para sus comunicaciones”. En la misma sintonía, el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 16-03-18 autoriza la celebración de comunicaciones de un interno con su pareja y la hija menor de ella ya que “lo que se pretende con el régimen de comunicaciones es fortalecer las relaciones familiares y los lazos afectivos entre sus miembros, lo que excluye una interpretación restrictiva de la normativa reguladora de las mismas”. A la vez de lo anterior, se establece la particularidad de que “En todo caso, deberá constar el consentimiento del padre biológico de la menor, para la celebración de tales visitas”.

Continuando con las comunicaciones telefónicas, merece destacar el Auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 19-09-18 que estima la queja sobre la restricción del máximo de llamadas que un interno puede realizar a su abogado ya que ello atentaría a su derecho fundamental a la defensa, indicando expresamente que “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”.

En lo relativo a las restricciones, el Auto de la Audiencia Provincial de León de 3-05-18 ante una queja del interno por prohibir la entrada para comunicar a su madre durante un año, ante el intento de ésta de introducir pastillas no permitidas al interno, confirma el acuerdo adoptado entendiendo que se adopta a la legalidad penitenciaria. Y el posible agravio comparativo con otro interno al que se le han restringido las comunicaciones por un plazo menor, no se pronuncia la Audiencia al no contar con elementos comparativos.

También encontramos resoluciones que deniegan comunicaciones, tal como refiere el Auto de la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional al no autorizar a un interno con una persona perteneciente a la misma organización terrorista –el GRAPO–, fundamentándolo entre otras razones, en que “a la hora de decidir sobre la autorización de comunicaciones del tipo de la que se cuestiona, está la de no obstaculizar el programa de tratamiento; y el hecho de mantener una comunicación con una persona que, por más que haya cumplido su pena, ni siquiera se nos aporta el menor indicio de que haya roto con principios y motivaciones que la llevaron a la comisión de la actividad terrorista por la que fue condenada, no permite descartar que tenga por objetivo refirmarse en los referidos postulados terroristas y coadyuvar a mantenerse en la disciplina del colectivo del que ambos forman parte”.

Concluimos este capítulo con un tema que ya hemos traído reiteradamente a colación en pasadas ediciones de esta publicación, que es el de la posibilidad de tomar fotografías durante las comunicaciones en prisión. A este respecto, el mismo órgano jurisdiccional, la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, dicta dos resoluciones de distinto sentido: en primer lugar, el Auto de 27-09-18 niega la autorización a la realización de fotografías, argumentando que si bien esa misma Sala había adoptado con anterioridad acuerdos favorables, esta “... doctrina, sin embargo, precisa de matizaciones, porque, como decimos, la autorización que se solicita se trata de una petición que puede afectar a normas generales sobre seguridad, de manera que, al suponer una excepción a esa norma general, el penado debería haber dado una razón de peso para que se accediera a lo que solicita”. En segundo lugar, otro Auto de 25-10-18 sí concede la autorización para realizar fotografías durante un vis a vis familiar, utilizando

argumentos tales como que “Para un ser humano privado de libertad, una imagen fotográfica en compañía de familiares y amigos, puede tener una gran significación. Son bienes valiosos, por entrañables, desde la perspectiva de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, fundamento del orden político y de la paz social, sustento de los derechos fundamentales...”. En este caso la resolución es por mayoría, concurriendo un voto particular de un Magistrado, al que se adhiere otro Magistrado, dando fe de lo controvertido que todavía continúa siendo el asunto.

DERECHOS

En este amplio y variado capítulo recogemos diversas resoluciones judiciales que vienen a confirmar o denegar las distintas pretensiones de los internos. Lo iniciamos con el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 2-03-18, que deniega la queja de un interno al que se le niega la autorización para realizar un examen en euskera, precisando que “lo que deniega el Centro Penitenciario, no es la matriculación o realización de estudios ni exámenes por el interno, sino que las enseñanzas fuera del marco de los acuerdos o convenios suscritos por Instituciones Penitenciarias tengan el mismo tratamiento en cuanto a acceso de docentes tutores”, máxime cuando se trata de un caso de un interno de primer grado y con las comunicaciones intervenidas.

En relación a las condiciones de las celdas, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Zaragoza de 13-07-18 deniega la petición de un interno para poner unas cortinas en la celda alegando que el no hacerlo vulneraba su derecho a la intimidad, alegando, entre otras razones, las de la propia seguridad de los reclusos.

Así mismo encontramos un elenco de quejas de distinto contenido. El Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 5-11-18 estimó la queja de un interno a quien el centro penitenciario no respondió a su petición de una salida programada e insta a la junta de tratamiento del centro penitenciario a que adopte un acuerdo y se lo notifique. El mismo Juzgado en Auto de la misma fecha que el anterior, desestima la queja de un interno por no poder ir a la piscina durante el cumplimiento de una sanción de privación de paseos y actos recreativos, indicando que “la asistencia a la piscina es un mero acto recreativo común, no una actividad tratamental individual

incluida en su protocolo de tratamiento”, con lo cual no se infringe norma alguna. Y el Auto del Juzgado de Vigilancia de Ciudad Real de 18-01-18 tampoco estima la queja por supuesta sustracción de un anillo entendiendo que “siendo claro que la presunción es la contraria, es decir, que no tuviera en su poder un objeto prohibido por las normas del Centro, existiendo dos versiones que en este ámbito no pueden valorarse de otra manera, no observándose, en consecuencia, por parte del Centro dejación de funciones, arbitrariedad o abuso de poder”.

Aunque ya tienen un carácter meramente residual, todavía se siguen produciendo resoluciones en torno a la redención de penas por el trabajo; así el Auto de la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 12-04-18 desestima la redención extraordinaria por estudios universitarios a un interno de una organización terrorista al entender que si bien el estudio es una herramienta del tratamiento penitenciario, también hay que tener en cuenta que “un interno vinculado a los postulados de una organización terrorista, incapaz de asumir sus propias responsabilidades y de analizar el daño causado tanto a la sociedad en general como a las víctimas en particular, sin atisbo de arrepentimiento o de reconsideración de su pasado, está impedido para llevar a cabo una labor de regeneración que le permita el reingreso en la sociedad con un mínimo de garantías”, y en consecuencia no admite la redención solicitada.

Y abrochamos este capítulo con el Auto del Juzgado de Vigilancia de Ocaña de 26-06-18 que estima la queja de un interno relativa al reintegro de los gastos de traslado de su televisor al centro de destino, al no constar que el conjunto del peso de las pertenencias del interno exceda de los 25 kilos, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario.

EXPULSIÓN

Por su relevancia se han seleccionado dos sentencias de importantes órganos jurisdiccionales, en relación a esta materia. Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6-04-18 estimó un recurso de casación relativo a un delito de estafa en el que se acordó la sustitución de la pena de prisión de dos años impuesta, por la expulsión del territorio nacional, razonando que con ello “... no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención

general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva). Sentimiento de impunidad incluso que desincentivaría los fines de prevención especial en cuanto banalizador de la pena cuando ésta dimanara de comportamientos graves”.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29-10-18 estima un recurso de amparo por falta de audiencia al condenado, respecto a una pena en que se acordó el cumplimiento de las dos terceras partes y su sustitución por expulsión del resto. Entiende que este proceder vulnera el derecho de defensa del condenado ya que “El Pleno de este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender necesaria la audiencia previa en casos en los que procediera la sustitución de la pena de prisión por expulsión”, de tal forma que “en supuestos como el presente también el órgano judicial debe ponderar a través de una evaluación individualizada si, aunque proceda la expulsión, resulta necesario tomar la decisión excepcional de hacer cumplir una parte de la pena de prisión impuesta “para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” (artículo 89.1 Código Penal). Para ello será necesario, con carácter previo a la toma de tal decisión, abrir un nuevo trámite de alegaciones en el caso de que las partes y el Ministerio Fiscal sólo se hubieran pronunciado acerca de la medida de expulsión obligatoria para penas superiores de un año de prisión”.

JUEZ DE VIGILANCIA

Hemos recogido el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15-10-17 que en relación a la adopción de una medida de internamiento psiquiátrico, examina la competencia del Juzgado de Vigilancia y del tribunal sentenciador en esta materia. También hacemos constar el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 17-12-18 mediante el que se inhibe en un caso de posible introducción de droga en una comunicación vis a vis, tras la que se solicita un control mediante exploración radiológica, a favor del Juzgado de Instrucción que se encuentre de guardia, argumentando que se

trata de la investigación acerca de un presunto delito para lo que la Ley Orgánica Penitenciaria no le atribuye competencias.

LIBERTAD CONDICIONAL

Para facilitar el estudio de este amplio capítulo sistematizaremos su examen distinguiendo resoluciones favorables y desfavorables a la libertad condicional, luego veremos algunas que se refieren al régimen jurídico aplicable, para terminar con las vicisitudes que se pueden dar durante el transcurso del periodo de libertad condicional.

En cuanto a las disposiciones favorables a la concesión de la libertad condicional, el Tribunal Constitucional de Sentencia de 2-02-18 en un recurso para unificación de doctrina, sienta que no se puede exigir el pago de la responsabilidad civil a aquellos penados cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional –atendiendo a su inembargabilidad, tal como establece la Ley de Enjuiciamiento Civil–, y apelando que “no pudiendo calificarse de falta de “esfuerzo reparador” cuando no se atiende” el pago de la responsabilidad civil. “No existe el deber jurídico de abonar las deudas pendientes con cargo a cantidades inembargables y no cabe imponer, ni valorar negativamente, que el interno en situación de libertad condicional no abona cantidad alguna si su sueldo no excede del límite embargable”. En la misma línea se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de la misma fecha, que también estima un recurso para unificación de doctrina. Continuando con la relevancia del pago de la responsabilidad civil, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11-05-18 minimiza este requisito, y apela a un informe del Consejo General del Poder Judicial que reconoce que no hay que “... erigir la satisfacción de las responsabilidades civiles en condición absoluta para la clasificación, que en casos de insolvencia total y efectiva del interno conduciría a un castigo adicional impuesto a la pobreza”. En el caso concreto pondera el pago de una pequeña cantidad en concepto de responsabilidad civil respecto a la retribución que recibe por su trabajo en los talleres productivos del centro penitenciario y el pago de una pensión de alimentos a su hijo a la que también está haciendo frente. El Auto del Juzgado de Instrucción 3 de Pontevedra de 29-12-18, en funciones de guardia, acuerda la concesión de la suspensión de la pena y la libertad condicional de un interno que se encuentra en coma en el hospital,

con oxígeno y en estado muy grave, terminal, tras recibir sendos informes del médico del centro penitenciario y del médico forense.

Siguiendo con las disposiciones desfavorables o contrarias a la libertad condicional encontramos el Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 21-02-18, que en este caso entiende que la falta de satisfacción de la responsabilidad civil es un obstáculo, ya que teniendo en cuenta la cantidad que tiene en su peculio y lo que aporta mensualmente al pago de aquélla “no puede calificarse su actitud frente a los perjudicados de su acción delictiva como “comprometida”, considerándose por ello más un intento de justificación del cumplimiento del requisito antes mencionado con una clara intención finalista de obtención del tercer grado”. El mismo Juzgado en Auto de 25-05-18 deniega la propuesta de libertad condicional a interno que había ingresado dos meses antes, a fin de tener más tiempo de observación de factores tales como su adaptación al programa de deshabitación al alcohol que lleva a cabo en la Cruz Roja. La Audiencia Provincial de Baleares en Auto de 6-09-18 deniega la libertad condicional a un interno octogenario por constar un informe pronóstico desfavorable de la Junta de Tratamiento y subsistir en él –pese a su avanzada edad– peligrosidad delictiva.

En relación al régimen jurídico aplicable a la libertad condicional, encontramos resoluciones judiciales que, con carácter mayoritario se decantan por la regulación anterior a la reforma de 2015. Así, sendos Autos del Juzgado de Vigilancia de Córdoba indican que “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”.

Para rematar, aportamos una serie de resoluciones que se refieren al desarrollo de esta etapa de la libertad condicional, donde aparece el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 23-03-18, que autoriza a un liberado condicional un viaje a México, entendiendo que ello no aumenta el riesgo de fuga, el cual depende de la exclusiva actitud y predisposición del penado, a quien a su regreso sólo le restarían tres meses para extinguir su condena. El Auto del Juzgado de Vigilancia de Baleares de 5-04-18 modifica las reglas de conducta a seguir, sustituyendo la necesidad de autorización judicial para salir de la isla a trabajar o a practicar deporte, por la simple comunicación al Juzgado con justificación documental posterior. Y el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 3-12-18 desestima un recurso de apelación interpuesto contra el acuerdo de aumentar 36 euros la cuota men-

sual a pagar en concepto de responsabilidad civil, negando que esta nueva cantidad sea excesiva y que no sea posible hacerla frente por el condenado.

LIMITACIONES REGIMENTALES

La previsión del artículo 75 del Reglamento Penitenciario sigue dando lugar a resoluciones jurisdiccionales como el Auto del Juzgado de Vigilancia de Bilbao de 23-11-17, que valida la aplicación de limitaciones regimientales a un interno que no respeta las normas de aseo personal ni de limpieza de la celda, matizando que no puede suponer la medida un régimen cerrado encubierto, de forma que exige que se informe de su situación al Juzgado semanalmente y que se señale su duración máxima, que no podrá superar un mes. El Auto del Juzgado de Vigilancia de Algeciras de 1-01-18 recrimina la aplicación simultánea del artículo 75 con la aplicación de medios coercitivos del artículo 72 del mismo Reglamento Penitenciario y la posterior apertura de un expediente disciplinario a causa de los mismos hechos, los cuales dieron lugar a la aplicación en el centro penitenciario de las limitaciones del art. 75.1 del Reglamento Penitenciario durante veintidós días, lo que considera excesivo indicando que de “ningún modo es aceptable por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la aplicación de forma acumulativa y sucesiva de las tres vías”. Y también el Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 9-11-18 considera que, tras una clasificación de mantenimiento de un interno en segundo grado, procede el cese inmediato de las limitaciones del art. 75.1 del Reglamento Penitenciario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Tan sólo hemos seleccionado una resolución en este capítulo, que creemos que tiene su interés. Se trata del Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22-03-18 que resuelve un recurso de apelación sobre la conversión de una medida de seguridad de libertad vigilada de tratamiento médico-psiquiátrico por tiempo no superior a tres años en la medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en centro médico-psiquiátrico por un tiempo no superior a esos tres años. Dadas las dificultades planteadas para encontrar un centro para internar al penado, se decide su

ingreso en un centro penitenciario, lo cual no admite la Audiencia Provincial, por considerar que vulnera el sistema vicarial instaurado en el artículo 99 del Código Penal.

PERMISOS

Sistematizaremos las resoluciones referentes a permisos abordando en primer lugar los permisos ordinarios. Encontramos aquí varias resoluciones favorables, como el Auto del Juzgado de Vigilancia de Villena de 21-02-18 que autoriza a disfrutar un permiso de seis días en Alemania para evitar el desarraigo familiar y social y preparar la vida en libertad. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15-03-18 concede en apelación un permiso de tres días a un interno que había asesinado a su ex mujer durante el disfrute de otro permiso hacía veinte años, valorando la realización satisfactoria del programa de violencia de género y la enfermedad que padece, entre otros factores favorables. En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 31-10-18 concede un permiso denegado por el Juzgado de Vigilancia, al considerar que el pago insuficiente de la responsabilidad no es motivo bastante para no autorizarlo, argumentando que “Ello supone dar una relevancia desmesurada al pago de la responsabilidad que el legislador no ha querido introducir en el ámbito de los permisos penitenciarios”. En sentido opuesto, se recoge el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete de 30-11-18 que siguiendo los criterios de la Junta de Tratamiento y del Juez de Vigilancia, no concede el permiso solicitado por el interno por concurrir en él factores desfavorables como la consolidada trayectoria delictiva y tener una sanción leve sin cancelar.

Respecto a los permisos extraordinarios, por una parte está el Auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 25-06-18, que concede un permiso para asistir al bautizo de su hija fundándolo en que debe considerarse subsumido en la cláusula abierta “por importantes y comprobados motivos”. En sentido contrario hemos recopilado el Auto del Tribunal Constitucional de 22-05-18 que no admite recurso de amparo contra la resolución desestimatoria de un permiso extraordinario a un interno para ejercer funciones de diputado en su Asamblea Legislativa autonómica. Alude a que la causa que legitima la denegación es un pronóstico individual de riesgo de reiteración delictiva; pronóstico que es también el fundamento de su privación caute-

lar de libertad en la causa penal que contra el demandante se sigue. Trata también la solicitud hecha a este Tribunal que autorice la participación no presencial del demandante –por videoconferencia– en el debate de investidura como candidato a Presidente de la Generalitat de Cataluña, indicando el Auto que éstas son “impugnaciones que solo pueden ser abordadas y resueltas fundadamente una vez oídas las partes legitimadas para participar en dichos procesos constitucionales”.

También se ha incluido en este capítulo el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 9-04-18 que autoriza una salida programada a un torneo de fútbol, que tras haber sido propuesta por la Junta de Tratamiento, el Centro Directivo la denegó “sin motivación alguna”.

Concluimos con un Auto del Juzgado de Vigilancia de Baleares de 13-03-18, que ante la solicitud de un interno para entrevistarse con el Juez sobre futuros permisos, considera que no procede, “y menos aún en su dimensión futura, por cuanto es evidente que dependerá de la evolución y conducta del interno, tiempo de cumplimiento de la condena, factores de riesgo, etc. No resulta menos trascendente decir que puede resultar comprometida la objetividad del Juzgador si en definitiva se entrevista con el peticionario sobre aspectos referidos a su permiso o grado, y luego posteriormente en su dimensión decisoria, debe acometer la resolución de los correspondientes recursos que se formulen en tal sentido, con evidente contaminación de lo que constituiría el objeto principal de dicho recurso”.

PRISIÓN PROVISIONAL

El doble abono del periodo de prisión preventiva se contempla en el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 8-01-18, que desestimando la resolución del Juzgado de Vigilancia, lo admite. Fundamenta que “la línea jurisprudencial invocada por la defensa, rechaza la pretensión de abono por entender que dicha posibilidad sólo se refiere a los supuestos en que la causa en la que se sufrió la privación de libertad que se quiere abonar finalice por sentencia firme absolutoria o auto de sobreseimiento libre (artículo 637 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) pero no sería aplicable a los casos en que se ponga fin al proceso con un auto de sobreseimiento provisional (artículo 641 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) por no resultar debidamente justificada la perpetración del

delito que dio lugar a la formación de la causa, pues en estos casos cabe la posibilidad remota de reapertura”, añadiendo que “lo relevante en la decisión ahora cuestionada es que en el hipotético caso de recaer condena, el período de prisión preventiva sufrido no sería abonable, por impedirlo el artículo 58.1º y al haber sido abonado en la presente causa, por lo que no supondría ningún beneficio extra al penado”. Así concluye que “aún en el caso de considerar que se tratase de un supuesto interpretable (es decir, si el sobreseimiento provisional es o no equiparable a la sentencia absolutoria o al sobreseimiento libre, a los efectos del abono de la prisión preventiva) por tratarse de una materia en la que se halla afectado un derecho fundamental (artículo 17 de la Constitución Española) entendemos que debería interpretarse a favor del reo y de acuerdo con el principio favor libertatis, por lo que procede acceder a lo peticionado”.

La posibilidad de que proceda una indemnización por prisión provisional decretada por error nos la presenta el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21-05-18 que trata un asunto relativo a un atropello con coche a peatón con resultado de muerte, que en un principio se trató como un asesinato –por lo que se sometió a prisión provisional a su autor–, pero que a la postre fue absuelto en sentencia. Indica que “en dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2010, citadas en el Auto de esta Sala de 22 de setiembre de 2014, antes mencionado, la regulación legal “en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria”, a ello añade que “Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia del Tribunal Supremo 310/1998, de 3 de marzo, afirmando que el concepto de error judicial debe ser interpretado con un criterio restrictivo para evitar que el proceso por error se convierta en una tercera instancia o una encubierta casación”. Concluye diciendo que “El error judicial que puede hacer nacer una obligación dineraria para el Estado no se conforma con una discutible valoración jurídica de un hecho, o con una interpretación razonable de la norma frente a la que quepa otra interpretación, sino con un error esencial que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene de esa realidad”. Con estos argumentos desestima la demanda planteada.

Un supuesto de denegación de libertad provisional es recogido por el Auto del Tribunal Supremo de 21-05-18, en relación a la petición de unos

consejeros electos en el Gobierno autonómico de Cataluña. En su alegato los demandantes “Aducen que no sufren ninguna restricción de sus derechos políticos (...), por lo que entienden que deben gozar de libertad para poder ejercer sus cargos con plenitud y reclaman su libertad, al tiempo que afirman que su nueva función ejecutiva desactivaría su hipotético riesgo de fuga”. A ello responde el Alto Tribunal que “la determinación que expresaron todos los partícipes de que volverían a la ejecución de su plan ilegal tan pronto como recuperaran el control de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña, muestran que un eventual retorno de los procesados al Consejo de Gobierno de esa Comunidad, no sólo no desvanece o mitiga el riesgo de reiteración delictiva que trata de conjurarse, sino que lo potencia, más aún cuando el presidente que pretende designarlos ha exteriorizado su voluntad y determinación de impulsar la república independiente ilegalmente declarada”.

La duración de la prisión provisional también ha dado lugar a resoluciones judiciales. Hemos recogido el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 21-06-18 en relación a una causa por abusos sexuales continuados con prevalimiento, que acuerda la prórroga de la prisión preventiva, si bien eludible mediante fianza en una decisión mayoritaria, ya que consta el voto particular de uno de los magistrados que se pronuncia a favor de la prórroga incondicionada de la prisión preventiva. También es interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-07-18, que estimó un recurso de amparo por mantenimiento de la prisión provisional durante la tramitación de un recurso de casación respecto a un condenado al que se le aplicó la eximente del artículo 20.1 del Código Penal, indicándose que fuera ingresado en un centro psiquiátrico, sosteniendo que no existe norma legal de cobertura para su mantenimiento en el centro penitenciario, y calificando su situación personal como una prisión encubierta, de tal forma que el Tribunal considerado vulnerado su derecho fundamental a la libertad.

RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES

En este capítulo de repercusión plena en nuestro medio penitenciario hemos recogido el Auto del Juzgado de Vigilancia de Santander de 2-05-18, que considera no procedente la petición de un interno rumano

de cumplimiento de condena en su país ex Ley 23/2014. El solicitante fue condenado a una pena de tres años de prisión, acordándose en la misma sentencia la sustitución de dicha pena de prisión por la expulsión del territorio nacional español por tiempo de 10 años. Ejecutada la expulsión, el penado, incumplió la pena sustituida y regresó a España. Lo que motivó que se dictara Auto dejando sin efecto la expulsión y mandando cumplir la pena de 3 años de prisión inicial. El Juez entiende que hizo renuncia a cumplir en su país arriesgándose a cumplir en España la pena impuesta. Siendo, por demás, evidente que el riesgo de que vuelva a incumplir en su país y regresar al nuestro sea muy elevado.

En sentido opuesto el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3-07-18, que tras la denegación del Juez de Vigilancia estima el recurso de apelación interpuesto al comprobar no existe norma legal de cobertura para su mantenimiento en el centro penitenciario, a la vez considera que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución (Rumania) contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Como es habitual en esta materia siguen prevaleciendo las resoluciones de carácter favorable o estimatorio de las pretensiones de los internos. Hemos seleccionado el Auto del Juzgado de Vigilancia de Castellón de 20-03-18 que examina unos hechos en que el interno desobedece las órdenes de los funcionarios y se niega a entrar en el cuarto de cacheo y les amenaza. Utilizan éstos la fuerza física personal necesaria cogiéndole del brazo para que accediera y en ese momento se resiste activamente dando manotazos. Se le sanciona por dos faltas muy graves: una por agresión y amenazas, y otra por resistencia activa, pero el Juez de Vigilancia deja sin efecto la sanción por agresión, al considerarla subsumida en la falta de resistencia activa del artículo 108 d) del Reglamento Penitenciario de 1981. El Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 25-09-18 estimó el recurso de alzada respecto a la imposición de una falta por agresión a interno, al no quedar ésta acreditada y no poder desvirtuarse la presunción de inocencia del interno recurrente, teniendo en cuenta que fue éste el único que sufrió lesiones como objetiva el parte médico que se adjunta al

parte. Y citamos también para concluir, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Ciudad Real de 6-11-18 que deja sin efecto un acuerdo sancionador por hechos acaecidos en un furgón de la Guardia Civil durante un traslado, argumentando que tales hechos rebasan el ámbito penitenciario sancionador y que deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial competente, indicando que a los únicos efectos que pueden tener repercusión los hechos, es para la concesión o no de nuevos permisos o para la clasificación del interno.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Hemos seleccionado dos resoluciones que tratan sobre la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el mismo resultado negativo. En primer lugar una Sentencia de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7-02-18 aborda un caso en que los recurrentes demandan por responsabilidad objetiva “in vigilando” así como por omisión del deber de socorro. Ambas acusaciones se desmontan en la citada Sentencia pues no existe ningún incumplimiento de la Administración de velar por la vida e integridad física, pues en este caso el fallecido era un habitual consumidor de drogas, es atendido cuatro veces por los servicios médicos del centro penitenciario y fallece de una sobredosis producida a los diez días del ingreso, admitiendo que no puede impedirse al 100% la entrada de drogas al centro; y tampoco hay omisión del deber de socorro, porque el interno no avisó al funcionario de servicio, ni hubo ningún indicio durante la noche de la ingesta de drogas.

En segundo lugar, otra Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22-11-18 trata la reclamación de la responsabilidad subsidiaria del Estado para hacer frente al pago de la cuantía señalada como responsabilidad civil en un supuesto de lesiones por una agresión de otro interno. Dado que esta pretensión no se hizo en primera instancia, procesalmente no cabe admitirla en el recurso de apelación. No obstante ello el recurso examina la procedencia de la responsabilidad del Estado, indicando que “la jurisprudencia viene extendiendo la responsabilidad al Estado por delitos y faltas cometidos en los establecimientos penitenciarios, cuando haya habido omisión o ejecución de las medidas precisas sin la debida diligencia” y en

este caso concreto “se trata de un ataque súbito e inesperado de un preso a otro, que no tienen la consideración de presos peligrosos, con intervención inmediata de los funcionarios sin previa dejación de sus funciones”, con lo que no hay responsabilidad del Estado.

SANITARIA

Comenzando con las autorizaciones, el Auto del Juzgado de Vigilancia de Bilbao de 27-03-18, ante la negativa de una interna que alegaba estar embarazada a realizarse las pruebas de embarazo, autoriza a los médicos del centro a que se la practiquen, a fin de salvaguardar su vida e integridad física, así como la del hijo en gestación. En otro sentido el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 11-04-18 ante la solicitud de interno de recibir terapia de parte de una psicóloga privada designada por él, también lo autoriza en base a un precedente jurisprudencial de la Audiencia Nacional, pero establece una serie de condicionantes a que se deberá someter la psicóloga designada.

Con carácter desestimatorio encontramos el Auto de la Audiencia Nacional de 18-05-18 que no autoriza la solicitud de un interno para que los traslados desde el centro al hospital para asistir a consultas sean realizados en ambulancia, ya que como se informa por parte del Servicio Médico ello no es necesario al no presentar padecimientos en la actualidad que lo requieran.

En cuanto a las actuaciones forzosas, aludimos al Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 21-06-18 que ante la negativa del interno, se autoriza a petición del centro penitenciario su ingreso en el hospital para tratar la infección que tiene en una pierna, explicitando que no le den de alta sino cuando criterios meramente facultativos así lo determinen.

Añadimos para concluir capítulo la queja desestimada por el Auto del Juzgado de Vigilancia de Huelva de 16-10-18 por una analítica de consumo a sustancias tóxicas que dio positiva, dado que tanto el análisis de orina realizado en el centro penitenciario, cuanto el practicado posteriormente en un centro externo arrojaron evidencias de consumo de cocaína, no existiendo ninguna posibilidad de existencia de tal sustancia por efecto de la medicación prescrita.

SEGURIDAD DEL ESTABLECIMIENTO

El Auto del Juzgado de Vigilancia de Pontevedra de 4-07-18 desestima la queja de un interno en relación a pasar el recuento de pie, basándose en la normativa reglamentaria penitenciaria y en la propia doctrina del Tribunal Constitucional por la que “no pueden considerarse violados los derechos, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”.

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

En lo referente a las resoluciones que conceden la suspensión tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15-01-18, que ante unos delitos cometidos a causa de la adicción a las drogas de su autor considera pertinente admitir la suspensión ex artículo 80.5 del Código Penal, indicando que “La finalidad y objetivo de esta suspensión extraordinaria no es evitar el contacto con el medio penitenciario, como en el supuesto de suspensión ordinaria, sino, sobre todo, favorecer la reinserción de los delincuentes que han cometido los hechos como consecuencia de su adicción a sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la motivación que comporta dicha suspensión si se deshábítan de dichas sustancias”. También encontramos el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9-04-18 que ante un caso de un condenado con obesidad mórbida y otras patologías valora el que “mientras no conste la cirugía bariátrica realizada al penado con éxito, difícilmente podemos eliminar la presencia de una enfermedad grave, permanente, crónica, progresiva en su grave riesgo para la vida”, por lo que decide conceder la suspensión extraordinaria de la pena de prisión durante cinco años.

En sentido desfavorable a la suspensión, el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 17-12-18 debido a las múltiples condenas sobrevenidas en los últimos años, considera que ellas “son inconciliables con el instituto de la suspensión y sustitución de las penas, en razón de que dichos antecedentes tienen, por su naturaleza y circunstancias, una relevancia clara de peligrosidad criminal”.

En cuanto a los requisitos de la suspensión hemos traído a colación el Auto del Tribunal Constitucional de 23-01-18, que aborda una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Penal de Orihuela

que consideró, que el artículo 80.2.3 del Código Penal ha de reputarse inconstitucional por ser contrario «al artículo 25.2 de la Constitución, y al artículo 14, en relación con el artículo 17, de la Constitución». El Fiscal General del Estado ha interesado la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto por incumplimiento de los requisitos procesales como por resultar notoriamente infundada. El Tribunal Constitucional expone que no “cabe reprochar discriminación alguna al precepto cuestionado por el hecho de que en el mismo se prevea indiferenciadamente una responsabilidad personal subsidiaria para todos los condenados insolventes, tratando por igual –en esto parece consistir la tacha que a la Ley se opone– tanto a quien se colocó voluntaria o maliciosamente en situación de insolvencia como a aquel a quien no le sería imputable la incapacidad patrimonial para satisfacer la multa”. De tal forma que inadmite la cuestión de constitucionalidad dado que, conforme a la regulación legal existente tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, no existe ninguna discriminación en la norma respecto de la persona que por falta de capacidad económica no pueda pagar la responsabilidad civil, no siendo ello un obstáculo para que se conceda la suspensión; lo que sí pretende la regulación actual es un compromiso del obligado al pago, y considerar su situación en aras a comprobar si ha mejorado su situación económica para poder hacer frente, al menos de forma parcial, a tal pago.

Y ponemos fin a este capítulo con la posibilidad de suspender la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa que contempla el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12-06-18, motivándolo en que se trata de una pena muy corta –90 días de RPS– y que no ha tenido contacto el condenado con el medio penitenciario; y condicionándolo a recabar el consentimiento de éste para el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad.

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Sigue siendo materia de doctrina jurisprudencial la consideración de la existencia de quebrantamiento de condena en relación al cumplimiento de esta pena. En este sentido hemos seleccionado la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-11-18, que en un recurso de casación respecto a qué alcance tendrá la falta de comparecencia del penado para elaborar el plan de

ejecución considera que la “citación por los servicios de gestión, aunque enmarcada en la ejecutoria no es propiamente inicio de ejecución, sino previo a la ejecución al ser citado para elaborar el plan de ejecución. Su incomparecencia supone la remisión al Juez de vigilancia penitenciaria para que adopte medidas de aseguramiento de la audiencia preceptiva (artículo 5 R.D. 840/2011). Conclusión del anterior es que la incomparecencia no justificada tiene prevista específica una previsión normativa y no es el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena”. En el lado opuesto el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21-02-18, que en un caso de imposición de unas jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad como sustitución de responsabilidad personal subsidiaria por impago, entiende que no se trata del mero incumplimiento de una pena sustitutiva “sino el incumplimiento de una de las modalidades de realización de la responsabilidad personal subsidiaria declarada por impago de multa, de las dos que autoriza el artículo 53 del Código Penal”. La Audiencia Provincial entiende que “la consecuencia de dicho incumplimiento ya judicialmente declarado, con el apercibimiento oportuno, no puede ser, como hace el Juzgado de Ejecución Penal, optar por un nuevo régimen de cumplimiento de dicha responsabilidad ante el fracaso del primeramente decidido, sino, en su caso y si así lo estima oportuno, actuar conforme previene el artículo 468 del Código Penal –quebrantamiento de condena– (artículo 49.6ª del Código Penal) para el caso de incumplimiento”.

El establecimiento de trabajos en beneficio de la comunidad se puede establecer como sustitutorio a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, tal como establece también el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26-03-18, que contempla un caso de incumplimiento de esos trabajos sustitutorios que aboca al inexorable ingreso en prisión del condenado, que únicamente podrá eludir mediante el pago inmediato de la multa impuesta en su día.

TRASLADOS

Suele ser denominador común en esta materia las recurrentes quejas a instancias judiciales para atender a sus intereses personales. El Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 25-05-18 ante una solicitud de un interno argentino para ser trasladado a su país de origen, declara su incompetencia,

ya que corresponde a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

El Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 12-02-18 desestima la queja del interno sobre el traslado a otro centro penitenciario, indicando además que “las decisiones administrativas de asignación de Centro Penitenciario solo adquirirían relevancia constitucional y entrarían en la esfera competencial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria conforme al artículo 76.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria en supuestos verdaderamente excepcionales en los que fuera detestable un ejercicio desviado de las potestades administrativas indicativo de una arbitrariedad constitucionalmente proscrita (v. gr., el traslado de Centro como sanción encubierta).

OTROS

En este variado apartado terminamos recogiendo decisiones de autorización o denegación de solicitudes de adquisición de artículos por parte de los internos. Así encontramos el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 27-06-18 que autoriza la compra de una calculadora electrónica para que el interno prosiga sus estudios. En el lado negativo, hallamos la denegación de autorización para adquirir un libro electrónico en el Auto del Juzgado Central de Vigilancia de 9-02-18, ya que como quedó constatado tras autorizarlo anteriores resoluciones –recogidas en ediciones de años anteriores–, los libros electrónicos disponen de sistemas de carga de información que no pueden ser anulados sin privarles de su utilidad, con lo cual no pueden ser autorizados. Y tampoco son autorizadas solicitudes de cosas tales como la pasta dental blanqueante (Auto del Juzgado de Vigilancia de Burgos de 14-11-18).

CAPÍTULO I

ACUMULACIÓN

1.- SENTENCIA 624/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 05/12/18

Fijación de criterios del Tribunal Supremo en casos de acumulación de condenas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño en la Ejecutoria 103/2011, dictó Auto de fecha 17 de marzo de 2017, cuyos Antecedentes de Hecho, son los siguientes:

«ÚNICO.- En la presente causa y habida cuenta de la revisión del Auto de acumulación de condenas interesada por el reo, cumplimentados los trámites oportunos y previo informe del Ministerio Fiscal, emitido en fecha 15 de marzo de 2017, las actuaciones quedaron en la mesa de S.S^a. al objeto de dictar la Resolución correspondiente».

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

«No ha lugar a la revisión de la acumulación de las condenas privativas de libertad impuestas a C., manteniendo lo acordado en el Auto dictado por este juzgado en fecha 15 de junio de 2012, en todos sus términos».

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

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

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 76 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, y solicitó la inadmisión del mismo, por las razones expuestas en su informe de fecha 30 de octubre de 2017; la Sala admitió el mismo quedando los autos conclusos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 17 de octubre de 2018, se señala el presente recurso para deliberación y fallo, para el día 6 de noviembre de 2018; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se presenta recurso contra el auto de fecha 17 de marzo de 2017, dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño en la Ejecutoria 103/2011. Formalizándose un único motivo de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que denuncia la indebida aplicación del artículo 76 Código Penal, respecto a la configuración de los bloques objeto de acumulación. Entiende el recurrente que se debería de partir de la Ejecutoria 216/07, fecha de la Sentencia 26 de diciembre de 2006, porque a ella le serían acumulables un número mayor de ejecutorias.

SEGUNDO.- El artículo 76.2 Código Penal en su redacción actual tras la reforma operada en el mismo por la Ley Orgánica 1/2015, dispone que las limitaciones que se establecen en el apartado primero se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos, cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en la que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar. Se mantiene, pues, la exigencia según la cual, para que las condenas sean acumulables, se requiere que los hechos por los que han recaído sean anteriores a todas las sentencias que son objeto de la decisión de acumulación.

Y sanciona legalmente lo que ya había mantenido mayoritariamente la jurisprudencia de esta Sala, que la sentencia que determina la acumulación sea la más antigua en el tiempo.

La nueva redacción del artículo 76.2 Código Penal ha suscitado recientemente la reinterpretación del alcance de la acumulación cuando se trata de penas impuestas en distintos procesos, y determinó la reunión del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2016, que aprobó el siguiente Acuerdo respecto a la interpretación del apartado controvertido: “la acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello a los efectos del artículo 76.2 Código Penal hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio”.

También debemos referirnos a la interpretación del Pleno de esta Sala Casacional, de fecha de 27 de junio de 2018, sobre “fijación de criterios en casos de acumulación de condenas”:

“1. Las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta).

2. La nulidad como solución al recurso casacional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión.

3. Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce ex novo en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación.

4. En la conciliación de la interpretación favorable del artículo 76.2 con el artículo 76.1 Código Penal, cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido.

5. Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento.

Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba

6. No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación

7. La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa.

8. La pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza.

9. A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días.

10. La competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad.

11. Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, solo cabe recurso de casación.”.

TERCERO.- En el presente caso, para facilitar la comprensión de esta resolución hemos ordenado todas las causas en trámite de ejecución correspondiente al recurrente, utilizando como criterio la antigüedad de las sentencias recaídas en la instancia.

CUARTO.- A partir de los datos expuestos, podemos mantener:

1º.- Conforme a los criterios anteriores y partiendo la sentencia más antigua, formamos un primer bloque de acumulación, esto es, la de 18 de abril de 2004, que dio lugar a la Ejecutoria 207/2004 del Juzgado de lo Pe-

nal Número 2 de Logroño, por hechos de fecha 2 de julio de 2003 y en la que se impuso la pena de un año y nueve meses de prisión. A esta ejecutoria no puede acumularse la numerada como 2, pues los hechos enjuiciados en la misma son posteriores a la fecha de la anterior, que lo es de 18 de abril de 2004, y los hechos enjuiciados sucedieron entre el 5 de septiembre de 2003 y el mes de mayo de 2004.

2º.- Veremos ahora si partimos de la número 2, la Ejecutoria 216/2007 por hechos entre el 5 de septiembre de 2003 y el mes de mayo de 2004, y con sentencia dictada el día 26 de diciembre de 2006, y que se impuso una pena de 2 años y ocho meses de prisión.

A esta ejecutoria podríamos acumular las correspondientes a los números 3, 4, 5, 6 y 8. No así la 7, por las razones que explicaremos.

Y así, las siguientes ejecutorias:

3. Ejecutoria 13/2008: correspondiente a hechos ocurridos entre septiembre de 2002 y noviembre de 2002, condenado con la pena de prisión de 2-7-0, por Sentencia 15 de febrero de 2007.

4. Ejecutoria 19/2007: correspondiente a hechos ocurridos en 4/05/06 y 23/06/2006 y condenado con una pena de prisión de 3-0-0, y multa, por Sentencia 10 de mayo de 2007.

5. Ejecutoria 464/2008: correspondiente a hechos cometidos el 01/01/2006 y 20/01/2006 condenados con las penas de prisión de 2-0-0, Sentencia de fecha 21 de marzo de 2008.

6. Ejecutoria 129/2008 correspondiente a hechos ocurridos entre el 3/12/2002 y 20/01/2003 y condenados con pena de prisión de 0-8-0, mediante Sentencia 3 de julio de 2008.

8. Ejecutoria 103/ 201 1 correspondiente a los hechos ocurridos entre el 24/11/2005 y 11/01/2006 y condenados con pena de prisión de 3-0-0, mediante Sentencia de 31 de julio de 2010.

Queda fuera la 70/2009, que es la numerada como 7, porque los hechos son de 19 de octubre de 2007, y por tanto, sucedidos posteriormente al 26 de diciembre de 2006, que es la fecha de la primera Sentencia del bloque de referencia, y que por consiguiente no podrían haber sido enjuiciados nunca en dicha fecha de 26 de diciembre de 2006. En cuanto al resto, vemos que cumplen las dos condiciones: que la fecha de los hechos es ante-

rior a la fecha de la Sentencia de referencia, y que la fecha en que fueron sentenciados no es anterior a la fecha de tal Sentencia de referencia, puesto que si hubieran sido ya enjuiciados y sentenciados, no podrían haberlo sido –hipotéticamente– en la fecha de la Sentencia de acumulación.

Ahora veremos si en el bloque construido a base de las ejecutorias 2, 3, 4, 5, 6 y 8, es más favorable al triplo de la mayor. Pues, bien, tal triplo lo constituye la ejecutoria 4, tres años de prisión, es decir, 9 años de prisión. Por separado, la suma aritmética, serían: 13 años y 11 meses. Procede, por tanto, la acumulación en dicho bloque. Se cumplirán por separado, la ejecutoria 1, 1 año y 9 meses de prisión, y la ejecutoria 7, 6 meses de prisión.

En consecuencia, en dichos términos, estimaremos el motivo.

QUINTO.- Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

FALLO

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

1º.- DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del condenado C. contra Auto de 17 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño.

2º.- Por consiguiente CASAR y ANULAR el referido Auto Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño, determinando la acumulación de las penas impuestas en la forma descrita en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución judicial.

3º.- DECLARAR de oficio las costas procesales.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación legal del penado C. contra Auto de 17 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño dictado en la Ejecutoria núm. 103/2011. Auto que fue recurrido en casación por la representación legal del recu-

rente, y ha sido casado y anulado, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados y bajo la misma Presidencia, dictan esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes y fundamentos.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho del Auto de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Conforme se razonó en la Sentencia de casación procede la acumulación en los términos que en ella se indicaron.

FALLO

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

Procede la acumulación de las Ejecutorias 2, 3, 4, 5, 6 y 8, estableciéndose un máximo de cumplimiento de la pena total de 9 años de prisión. Y se cumplen por separado la Ejecutoria 1, condena a 1 año y 9 meses de prisión, y la Ejecutoria 7, 6 meses de prisión.

2.- SENTENCIA 460/2019 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 11/10/18

Admisión de la acumulación de ejecutorias con responsabilidad personal subsidiaria, de forma condicionada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Baracaldo dictó Auto cuyos Antecedentes rezan así:

“PRIMERO.- El penado en la presente ejecutoria, C., solicitó mediante escrito la acumulación de todas las condenas que tenía pendientes de cumplimiento, pidiendo que se fijara como límite máximo el triple de la mayor.

SEGUNDO.- Recabada la hoja histórico-penal del penado y los testimonios de las sentencias condenatorias que estaban pendientes de cumplimiento por el mismo, se confirió traslado al Ministerio Fiscal quien informó como obra en las actuaciones.

TERCERO.- El penado C. se encuentra interno en el Centro Penitenciario de Topas (Salamanca) en situación de penado, y cumple las condenas impuestas por las siguientes sentencias:

ORDEN, PROCEDIMIENTO, SENTENCIA, HECHOS, DELITO Y PENA

1º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 81/03 EJE 2455/2003 14.07.2003 4.08.2002 Delito de robo con fuerza: 11 meses de prisión 00-11-00

2º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB-DUR11/05 Jdo. Instrucción nº 1 Getxo. EJE 2056/2005 9.05.2005 09.05.2005 Delito de robo de uso de vehículo: 110 días RPS 00- 00-110

3º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 128/06 EJE 626/2007 29.1.2007 14.06.2006 Robo con violencia: 1 año y 7 meses de prisión 01-07-00

4º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 297/06 EJE 1294/2008 14.12.2007 3.05.2005 Robo de uso de vehículo: Robo con fuerza y falta de hurto: 2 meses de multa/6 euros, 1 año de prisión 01.00.45

5º Jdo. Penal nº 2 Vitoria PAB 34/08 EJE 114/2008 22.2.2008 21.02.2008 Falta Hurto: 1 mes de multa / 6 euros 00.04-00

6º Jdo. V- Instancia e Instrucción nº 2 Balmaseda. PAB 1/05 EJE 14/08 26.3.2008 1.06.2007 Falta de hurto: 1 mes multa / 6 euros. 0.00.15

7º Jdo. Penal nº 1 Baracaldo PAB 175/08 Eje 106/2009 7.05.2008 6.05.08 Delito contra Seguridad Vial: multa 12 meses 00.06.00

8º Jdo. Instrucción nº 1 Baracaldo JF 563/08 EJE 153/09 6.12.2008 1.06.2008 Falta de hurto: 30 días de multa 00.00.15 (RPS)

9º Jdo. Penal nº 1 Baracaldo PAB 276/08 EJE 175/2008 30.12.2008 3.11.2007 Delito de robo con fuerza: 6 meses de prisión. 00.00.180

10º Jdo. Penal nº 6 Bilbao PAB 473/08 1.04.2009 30.3.2006 Delito de estafa: 8 meses de prisión. 00.08.00

11º Jdo. Instrucción nº 7 Bilbao PAB (JF 600/08) 15.05.2009 19.6.2008 Falta de hurto: 30 días de multa/4 euros día 00.00.15

12º Jdo. Penal nº 1 Baracaldo PAB 31/09 EJE 310/2010 06.04.2010 22.8.2008 Delito de robo con fuerza: 2 años y 1 día de prisión. Falta de amenazas: 15 días de multa / 10 euros. 02.00.07

13º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 19/10 Jdo. Penal nº 2 Bilbao EJE 1371/2010 13.04.2010 23.10.08 Delito Robo con Fuerza en las cosas: 9 meses de prisión. 00.09.00

14º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 425/09 Jdo. Penal Nº 2 EJE 3655/10 31-05-2010 12.04.06 Delito de estafa: 2 años de prisión 02.00.00

15º Jdo. Penal nº 1 Bilbao PAB 122/10 EJE 95/2010 19.1.2011 27.6.2008 Delito contra la seguridad vial: 5 meses de prisión 00.05.00

16º Jdo. Penal nº 2 Baracaldo PAB 2/13 EJE 129/15 23.3.2015 7.11.2007 Delito de hurto: 3 meses de prisión. 00-03-00

SEGUNDO.- El Auto contiene la siguiente parte dispositiva:

“Se declara la acumulación a la condena señalada con el ordinal nº 2 del hecho tercero de la presente resolución, de las condenas señaladas con el ordinal 4º, fijando como límite máximo del cumplimiento de todas ellas la suma aritmética: 1 año y 155 días de prisión, extinguiéndose el resto de las condenas acumuladas que excedan de dicho límite.

Se declara la acumulación a la condena señalada con el ordinal nº 3 del hecho tercero de la presente resolución, de las condenas señaladas con los ordinales 10 y 14, fijando como límite máximo del cumplimiento de todas ellas la suma aritmética: 3 años y 5 meses de prisión, extinguiéndose el resto de las condenas acumuladas que excedan de dicho límite.

Se declara la acumulación a la condena señalada con el ordinal nº 5 del hecho tercero de la presente resolución, de las condenas señaladas con los ordinales 6, 9, 16 fijando como límite máximo del cumplimiento de todas ellas la suma aritmética: 7 meses y 195 días de prisión, extinguiéndose el resto de las condenas acumuladas que excedan de dicho límite.

Se declara la acumulación a la condena señalada con el ordinal n° 8 del hecho tercero de la presente resolución, de las condenas señaladas con los ordinales 11, 12, 13, 15, fijando como límite máximo del cumplimiento de todas ellas la suma aritmética: 2 años, 14 meses y 37 días de prisión, extinguiéndose el resto de las condenas acumuladas que excedan de dicho límite.

Se declaran no acumulables las condenas del ordinal n° 1 (11 meses de prisión) y la condena del ordinal n° 7, (6 meses de prisión), que deberá cumplirse separadamente.

Contra esta resolución cabe interponer escrito de preparación de recurso de casación en el plazo de los 5 días siguientes a su notificación. Notifíquese al penado C. personalmente y a través de su representación procesal, y al Ministerio Fiscal.

Comuníquese esta resolución al Centro Penitenciario de Topas (Salamanca), a los efectos oportunos.

A efectos de liquidación de condena se señala para todas las causas la Ejecutoria de este juzgado n° 1520129/2015”.

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

Motivos aducidos por C.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto el artículo 76 Código Penal en relación con la refundición de condenas.

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

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 2 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se desarrolla un único motivo. El motivo anunciado con base en el artículo 849.2° Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha sido formalizado en decisión correcta: tal cauce se compadece muy mal con la naturaleza de la resolución recurrida. El bien argumentado recurso no podrá prosperar en sus estrictos y ambiciosos términos pues contradice una asentada y reiterada jurisprudencia que, además, cuenta con expreso respaldo legal. Solo dos robinsonianos precedentes de mediados de los años noventa abrieron los criterios cronológicos que rigen en tal materia hasta unos amplísimos términos, en doctrina de gran laxitud abandonada hace mucho.

Como subrayaremos infra el dogma básico en esta materia no es respetado por el recurrente. No basta una relativa proximidad de fechas para que quepa la acumulación. Axioma insoslayable es que nunca pueden acumularse condenas por hechos sucedidos con posterioridad a la sentencia más antigua de las agrupadas. Al pretender acumular con la sentencia de fecha 22 de febrero de 2008, condenas por hechos sucedidos en junio y octubre de ese año el impugnante pasa por alto ese requisito legal y jurisprudencial. Su razón de ser se explicará a lo largo de esta resolución.

El recurrente tiene, no obstante, parte de razón. El auto atacado parte de una premisa desautorizada por la más reciente jurisprudencia: hablamos de lo que se ha venido a conocer como la posibilidad de reutilizar o rescatar sentencias cuya acumulación con otras anteriores ha sido desechada por no ser beneficiosa. Eso es lo que lleva al Fiscal a apoyar el motivo y conducirá a esta Sala a estimarlo en términos ligeramente más generosos que los propuestos por el Fiscal que omite incluir en el grupo refundido una pena que, aunque leve (15 días de responsabilidad penal subsidiaria: sentencia de 6 de diciembre de 2008), no presenta impedimento definitivo para su unión, aunque sea de forma puramente interina y condicionada. Es admisible la acumulación de la privación de libertad derivada del impago de la multa, lo que no obsta a que si se comprueba que el penado tiene bienes suficientes sea preferente el cobro. Por esta solución se decanta la jurisprudencia más reciente.

Pasamos a desarrollar en los siguientes fundamentos los argumentos esbozados.

SEGUNDO.- Es criterio tradicional proclamado por esta Sala y respaldado además por la literalidad el artículo 76.2 Código Penal, entender que resultan inacumulables dos condenas cuando los hechos que motivan una son posteriores a la primera sentencia.

Ciertamente las fechas en que van recayendo sentencias por hechos imputados a una misma persona, y cometidos y averiguados escalonadamente, obedecen a cuestiones que normalmente escapan a la voluntad del afectado. Lo demuestra el examen de la relación de dieciséis condenas que pesan sobre el recurrente. El descubrimiento tardío, la complejidad de la investigación, la carga de trabajo de cada juzgado, cambios de titulares, u otras vicisitudes imprevisibles, repercuten de una u otra forma en el cronograma procesal.

Esa realidad, innegable, no priva de fundamento al criterio legal y jurisprudencial enunciado: no pueden acumularse condenas ya declaradas en sentencia con otras recaídas por hechos posteriores a ese enjuiciamiento.

De la realidad descrita (secuencia judicial desordenada) suele derivarse un beneficio punitivo cuando se producen retrasos en el enjuiciamiento. El funcionamiento premioso de la justicia acaba favoreciendo al reo en este concreto ámbito concursal (no en otros, empero). El dictado de la sentencia a los pocos días de la comisión del hecho blindo la condena impidiendo agrupaciones de penas por hechos posteriores que habrán de cumplirse por separado. La pena correspondiente a hechos enjuiciados inmediatamente después de su comisión se cumplirá siempre íntegramente. Los retrasos en el enjuiciamiento amplían el marco temporal que permite abrazar condenas derivadas de hechos posteriores distintos y consiguientemente abre la posibilidad de reducir el tiempo de cumplimiento total.

Ahora bien, nunca es aleatoria ni extraña a la propia voluntad o achacable a circunstancias ajenas, la decisión de una persona de perpetrar un nuevo delito cuando conoce ya que ha sido condenado por otros hechos. Ahí se sitúa el fundamento, nada arbitrario, de esa limitación que opera, por tanto, también cuando objetivamente las fechas de los distintos hechos son cercanas pero entre ellos se interpone una sentencia condenatoria por alguno o algunos.

La necesidad de fijar esa barrera cronológica, tantas veces afirmada y recogida expresamente en la norma, es obvia: si no fuese así, el ya condenado con un límite penológico derivado de las reglas del artículo 76 Códigi-

go Penal podría cometer impunemente otros delitos cuyas consecuencias quedarían absorbidas por la limitación (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 1330/1998, de 9 de noviembre, 1457/1998, de 19 de noviembre ó 1140/1999, de 27 de julio entre muchísimas otras).

El artículo 25 Constitución Española no supone obstáculo alguno para la interpretación expuesta (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero).

La Sentencia del Tribunal Supremo 509/2001, de 21 de marzo sirve de botón de muestra de un muy nutrido número de resoluciones que abundan en esas ideas: “En relación a la nota de conexidad, como recuerdan las sentencias números 1249/97 de 18 de octubre, 11/98 de 16 de enero, 109/98 y 216/98 de 3 y 20 de febrero, 756/98 de 29 de mayo, 1348/98 y 1394/98 de 10 y 17 de noviembre, y 688/99 de 18 de mayo y 1828/99 de 16 de diciembre, entre las más recientes, esta Sala viene acogiendo un criterio muy favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que para la acumulación jurídica de penas exigen los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 70 del anterior Código Penal –equivalente al actual artículo 76 del vigente Código–. Esta interpretación de la nota de la conexidad queda reducida exclusivamente a la idea de proximidad temporal o criterio cronológico, es decir que los diversos hechos objeto de la posible acumulación hubiesen podido enjuiciarse en un único proceso atendiendo al momento de su comisión, sin exigir analogía o relación entre los diversos delitos. En todo caso el órgano judicial competente para la acumulación será aquel que hubiese dictado la última sentencia, y que por lo tanto serían acumulables las condenas de todos los delitos que no estuvieran sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última resolución.

En definitiva, quedarían excluidos de la acumulación: a) los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado y b) los hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación, y es aquí en este supuesto, donde diversas resoluciones de esta Sala, entre las más recientes, sentencias de 15 de julio de 1996 , 14 de abril de 1998, 16 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999 hacen referencia a que las penas impuestas en sentencia firme no podrán acumularse a otras derivadas de los hechos posteriores a tal firmeza.

Es evidente que la limitación de no acumular hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación, está motivada en la necesi-

dad de evitar la creación en el condenado de un sentimiento de impunidad tan peligroso como contrario a la finalidad de prevención especial que tiene toda pena.

Incluso las últimas sentencias de esta Sala, mantienen el criterio expuesto sin exigir la firmeza de la sentencia anterior porque tal firmeza nada añadiría ni reforzaría del sentimiento de impunidad que supondría acumular la pena del hecho cometido con posterioridad a la condena de otro anterior (Sentencias del Tribunal Supremo 109/2000 de 4 de febrero y 149/2000 de 10 de febrero)”.

La más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 504/2017, de 3 de julio, enlaza con esa exégesis uniforme y muy consolidada:

«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 desincentivadora. 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 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 reivindicar la acumulación de condenas recaídas por hechos cometidos con posterioridad a una de las sentencias no respeta esa limitación exigida inequívocamente por el artículo 76.2 Código Penal. Pretende refundir penas impuestas por hechos sucedidos cuando ya otras penas estaban establecidas por sentencia. Eso no es admisible. Lo prohíbe el artículo 76 Código Penal.

TERCERO.- De conformidad con esa pauta no resulta posible refundir ni todas las penas, ni tampoco las indicadas por el recurso.

Pero sí son acumulables más de las acordadas por el Juzgado de instancia. Este estima que cuando se descarta una acumulación por no arrojar un resultado más beneficioso todas las sentencias que han sido manejadas resultan ya inservibles para nuevos intentos. De esa forma, va estableciendo los bloques de sentencias acumulables y los deja cerrados. Al reiniciar la operación, aunque no se fije limitación temporal por ser más beneficioso el cumplimiento sucesivo, parte de la siguiente sentencia no refundible con las anteriores. Ese estricto criterio, aunque pudiera tener algún sentido, carece de base legal tras la reforma de 2015 lo que llevó a la jurisprudencia en un reciente acuerdo (Pleno de 3 de febrero de 2016) a erradicarlo definitivamente.

Veamos las combinaciones posibles previa consignación del cuadro:

ORDEN, PROCEDIMIENTO, SENTENCIA, HECHOS, DELITO Y PENA

1º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 81/03 EJE 2455/2003 14.07.2003 4.08.2002 Delito de robo con fuerza: 11 meses de prisión 00-11-00

2º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB-DUR11/05 Jdo. Instrucción nº1 Getxo. EJE 2056/2005 9.05.2005 09.05.2005 Delito de robo de uso de vehículo: 110 días RPS 00-00-110

3º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 128/06 EJE 626/2007 29.1.2007
14.06.2006 Robo con violencia: 1 año y 7 meses de prisión 01-07-00

4º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 297/06 EJE 1294/2008 14.12.2007
3.05.2005 Robo de uso de vehículo: Robo con fuerza y falta de hurto: 2
meses de multa/6 euros, 1 año de prisión 01.00.45

5º Jdo. Penal nº 2 Vitoria PAB 34/08 EJE 114/2008 22.2.2008 21.02.2008
Falta Hurto: 1 mes de multa / 6 euros 00.04-00

6º Jdo. V- Instancia e Instrucción nº 2 Balmaseda. PAB 1/05 EJE 14/08
26.3.2008 1.06.2007 Falta de hurto: 1 mes multa / 6 euros. 0.00.15

7º Jdo. Penal nº 1 Baracaldo PAB 175/08 Eje 106/2009 7.05.08 6.05.08
Delito contra Seguridad Vial: multa 12 meses 00.06.00

8º Jdo. Instrucción nº 1 Baracaldo JF 563/08 EJE 153/09 6.12.2008
1.06.2008 Falta de hurto: 30 días de multa 00.00.15 (RPS)

9º Jdo. Penal nº 1 Baracaldo PAB 276/08 EJE 175/2008 30.12.2008
3.11.2007 Delito de robo con fuerza: 6 meses de prisión. 00.00.180

10º Jdo. Penal nº 6 Bilbao PAB 473/08 1.04.2009 30.3.2006 Delito de
estafa: 8 meses de prisión. 00.08.00

11º Jdo. Instrucción nº 7 Bilbao PAB (JF 600/08) 15.05.2009 19.6.2008
Falta de hurto: 30 días de multa/4 euros día 00.00.15

12º Jdo. Penal nº 1 Baracaldo PAB 31/09 EJE 310/2010 06.04.2010
22.8.2008 Delito de robo con fuerza: 2 años y 1 día de prisión. Falta de
amenazas: 15 días de multa / 10 euros. 02.00.07

13º Jdo. Penal nº Bilbao PAB 19/10 Jdo. Penal nº 2 Bilbao EJE
1371/2010 13.04.2010 23.10.08 Delito Robo con Fuerza en las cosas: 9
meses de prisión. 00.09.00

14º Jdo. Penal nº 7 Bilbao PAB 425/09 Jdo. Penal nº 2 EJE 3655/10 31-
05-2010 12.04.06 Delito de estafa: 2 años de prisión 02.00.00

15º Jdo. Penal nº 1 Bilbao PAB 122/10 EJE 95/2010 19.1.2011 27.6.2008
Delito contra la seguridad vial: 5 meses de prisión 00.05.00

16º Jdo. Penal nº 2 Baracaldo PAB 2/13 EJE 129/15 23.3.2015 7.11.2007
Delito de hurto: 3 meses de prisión. 00-03-00

a) No puede agruparse con la condena uno ninguna de las restantes por razón de fechas: todos los hechos de las demás condenas son posteriores a tal sentencia.

b) La posible acumulación de la condena 2 con la 4 hay que descartarla: no comporta reducción, sino incremento.

c) Pasemos a verificar si la fecha de la condena 3 nos permite llegar a una solución beneficiosa. Pues bien, para comprobarlo hay que manejar también la condena 4 en la medida en que se descartó su acumulación anterior (con la 2), (aquí radica justamente la discrepancia con la fórmula empleada por el auto impugnado. Serían acumulables las penas recaídas en las ejecutorias 3, 4, 10 y 14. Se observa con un somero cálculo que el triplo de la pena más grave (seis años derivados de multiplicar por tres las penas de dos años: ejecutoria 4) es perjudicial frente a la suma aritmética de las cronológicamente agrupables.

d) A igual conclusión llegamos si evaluamos las combinaciones que resultan de efectuar el correspondiente cálculo manejando como “sentencia piloto” (la de fecha más antigua) las ejecutorias 5 (acumulable con la 6, 9, 10, 14 y 16); 6 (que agruparía a las ejecutorias 9, 10, 14 y 16); ó 7 (ejecutorias 9, 10, 14, y 16): el triplo de la máxima (seis años) es superior a la suma aritmética de esos respectivos grupos.

e) Otra cosa sucede con la opción apuntada con acierto por el Fiscal y que el juzgado no ensaya ajustándose a los criterios aludidos desautorizados por el Acuerdo de esta Sala de 3 de febrero de 2016.

Cuando una acumulación, posible cronológicamente, es descartada por no arrojar resultados favorables, las sentencias refundibles pueden rescatarse y utilizarse para otras eventuales acumulaciones. Por eso operando con la condena 8 (que el Fiscal excluye seguramente por tratarse de responsabilidad personal subsidiaria) y manejando todas las ejecutorias incoadas por condenas relativas a hechos anteriores a la fecha de esa sentencia (6-12-2008) y no solo las que no podían ser acumulables con otras, llegaremos a la posibilidad de agrupar las sentencias 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16. Los hechos enjuiciados en cada una de ellas son todos anteriores a la fecha de la sentencia que dio lugar a esa ejecutoria 8 (6 de diciembre de 2008: sentencia piloto o sentencia guía). Haciendo los correspondientes cálculos constatamos que el triplo de la pena más grave (seis años y 3 días de prisión: condena 12, corrigiendo también el desliz del fiscal que en su

cuadro omite el día adicional de la pena de dos años) es más favorable que el cumplimiento sucesivo de esas condenas (4 años, treinta y dos meses y ocho días). Descartar la acumulación en operaciones anteriores de otras condenas no impide reutilizarlas (9, 10, 14, 16) para integrarlas en un bloque en el que la condena 8 sea la de referencia (la más antigua del grupo). El Juzgador se equivoca al entender lo contrario.

Por tanto es preciso acceder parcialmente a lo solicitado en la forma que queda indicada.

Una puntualización. Partimos de la pena de prisión de 2 años y 1 día que aparece en el cuadro que figura en los antecedentes del auto. La resolución de instancia genera confusión pues habla de una pena de 2 años y 7 días, sugiriendo que se ha tomado en consideración improcedentemente, la suma de las dos penas impuestas por dos infracciones (2 años y 7 días). Consultado el expediente se comprueba que en efecto tal sentencia fijaba esa pena: 2 años y 1 día.

El motivo primero es parcialmente estimable con este alcance.

CUARTO.- Hay que dar alguna explicación en cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria cuya acumulación se efectúa aunque de forma condicionada. Es criterio discutido y discutible pero que viene ya refrendado por un pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha bien reciente (27 de junio de 2018).

Reza así el punto 7 de ese acuerdo:

“La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa”.

Desde la óptica de la estricta dogmática la pena de multa no es acumulable a penas privativas de libertad por su distinta naturaleza. No se discute eso.

También es pacífico hoy considerar que cuando resulta inejecutable la multa por insolvencia del penado y se convierte en responsabilidad personal subsidiaria (artículo 53.1 Código Penal) se abre la posibilidad de refundición con penas de prisión a través del artículo 76 Código Penal.

Era jurisprudencia consolidada que las penas de multa no transformadas por impago en privación de libertad no eran acumulables (entre otras,

Sentencias del Tribunal Supremo 388/2014, de 7 de mayo, 688/2013, de 31 de julio o la muy reciente 85/2018, de 19 de febrero). Se admitía la acumulación cuando constaba la conversión (Sentencias del Tribunal Supremo 280/2016, de 6 de abril) con independencia del momento en que hubiera tenido lugar (Sentencia del Tribunal Supremo 393/2014, de 19 de mayo).

Ese rígido criterio comenzó a cuartearse en la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2017, de 8 de febrero:

“En el caso presente, si es verdad que, el Auto que resuelve el expediente no recoge si cuando se ha impuesto sólo pena de multa se ha acordado la responsabilidad personal subsidiaria de arresto sustitutorio o se ha sustituido la pena de multa por la de trabajos en beneficio de la comunidad, no podemos acoger la solicitud del Ministerio Fiscal, porque supondría una ingente labor recabado de cada órgano judicial la información que solicita, con un retraso de la cuestión inasumible.

Por ello, procede acoger la solicitud del recurrente, pero matizada, de modo que habremos de incluir las condenas que conllevan como pena la multa, con la advertencia de que se hace para el caso de que, por su impago respectivo se traduzcan en arresto sustitutorio».

La referida sentencia se cuida, así pues, de establecer una salvedad, para no acabar con el carácter prioritario de la ejecución de la pena de multa en sus propios términos. La multa será cobrable si se constata que el penado es solvente, lo que llevaría a deshacer en ese extremo la acumulación.

En apoyo de esa solución se apuntaban razones más pragmáticas que dogmáticas: indagar lo sucedido en cada ejecutoria en que aparezca una multa impuesta, cuando son múltiples las condenas, y empezar a hacerlo cuando ya está a punto de llegar la fecha del máximo de cumplimiento provocando la necesidad de incoar y tramitar nuevos expedientes de acumulación para cada uno de los arrestos sustitutorios, no solo resultará muchas veces algo muy formal (especialmente si es más que previsible la insolvencia del penado que además llevará tiempo en prisión); sino que, lo que es más distorsionador, puede acarrear efectos perversos: el inicio del cumplimiento la responsabilidad personal subsidiaria en tanto llegan las resoluciones ampliando la acumulación. La práctica enseña que ocasionalmente se produce una disculpable desidia en la ejecución de las penas de multa y la posterior conversión cuando al órgano judicial le resulta patente que las gestiones para el cobro serán infructuosas por la declarada o presu-

mible insolvencia del penado y se posterga por considerar pura burocracia la indagación de esa solvencia.

El mismo criterio fue proclamado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 46/2018, de 29 de enero : «Pese a alguna jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo 89/2015, de 13 de febrero , con cita de otras) y de conformidad con un criterio que se viene abriendo paso en fechas más recientes, a la vista de la más que previsible insolvencia del penado y sin perjuicio de la posibilidad de abonar en cualquier momento la pena de multa, se incluye la responsabilidad personal subsidiaria en los cálculos pues es pena privativa de libertad (artículo 35 Código Penal). Por tanto se consignan las ejecutorias en las que se impuso al recurrente pena de multa pese a no aparecer confirmado que ésta haya sido efectivamente transformada en privación de libertad».

Se trata de una acumulación condicionada: si se constatase la solvencia del penado habrá que ejecutar la multa impuesta. Pero se puede anticipar ya la acumulabilidad de la eventual responsabilidad personal subsidiaria cuando es pronosticable tal insolvencia; como lo es aquí según deriva el tipo de delitos cometidos por el interno (infracciones patrimoniales), y el número de los mismos así como la permanencia del penado en prisión. Esa decisión condicionada no excluye la posibilidad de ejecución de la pena condicionalmente acumulada por el pago ex post de la multa, lo que sucederá si alguno o varios de los juzgados sentenciadores al proceder a la vía de apremio encuentran bienes suficientes (siempre después de haber dado preferencia al abono de las eventuales responsabilidades civiles que tampoco faltan aquí: artículo 126 Código Penal).

Cuando concurre una pluralidad de penas de multa (más si son elevadas) y además se han impuesto responsabilidades civiles de cierta cuantía y en algunas de las sentencias aparece declarada la insolvencia del penado es lógico anticipar ese pronunciamiento con ese carácter condicionado.

Obviamente es recomendable adoptar alguna cautela al aplicar esta doctrina, omitiendo tal tipo de pronunciamiento cuando consta o puede presumirse la solvencia del penado; o también cuando la toma en consideración de los días de responsabilidad personal subsidiaria pudieran alterar los cálculos para aplicar la regla del artículo 76 Código Penal (lo que en todo caso será poco frecuente).

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso procede declarar de oficio las costas (artículo 901 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 al recurso de casación interpuesto por C., dejando sin efecto tal resolución, procediéndose a dictar segunda sentencia.

2.- Se declaran de oficio las costas del recurso.

RECURSO CASACIÓN (P) núm.: 10739/2017

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de lo Penal número Dos de Baracaldo, por el que se resolvía la petición de acumulación de condenas formulada por C; 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes del auto de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por virtud de los razonamientos reflejados en la anterior sentencia ha de procederse a la acumulación en los términos que se explicaron.

FALLO

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

1.- DECLARAR acumulables en los términos expuestos las penas impuestas en las condenas 8 a 16 (ejecutoria 153/09 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Baracaldo, (JF 563/08); ejecutoria 175/2008 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Baracaldo (PAB 276/08); Juzgado Penal nº 6 Bilbao PAB /473/08); Juzgado Instrucción nº 7 Bilbao PAB (JF 600/08); ejecutoria 310/2010, Juzgado Penal nº 1 Baracaldo (PAB 31/09); ejecutoria 1371/2010, Juzgado Penal nº 7 Bilbao (PAB (19/10 Juzgado Penal nº 2 Bilbao); ejecutoria 3655/10, Juzgado Penal nº 7 Bilbao, (PAB 425/09, Juzgado Penal nº 2); ejecutoria 95/2010, Juzgado Penal nº 1 Bilbao (PAB 122/10); ejecutoria 129/15, Juzgado Penal nº 2 Baracaldo (PAB 2/13). fijándose como máximo de cumplimiento efectivo la duración de SEIS AÑOS Y TRES DÍAS de prisión.

2.- Han de cumplirse por separado las penas impuestas en las condenas 1 a 7 (ejecutoria 2455/2003, Juzgado Penal nº 7 Bilbao (PAB 81/03); ejecutoria 2056/2005, Juzgado Penal nº 7 Bilbao, (PAB-DUR 11/05 Juzgado Instrucción nº1 Getxo); ejecutoria 626/2007, Juzgado Penal nº 7 Bilbao (PAB 128/06); ejecutoria 1294/2008, Juzgado Penal nº 7 Bilbao PAB 297/06); ejecutoria 114/2008, juzgado Penal nº 2 Vitoria (PAB 34/08); ejecutoria 14/08, Juzgado V- Instancia e Instrucción nº 2 Balmaseda (PAB 1/05); ejecutoria 106/2009, Juzgado Penal nº 1 Baracaldo (PAB 175/08).

3.- SENTENCIA 695/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 26/12/18

Estimación de recurso de casación por error en la fecha de comisión de los hechos en una de las ejecutorias sin alteración del tiempo de las condenas acumuladas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, en expediente de acumulación de condena número 20/2017, Ejecutoria 537/2017, dictó auto

con fecha 12 de diciembre de 2018, aclarado mediante auto de fecha 29 de marzo de 2018, con los siguientes Hechos:

«Primero.- Por el penado G., interno en el centro penitenciario de Castellón I por diversas causas, presentó solicitud ante este Juzgado, a fin de obtener el beneficio de refundición del artículo 76 Código Penal. Mediante, providencia de fecha 13 de noviembre de 2017, se acordó recabar testimonios de las sentencias recaídas contra el penado, así como oficiar al centro penitenciario para que informe sobre los procesos pendientes de cumplimiento. Recibidos testimonios de las sentencias, así como información, con hoja de cálculo, del centro penitenciario, se acordó por providencia solicitar informe al Ministerio Fiscal.

Segundo.- El Ministerio Fiscal emitió informe, de fecha 28/02/18, informando en el sentido de acumular las condenas del reo en el sentido que obra en autos.

Tercero.- En el escrito del interesado advierte que tiene diversas ejecutorias pendientes, y en la hoja de cálculo remitida desde el centro penitenciario, se especifican 15 ejecutorias, procedentes todas de distintos Juzgados de lo Penal.

Cuarto.- Estudiada la anterior documentación, resulta que el reo está pendiente de cumplimiento en dicho centro penitenciario en virtud de estas ejecutorias:

1. Ejecutoria 233/2010 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón, con fecha de hechos 6 de mayo de 2007 y sentencia de fecha 20 de enero de 2010, por un delito de atentado a la pena de 1 año de prisión.

2. Ejecutoria 289/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón, con fecha de hechos 29 de septiembre de 2010 y sentencia de fecha 9 de noviembre de 2010, por un delito de quebrantamiento a la pena de 6 meses de prisión.

3. Ejecutoria 386/2011 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos 11 de diciembre de 2006 y sentencia de fecha 15 de noviembre de 2010, por un delito de resistencia a la pena de 6 meses de prisión.

4. Ejecutoria 12/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón, con fecha de hechos 12 de enero de 2011 y sentencia de fecha 26 de enero de 2011, por un delito de quebrantamiento a la pena de 6 meses de prisión.

5. Ejecutoria 177/2011 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, con fecha de hechos 17 de noviembre de 2010 y sentencia de fecha 4 de abril de 2011, por un delito de quebrantamiento, a la pena de 6 meses de prisión.

6. Ejecutoria 220/2011 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos, 9 de marzo de 2011 y sentencia de fecha 14 de abril de 2011, por un delito de quebrantamiento a la pena de 6 meses de prisión.

7. Ejecutoria 200/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón, con fecha de hechos 27 de julio de 2008 y sentencia de fecha 28 de abril de 2011, por un delito de lesiones a la pena de 2 años y 6 meses de prisión.

8. Ejecutoria 119/2012 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos 26 de agosto de 2008 y sentencia de fecha 28 de marzo de 2012, por un delito de violencia de género, a la pena de 9 meses y un día de prisión.

9. Ejecutoria 12/2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, con fecha de hechos 26 de noviembre de 2011 y sentencia de fecha 11 de marzo de 2013, por un delito de tráfico de drogas, a la pena de 2 años de prisión, y un día de prisión, en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

10. Ejecutoria 303/2013 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, con fecha de hechos 2 de abril de 2012 y sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, por un delito de quebrantamiento a la pena de 6 meses de prisión, en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

11. Ejecutoria 304/2013 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos 22 de febrero de 2010 y sentencia de fecha 12 de junio de 2014, por un delito de robo con fuerza a la pena de 8 meses de prisión.

12. Ejecutoria 37/2016 del Juzgado de lo Penal 2 de Castellón, con fecha de hechos 29 de noviembre de 2008 y sentencia de fecha 19 de enero 2016, por un delito de robo con fuerza a la pena de 3 meses de prisión.

13. Ejecutoria 498/2016 del Juzgado de lo penal nº 4 de Castellón, con fecha de hechos 15 de mayo de 2016 y sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, por un delito de robo con fuerza a la pena de 8 meses de prisión.

14. Ejecutoria 482/2017 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos 9 de marzo de 2011 y sentencia de fecha 5 de julio de 2017, por un delito de quebrantamiento a la pena de 4 meses y 20 días de prisión.

15. Ejecutoria 537/2017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, con fecha de hechos 21 de mayo de 2010 y sentencia de fecha 3 de octubre de 2017, por un delito de robo con fuerza a la pena de 7 meses de prisión.»

SEGUNDO.- Dicho Tribunal resolvió en su parte dispositiva:

“Fallo.- En virtud de los anteriores hechos y fundamentos jurídicos, DISPONGO:

Admitir la acumulación de las siguientes ejecutorias:

1. Ejecutoria 303/2013 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, con fecha de hechos 2 de abril de 2012 y sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, por un delito de quebrantamiento a la pena de 6 meses de prisión, en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

2. Ejecutoria 304/2013 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos 22 de febrero de 2010 y sentencia de fecha 12 de junio de 2014, por un delito de robo con fuerza a la pena de 8 meses de prisión.

3. Ejecutoria 37/2016 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, con fecha de hechos 29 de noviembre de 2008 y sentencia de fecha 19 de enero de 2016, por un delito de robo con fuerza a la pena de 3 meses de prisión.

4. Ejecutoria 482/2017 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Castellón, con fecha de hechos 9 de marzo de 2011 y sentencia de fecha 5 de julio de 2017, por un delito de quebrantamiento a la pena de 4 meses y 20 días de prisión.

5. Ejecutoria 537/2017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, con fecha de hechos 21 de mayo de 2010 y sentencia de fecha 3 de octubre de 2017, por un delito de robo con fuerza a la pena de 7 meses de prisión.

Por lo que el máximo de cumplimiento no podrá exceder de 24 meses.

Rechazar la acumulación del resto de ejecutorias pendientes.”

TERCERO.- El Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, dictó Auto de Aclaración de fecha 29 de marzo de 2018, con la siguiente parte dispositiva.

«SE ACUERDA LA ACLARACIÓN de la resolución de fecha 12 de diciembre de 2018 en el sentido siguiente:

a) rectificar la fecha de la resolución debiendo ser 12 de marzo de 2018 en lugar de 12 de diciembre de 2018.

b) rectificar el número de la ejecutoria del Juzgado de lo Penal no 1 de Castellón, debiendo ser la no 304/14 en lugar de la no 304/13 (figura en el no 11 de antecedente de hecho cuarto, en fundamento de derecho único así como en la relación de las acumuladas con el no 2).»

CUARTO.- Notificado el auto, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Don G., 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.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en un único motivo:

Único.- Por infracción por aplicación indebida del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 76 del Código Penal.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el penado Don G. contra el auto de 12 de marzo de 2018 dictado por el titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón de la Plana, aclarado mediante auto de fecha 29 de marzo de 2018, por el que 1) admitía la acumulación de cinco condenas, fijando un máximo de cumplimiento de veinticuatro meses, señalando que “Son acumulables todas las condenas por delitos cuyos hechos se hubiesen cometido con anterioridad al 9 de mayo de 2013, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso” y, 2) desestimaba

la acumulación de las penas impuestas en otras diez sentencias dictadas entre los años 2010 y 2017, por hechos cometidos en el período 2006 y 2017, expresando que “El resto de ejecutorias pendientes no son acumulables, por cuanto por fechas, no cabe la acumulación.”

SEGUNDO.- 1. La defensa de Don G. impugna esta resolución mediante un único motivo por infracción de ley por aplicación indebida del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 76 del Código Penal, Considera que el auto recurrido incurre en infracción de ley al no acumular la Ejecutoria 498/2016 del Juzgado de lo Penal 4 de Castellón, que condena por un delito de robo con fuerza a la pena de 8 meses de prisión, pues se dan los requisitos que el propio auto refiere en su fundamento jurídico.

De esta manera señala que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Castellón es posterior a la sentencia de fecha más antigua (4 de febrero de 2016) y los hechos son anteriores a la celebración del juicio que dio lugar a la Sentencia (11 de mayo de 2010). Explica que el auto del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón comete un error, al igual que el informe del Ministerio Fiscal, al recoger como fecha de los hechos 15 de mayo de 2016 cuando, como se desprende de la propia sentencia, los hechos ocurrieron el 11 de mayo de 2010 y por tanto anteriores a la sentencia más antigua (9 de mayo de 2013) y la sentencia es posterior (4 de febrero de 2016). Termina señalando que, siendo la pena impuesta en dicha sentencia de 8 meses de prisión, no varía el tiempo máximo de cumplimiento de 24 meses, pero se debe acumular la ejecutoria 498/16.

2. En virtud de la doctrina de esta Sala según la cual para que proceda la acumulación de condenas solo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión, la cual se apreciará siempre que los delitos mencionados hayan podido ser enjuiciados en un solo proceso atendido el momento de su comisión; por ello, deben únicamente excluirse de la acumulación los hechos ya sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado o los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso (Sentencias del Tribunal Supremo 109/2008 , 826/2009, 1371/2011). Así mismo se ha manifestado que la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impiden un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles de

acumulación (Auto del Tribunal Supremo 15/12/2011, citando Sentencia del Tribunal Supremo 1327/2005).

3. En sintonía con las alegaciones del Ministerio Fiscal que apoya el recurso, el recurso debe ser admitido porque la exclusión de la ejecutoria indicada se produjo al haberse sufrido un error en la fecha de los hechos que tuvieron lugar el 15 de mayo (no el 11 de mayo, como señala el recurrente) de 2010 y no el 15 de mayo de 2016. Corregido ese dato la ejecutoria resulta acumulable a la agrupación formada, teniendo en cuenta que los hechos a los que la misma se refiere fueron cometidos el día 15 de mayo de 2010 y por tanto con anterioridad a dictarse la sentencia que dio lugar a la ejecutoria más antigua (sentencia de fecha 9/05/2013, ejecutoria núm. 303/13 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón), y fueron sentenciados en fecha posterior (4 de febrero de 2016).

Igualmente, teniendo en cuenta la pena impuesta en esa sentencia (8 meses de prisión), igual a la más grave de las que son objeto de acumulación, procede mantener el tiempo máximo de cumplimiento fijado en el auto recurrido.

TERCERO.- 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

1º) DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado Don Gumersindo, contra el auto dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón, de fecha 12 de marzo de 2018, anulando dicha resolución y acordando acumular las siguientes ejecutorias:

1.- Ejecutoria 303/2013 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Castellón, con fecha de hechos 2 de abril de 2012 y sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, por un delito de quebrantamiento a la pena de 6 meses de prisión, en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

2.- Ejecutoria 304/2014 del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Castellón, con fecha de hechos 22 de febrero de 2010 y sentencia de fecha 12 de junio de 2014, por un delito de robo con fuerza a la pena de 8 meses de prisión.

3.- Ejecutoria 37/2016 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Castellón, con fecha de hechos 29 de noviembre de 2008 y sentencia de fecha 19 de enero de 2016, por un delito de robo con fuerza a la pena de 3 meses de prisión.

4.- Ejecutoria núm. 498/2016 del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Castellón, con fecha de hechos 11 de mayo de 2010 y sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, por un delito de robo con fuerza a la pena de 8 meses de prisión.

5.- Ejecutoria 482/2017 del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Castellón, con fecha de hechos 9 de marzo de 2011 y sentencia de fecha 5 de julio de 2017, por un delito de quebrantamiento a la pena de 4 meses y 20 días de prisión.

6.- Ejecutoria 537/2017 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Castellón, con fecha de hechos 21 de mayo de 2010 y sentencia de fecha 3 de octubre de 2017, por un delito de robo con fuerza a la pena de 7 meses de prisión.

2º) CONFIRMAR, en lo que no se oponga a lo expuesto, el auto dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón, de fecha 12 de marzo de 2018.

3º) DECLARAR de oficio las costas procesales.

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN

4.- AUTO 838/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA SECCIÓN 1ª DE FECHA 26/12/18

Progresión a tercer grado ratificada, por no considerar insuficiente la cantidad pagada hasta el momento por el penado en concepto de responsabilidad civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación contra el Auto de fecha 9 de noviembre de 2018, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Cataluña. Admitido que fue el mismo a trámite se impugnó por el Ministerio Fiscal, remitiéndose a esta Audiencia los autos, teniendo entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 11 de diciembre de 2018 siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rolo de apelación penitenciaria 1015/18. La fecha para la celebración de la DELIBERACIÓN VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 20 de diciembre de 2018.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico.-

1.- Con fecha 9 de noviembre del 2018, la Ilma. Magistrado-Juez que sirve el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Brians, dictó resolución decretando la desestimación del recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución dictada por la Dirección de Servicios

Penitenciarios y Rehabilitación por la que se acuerda la clasificación en tercer grado al interno, A.

2.- Contra el referido pronunciamiento se ha interpuesto recurso de apelación por parte del Ministerio Fiscal, poniendo el acento en el art. 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, artículo 90 del Código Penal, incidiendo o insistiendo, como núcleo del recurso, en que aunque el requisito del pago de la responsabilidad civil no puede ser absoluto, es necesario, en cualquier caso, reevaluar si el interno ha pagado la responsabilidad civil, ha hecho el esfuerzo reparador suficiente en tal sentido. Y habiendo sido condenado al pago de 4.178.454 euros en concepto de responsabilidad civil, tan sólo ha pagado 3050 euros, a razón de 90 euros mensuales desde Junio del 2016, tratándose, en todo caso, de un esfuerzo insuficiente.

3. - Evacuado el preceptivo traslado a la defensa del penado, por ésta se ha procedido a impugnar el recurso interpuesto de contrario.

SEGUNDO.- Clasificación penitenciaria.-

1.- El artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que “para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

El artículo 65 dispone, en su apartado 1, que la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno y, en su apartado 2, que la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de que los sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidad, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

El artículo 102.4 del Reglamento establece que la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, puesto que el tercer grado se cumplirá en establecimientos

de régimen abierto (artículo 72.2 de la Ley). El artículo 102.3 Reglamento Penitenciario, por su parte, 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.

El artículo 106 Reglamento Penitenciario dispone que la progresión en grado dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, mientras que 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.

El tratamiento penitenciario responde a unas notas jurídicas que se contienen en el artículo 62 Ley Orgánica General Penitenciaria. Entre las mismas destaca su carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena. De ahí que la evolución en el tratamiento determina una nueva clasificación del interno (artículo 65. 1 Ley Orgánica General Penitenciaria), dependiendo la progresión de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva (artículo 65.2 Ley Orgánica General Penitenciaria). Esta novación, de la que depende la progresión penitenciaria, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidad cada vez más importante que implicará una mayor libertad (artículo 65.2 Ley Orgánica General Penitenciaria).

De ahí que la capacidad para vivir en semilibertad respetando en el elenco de mandatos y prohibiciones contenidos en la ley penal (artículo 102.3 y 4 Reglamento Penitenciario) constituya el criterio vertebral a la hora de clasificar en tercer grado a un penado.

Desarrollando el régimen legal, dispone el artículo 102.2 Reglamento Penitenciario que la clasificación del penado se realizará por las Juntas de Tratamiento de los Centros Penitenciarios ponderando los siguientes factores:

– 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.

Atendiendo a estos factores 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 (artículo 102.3 Reglamento Penitenciario), procediendo la progresión en grado cuando se produzca una modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva (artículo 106.2 Reglamento Penitenciario).

El artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria establece que la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

Añade el apartado de dicho precepto que la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

2. - En el caso de autos, es la propia Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Brians, la que ha acordado elevar la propuesta, al centro directivo, de progresión al tercer grado de tratamiento, de conformidad con el artículo 83 del Reglamento Penitenciario.

A tal efecto, debemos consignar los siguientes datos que obran en el expediente, que deben ser objeto de valoración:

El interno está cumpliendo una pena de 7 años y 6 meses de cárcel (5 años por apropiación indebida y 2 años y 6 meses por blanqueo de capitales) con una responsabilidad civil de 4.178.454,03 euros.

Sus datos de cumplimiento son:

- 1/4 el 6-10-2017

- 1/2 el 21-8-2019
- 2/3 el 4-7-2001
- definitivo el 19-5-2023

De los informes de la Junta Tratamiento del centro quedan justificados los siguientes elementos:

a) Penado primario, que cumplió 6 meses en prisión preventiva.

b) A excepción de esta causa, no ha tenido ninguna otra incidencia con la justicia, no tiene ningún otro antecedente penal o policial.

c) Ingreso voluntario en el centro penitenciario de Brians 1 el 13-6-2016.

d) Circunstancias sociales, familiares, laborales totalmente favorables, que se exponen en los informes del equipo de tratamiento del centro. El interno es viudo, (su esposa murió en fecha 7-11-2013 mientras se celebraba el juicio oral de esta causa), y vive en Castelldefels desde el año 2004 con su hija Asunción de 27 años, en un piso en proceso de ejecución hipotecaria y subasta. La hija trabaja de auxiliar administrativa.

e) Reconocimiento de los hechos. El interno ha asumido su conducta criminal, desarrollando planteamientos autocríticos, ha tomado conciencia del daño causado, mostrando arrepentimiento y culpa. En este sentido el psicólogo del centro informa que:

“Se ha valorado muy positivamente su participación en el programa de Desarrollo de valores, en el cual ha admitido y reconocido errores en su manera de hacer las cosas y reconociendo la culpabilidad.

Ha hecho una auténtica reflexión y ha trabajado su sensación de culpabilidad. Ha hecho una auténtica reflexión y razonamiento de concepto moral y ha interiorizado diferentes posiciones de un conflicto moral.

Se ha trabajado también el concepto de empatía, dándose cuenta el interno de pensamientos y sentimientos de las otras personas y cambiando su visión egocéntrica del mundo, sustituyéndola por una perspectiva en que se consideren las necesidades de los demás”.

El informe del educador se refiere en el mismo sentido. “En relación a los hechos es capaz de identificar los elementos de riesgo que le acompañaron durante aquella temporada, pese a no tener una intencionalidad plena

en la gestión del dinero, entiende y es consciente de que su papel fue necesario en los hechos relatados. Se muestra resentido en cómo han ido las cosas y tiene un sentimiento de culpabilidad ante sus actos, es consciente de cómo se dejó llevar sin reflexionar ni ver las posibles consecuencias que podían tener sus actos”.

En la medida de sus posibilidades económicas ha mostrado voluntad reparadora en relación a la responsabilidad civil: hasta ahora ha realizado pagos mensuales de 90 euros, y a partir de este mes de noviembre, con el cambio de trabajo los ha empezado a efectuar de 320 euros mensuales.

En la escala RISCANVI todos los valores obtenidos son BAJOS: violencia autodirigida, violencia intrainstitucional, reincidencia violenta y quebrantamiento de condena.

El pronóstico del equipo de tratamiento es favorable y el programa de tratamiento individualizado durante el cumplimiento de la pena pasa por la reinserción laboral, la reparación del daño con el abono de la responsabilidad civil y el programa de salud.

Desde junio de 2017 hasta este octubre ha realizado salidas diarias de tipo laboral en régimen del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, saliendo a trabajar de auxiliar administrativo en la empresa Zona las Cortes SL con un contrato de 20 horas semanales y un sueldo de 502,64 euros mensuales

Desde el mes de noviembre 2017 ha disfrutado de permisos de salida sin ninguna incidencia.

Sufre de pie diabético y le han efectuado varias intervenciones con seguimiento en el Hospital de Bellvitge.

La propuesta de progresión de grado de la Junta de Tratamiento del centro ha sido por unanimidad.

Hasta ahora ha efectuado pagos mensuales de 90 euros, tal y como queda acreditado con la certificación emitida por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30-10- 2018.

3.- El conjunto de datos que venimos exponiendo determina que deba ratificarse el pronunciamiento adoptado por la Juez de Vigilancia.

En este sentido, consideramos que el requisito de abono o satisfacción de la responsabilidad civil no debe interpretarse de forma absoluta.

El penado cumple, desde una vertiente objetiva y subjetiva, los requisitos para acceder a una progresión al tercer grado, y además, dada su limitada situación económica, está realizando un importante esfuerzo para realizar pagos parciales de la responsabilidad civil a la que fue condenado, buscando un resarcimiento efectivo de las víctimas, con un compromiso de pago de la responsabilidad civil, que está cumpliendo.

Por todo lo expuesto, procede

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Cataluña de fecha 9 de noviembre de 2018.

5.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 24/09/18

Estimación de recurso de alzada concediendo el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario a un interno clasificado en segundo grado.

HECHOS

PRIMERO.- Se formula por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, F.F.R., recurso de alzada contra el Acuerdo de la Dirección General de instituciones Penitenciarias de 29 de junio de 2018 que acordó la continuidad en segundo grado del recurrente.

SEGUNDO.- Pasado el expediente al Ministerio Fiscal, ha informado en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se formula por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, F.F.R., recurso de alzada contra el Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 29 de junio de 2018 que acordó la continuidad en segundo grado del recurrente.

Examinado el expediente, incoado con motivo del recurso interpuesto, la solución a la que se llega es contraria a la plasmada en la resolución que se combate, procediendo la estimación del recurso analizado en los términos que se dirán.

La determinación de la clasificación del interno, según previene el art. 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en relación con el artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario viene estrechamente relacionada con la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, así como la duración de las penas y el medio social al que habrá de retornar el interno.

SEGUNDO.- Establecido lo anterior, el dato relevante para acordar la progresión en los distintos grados está presidida además por la concurrencia de una serie de circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia penitenciaria que genere el necesario clima de confianza en que el tratamiento empleado ha conseguido o está en vías de conseguir, el fin último de la pena, esto es, la reeducación y reinserción social del interno (artículo 25.2 de la Constitución Española y 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria)

Además, el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario establece que de manera excepcional, 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.

TERCERO.- Así las cosas, el examen del expediente y los informes elaborados por el Equipo de Tratamiento, revelan que el recurrente y pese a no reunir por ahora los requisitos que le harían merecedor de la progresión a tercer grado de tratamiento, que devendría en la aplicación de un régimen de vida en semilibertad, si merece, en atención a sus circunstancias

personales y en función del programa para el mismo contemplado tendente a lograr su plena reinserción, la aplicación del régimen combinado que permite el citado artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

Cierto es, que se contemplan factores de inadaptación tales como reincidencia delictiva, especial gravedad de los hechos, versatilidad delictiva, reciente regresión de grado, ausencia de permisos para valorar su adaptación tras su regresión y falta de pago de la responsabilidad civil. Pero también lo es, y así lo ha valorado la junta de tratamiento, que de una condena de considerable cuantía, el penado, ha extinguido ya, por aplicación de los correspondientes beneficios penitenciarios, más de las tres cuartas partes de la misma. Igualmente, observa buena conducta, cuenta con apoyo familiar, carece de adicciones conocidas, la pena ha desplegado su efecto intimidatorio, planifica de forma realista el proceso de reinserción, y tiene madurez y estabilidad personal y un comportamiento responsable, y de todo ello la Junta concluye en un pronóstico de reincidencia medio-bajo.

Así las cosas, y aunque la clasificación en tercer grado de tratamiento ciertamente sería precipitada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos y la extensión de la pena impuesta que aconseja un mayor periodo de observación, si es procedente la ya anticipada aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario que en su día propuso la junta de tratamiento para que el penado pueda desarrollar su actividad laboral. Y, en su consecuencia, otorgar al penado salidas laborales, debiendo en todo caso pernoctar diariamente en el centro penitenciario salvo el régimen ordinario de permisos.

CUARTO.- Cuanto se lleva razonado conduce a estimar el recurso que se interpone, considerándose que la continuación en segundo grado del recurrente no obstante ser totalmente correcta y ajustada a la evolución de este interno, debe completarse con la especialidad que se ha expuesto en el fundamento que antecede.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general aplicación; dijo:

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando como estimo el recurso de alzada formulado por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, F.F.R., contra la resolución

de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 29 de junio de 2018 que acordó el manteniendo del mismo en segundo grado de tratamiento. Debo acordar y acuerdo que no obstante dicha clasificación, al interno le sean permitidas salidas laborales, debiendo en todo caso pernoctar diariamente en el Centro Penitenciario salvo el régimen ordinario de permisos.

Lo que será efectivo, cuando se formalice el correspondiente contrato de trabajo.

6.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 05/02/18

No concesión del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, por falta de concurrencia de los requisitos exigidos.

HECHOS

ÚNICO.- Por el interno F.V.B. se interpuso recurso de Reforma contra el Auto de este Juzgado de fecha 27/09/2017. Remitido expediente al Ministerio Fiscal por éste se informó en el sentido de que procedía desestimar el recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por el interno en el recurso sustanciado no se alegan hechos o fundamentos jurídicos distintos a los tenidos en cuenta al tiempo de dictarse la resolución recurrida que debe ser confirmada con la consecuente desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- En el presente caso debe proceder la desestimación del Recurso de Reforma presentado contra el auto de fecha 27 de septiembre del 2017 pasado, por cuanto la aplicación del tercer grado al amparo del nº 4 del artículo 104 del Reglamento Penitenciario al interno F.V.B., está supeditada a la existencia de enfermedad grave o padecimiento incurable que a tenor del último informe del Médico Forense de fecha 11 de enero

2018, no existe hasta el momento. De las conclusiones de dicho informe se desprende que pese a padecer cardiopatía isquémica arteriosclerótica, la misma es compatible con la normalidad, con buen nivel funcional con una supervivencia del 98% a 1 año y del 77% a 10 años, y un bajo riesgo de episodio cardiovascular mortal de un 1-2 % en 10 años.

En virtud de los expuesto.

DISPONGO: Se acuerda la desestimación del recurso y la confirmación del Auto recurrido de fecha 27/09/2017.

7.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 10/05/18

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal denegando la progresión a tercer grado.

HECHOS

PRIMERO: Que por el Ministerio Fiscal, se formuló recurso contra el acuerdo lomado por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva por el cual se acuerda la clasificación en tercer grado de tratamiento de la interna M.R.R. de fecha 26/02/2018.

SEGUNDO: Que conferido traslado a la interna, no se presentaron alegaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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

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

practicará tras la adecuada observación y para la individualización del tratamiento y conforme al artículo 104.3º del mismo texto legal, la clasificación inicial en tercer grado en el supuesto de internos que no hayan cumplido la cuarta parte de la condena exige la concurrencia de especiales variables, siendo que en el presente supuesto, hay que tener en cuenta que si bien la interna ingresó en el CIS de Huelva para el cumplimiento de una condena de 6 meses de prisión, le constan otras cuatro condenas, por delitos de robo, conducción sin permiso y hurto, lo que hace necesario un mayor efecto intimidatorio de la pena, dado el escaso de las anteriormente impuestas, máxime cuando sólo asume parcialmente su responsabilidad delictiva utilizando ciertas distorsiones cognitivas para paliar parte de su responsabilidad y presenta una inadecuada capacidad de resolución de conflictos, al actuar para la obtención inmediata de sus objetivos, sin sopesar los pros y contras a medio y largo plazo, no asumiendo la situación penitenciaria a la que le ha llevado su conducta y sobre todo, dado que pese a negar reiteradamente su consumo de sustancias tóxicas, ha dado resultado positivo a cocaína y benzodiazepinas en el control toxicológico practicado en el CIS de Huelva el mismo día de su clasificación, lo que pone de manifiesto una elevada simulación, en especial en cuanto a su problemática tóxica, factores, todos ellos, valorados en su conjunto que hacen procedente, a criterio de esta Juzgadora, iniciar el tratamiento penitenciario en régimen ordinario y en consecuencia, estimar el recurso del Ministerio Fiscal y considerar que la interna debe ser clasificada en segundo grado de tratamiento.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.S^a. DISPONE: Que procede ESTIMAR el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la resolución de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de fecha 26/02/2018, por la que se acordaba la clasificación de M.R.R. en tercer grado de tratamiento, y en consecuencia deberá quedar la misma clasificada en segundo grado de tratamiento, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro de Inserción Social para su cumplimiento y ejecución inmediata.

8.- AUTO 208/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA SECCIÓN 1ª DE FECHA 31/05/18

Denegación de progresión a tercer grado por falta de factores favorables.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Por el interno C. se solicitó ser clasificado en tercer grado penitenciario, lo cual le fue denegado por Resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de fecha 26 de octubre de 2017 (folio 13).

Interpuso el interno recurso contra esta resolución ante el juez de vigilancia penitenciaria dictándose Auto el 28 de febrero de 2018 en el que se desestimaba al recurso de queja interpuesto.

Contra esta resolución interpuso el interno recurso de reforma que dio lugar a nueva resolución del juzgado de vigilancia penitenciaria de fecha 26 de marzo de 2018 desestimando tal recurso y confirmando el anterior auto.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a las pretensiones del interno en todos los recursos que este interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa del interno C. se interpone recurso de apelación contra el Auto de 26 de marzo de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Logroño el cual desestimaba el recurso que había interpuesto el referido interno, hoy apelante, contra el Auto de 28 de febrero de 2018 del mismo Juzgado, que desestimaba la queja deducida por dicho interno contra la Resolución de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, que acordaba su mantenimiento en segundo grado de tratamiento.

El recurrente interesa en esta segunda instancia que, con estimación del recurso de apelación interpuesto, se revoque la resolución recurrida y

se acuerde la clasificación del interno C. en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

El recurrente alega, en resumen, que ha cumplido ya 25 meses de internamiento en centro penitenciario, que su conducta ha sido irreprochable, que presta servicio como camarero en el comedor del centro, que cuenta con apoyos sociales y con el aval de la Asociación “Rioja Acoge”, que ya ha disfrutado de un permiso sin incidencia alguna, que ha pagado las responsabilidades civiles, por lo que es de aplicación el artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

SEGUNDO.- En la resolución del recurso de apelación interpuesto ha de partirse de que, conforme declara el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de forma acorde con la Constitución Española, el fin primordial de las instituciones penitenciarias es la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, con lo que se deja constancia de la doble finalidad preventiva general y preventiva especial de la pena que asume el sistema penitenciario español para la ejecución de las penas privativas de libertad. Para alcanzar las indicadas finalidades, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario regulan un sistema de cumplimiento de penas basado en la individualización y separación por grados, el último de los cuales será el de libertad condicional (artículo 72 de Ley Orgánica General Penitenciaria), siendo lo esencial en cada momento el pronóstico del penado, de tal manera que será situado inicialmente en el grado que le corresponda y, si de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulta estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden. También se establece en este precepto que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. Con ello, el sistema de individualización científica se caracteriza, por tanto, por su gran flexibilidad, y permite que el penado, dependiendo de sus particulares condiciones, pueda ser situado inicialmente en cualquiera de los grados penitenciarios establecidos.

La clasificación del penado, tanto la inicial, como la que resulte a partir de su evolución en el cumplimiento de la condena, responde a una previsión legal, en función de una serie de parámetros predefinidos en la Ley y el Reglamento Penitenciario, con la obligación de ser adaptada en cada

momento en atención a la situación existente mediante un sistema de revisión periódica. En este sentido, establece el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que para la clasificación de los penados debe tomarse en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, y las facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. El artículo 102 del Reglamento Penitenciario añade que serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad (párrafo 3º). 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 (párrafo 4º). En este sentido, decir que se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, y el artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 106 Reglamento establecen que la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al centro penitenciario adecuado o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

Por último, la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; y se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la mayor libertad. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación con el tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno (artículo 65.2.3º de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.3º del Reglamento Penitenciario). Por ello, cualquier acuerdo de progresión o regresión de grado es reversible en función de los parámetros de conducta del interno.

En función de estos parámetros normativos y tal y como indicaba el Auto de esta Sala de 17 de enero de 2002, la progresión de grado depende de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva manifestada en la conducta global del interno y “entraña un incremento de la confianza depositada en él, hasta el punto de

permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad; pero tal precepto debe ser integrado con el artículo 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 relajación de los mecanismos normales de control de la vida 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 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”.

TERCERO.- El recurso debe ser desestimado, pues aun cuando el interno C. pudiera cumplir algún presupuesto para la estimación de su pretensión, como el mantener una adecuada progresión en el centro, no puede dejar de advertirse que no obstante lo anterior, la pretensión principal consistente en su progresión al tercer grado penitenciario, como institución que conlleva una relajación de los mecanismos de control, debe implicar una garantía de éxito en la utilización de ese mayor margen de confianza en que la misma consiste, como la perspectiva de hacer un buen uso de ella, circunstancias estas que de momento no constan suficientemente acreditado que concurran.

No puede perderse de vista que el recurrente está cumpliendo una condena de 5 años de prisión por un delito de relevante entidad (delito de detención ilegal). En el momento en que realizó la solicitud de progresión de grado, aunque ya había cumplido la cuarta parte, no había todavía cumplido sin embargo siquiera la mitad de la pena impuesta (se cumplía el 7 de mayo de 2018), e incluso actualmente no ha cumplido siquiera las 3/4 partes de condena que cumplirá el 6 de agosto de 2019, estando previsto el licenciamiento definitivo el 5 de noviembre de 2020. Tampoco consta que en el momento en que el penado realizó la solicitud de progresión de grado y se resolvió sobre esta, hubiera disfrutado todavía de permisos (debe recordarse que lo que debe evaluarse es si el penado cumplía las condiciones para la progresión de grado que solicitaba, en el momento en que efectivamente se dictó la resolución por la Administración Peniten-

ciaria denegando esa progresión; y en ese momento, el penado no había disfrutado de permisos, según hace constar expresamente la resolución de la Subdirección general de tratamiento, ver folio 13).

Todo lo que antecede determina que el recuso deba ser desestimado pues la denegación de la progresión de grado acordada fue correcta en el momento en que dicha decisión se adoptó.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás de pertinente aplicación al caso, en atención a todo lo expuesto.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno C. contra el Auto de 28 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Logroño, ratificado por Auto del mismo Juzgado de fecha 26 de marzo de 2018, ambos dictados en expediente 1251/17 del que deriva el presente Rollo de Apelación nº 254/18, confirmando dichas resoluciones.

9.- AUTO 280/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA SECCIÓN 2ª DE FECHA 13/04/18

Regresión a régimen cerrado por inadaptación manifiesta al régimen ordinario.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- La representación procesal de A. interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 7 de septiembre de 2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Cataluña en el procedimiento especial 449/17, que acuerda la regresión de grado relativo al interno A. El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En primer lugar cabe señalar que no se ha estimado la petición de recabar medios de prueba, folio 90 del testimonio, por cuanto la Sala estima que no son pertinentes y necesarios a efectos de la resolución del recurso presentado.

En el proceso sancionador en el ámbito penitenciario, se tienen que observar el derecho a la defensa, el derecho a utilización de los medios pertinentes de prueba y el derecho a la presunción de inocencia (Sentencias del Tribunal Constitucional de 18/1981, 2/1987, 297/1993, 97/1995, 195/1995, 39/1997, 181/1999, 81/2000, 157/2000 y 27/2001).

La petición de medios de prueba ha de ser explicada a fin de estipularse su necesidad y pertinencia, no encontrándose justificadas ninguna de las pruebas emitidas a efectos de resolver el presente procedimiento porque las pruebas van dirigidas a intentar probar que la aplicación del primer grado, sin esperar a que haya resolución judicial, han ocasionado efectos médicos en el penado, no siendo motivo de resolución en esta apelación.

No se estima indefensión con la denegación, según lo entiende el Tribunal Constitucional en Sentencia 27/2001 de 29 de enero de 2001, Rec. 4707/1999 ya que dice: “Hemos afirmado que la vulneración del derecho fundamental a la defensa por parte de la Administración penitenciaria se produce cuando «la actuación de aquéllas hubiera causado la indefensión real del interno», pues «una indefensión de este tipo sólo se produce cuando se priva al ciudadano de los medios legales suficientes para la defensa de sus legítimos intereses; esto es, cuando se eliminan o se disminuyen sustancialmente los derechos que le corresponden a quienes toman parte en el proceso o en un procedimiento sancionador, privándoles de una oportunidad real de defender sus intereses» (Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1993, de 12 julio, FJ 5 y las que en ella se citan)”.

No se alega indefensión en la preparación del recurso con lo que se refuerza lo manifestado por esta Sala.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica General Penitenciaria recoge en su artículo 10.1 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 trata de fijar el tipo de conducta que integra la inadaptación grave a las normas generales de convivencia, partiendo de los factores fijados en el artículo 102.5 Reglamento Penitenciario.

Es sabido que la regresión se alza como una norma tratamental y no sancionadora, de carácter excepcional y que debe ser adecuada y proporcional a la conducta que se califica de inadaptación, manifiesta y grave.

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

El artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario señala como factores que deben ser ponderados para valorar la existencia de esta inadaptación o peligrosidad, la naturaleza de los delitos cometidos, comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos. También la pertenencia a organizaciones o a bandas armadas, la participación activa en motines, planes, agresiones físicas, amenazas o coacciones, la comisión de infracciones disciplinarias calificadas de graves o muy graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo y la introducción o posesión de armas de fuego en el establecimiento Penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante que haga presumir su destino al tráfico.

TERCERO.- Alega el recurrente en primer lugar que no puede aplicarse el artículo 65.3 Ley Orgánica General Penitenciaria porque no está sometido a tratamiento alguno desde hace más de dos años. En segundo término entiende que no puede darse cumplimiento a la medida de regresión en tanto no haya resolución judicial, añadiendo que la ejecución le ha producido efectos sobre su salud. En tercer lugar, se denuncia falta de motivación suficiente en la resolución. El Ministerio Fiscal se opone al recurso al entender que es correcta la decisión de la Dirección General.

No puede prosperar el recurso planteado.

El tratamiento en centro penitenciario es un conjunto de actividades que se dirigen a la resocialización y reeducación hacia el penado, siendo sometido a tratamiento desde el momento en que inicia la vida penitenciaria. De lo antedicho se afirma que la interpretación que se hace del precepto es favorable al recurrente pero no se ajusta a la realidad.

En segundo lugar considera que el artículo 10 Ley Orgánica General Penitenciaria no es aplicable a su situación por aludir a que está dirigido a internos calificados de peligrosidad extrema que hayan atentado contra otros internos, o internos que hayan participado en motines o fugas. No pueden prosperar estas aseveraciones porque el precepto indicado se completa con la frase: “o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada”.

La clasificación del penado, tanto la inicial, como la que resulte de su evolución en el cumplimiento de la condena, responde a una previsión legal –recuérdese la plena vigencia del principio de legalidad en la actuación penitenciaria (artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria)– en función de una serie de parámetros predefinidos en la Ley y el Reglamento, con la obligación de ser adaptada en cada momento a la situación existente mediante un sistema de revisión periódica.

La regresión de grado se acordó en resolución motivada, aunque no compartida como es lógico, que fue mantenida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Cataluña en su auto objeto de recurso. La regresión se fundamentó en la inadaptación del penado al régimen ordinario en el centro penitenciario y se describen en el auto recurrido las conductas que han sido realizadas por el penado siendo de destacar lo acontecido con el soporte informático del centro y que se recoge en el expediente sancionador.

Se afirma en el auto recurrido que “de los informes remitidos se colige que el penado no ha superado las deficiencias que motivaron el delito cometido de extrema gravedad y que genera una vida penitenciaria manifiestamente irregular, con reiteradas faltas disciplinarias y otras conductas contrarias al régimen, sin trascendencia penitenciaria, pero que han tenido consecuencias regimentales. En este punto, debe aclararse que no solo las conductas disciplinarias son valorables en la clasificación, sino la conducta global del penado (la observación es un instrumento de especial interés en

el área penitenciaria como se deduce del artículo 63 y 64 Ley Orgánica General Penitenciaria y 66 Reglamento Penitenciario), que permita valorar si avanza o no en el proceso de reinserción, generando los oportunos informes.”

Esta Sala está conforme con la decisión del Juzgado de Vigilancia en cuanto a la desestimación del recurso de alzada que interpuso el interno contra dicha resolución administrativa que consideramos plenamente ajustada a Derecho por cuanto la regresión a primer grado de tratamiento está sobradamente justificada en razón a la gravedad de los hechos protagonizados por el interno. Es evidente una involución en el tratamiento del interno y se expone en el auto recurrido con firmeza.

Se ha de valorar el comportamiento conjunto del interno, y a la vista del expediente sancionador, teniendo en cuenta que algunas faltas disciplinarias se dejaron sin efecto por el Juzgado de Vigilancia (4 de las 10 que fueron impuestas, según se ha acreditado documentalmente), nos encontramos con una “inadaptación manifiesta” puesto que el penado encuentra cualquier oportunidad para desatender a requerimientos del personal del centro penitenciario, hace un uso muy inadecuado de los soportes informáticos que ha llevado a que no pueda acceder a su utilización, haciendo uso de un lenguaje agresivo de manera constante, y se comparte con el juez a quo que el penado, con su comportamiento, ha conseguido “la percepción personal de persecución, agresión, ataque respecto a los funcionarios o autoridades que intervienen en la ejecución de la condena...”. Este comportamiento es desarrollado en el tiempo y obliga a considerar que hay una evolución muy negativa en su tratamiento.

Así pues, la regresión implica un fracaso en el ritmo de tratamiento elegido, por inadaptación o no aprovechamiento de las posibilidades de un grado determinado, siendo responsabilidad directa del interno, que no se ha hecho merecedor de la confianza y responsabilidad en él depositadas.

CUARTO.- Como segunda alegación estima que la ejecución de la medida sin esperar a una resolución judicial y sin revisión médica, pone la ejecución de su condena en claves de inhumanidad total vulnerando el artículo 15 de la Constitución Española. Considera que al no haber sido sancionado por alteraciones regiminales muy graves o que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios o de otros internos, no puede aplicarse la regresión.

Dicha alegación ya fue resuelta por la Sentencia 119/1996, de 8 de julio del Tribunal Constitucional, donde se desestimó la alegación de que la imposición de pena de aislamiento en celda no podía estimarse como una privación de libertad, limitativa del artículo 17.1 de la Constitución Española, lo que implicaba que la administración civil no podría imponer estas sanciones conforme al artículo 25 de la Constitución Española. En esta Sentencia se recoge que “La orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social es también objeto de invocación frente al régimen de vida penitenciario que se impuso a los internos recurrentes. Debe oponerse al respecto, sin embargo, que a los efectos de la cuestión que ahora se suscita, este principio no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también “fin primordial” de las instituciones penitenciarias de “retención y custodia de detenidos, presos y penados” (artículo 1 Ley Orgánica General Penitenciaria), que comporta “garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro” (Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, 129/1995, 35/1996). Este último objetivo es el que expresamente persiguen las restricciones a las que se atribuye su nula orientación hacia la reeducación y reinserción social, con patente desconocimiento de la carencia de exclusividad de este fin en la ejecución de la pena privativa de libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1988, 28/1988, 150/1991, 55/1996)”.

Por tanto, no es precisa la resolución de un órgano judicial o incluso del Tribunal Constitucional para dar cumplimiento a la regresión al primer grado.

La regresión en grado, como decisión, no vulnera derecho fundamental alguno cuando se ajusta a los parámetros legales, como se aprecia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, nº 2/1987 de 21 Ene. 1987, Rec. 940/1985 que recoge: “La Comisión de Estrasburgo en bastantes casos ha tenido ocasión de examinar quejas relativas a este tipo de confinamiento aislado, y su posible colisión con el art. 3 Convenio de Roma. De acuerdo a la Comisión el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye, de por sí, un tratamiento inhumano o degradante, sólo cuando por las condiciones (alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda), circunstancias (de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones, radio, control médico) y duración, se llegue a un nivel inaceptable de severidad y si ha dicho que un confinamiento prolongado solitario es

indeseable, ello ha sido en supuestos en los que la extremada duración de tal confinamiento superaba, mucho más allá, el máximo legal previsto de cuarenta y dos días en nuestra legislación penitenciaria. No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del art. 3 Convenio de Roma (decisión Adm. Com. Ap. 8395/1978, de 16 diciembre 1981).

A la luz de esta doctrina debe ser rechazada también la alegación del recurrente. En primer lugar la sanción de aislamiento en celda, como tal y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la Legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante. En segundo lugar, tampoco en la aplicación concreta al recurrente ni siquiera se ha alegado el que no se hayan observado esas exigencias legales, y haya cumplido las sanciones en circunstancias y condiciones que supusieran la existencia de un trato inhumano o degradante.”

Indicar que el régimen cerrado viene regulado en los artículos 89 a 95 Reglamento Penitenciario y en concreto, al penado se le impuso durante catorce días el artículo 94, menos restrictivo que el artículo 93. Indicar que no puede prosperar su afirmación que la imposición de la regresión, sin la orden judicial, es lo que provoca un deterioro físico y psicológico porque lo reglado es que se proceda de la manera que se ha procedido, no existiendo en el presente caso excepcionalidad alguna.

QUINTO.- Como última alegación se denuncia falta de motivación de la resolución recurrida. El Tribunal Constitucional, entre las más recientes, Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de noviembre de 2006, núm. 331/2006, al analizar el derecho a obtener una resolución fundada en derecho favorable o adversa, como integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en garantía frente a la arbitrariedad o irrazonabilidad de los poderes públicos, ha venido manifestando que la resolución judicial debe contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles son los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, motivación que debe contener una fundamentación en derecho, manifestando que este derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo

que ello afecte al contenido de derechos fundamentales distintos al de la tutela judicial efectiva, ni un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, aunque, sí exige, pese a la parquedad o concentración del razonamiento, que se expliciten su ratio decidendi de modo que permita que sean conocidos los motivos que justifican la decisión, exigiéndose, para la valoración de la suficiencia o no de la motivación, un examen del caso concreto con la finalidad de comprobar si se ha cumplido o no con el citado requisito (Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 2002, F.2, de 13 de febrero de 2006, F.7, de 27 de febrero de 2006, F.2 y de 3 de julio de 2006, F.4, entre otras).

Así con todo, no se advierte por la Sala falta de motivación en la resolución recurrida por haberse argumentado correctamente la decisión del juez a quo.

SEXTO.- De conformidad con lo prevenido en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas de esta alzada se declaran de oficio.

FALLO

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de A., contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Cataluña con fecha 7 de septiembre de 2017 en el que figura como penado A., el cual confirmamos en todos sus extremos, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

CAPÍTULO III

COMUNICACIONES

10.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 06/02/18

Estimación de queja por retención de carta con lemas favorables a la agrupación de presos en el País Vasco.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.K.P.I. del Centro penitenciario Córdoba formulando queja sobre retención de carta recibida por correo.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Que el marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 de la Constitución Española, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, de 26 de febrero, FJ 6.a; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 20 de enero, FJ 3). Desde tal perspectiva, pues, han de ser analizadas las vulneraciones que achaca el recurrente a las resoluciones administrativas.

SEGUNDO.- En el presente caso, al interno se le retira una carta recibida por correo en atención a que dicha carta contenía anagramas y lemas utilizados habitualmente por la organización terrorista ETA en solicitud de la agrupación de los presos en el País Vasco.

Conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 del Reglamento Penitenciario, las comunicaciones no tendrán más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Tal y como ha venido sosteniendo la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, la afirmación de que tales lemas coincidan con los utilizados por la organización terrorista, no es discutible, pero no es una exclusiva que detenten los terroristas y que identifique automáticamente texto y organización, ya que se trata de una reivindicación que asumen fuerzas políticas de Euskadi que tienen representación en las Instituciones del Estado y de la Comunidad Autónoma, alejados históricamente de la influencia terrorista.

Considera además, que la imagen y la leyenda en la carta retenida, no se conecta con un relato o discurso que pueda estimarse enaltecedor del terrorismo, atentatorio contra el orden del establecimiento, ni que afecte a la seguridad.

En consecuencia y aplicando la expresada doctrina al caso presente, procede la estimación de la queja formulada, levantándose la retención de la carta acordada por el Centro Penitenciario.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno J.K.P.I. del Centro Penitenciario Córdoba.

11.- AUTO 1043/2018 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 12/11/18

Desestimación de recurso de apelación sobre renovación de la intervención de comunicaciones a interno perteneciente a la organización terrorista ETA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente 100/2003-21 dictó auto de fecha 3 de septiembre de 2018 por el que desestimaba la queja formulada por la defensa de I.B.E. interno en el Centro Penitenciario de Albolote, contra el Acuerdo de renovación de la intervención de las comunicaciones.

SEGUNDO.- Por la representación del interno, fue interpuesto de apelación en base a las consideraciones que son de ver en el escrito presentado.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso con apoyo en los argumentos que son igualmente de ver en el informe evacuado.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones en este Tribunal e incoado el correspondiente rollo de apelación fue designada Ponente la Ilma. Sra. Doña Concepción Espejel Jorquera; siendo señalada fecha para deliberación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna el auto del Juzgado a quo que desestimó la queja del recurrente frente al Acuerdo de renovación de la intervención de comunicaciones, alegando que durante los años que ha permanecido en prisión nunca se le ha abierto ningún expediente sancionador por el contenido de las comunicaciones que han estado siempre intervenidas; sin que se haya detectado en el control de las mismas ningún peligro para la seguridad del centro, de los funcionarios o del buen orden del establecimiento; añadiendo que la prórroga de la medida obedece a consideraciones generales relacionadas con la organización terrorista a la que el mismo pertenecía cuando ingresó en prisión más que a la progresión de su com-

portamiento personal y que no ha tenido en cuenta los cambios relativos a dicha organización producidos en los últimos tiempos. Se cita igualmente doctrina del TC relativa a las exigencias de motivación y a la excepcionalidad y temporalidad de la intervención y se argumenta que no concurren dichos requisitos y que el auto apelado introduce requisitos no exigibles legalmente, por no tratarse de un beneficio penitenciario.

Los referidos motivos de impugnación no pueden ser acogidos, por cuanto, como ha señalado esta Sala, entre otros en auto de fecha 26 de abril de 2018, las Sentencias del Tribunal Constitucional 200/1997 de 24 de noviembre y 141/1999, de 22 de julio, vienen a dar cobertura legal a la medida que nos ocupa, desestimando los recursos de amparo formulados por internos pertenecientes a la organización terrorista ETA, al cumplirse los presupuestos de idoneidad, necesidad, individualización, temporalidad, y proporcionalidad, como así sucede en el caso de autos.

Indicamos en el mencionado auto igualmente que, en contra de lo invocado por el entonces recurrente, que esgrimió argumentos semejantes a los deducidos en la presente impugnación, no se trata de que la comisión de un delito de terrorismo opere como un elemento habilitante perenne de la intervención de las comunicaciones, convirtiéndola así en una mera renovación automática cada seis meses.

De la documentación unida al expediente se infiere que la decisión de continuidad de la intervención se fundamenta en la subsistencia de las razones que ampararon la adopción de la medida, la cual tuvo, y continua teniendo, su apoyo en el Hecho de que el recurrente fuera condenado a una pena acumulada de dieciocho años y seis meses por delitos de colaboración con banda armada, asesinato y tenencia de armas prohibidas vinculados a su pertenencia a la organización terrorista ETA. La naturaleza y gravedad de los referidos delitos acredita la notoria peligrosidad del interno, y el elevado riesgo que no adoptar la citada medida produciría a la seguridad del centro, a los funcionarios que allí prestan sus servicios y a los propios internos.

Las consideraciones que se vierten en el informe y las que se recogen en el auto apelado no vienen a introducir, como invoca el apelante, criterios que infrinjan el principio de legalidad; exigiendo requisitos para el cese de la intervención considerando el mismo como un beneficio penitenciario.

Por el contrario, se dirigen a evidenciar que las razones que dieron lugar a la intervención persisten en la actualidad y que no se han modificado las circunstancias que dieron lugar a la adopción medida.

Así en el informe emitido por el Director del Centro consta que, pese a la declaración unilateral de disolución recientemente efectuada por ETA, el interno continúa manteniendo en prisión una disciplina de grupo, sin que conste que el mismo haya expresado arrepentimiento alguno ni haya solicitado en ningún momento desvinculación de la banda terrorista; siendo, por el contrario, uno de los reclusos más reivindicativos a nivel personal y activo en todas las medidas de presión que el colectivo de presos de ETA propone. Se pone igualmente de manifiesto que, incluso la presentación de la queja se realiza de forma común y programada para todos los internos integrados en la organización terrorista; manteniendo la consigna y disciplina de grupo, tal y como ha venido sucediendo mayoritariamente hasta la fecha. Se especifica seguidamente que ni antes ni después del último comunicado de la banda que se utiliza para argumentar la queja, se ha producido ninguna modificación en la actitud del interno ni de su compromiso con la organización, a la que presume de pertenecer; concluyendo que persisten la necesidad de mantener la intervención, máxime cuando recientemente ya ha habido tres internos en el Centro que han aprovechado sus comunicaciones para dictar comunicados con el fin que fueran leídos con ocasión de homenajes a otros miembros de liberados o dirigidas a simpatizantes de la organización durante una reunión celebrada en Vitoria.

Por otro lado, en contra de lo invocado por el apelante, la decisión de renovación, que se ha producido tras ser objeto de revisión semestralmente las circunstancias concurrentes, no carece de motivación; exponiéndose en la misma que la misma se sustancia en la pertenencia a la organización terrorista ETA e inclusión en el fichero FIES 3 (BA); en el delito cometido y la influencia que pudieran tener los datos difundidos en las comunicaciones, así como la consecuente necesidad de lograr un mejor control y conocimiento más individualizado de su grado de integración, así; como la posible influencia que pudiera ejercer o recibir de sus compañeros o apoyos externos, en que la medida es medió para la detección de noticias o comportamientos a seguir dentro y fuera del establecimiento con ocasión de salidas a diligencias, juicios, consultas hospitalarias, así como de cualquier otro tipo de información que pudiera ser utilizada para fines delictivos, especialmente importante para la seguridad de Instituciones Penitenciarias,

sus instalaciones, profesionales, resto de internos y, en general, cualquier intento de quebrantar la seguridad y buen orden regimental.

Señala, finalmente, el Acuerdo que la limitación acordada mantendrá su vigencia en tanto subsistan las circunstancias expresadas anteriormente y que será revisada cada seis meses.

De modo que la decisión recurrida respeta las previsiones legales contenidas en los artículos 51 Ley Orgánica General Penitenciaria, 41.2 y 43 del Reglamento, está adecuadamente motivada y es congruente con la situación personal del interno, sin que se hayan producido modificaciones significativas desde la adopción del anterior acuerdo, revisable a los seis meses, lo que fue oportunamente comunicado al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Es de observar que la inexistencia de una variación en las actitudes y compromisos del recurrente con la banda terrorista, al que se alude en el informe del Centro y en el auto apelado, se infiere incluso del tenor de los manuscritos dirigidos por el mismo al Centro Penitenciario en los que se presenta reiteradamente como “preso político” y fundamenta su solicitud en el hecho de que “la situación política” que le llevó a prisión ha cambiado totalmente en los últimos siete años por haber desaparecido la organización terrorista ETA.

Desde otro punto de vista, es de señalar que el hecho de que no se hayan impuesto sanciones al interno vinculadas con las comunicaciones intervenidas no comporta, como se pretende, una falta de necesidad de la medida, puesto que, al margen de ser útil a efectos obtener información relevante para el control del tratamiento del interno, como ha señalado esta Sala en Auto 633/2018 de fecha 12 de julio de 2018, citado por la Juez a quo, no puede dejar de valorarse que ha sido precisamente la intervención de las comunicaciones, lo que ha permitido evitar que, a lo largo de los años en que la misma se ha prolongado, se hayan producido las conductas que pudieran poner en riesgo la seguridad, buen orden del establecimiento y el interés del tratamiento.

SEGUNDO.- Es de recordar que es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que aclara que, aunque es cierto que las personas recluidas en un centro penitenciario gozan, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, el mismo puede verse afectado por las limitaciones expresamente mencionadas en el artículo 25.2 de la Constitución Española;

siendo preciso contemplar las restricciones previstas en la legislación penitenciaria, al objeto de analizar su aplicación a la luz de los artículos 18.3 y 25.2 de la Constitución Española, (Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1996, de 29 de octubre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre y 175/2000, de 26 de junio); permitiendo el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. En suma, el citado precepto legal permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno.

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 del Reglamento Penitenciario de 1996, el Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre, de 25 de octubre; 175/2000, de 26 de junio).

Aunque en relación con el límite temporal de la medida el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que, al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones, se determine el periodo de su vigencia temporal, igualmente ha señalado que para ello no es estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El Acuerdo puede, pues; en determinados casos, sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria, Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1996, de 29 de octubre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 141/1999, de 22 de julio; Auto del Tribunal Constitucional 54/1999, de 8 de marzo. En la misma línea, Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2001, de 23 abril.

Respecto del requisito de la motivación el TC viene señalando que la exigencia de 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. 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 explicité 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; 128/1997, de 14 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre; 141/1999, de 22 de julio).

En el caso enjuiciado, en razón a lo expuesto, hemos de concluir que los motivos que llevan a la Dirección del Centro Penitenciario a decretar la renovación del acuerdo de intervención de las comunicaciones, evidencian que las medidas son necesarias, idóneas y adecuadas y están sujetas a un límite temporal, dando con ello satisfacción a la jurisprudencia constitucional aplicable, por lo que procede la desestimación del recurso y la íntegra confirmación del auto apelado.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa del interno I.B.E., interno en el Centro Penitenciario de Albolote, contra el auto de fecha 3 de septiembre de 2018 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el expediente reseñado y, en su consecuencia, se confirma aquél en todos sus extremos.

12.- AUTO 475/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 13/07/18

Revocación de autorización de intervención de comunicaciones por tiempo transcurrido e innecesariedad.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Letrada en nombre de S.O., en el Expediente N° 002004/2018 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 18 de abril de 2018.

SEGUNDO.- Conferido traslado del indicado recurso al Ministerio Fiscal, se opuso a su estimación, designándose los testimonios que tuvieron por conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación 000620/2018.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en apelación la decisión de la Administración Penitenciaria por la que se acuerda la intervención de las comunicaciones del interno, por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, con fundamento en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y los artículos 41.2, 43.1 y 46.5 del Reglamento Penitenciario.

Concretamente se fundamenta la restricción en la sospecha de que el interno pudiera tener relación con movimientos extremistas de origen islámico y que pudiera utilizar las comunicaciones para emitir consignas o instrucciones e información sobre los trabajadores del Centro, con el riesgo que ello comporta para su seguridad y la convivencia del centro.

La oposición a la medida se concreta en la inexistencia de indicios fundados que puedan sustentar su existencia.

Partiendo de lo que establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2002, de 28 de octubre, procede recordar: “la exigencia de motivación de la medida no sólo se convierte ex artículo 51.5 Ley Orgánica General

Penitenciaria en presupuesto habilitante de toda restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que, aunque faltase esa precisión legal, su concurrencia vendría exigida por la propia Constitución, ya que su ausencia o insuficiencia afecta al propio derecho fundamental en la medida en que sin ella el recluso que ve limitado el ejercicio de un derecho desconoce la razón de esa restricción y los órganos judiciales encargados de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida carecen de datos indispensables para llevar a cabo esta tarea, que es el objeto principal del control jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia y necesidad de la motivación de la medida de intervención, no sólo porque ello permite acreditar las razones que justifican la medida de restricción del derecho, sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.

El 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 este 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 expliciten 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)”.

En el presente caso se individualizan en el acuerdo los temores sobre la seguridad para el centro y sus trabajadores, así como los elementos que fundamentan las sospechas, que se concretan en informes policiales de la Ertzaina que documentan antecedentes personales del interno sobre su relación con su ex pareja y los continuos quebrantamientos, así como que la reacción judicial y policial a dichas conductas le ha producido una sensación de resentimiento del que ha exteriorizado la posibilidad de llevar a cabo actuaciones no concretadas que pudieran ser violentas. Tales actuaciones el propio interno las asocia a grupos violentos islamistas declarándose partícipe de la “cruzada de Dios” contra los judíos, manifestando que va “a volver a enviar un mensaje a la gente argelina que manden a los españoles a su casa, porque son judíos”, según mensaje enviado al embajador de Argelia en Madrid el 14 de abril de 2016. Asimismo, informan que se relaciona en prisión con personas vinculadas con el islamismo radical.

Tales informaciones se refieren a abril de 2016, sin que haya datos actualizados que permitan sostener la vigencia del riesgo dos años después, pues ni consta actuación alguna en dicho periodo relacionada con la sospecha de un eventual activismo en favor de grupos violentos, ni aparece que en la actualidad esté vinculado con personas identificadas por su pertenencia al islamismo radical.

El Tribunal Constitucional ha destacado 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 comoquiera que no consta que en los dos años transcurridos desde la identificación de la necesidad de la medida se haya producido ninguna actuación que confirme o actualice su necesidad, debe revocarse la autorización adoptada, por no acreditarse ni la necesidad actual ni la proporcionalidad en atención al tiempo transcurrido.

SEGUNDO.- No procede imponer las costas de esta alzada.

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.O. contra el auto de fecha 18 de abril de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de la Comunidad Valenciana, con sede en Villena, en el Expediente Nº 002004/2018, auto que se REVOCA estableciéndose en su lugar la REVOCACIÓN DEL ACUERDO DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES del interno S.O. de 5 de abril de 2018, sin hacer expresa imposición de costas.

13.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 29/06/18

Autorización de comunicaciones vis a vis con allegada.

HECHOS

I. - Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.J.O.C. del Centro Penitenciario de Soria formulando queja por denegación de vis a vis con su allegada.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.J.O.C. sobre denegación de comunicación vis a vis con allegada (amiga íntima), y a efectos de la resolución de la cuestión planteada, debe tenerse presente:

1º) 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 el interno presente una relación de personas respecto de los que se limite a manifestar que son allegados, sino que deberá aportar datos o indicios de esa relación especial, susceptibles de 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.

2ª) En el presente caso la solicitud formulada se refiere a dos personas, respecto de quienes la interna afirma unirle un estrecho grado de relación afectiva, por conocerse desde su infancia. A efectos de resolución, 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 y comunicaciones telefónicas y/o epistolares mantenidas desde el ingreso en prisión.

- Que, no concurren razones de seguridad, interés del tratamiento o de orden del Establecimiento que aconsejen la restricción de tales visitas (artículo 41.1 Reglamento Penitenciario).

TERCERO.- En el concreto caso examinado, la solicitud se refiere a una sola persona y se detallan las circunstancias que han dado origen al

vínculo afectivo. Además y a tenor del informe recibido del Código Penal si cabe cierta apreciar una continuidad en el tiempo y una frecuencia de comunicaciones orales teniendo en cuenta la lejanía del Centro Penitenciario, del lugar de residencia de la visitante, siendo muy elevado el número de comunicaciones escritas.

Por tanto, debe considerarse, aplicando los criterios que ha venido aplicando la Sección 1ª Sala Penal de la Audiencia Nacional, que se cumple la mínima apariencia de vinculación que la ley exige para considerar a dichas personas a llegadas, máxime cuando no se indica por el Centro Penitenciario, que concurren motivos de seguridad, interés del tratamiento o de orden del Establecimiento.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno J.J.O.C. del Centro Penitenciario de Soria en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

14.- AUTO 950/2018 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 25/10/18

Denegación de comunicación con amigo del interno al que no se puede considerar como allegado.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Con fecha 4 de junio de 2018 el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto desestimando la queja formulada por el interno A.A.C. por denegación de autorización para comunicación con allegado A.E.B.

SEGUNDO.- Contra el referido auto, la representación procesal del penado interpuso recurso de reforma y subsidiariamente de apelación, siendo

desestimada la reforma mediante auto de 3 de septiembre y admitiéndose la apelación.

Dado traslado de los recursos al Ministerio Fiscal, interesó su desestimación.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencias de 16 de octubre se ordenó la composición y se asignó la ponencia conforme al turno establecido, señalándose para deliberación para el día 25 de octubre, realizada la cual, se dicta la presente resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La problemática que se plantea en casos como el que nos ocupa se encuentra no tanto en la vulneración de un derecho fundamental, sino que, en la medida que la relación que vincula al interno con la Administración Penitenciaria es de sujeción especial, y esta puede llevar aparejada restricciones o limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales que se pueden ver afectados por el sentido de la pena, como también por la norma penitenciaria, de manera que las que se impongan, en cuanto que suponen tal restricción, será preciso que cuenten con la suficiente motivación, al objeto de evitar cualquier arbitrariedad y controlar su razonabilidad.

Además, se debe tener en cuenta que, para la toma de decisión, hay que manejar conceptos jurídicos tan indeterminados, como el propio de “allegados”, o los de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento, a los que se encuentra sometida la autorización de la comunicación.

Pues bien, cuando de buscar un concepto de allegados, se trata, no se pueden negar las dificultades para encontrar uno que fije con precisión su alcance; con todo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2013, de 3 de junio de 2013, da alguna pauta de la que partir para aproximarnos al mismo, si tenemos en cuenta que, dado el gran número de personas que cabría incluir en un indefinido concepto de parientes, entendió justificada su restricción a determinados límites, no considerando, por ello, arbitrario, a efectos de autorizar comunicaciones del tipo de la que nos ocupa, el haber acotado ese genérico concepto de parientes hasta los de segundo grado (que llegó a admitir cuarto grado) en atención a los medios y organizativa del Centro, en definitiva, a razones de establecimiento, a la vez que consi-

deró también quienes no concurriese tal condición de parentesco, podrían quedar cubiertos por el concepto de “allegados”.

Por otra parte, si indagamos en nuestro ordenamiento, vemos que, en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aparece el siguiente concepto de allegados, en su artículo 67.1:

“Son allegados aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad”.

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, el que el propio interno, en su recurso, se refiera a una cuadrilla de amigos del pasado y diga que mantiene una relación estrecha y de intimidad con más de 20 personas, es un dato que, de entrada, dificulta hablar de allegados, tal como consideramos que ha de ser entendido este término, definido, en atención a las notas que hemos expuesto en el razonamiento jurídico anterior, por elementos o circunstancias que nos llevarían a un círculo más limitado de personas, que se reduce mucho más, si hablamos de allegados íntimos.

Al margen de lo anterior, la información que nos remite el Centro Penitenciario, aporta datos objetivables que impiden apreciar ese nivel de especial afectividad que ha de caracterizar al “allegado”, más si le añadimos el atributo de “íntimo”.

El auto recurrido así los valora, y por ello considera que en el caso de A.E.B. se trata tan solo de un amigo; y así lo considera, también, este Tribunal, por cuanto que no consta que tenga otro tipo de comunicaciones con él, como las escritas, así como la circunstancia de que, en relación con las comunicaciones presenciales en el Centro, el recurrente solicitó por primera vez que se le incluyese en el listado de amigos autorizados para comunicar en el año 2013, año en que se observó una mayor frecuencia de visitas, que fueron disminuyendo, hasta ser excluido del listado durante los seis meses siguientes, y no volviendo a solicitar nuevas visitas hasta 2016, en que solo constan tres visitas, siendo luego excluido del listado, hasta el presente año de 2018, en que solo consta una visita, circunstancia sobre la que el interno dice en su recurso, que si no le incluyó todos los semestres es debido a que tiene más amigos, en torno a 50, lo que hace que tenga que distribuirlos debido a la limitación de 10 personas por semestre, pues si no existiera esa limitación serían incluidos todos los semestres, con lo cual está manejando unos números muy alejados de lo que debiera ser el círculo limitado de allegados, según esos datos objetivables de que venimos hablando, de ahí que no proceda la estimación del recurso.

En atención a lo expuesto.

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno A.A.C. contra el auto dictado con fecha 4 de junio de 2010 por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el presente expediente, desestimatorio, a su vez, de la queja formulada por denegación de autorización para comunicación con allegado, A.E.B.

15.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 16/01/18

Autorización de comunicaciones familiares entre una interna y los familiares de su pareja sentimental.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito de los internos J.L.M.C. y M.P.O. del Centro Penitenciario Albolote, interponiendo recurso contra la resolución de la Dirección de dicho Centro Penitenciario de no autorizar comunicaciones familiares y de allegados entre ambos y los familiares acreditados del primero con la segunda.

SEGUNDO.- Interesados los pertinentes informes que han sido remitidos con el contenido que obra en las actuaciones, se dio traslado de las mismas al Ministerio Fiscal que interesa la desestimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Estudiado el contenido del recurso que interpone el interno del Centro Penitenciario de Albolote, J.L.M.C. y M.P.O. y a la vista del informe emitido por el Centro y por el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en los artículos 41.1, 45.1 y 45.5 todos ellos del Reglamento Penitenciario procede la estimación del recurso.

Recurren los internos la resolución de la Dirección del Centro Penitenciario de Albolote que deniega la comunicación familiar y de allegados entre ambos y junto a los familiares de M.C. con P.O.

Al respecto decir, que efectivamente y como ya señalara la Audiencia Provincial de Granada en sus autos de fecha 7 de marzo de 2003 y 26 de mayo de 2004, es al propio interno y no a la administración penitenciaria, al que corresponde designar aquellas personas con las que desea mantener la comunicación familiar y de allegados señalada pues, es al propio interno a quien compete calificar la relación que mantiene con las personas designadas como de íntima, equiparable a la familiar, que a los efectos de la indicada norma permite calificar de “allegados” al objeto de permitir la celebración de la comunicación solicitada. Doctrina jurisprudencial la expuesta que se fundamenta sobre la literalidad de la norma y que es contraria a la interpretación que realiza el Centro Penitenciario y que es la ratio de la resolución que se combate pues la misma se asienta sobre la base de entender que sólo en casos especiales cabe autorizar la comunicación especial con personas que no sean familiares del penado. Extremo que es contrario a la norma que, claramente está distinguiendo entre y, dando el mismo rango, familiares y allegados.

Ahora bien, igualmente señala la Audiencia en sus resoluciones, que la calificación de allegados cabe ser realizada, y no aplicada de manera puramente arbitraria, a aquellas personas de conocimiento anterior al ingreso en prisión del afectado y que las hubiere designado como tal al momento de su ingreso y además, que pueda inferirse tal condición de otros elementos, tales como la frecuencia con la que hubieran visitado al interno o el interés que hubiesen mostrado por su situación. Por ello llega a la conclusión, de que la comunicación familiar con allegados, no se sostiene en un mero automatismo pues se habrá de solicitar con persona concreta y determinada y la autoridad penitenciaria, teniendo en cuenta una serie de circunstancias que habrá de ponderar tomando en consideración las alegaciones del interno, habrá de decidir cuánto crea oportuno.

En definitiva, allegado, es toda persona próxima o cercana por parentesco, amistad, trato o confianza, siendo necesario acreditar siquiera sea de forma indiciaria, que los designados como tales reúnen tal condición formulando alegaciones respecto del origen de la relación, que sean fiables y susceptibles de ser verificadas.

En el caso analizado, el propio centro ha reconocido una relación entre ambos solicitantes y ha autorizado entre ambos comunicaciones íntimas. Así pues, a falta de otros familiares acreditados con los que la solicitante M.P.O., pueda mantener las comunicaciones familiares y de allegados, parece razonable conceder la consideración de allegados tanto a su propia pareja sentimental, como a los familiares más cercanos del mismo que aquella designe para sus comunicaciones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, SSª dijo:

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando el recurso de alzada interpuesto por los internos J.L.M.C. y M.P.O. del Centro Penitenciario Albolote, contra la resolución del Sr. Director no autorizando la realización de comunicaciones familiares y de allegados entre ambos y con los familiares del primero que la segunda designe como tales y dejando la misma sin efecto, debo acordar y acuerdo que se concedan tales comunicaciones especiales, con la periodicidad, y en las circunstancias que para tales comunicaciones tiene establecida el Centro Penitenciario.

16.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 16/03/18

Autorización de comunicaciones de convivencia entre un interno, su pareja sentimental y la hija menor de ésta.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno F.A.A. del Centro Penitenciario A Lama formulando queja por denegación de celebración de comunicaciones de convivencia con su pareja/compañera sentimental y la hija menor de ésta.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, examinada la queja formulada por el interno F.A.A. por denegación de celebración de comunicaciones de convivencia con su pareja/compañera sentimental y la hija menor de ésta, por no ser el interno el padre biológico de dicha menor y visto lo establecido en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario y lo informado por el Ministerio Fiscal, procede su estimación, en tanto que, precisamente lo que se pretende con el régimen de comunicaciones es fortalecer las relaciones familiares y los lazos afectivos entre sus miembros, lo que excluye una interpretación restrictiva de la normativa reguladora de las mismas; máxime cuanto existe una equiparación de derechos entre las parejas de hecho y las familias matrimoniales.

En todo caso, deberá constar el consentimiento del padre biológico de la menor, para la celebración de tales visitas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno F.A.A. del Centro Penitenciario A Lama, en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

17.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 19/09/18

Estimación de queja sobre restricción de las llamadas del abogado del interno.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En este juzgado se tramita expediente PYQ 540/18-1, en virtud de escrito remitido por el interno A.C.D. del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una queja contra el Centro Penitenciario por computar las llamadas telefónicas a su abogado dentro de las 10 llamadas telefónicas que tiene autorizadas semanalmente.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se establece que Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia para acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación al régimen y al tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno A.C.D. en relación a la denegación de llamadas telefónicas a su abogado, fuera 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, 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 deberla 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 acudir 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 co-

municación 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 pertinente y general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja formulada por el interno A.C.D., del Centro Penitenciario de A Lama en los términos de los Razonamientos Jurídicos de la presente resolución.

18.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 15/10/18

Desestimación de queja sobre llamadas telefónicas de abogado al no estar acreditado debidamente.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.O.E. del Centro Penitenciario Almería formulando queja por pretendido incumplimiento del auto de 18-10-17 sobre exclusión de llamadas de los letrados defensores del cupo semanal máximo establecido.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió; informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir

la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno por pretendido incumplimiento del auto de 18-10-17 sobre exclusión de llamadas de los letrados defensores del cupo semanal máximo establecido, y a la vista de lo actuado, procede su desestimación, pues la cuestión planteada es previa a la exclusión de las llamadas de letrado que es algo aceptado por el Centro Penitenciario y para el que la propia Secretaría General de Instituciones Penitenciarias tiene ya establecido un protocolo provisional hasta tanto se adapte/modifique el sistema informático de gestión de llamadas a la nueva situación.

En efecto, la cuestión que aquí plantea el interno se refiere a la previa acreditación del número de teléfono del abogado defensor para su inclusión en el listado de números telefónicos autorizados, y que no se ve afectada por el cupo que alega el interno pues, en todo caso, se excluyan o no del cupo máximo de llamadas, la realización de las mismas siempre ha precisado de la necesaria acreditación y que consiste en la entrega de volante donde conste la condición de defensor expedido por la autoridad judicial que conozca de la causa o causas por las que se encuentra en prisión el interno, original del contrato de teléfono personal del letrado defensor, sin que resulte suficiente el contrato de teléfono correspondiente al bufete, empresa o grupo, por evidentes razones de seguridad, pues parece claro que ello abriría la puerta a la posibilidad y riesgo no controlable de que pudiera comunicarse de forma fraudulenta con otros letrados distintos del defensor de su causa o con personas que no cumplan las exigencias del artículo 48 del Reglamento Penitenciario para tales abogados defensores.

En todo caso, lo anterior será de aplicación si el interno no tuviera ya dado de alta a su abogado defensor en el sistema de llamadas telefónicas, pues en este segundo caso, no sería necesario un nuevo alta a tales efectos.

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 cumpli-

miento de los preceptos del régimen penitenciario (artículo 76.1 y 2 g Ley Orgánica General Penitenciaria).

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno A.O.E. del Centro Penitenciario de Almería.

19.- AUTO 520/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN SECCIÓN 3ª DE FECHA 03/05/18

Confirmación de restricción temporal de comunicaciones a familiar que pretendía introducir objetos prohibidos.

HECHOS

PRIMERO. En fecha 2 de mayo de 2017 se dictó por el Centro Penitenciario de León, medida en que se prohibía la entrada al mismo de Doña E., madre del interno Don P.E.

Contra esta prohibición se formuló queja por el referido interno, la cual fue desestimada, por Auto del Juzgado de Vigilancia penitenciaria de 17 de octubre de 2017; recurriendo el interno en apelación, a través de su Letrada, contra esa resolución desestimatoria, por medio de escrito presentado en tiempo y forma en el que interesaba se dejase sin efecto la resolución impugnada.

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal ha solicitado en trámite de informe, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

TERCERO. Tras esta sustanciación, se han remitido a esta Sala las actuaciones para la resolución del recurso de apelación interpuesto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza el interno del Centro Penitenciario de León Don P.E., contra el Auto por el que se desestima la queja formulada por aquel contra el acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario en que se prohibía a la madre del mismo, Doña E., por el plazo de un año, el acceso a las instalaciones penitenciarias.

Se sustenta el Recurso de Apelación interpuesto en nombre del señor P.E. en la infracción de los arts. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 del Reglamento Penitenciario en cuanto reconocen el derecho de los internos a comunicarse con sus familiares, amigos y representantes, disponiéndose en el primero de ellos que “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”; así como en un agravio comparativo, incompatible con el principio de igualdad contenido en la Constitución, por haberse sancionado a la madre del interno recurrente con doce meses de suspensión de las comunicaciones, cuando, en un caso mucho más grave que narra el recurrente en su escrito de queja, se impuso a un familiar de un interno, una sanción de tan sólo seis meses de suspensión.

SEGUNDO.- El recurso de apelación no puede ser estimado. Si bien la legislación penitenciaria reconoce en principio a los internos que ocupen los Centros Penitenciarios de “....comunicar periódicamente.... con sus familiares.... salvo en los casos de incomunicación judicial” (artículo 41 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en adelante Reglamento Penitenciario), también permite que tal derecho quede excluido por consideraciones ligadas a razones de seguridad y buen orden de los propios establecimientos. Así, el artículo 41.2 del Reglamento establece que “Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.”

La medida prohibitiva que se encuentra en la médula de conflicto del interno con la Administración penitenciaria, radica en unos hechos ocurridos el día 29 del pasado mes de abril, cuando la madre del interno pretendía pasar al interior del Centro Penitenciario llevando en los bolsillos del abrigo un paquete de tabaco y una caja de pastillas de “Trankimazin”. En ese momento, según la documentación que obra en el expediente abierto al efecto por el centro penitenciario, los funcionarios le comunicaron que esas pertenencias no las podía pasar y que tenía que dejarlas en la taquilla. Posteriormente se negó a pasar por el arco detector de metales, alegando que era portadora de una prótesis, por lo que el Jefe de Servicios ordenó que se personara una funcionaria para realizarle un cacheo personal. Sin embargo, la madre del interno se negó también a ser cacheada, y los funcionarios le comunicaron que, si no prestaba su consentimiento, no podía entrar al Centro Penitenciario, a lo que aquélla contestó “yo me largo”, marchándose acto seguido sin realizar la comunicación.

El artículo 43.1 del Reglamento Penitenciario dispone que cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se funda en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados, o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos. Dicho precepto legal debe ser puesto en relación con el artículo 44 del Reglamento Penitenciario, según el cual el jefe de servicios podrá ordenar la suspensión de las comunicaciones orales, por propia iniciativa o a propuesta del funcionario encargado del servicio cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

Así, en las circunstancias propias del caso, no puede dudarse que la Dirección del centro Penitenciario ha hecho un uso legítimo y proporcionado del artículo 43 del Reglamento Penitenciario en cuanto dispone que “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al

Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos.”

Así se ha obrado en la presente causa; los informes que obran en el expediente elevado a esta Audiencia y que en su momento fueron transmitidos elevados al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria imponen unas premisas fácticas sobre las que necesariamente tenemos que decidir, sin que pueda sustituirse sin la concurrencia de serios y sólidos motivos, el criterio de la Administración, próxima al interno y con responsabilidades en cuanto a la salud del mismo y la seguridad en centro Penitenciario, por el criterio subjetivo del propio recurrente, el cual se considera víctima de un agravio comparativo, según exponía en su escrito de queja, en cuanto la medida prohibitiva del contacto impuesta a Doña E. se ha extendido en el tiempo a doce meses, mientras que, según se refería, al hallarse un “huevo de haschish” en poder de un miembro de la familia de un interno procedente del “módulo anti-droga”, se sancionó a aquel tan solo a seis meses de prohibición de acceso al Centro Penitenciario.

Aunque es comprensible que el recurrente se sienta injustamente afectado por una medida que, no lo olvidemos, le afecta solo oblicuamente, por haberse proyectado sobre otra persona, un visitante del Centro, lo cierto es que no se nos han transmitido los elementos de juicio necesarios para realizar la valoración comparativa que se pretende, principalmente en relación con la culpabilidad de Doña E. y del desconocido familiar –de un desconocido interno– cuyo comportamiento no es posible valorar, no sólo por falta de datos, sino por falta de legitimación de quien pretende plantear ambos casos, sin conexión entre sí, ante la jurisdicción penal.

En relación con esa cuestión de la culpabilidad, importa dejar esclarecido desde este momento que se trata de una exigencia común al Derecho Penal y al Derecho Administrativo sancionador. La culpabilidad es el juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor, por acción u omisión, de un hecho típico y antijurídico; lo que implica que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita –a título de autor, cómplice o encubridor–; que sea imputable, sin que concurren circunstancias que alteren su capacidad de obrar; y que sea culpable, esto es, que haya actuado con conciencia y voluntariedad, bien a título intencional, bien a título culposo. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que el principio de culpabilidad es de obligada observancia en el extenso campo del Derecho administrativo sancionador

(Sentencia del Tribunal Constitucional nº 18/1981 de 8 de junio, 76/1990 de 26 de abril, y Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992 y 5 de junio de 1989, entre otras).

No obstante, esa culpabilidad debe ser apreciada con diferentes matices en cada individuo en razón de las circunstancias del caso, porque no hay dos sujetos que delincan en idénticas condiciones objetivas y psicológicas, causando exactamente el mismo daño al bien jurídico protegido y evidenciando idéntico grado de peligrosidad cara a comportamientos o ataques futuros a ese mismo bien jurídico. Y así, vemos que en el caso de Doña E., madre del interno recurrente, haya soportado una prohibición análoga a la que ahora es objeto de queja y apelación, por el intento de introducción de objetos prohibidos, concretamente en relación con un conato de introducción de objetos protagonizada por la señora E. el 17 de septiembre de 2016, fecha en la que se intervino durante el cacheo de un pantalón que esta persona había dejado para el interno, dinero de curso legal, cuya utilización está prohibida en el interior del Centro. Igualmente, el 24 de diciembre de 2016, una vez finalizada la suspensión de entrada, tras dar alarma el detector de metales y proceder a registrar la ropa de E., se encontraron 99 pastillas, al parecer “Tranquimazín”, por lo que se procedió a la suspensión de la comunicación, prohibiéndose temporalmente la entrada de la trasgresora al Centro.

Ninguna certeza o elemento de juicio tenemos, según hemos dejado razonado más arriba, que se haya producido el perjuicio comparativo que se denuncia, con relevancia constitucional (artículo 14 de la Constitución española) en cuanto no podemos valorar en esta causa las circunstancias, incluso de reiteración, en que pueda haber incurrido el familiar al que hacía referencia el Sr. P.E .

La decisión que se recurre es ajustada a los artículos 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y 41 y 42 del Reglamento Penitenciario, por lo que debe ser confirmada, con desestimación del recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 123 del Código Penal, y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declararán de oficio las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos 14 de la Constitución, 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, 41 y 43 del Real De-

creto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMANDO COMO DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por Don P.E. contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León de 17 de octubre de 2017, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, declarando de oficio las COSTAS de la alzada.

Dese cumplimiento, al notificar esta resolución, a lo dispuesto en el art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, devuélvase testimonio de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

20.- AUTO 702/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE FECHA 28/11/18

Permanencia en el FIES con levantamiento de intervención de las comunicaciones.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por el Letrado en nombre de J.M.C.P., en el Expediente N° 002849/2018 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 11 de septiembre de 2018, desestimatorio de la queja formulada por el interno.

SEGUNDO.- Conferido traslado del indicado recurso al Ministerio Fiscal, se opuso a su estimación, designándose los testimonios que tuvieron por conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 766-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación 000972/2018.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en apelación la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena, que desestima la queja del interno por la denegación de la solicitud de exclusión del mismo en FIES, que, a su juicio, comporta un empeoramiento de su situación penitenciaria, así como la improcedencia de mantener la intervención de comunicaciones.

El Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se reforma el Reglamento Penitenciario, en el artículo 5, apartado 4º, habilita la creación de los ficheros, a cuya pertenencia se opone el apelante, subrayando que “En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinta de aquél que reglamentariamente corresponda”.

En definitiva, subraya el criterio que desde antiguo venía estableciendo el Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuyo auto de fecha 8 de marzo de 2007 se concretaba: “Lo relevante para los Tribunales es que la inclusión en el fichero no puede llevar asociada por sí misma ninguna consecuencia desfavorable para el interno en los ámbitos de régimen y tratamiento penitenciario; la adopción de medidas restrictivas exige acudir a la vía contemplada en el Reglamento Penitenciario lo que implica la motivación individualizada del acuerdo y la dación de cuenta al Juez de Vigilancia a efectos del control de su legalidad y procedencia”.

Por su parte la Instrucción 11/2011 establece en su introducción que “El fichero de internos de especial seguimiento es una base de datos que fue creada, por la necesidad de disponer de una amplia información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad –en atención a la gravedad de su historial delictivo o a su trayectoria penitenciaria–, o bien necesitados de protección especial.

Tiene carácter administrativo y los datos que almacena están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria. Es por tanto, una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que garantiza y asegura una rápida localización de cualquier dato sin que en ningún caso, prejuzgue la clasificación de los internos, de su derecho al tratamiento, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto a aquel que reglamentariamente les venga determinado.

Se trata, por tanto de un instrumento más de la Administración Penitenciaria, en orden a contribuir a la seguridad y cumplimiento de otras funcio-

nes legalmente asignadas y con el objetivo inmediato de recibir, almacenar y tratar información relevante.

En orden al cumplimiento de la función básica de seguridad y, como parte del sistema de justicia penal, Instituciones Penitenciarias ha de contribuir, en primer lugar, a la protección de los bienes jurídicos esenciales de todos los ciudadanos o seguridad pública. En segundo lugar, la Administración Penitenciaria tiene la función de velar por la vida e integridad de los internos y funcionarios, así como por la seguridad de los propios Centros a fin de lograr la retención y custodia y un convivencia ordenada”.

En definitiva, de cuanto se lleva expuesto se colige que la mera inclusión del interno en el fichero no supone alteración de su situación penitenciaria, ni restricción específica de derecho alguno, ni merma en sus expectativas regimentales, pues obedece a criterios de seguimiento y control. Por consiguiente, la inclusión, de suyo, no le inflige perjuicio alguno, tal como han entendido los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2009, 9 de mayo de 2007, o 20 de diciembre de 2011 y debe ratificarse en esta resolución. No se invoca ninguna limitación ni discriminación que el interno haya sufrido como consecuencia directa de su inclusión en el FIES, ni tampoco que su mantenimiento sea arbitrario, pues se apoya en elementos reales y objetivos que ofrecen indicios de una necesidad cierta de observación y control con el fin de salvaguardar la seguridad y buen orden en el Centro Penitenciario y evitar la eventual comisión de posibles delitos futuros.

En virtud de ello, procede la desestimación del recurso, sin perjuicio de que, de producirse alguna limitación o perjuicio concreto, se haga valer la queja frente a esa concreta circunstancia y no genéricamente por el mero hecho, de su incorporación al repetido registro.

SEGUNDO.- Otra cuestión es la relativa a la intervención de las comunicaciones que se acuerda y se motiva de forma separada, teniendo en cuenta determinadas circunstancias personales del interno. Se señala que carece de motivación y de proporcionalidad.

En tal sentido resulta pertinente la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2002, de 28 de octubre que establecía los siguientes requisitos: “El 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 este 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 hace 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).

Haciendo aplicación al caso de los anteriores razonamientos, debe decirse que se trata de un interno condenado por delincuencia violenta, grave y organizada, y aunque se mencionan dichos antecedentes personales, consta que el interno proviene de otros centros penitenciarios que no aparece hayan temido ninguna circunstancia o riesgo a precaver que aconseje la intervención que ahora se adopta y que viene a agravar su situación por la restricción de derechos que se acuerda.

De hecho, el único elemento nuevo que justificaría esa intervención resultaría del traslado regimental por lo acaecido en el anterior centro penitenciario. Con relación a estos sucesos lo que se describe es la protesta protagonizada por internos solicitando permanecer en sus celdas a la hora de la siesta, que dio lugar a actuaciones de presión por parte de los mismos (el querellante y otros) sin que conste intervención o apoyo exteriores que jus-

tifiquen el temor para la seguridad en el Centro o el buen orden del mismo que pueda provenir de las comunicaciones exteriores que pudiera recibir el preso. En este sentido, carece de expresa motivación y proporcionalidad la restricción acordada en la medida que no se justifican los motivos actuales relacionados con las comunicaciones exteriores que aconsejen su intervención, por lo debe dejarse sin efecto la medida.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas ex artículo 240 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE: ESTIMAR en parte el recurso de Apelación interpuesto por Letrado, en nombre de J.M.C.P. contra el auto de fecha 11 de septiembre de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de la Comunidad Valencia con sede en Villena, en el Expediente N° 002049/2018, CONFIRMANDO dicha resolución en cuanto a la procedencia del mantenimiento en el FIES y REVOCÁNDOLA en cuanto a la intervención de las comunicaciones del interno, que debe quedar sin efecto; con declaración de las costas de oficio.

21.- AUTO 501/2018 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 18/10/18

Estimación de recurso de apelación denegando comunicaciones con una persona vinculada al interno por militar en la organización terrorista GRAPO.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Con fecha 18 de abril de 2018, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto estimando la queja formulada por el in-

terno I.T.P. contra el acuerdo de la Dirección del Centro, que no le autorizó a comunicar por locutorio, en calidad de amiga, con C.C.N.

SEGUNDO.- Notificado el referido auto, lo recurría apelación el Ministerio Fiscal, recurso del que se dio traslado a la representación del interno, quien interesó la confirmación del auto recurrido.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencia de 2 de octubre de 2018 se ordenó la composición y se asignó la ponencia conforme al turno establecido, señalándose para deliberación el siguiente día 18, realizada la cual, se dicta la presente resolución.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

ÚNICO.- Recordando nociones que encontramos en el auto recurrido, comenzaremos indicando que las comunicaciones orales vienen reguladas en el artículo 51 y ss. de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 y ss. del Reglamento Penitenciario, conforme a los cuales podemos decir que se trata de un derecho del interno, que, no obstante lo cual, puede verse sujeto a restricciones, por cuanto que cabe que sean denegadas de manera motivada por razones de seguridad”, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Se trata, en el caso que nos ocupa, de la comunicación con quien el interno presenta como una amiga, y si bien es cierto que este concepto, aunque da cabida a relaciones de afecto entre personas, en todo caso de distinta intensidad, no es menos cierto que no conviene ignorar donde se encuentra su origen, lo que, en este caso, consideramos fundamental, por cuanto que este no encontramos que sea otro que la militancia común del interno y la persona con la que trata de comunicar, que la pertenencia de ambos a la organización terrorista GRAPO.

El anterior discurso es argumento suficiente para denegar la comunicación, sin necesidad de una más individualizada motivación, como parece exigir el interno, pues esa pertenencia de ambos a dicha organización, por más que se revista de amistad, no permite descartar un deterioro en el tratamiento, porque, conocida la férrea disciplina entre sus integrantes, mal puede coadyuvar a la finalidad de reinserción social de la pena, una comu-

nicación como la que se pretende, cuando el único vínculo que encontramos es esa compartida trayectoria terrorista.

Así lo consideramos, concededores de que la persona con la que se pretende la comunicación ha cumplido su condena y puesta en libertad hace algo más de un año; ahora bien, que extinguiera, por ello, su responsabilidad penal, no significa que haya hecho renuncia, como tampoco se nos aporta que, de algún modo, se haya desvinculado de las planteamientos que la llevaron a delinquir; de hecho, aunque la capacidad operativa del GRAPO se pueda considerar inexistente, ni consta su disolución formal, y, en consecuencia, que haya desaparecido la actividad proselitista de sus miembros, lo cual, visto el escaso tiempo que lleva en libertad C.C.N., es, por el momento, un factor que abunda en la idea de no considerar conveniente la comunicación que se pretende. Esto que decimos, además, puede encontrar apoyo en las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, de las cuales, la 37, dice como sigue: “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”, porque, siendo esto así, y entendiendo por reputación la opinión o concepto que la gente tiene sobre una persona, no muy buen concepto consideramos que se pueda tener de una persona condenada por terrorismo, que no consta que renunciase a su actividad anterior, por más que haya extinguido su condena.

Ante estas circunstancias, siempre cabrá que el contacto con la persona que se pretende la comunicación sirva de instrumento para reafirmar los planteamientos delictivos del interno, en perjuicio del tratamiento, y no se debe olvidar que, entre las circunstancias a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la autorización de comunicaciones del tipo de la que se cuestiona, está la de no obstaculizar el programa de tratamiento; y el hecho de mantener una comunicación con una persona que, por más que haya cumplido su pena, ni siquiera se nos aporta el menor indicio de que haya roto con principios y motivaciones que la llevaron a la comisión de la actividad terrorista por la que fue condenada, no permite descartar que tenga

por objetivo refirmarse en los referidos postulados terroristas y coadyuvar a mantenerse en la disciplina del colectivo del que ambos forman parte.

En atención a lo expuesto.

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado con fecha 18 de abril de 2018 por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el presente expediente, que se deja sin efecto, y, en consecuencia, se mantiene el acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario que no autorizó al interno I.T.B. a comunicar por locutorio, en calidad de amiga, con C.C.N.

22.- AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 25/10/18

Autorización para tomar fotos durante comunicación vis a vis familiar (con voto particular).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El pasado 29/06.2018, en el expediente reseñado relativo al interno M.M.V., se dictó auto por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria denegando realizar fotografías en comunicación vis a vis familiar.

2.- Por la Letrada, en nombre y representación del interno se interpuso recurso de apelación contra el indicado auto, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó su desestimación.

3.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- El condenado Sr. M.V. pretende tomar fotografías con sus familiares en una comunicación vis a vis, con la finalidad de tener imágenes de recuerdo de su hermano E., con quien, dice, no tiene una imagen común

datada después de hace 16 años. Según manifiesta le denegaron la petición, algo que le hablan autorizado en ocasiones anteriores, bajo la excusa de que necesitaba un auto judicial.

La Magistrada-juez Central de Vigilancia Penitenciaria desestima su queja y asume la justificación de la dirección de la prisión de Albolote, porque entiende con criterio poco razonable que «desde la realización de las fotografías autorizadas, no han transcurrido ni 8 meses, por lo que es claramente prematura la solicitud de nuevas fotografías, y no se alega ni concurre, hecho alguno relevante». Decimos que la argumentación de la dirección de la prisión que copia la resolución judicial no es razonable porque el recluso Sr. M.V. explicaba en su queja que su hermano E. no había podido entrar –pertenece a una familia amplia– a las comunicaciones en las que se le autorizó a captar imágenes fotográficas. Por lo tanto, si había un hecho nuevo.

2.- Se trata de un conflicto que hemos resuelto en varias resoluciones anteriores respecto a otros internos, amparando el derecho del recluso a hacerse fotos con los familiares en comunicaciones vis avis y a conservar las imágenes.

Vamos a reproducir la motivación de esas resoluciones anteriores: «el control sobre la vida privada y sobre la intimidad personal del preso en los establecimientos penitenciarios es tan intenso que provoca conflictos inimaginables en otros ámbitos de convivencia. Tomar una foto a unos desconocidos en un espacio urbano o conservar imágenes para recordar y evocar a personas queridas, son hechos cotidianos a los que solo damos importancia cuando se ven impedidos u obstaculizados. Para un ser humano privado de libertad, una imagen fotográfica en compañía de familiares y amigos, puede tener una gran significación. Son bienes valiosos, por entrañables, desde la perspectiva de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, fundamento del orden político y de la paz social, sustento de los derechos fundamentales (artículo 10 de la Constitución). La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción de los condenados, debiendo respetarse en todo caso la personalidad humana, así como los derechos e intereses jurídicos de los que son titulares (artículos 1 y 3 de la Ley General Penitenciaria). Se trata de preceptos con valor normativo, no de meras declaraciones. Porque expresan el principio de humanidad en el trato que el estado ha de dispensar a las personas condenadas a penas privativas de libertad. Dicho respeto a la dignidad y

la orientación a la rehabilitación deben impregnar todos los actos de la administración penitenciaria. Muchas veces los conflictos se generan por la incomprensión o la distancia cultural y social. La experiencia nos enseña que la predisposición a escuchar las razones del otro evita la construcción de pequeños problemas, que tensan innecesariamente la obligada convivencia en instituciones cerradas».

3.- También dijimos que es fácil rebatir los argumentos que tratan de justificar la denegación de una foto de familia en la visita, aunque en este caso ni siquiera se han esgrimido. 1) Una cámara desechable carece de peligrosidad alguna, ya que no tiene dispositivos digitales; 2) La denegación no afecta directamente a un derecho fundamental, pero causa un sufrimiento innecesario al condenado por el sentimiento de privación injusta; 3) El control sobre el uso de una máquina desechable para captar las imágenes de la reunión familiar no requiere de grandes esfuerzos, solo de un poco de buena voluntad, ni siquiera demanda cualificación técnica alguna. En el caso del Sr. M.V. decisiones anteriores de denegación arbitraria de la dirección de la prisión fueron corregidas por decisión judicial, de las que da cuenta el auto recurrido (autos de 18.12.2013, 21.4.2014 y 3.2.2015 del juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en aplicación de la doctrina de esta sala).

Aplicar el criterio de lo prematuro a este conflicto, como se hace en la resolución impugnada, supone la utilización de una pauta de difícil control desde la legalidad jurídica penitenciaria. Nada es prematuro si beneficia al condenado y no perjudica los derechos de terceros ni el normal funcionamiento del servicio público. Como se ha venido haciendo debe procederse ahora: o la familia aporta la cámara desechable o con cargo al peculio del recluso se adquiere la máquina que se entrega en el momento de la comunicación familiar especial (sin obstáculos físicos al contacto personal) y se devuelve a su conclusión, encargándose el mandadero del revelado y copiado de las imágenes. No exige que el funcionario haga las fotos, que toman el recluso y sus familiares y allegados.

Solo sería plausible denegar esa petición en caso de abuso de derecho, cuando sus peticiones fueran caprichosas y desproporcionadas (por ejemplo: hacer fotos en todas las comunicaciones familiares). Pero, no es el caso ya que han transcurrido ocho meses y esgrime una razón convincente: no tiene fotos con su hermano porque cuando se le ha autorizado no pudo acceder con el grupo de familiares y allegados (cuatro) de la ocasión.

4.- Entendemos que no está justificada la denegación de la toma de imágenes fotográfica del Sr. M.V. con su familia, aprovechando una comunicación vis a vis en la que participe su hermano E. o cualquier otra persona autorizada. De ahí que debemos reconocerle el derecho a hacer fotografías con sus familiares y allegados, en las comunicaciones vis a vis, en los términos dichos. Por ello, estimamos el recurso de apelación.

En atención a lo expuesto,

III.- PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda ESTIMAR recurso y reconocer el derecho de M.M.V. que tome, o le tomen, imágenes con su grupo familiar en las comunicaciones vis a vis, cuando así lo solicite, utilizando una cámara desechable, lo que deberá ser facilitado por el Director en cumplimiento de esta resolución.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado, al que se adhiera otro Magistrado, al auto de la mayoría dictado en el presente Rollo de Apelación 898/2018.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Unas primeras consideraciones de alcance general en este primer fundamento, antes de pasar a exponer las concretas razones por las cuales discrepamos de la posición mayoritaria.

A) En primer lugar, decir que, teniendo en cuenta, por un lado, el sistema el sistema de individualización científica y, por otro, atendiendo a razones de buen orden regimental y de seguridad que han de reinar en cada establecimiento, las decisiones, en materia de autorización para la realización de fotografías con ocasión de una comunicación “vis a vis”, han de depender de circunstancias concretas de cada caso, de ahí que, según cómo se valoren, pueda haber discrepancias en la decisión que se adopte.

B) En segundo lugar, hemos de rechazar las afirmaciones que hace la mayoría cuando, para estimar el recurso, dice que la Magistrada Juez de Vigilancia Penitenciaria desestima la queja porque asume la justificación de la dirección de la prisión de Albolote, porque entiende, con criterio

poco razonable, que “desde la realización de las fotografías autorizadas, no han transcurrido 8 meses, por lo que es claramente prematura la solicitud de nuevas fotografías y no se alega ni concurre hecho alguno relevante”, argumentación de la dirección que copia el auto recurrido y que considera no razonable; y no lo podemos aceptar, porque, aunque se discrepe de tal justificación, lo que no se puede negar es que da una explicación, si se quiere menos convincente para quienes conforman la mayoría, pero explicación.

Asimismo, tampoco podemos compartir cuando se dice por la mayoría que, en el caso del Sr. M.V., decisiones anteriores de denegación arbitraria de la dirección de esa prisión fueron corregidas por decisión judicial, ante la carga negativa que supone el empleo del término arbitraria, empleado en el artículo 404 del Código Penal para definir el delito de prevaricación administrativa.

SEGUNDO.- En lo que es el fondo del asunto, considero que el eje fundamental del debate está en valorar la corrección, o no, de tal autorización, no en si la cámara ha de ser desechable o se ha de adquirir en el centro, o si ha de ser de otro tipo o traerla de fuera, ya que, independientemente de estas circunstancias, la base para la decisión se encuentra en razones de seguridad, y esta se puede ver afectada, cualesquiera que sean las características o la procedencia de la cámara, y, tan es así, que en las ocasiones que, en resoluciones judiciales, se ha autorizado la utilización de cámaras fotográficas, se ha puesto la coetilla de “adoptando las medidas de seguridad precisas”, que en otras ocasiones se han concretado, con lo que, en definitiva, se viene a considerar que es la seguridad lo que ha de primar cuando de una autorización del tipo que nos ocupa se trate, medidas de seguridad que, aunque sean mínimas, se han de centrar en torno a la actividad de un solo interno, con la consecuencia de que el efecto que produce supone una merma en la seguridad general del Establecimiento, como del informe que remitido por este, que recordemos que está firmado por el Subdirector de Seguridad, se desprende, cuando dice que supone un coste tanto de personal como económico, pues deben intervenir varias áreas funcionariales, como comunicaciones, seguridad y administración, y es que, si esta práctica se extendiese al resto de internos o a una pequeña parte, la vigilancia se vería seriamente afectada, y esto, por razones de proporcionalidad, consideramos que no es admisible, ya que, por asegurar una

sola acción individual de un interno, se generaría un déficit en la seguridad general del Centro.

En efecto, una autorización como la que se solicita conlleva problemas para articular medidas de seguridad “ad hoc” en cada ocasión que se autoriza el uso de una cámara fotográfica, incluidas las desechables, que repercuten en el buen orden y seguridad del establecimiento, caso de que se extendiese de manera regular, no ya entre todos los internos, sino en una pequeña parte de ellos, de ahí que entendamos que, como norma general, lo procedente deba ser no autorizar la realización de fotos de manera sistemática, pero sin cerrar la posibilidad a que se autorice en casos de acontecimientos o circunstancias extraordinarias, o que se valoren los lapsos de tiempo entre una solicitud y otra.

Considerando, pues, que una autorización del tipo de la que se debate, se trata de una petición que puede afectar a normas generales sobre seguridad, al suponer una excepción a esa norma general, el penado deberá dar una razón de peso para que se acceda a lo que solicita, y han de ser, por lo tanto, razones de seguridad, y también de buen orden regimental, las que orienten el sentido de nuestra decisión, por ello consideramos conveniente recordar algún pasaje, que traemos de la Instrucción 3/2010, de 12 de abril de 2010, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, asunto: “PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD”; área de aplicación: “CENTROS PENITENCIARIOS”; descriptores: “SEGURIDAD Y GESTIÓN PENITENCIARIA”, y que dice como sigue:

“Las nuevas infraestructuras, el incremento considerable de la población reclusa, con un espectacular incremento en los últimos diez años, duplicando aproximadamente el número estable de internos, la aparición en el mercado de nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología y las nuevas formas de criminalidad organizada, contribuyen a crear espacios de inseguridad que, en ocasiones, pueden generar corrientes de opinión negativas e injustas para el conjunto de las Instituciones Penitenciarias. Es por ello que debemos adecuar las normas y controles de seguridad a las nuevas exigencias y fenómenos criminales para impedir la comisión de actos ilícitos que pongan en riesgo las infraestructuras penitenciarias, sus trabajadores, internos y a la sociedad libre.

Las nuevas tecnologías han permitido desarrollar mecanismos y procedimientos para la introducción de objetos prohibidos en el interior de los

Centros que, sin duda, de no obstaculizar estas iniciativas ilícitas, podrían quebrar la seguridad integral del Sistema Penitenciario”.

En base a las anteriores consideraciones, además de los clásicos objetos cuya introducción se venía prohibiendo en los centros penitenciarios, se añaden otros de corte más sofisticado, entre ellos las cámaras fotográficas y de grabación, pues con su uso cabe que los internos continúen desarrollando en el interior actividades ilícitas en línea o para colaboración con las que venían realizando con anterioridad a entrar en prisión, y, puesto que esto puede ser así, es por lo que, cualquiera que sea la procedencia de la cámara que se utilice, habrá de aplicarse ese control específico sobre la fotografía que haga el interno, para lo que será preciso la dotación de un personal que, en consecuencia, dejará de atender otros servicios generales.

En este sentido, nos parece razonable que la dirección del Centro no aprecie motivación suficiente la razón que da el interno, de que no tiene fotografías con su hermano, puesta en relación con que no han transcurrido 8 meses desde la última autorización, porque, si tales circunstancias se extendiesen a toda una población reclusa de 1.350 internos, supondría un importante coste económico y de personal, con los efectos en la seguridad general del Centro, que aconsejan, al no considerar que concurre una circunstancia extraordinaria, la no autorización, como norma general ha de ser lo procedente.

En consecuencia y, por las razones expuestas. El recurso debería haber sido DESESTIMADO.

23.- AUTO 847/2018 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 27/09/18

Estimación de recurso de apelación del Ministerio Fiscal denegando autorización de cámara fotográfica en una comunicación.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Con fecha 29 de junio de 2013, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictaba auto, estimando la queja formulada por

el interno G.V.A., contra la no autorización por parte de la Dirección del Centro, de la disposición de una cámara para realizar fotografías durante una comunicación, solicitada por dicho interno en escrito fechado el 28 de febrero de 2018.

SEGUNDO.- Notificado el anterior auto, era recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal, recurso del que se dio traslado a la representación del interno, quien dejó transcurrir el término concedido sin contestar.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección e incoado el correspondiente Rollo de apelación, por diligencias de 11 y 17 de septiembre se ordenó la composición y se asignó la ponencia conforme al turno establecido, señalándose para deliberación el siguiente día 27, realizada la cual, se dicta la presente resolución.

RAZONAMIENTO JURÍDICO

ÚNICO.- Sobre el asunto planteado en la presente queja, consistente en impugnar la denegación al interno de autorización a la solicitud que realizó de tomar fotografías durante una comunicación con su familia, consideramos que el eje fundamental del debate está en valorar la corrección, o no, de tal autorización, no en si la cámara ha de ser desechable o se ha de adquirir en el centro, o si ha de ser de otro tipo o traerla de fuera, ya que, independientemente de estas circunstancias, la base para la decisión se encuentra en razones de seguridad, y esta se puede ver afectada, cualesquiera que sean las características o la procedencia de la cámara.

Decirnos lo anterior, porque el auto recurrido, que estima la queja, está a lo que se resolvió en el auto 322/2013, de 18/12/2013, de esta Sección, invocado por el penado en su escrito inicial, cuya doctrina, sin embargo, precisa de matizaciones, porque, como decimos, la autorización que se solicita se trata de una petición que puede afectar a normas generales sobre seguridad, de manera que, al suponer una excepción a esa norma general, el penado debería haber dado una razón de peso para que se accediera a lo que solicita.

Consideramos que es así como ha de ser enfocado el debate que nos ocupa, porque no se debe olvidar que la relación que rige entre el interno y el centro en que cumple condena es de sujeción especial, sujeta, por tanto, a la normativa de éste, en la que es elemento rector que ha de primar, el

garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro, lo que implica ajustarse a las normas de régimen interior que regulan la vida en el establecimiento; y así lo ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Sentencias, como la 140/2002, de 3 de junio de 2002, en la que se puede leer lo siguiente:

“Ha de recordarse que reiteradamente hemos declarado que la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas 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” (art. 4.1 b) de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria”.

Como consecuencia del referido régimen penitenciario, se pueden ver limitados, además del inherente derecho a la libertad, otros determinados derechos fundamentales de los internos que se encuentran en esa relación de sujeción especial, como el de su integridad física, su intimidad personal, el de reunión, manifestación, asociación, secreto de las comunicaciones, o libertades, como la de expresión o información. Y si esto es así respecto de derechos fundamentales, con mayor razón cabrán limitaciones a otros derechos que no lo sean.

Así pues, si el objeto de debate ha de girar en torno a razones de seguridad, y no otras, y seguimos la doctrina constitucional indicada, han de ser esas razones de seguridad, y también de buen orden regimental, las que deben orientar el sentido de nuestra decisión, por ello consideramos conveniente recordar algún pasaje que traemos de la Instrucción 3/2010, de 12 de abril de 2010, de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, asunto: “PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD”; área de aplicación: “CENTROS PENITENCIARIOS”; descriptores: “SEGURIDAD Y GESTIÓN PENITENCIARIA”, y que dice como sigue:

Las nuevas infraestructuras, el incremento considerable de la población reclusa, con un espectacular incremento en los últimos diez años, duplicando aproximadamente el número estable de internos, la aparición en el mercado de nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología y las nuevas formas de criminalidad organizada, contribuyen a crear espacios de inseguridad que, en ocasiones, pueden generar corrientes de opinión negativas e injustas para el conjunto de las Instituciones Penitenciarias. Es por ello que debemos adecuar las normas y controles de seguridad a las nuevas exigencias y fenómenos criminales para impedir la comisión de actos ilícitos que pongan en riesgo las infraestructuras penitenciarias, sus trabajadores, internos y a la sociedad libre.

Las nuevas tecnologías han permitido desarrollar mecanismos y procedimientos para la introducción de objetos prohibidos en el interior de los Centros que, sin duda, de no obstaculizar estas iniciativas ilícitas, podrían quebrar la seguridad integral del Sistema Penitenciario”.

En base a las anteriores consideraciones, además de los clásicos objetos cuya introducción se venía prohibiendo en los centros penitenciarios, se añaden otros de corte más sofisticado, entre ellos las cámaras fotográficas y de grabación, pues con su uso cabe que los internos continúen desarrollando en el interior actividades ilícitas en línea o para colaboración con las que venían realizando con anterioridad a entrar en prisión.

Es, pues, en razones de seguridad del Centro, y también de sus funcionarios, donde ha de ponerse el acento para tomar la decisión; de hecho, así lo considera, también, el auto recurrido, que autoriza el empleo de la cámara siempre que se adopten las medidas de seguridad necesarias para garantizar que se usa exclusivamente para tal finalidad, lo que deja una fórmula abierta e imprecisa, de difícil concreción, y que, además evita los riesgos que con su no uso se tratan de evitar, que es hacer fotos, pues no se impide que se realicen. Ante tales circunstancias, si de lo que se trata es de garantizar la seguridad, y para ello es preciso adoptar una concreta medida de control, consideramos adecuado, dado que además no se vulnera un derecho fundamental de superior rango, que se prohíba su uso en el Centro.

Ha de ser, en consecuencia, regla general, la no autorización del uso de cámaras del Centro, lo que no quita para que, como tal regla general, pueda tener excepciones; lo que sucede es que, como excepciones, habrán

de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso para quebrar la regla general, y no consideramos que, en el que nos ocupa, concurra circunstancia alguna que permita excepcionar la regla general; desde luego, ninguna nos aporta el interno y tampoco podemos, siquiera, deducir o presumir alguna del informe que nos remite la Dirección del Centro, que, sin embargo, nos da las razones de seguridad que tanto en relación con el Centro, como con su personal, aconsejan la adopción de la medida que se cuestiona, teniendo en cuenta la pertenencia del interno a la banda terrorista ETA.

En el segundo de los apartados del informe emitido por la dirección del Centro, se exponen esas razones de seguridad que llevaron a adoptar la medida cuestionada en el caso que nos ocupa. Dice así:

“Las Salas de Visitas Familiares tienen ventanas que garantizan unas adecuadas condiciones de visibilidad y ventilación que dan al interior del Centro Penitenciario y que están ubicadas en alto, circunstancia que permitiría a familiares y al propio interno fotografiar durante el transcurso de la comunicación a cualquier interno o funcionario que esté deambulando por el interior del Centro, así como podría fotografiar la distribución de edificios, tejados, etc.”.

A continuación, detalla alguna experiencia de pasado, como que las fotografías del centro hayan podido servir para facilitar la evasión de algún interno, o para identificar a algún funcionario sobre el que luego atentar contra su seguridad o libertad, o, incluso, a algún otro interno en contra de su voluntad, y puesto que esas razones dadas las compartimos, procede estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

En atención a lo expuesto.

SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado con fecha 29 de junio de 2018, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en el presente expediente, que se deja sin efecto, ratificando, en consecuencia, el acuerdo de la Dirección del Centro en que no autorizaba la utilización de cámara fotográfica durante una comunicación, interesada por el interno G.V.A. en escrito fechado el 28 de febrero de 2018.

24.- AUTO 315/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA DE FECHA 11/07/18

Comisión de delito contra la salud pública, cometido por padre de interno al ir a comunicar con él.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa fue incoada en virtud de atestado del Equipo de Policía Judicial de Huerca de Almería perteneciente a la Comandancia de la Guardia Civil de Almería. Practicada la correspondiente investigación judicial, dio el Juzgado traslado al Ministerio Fiscal que solicitó la apertura del juicio oral y formuló acusación contra el anteriormente mencionado. Abierto el juicio oral, se dio traslado a la defensa, que presentó escrito de calificación provisional, tras lo cual el Juzgado elevó las actuaciones a esta Sala para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala se señaló para el juicio el día 11 de julio de 2018, a cuyo inicio el acusado y su defensa manifestaron su conformidad con la siguiente calificación acusatoria:

Los hechos son constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 368 párrafos primero y segundo del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud.

Se reputa responsable del mismo en concepto de autor al acusado D. G.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer al acusado las penas de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 130 euros con un día de arresto sustitutorio en caso de impago. Costas.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por un plazo de 3 años, con la medida de trabajos en beneficio de la comunidad.

HECHOS PROBADOS

Sobre las 14,00 horas del día 26 de agosto de 2017, el acusado F.G.G., mayor de edad y con antecedentes vigentes pero no computables a efectos de reincidencia, acudió al Centro Penitenciario de Almería donde se encontraba interno su hijo para visitarlo y entregó en el departamento de comunicaciones un paquete destinado a su hijo en el que tras efectuarse el correspondiente cacheo por el funcionario encargado del servicio se halló oculto en unas zapatillas dos trozos de hachís y una papelina de cocaína.

El acusado pretendía hacer llegar la droga a su hijo para que éste la entregara a terceras personas y pudiera pagar una deuda que tenía con otros internos en la prisión y que le había ocasionado problemas, sin que conste el previo concierto con su hijo.

La droga intervenida, una vez convenientemente analizada, resultó ser 0,16 gramos de cocaína con una pureza del 47,9% y 21,87 gramos de haschís con una riqueza en THC frl 15,81%. Su valor ha sido estimado en 138,51€.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 787.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, antes de iniciarse la práctica de la prueba, con la conformidad del acusado presente, podrá pedirse al Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con la acusación mantenida si la pena no excediera del límite legal, el Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes, caso que aquí se produce y que determinará a dictar resolución conforme a lo establecido por la Ley.

SEGUNDO.- Conforme a lo previsto en los artículos 80.3 y 84.1.3ª del Código Penal y visto el informe favorable del Ministerio Fiscal, procede conceder al acusado el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, condicionado al cumplimiento del plazo y medida accesoria que se dirán.

TERCERO.- Toda persona responsable criminalmente de un delito debe ser condenada al pago de las costas procesales causadas, por disponerlo así el art. 123 del Código Penal.

VISTOS además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos condenar y condenamos a F.G.G. como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y MULTA DE CIENTO TREINTA EUROS con un día de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al abono de las costas procesales.

Se le concede la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por un plazo de tres años, condicionada al cumplimiento de cien días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Destrúyase la sustancia intervenida.

CAPÍTULO IV

DERECHOS

25.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 02/03/18

Denegación de realización de exámenes de euskera en las condiciones previstas para los estudios universitarios.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno F.A.A. del Centro Penitenciario A Lama formulando queja por denegación de realización examen de euskera (EGA-C1).

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de la 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 denegación de realización examen de euskera (EGA-C1)

como alumno libre, y vistos los razonamientos y motivación de la decisión administrativa adoptada, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues obviamente no se trata de que el Centro Penitenciario le deniegue la posibilidad de realizar cualquier tipo de estudio o de enseñanza reglada o no reglada, respetándose en todo momento su derecho a la formación y educación, sino que en el caso de optarse, frente a aquellas enseñanzas en que existe acuerdo o convenio con Instituciones Penitenciarias, por enseñanzas que no cuentan con dicho convenio, no puede pretenderse que se apliquen las mismas condiciones y circunstancias establecidas y previstas en aquellas enseñanzas universitarias, de idiomas o de cualquier otra naturaleza en que existe un acuerdo y unas pautas previamente establecidos para las tutorías, horarios, realización de pruebas, material didáctico etc.

Por consiguiente, lo que deniega el Centro Penitenciario, no es la matriculación o realización de estudios ni exámenes por el interno, sino que las enseñanzas fuera del marco de los acuerdos o convenios suscritos por Instituciones Penitenciarias tengan el mismo tratamiento en cuanto a acceso de docentes tutores.

En definitiva, es inviable la pretensión del interno, en el contexto de su condición de preso clasificado en primer grado, y sujeto a la medida de intervención de las comunicaciones y en relación a estudios ajenos a los convenios de Instituciones Penitenciarias (artículo 56.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 124.2 del Reglamento Penitenciario) salvo que la realización de pruebas o exámenes pueda realizarse con arreglo a las normas generales de comunicaciones y visitas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno F.A.A. del Centro Penitenciario de A Lama.

26.- AUTO 514/2018 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 08/06/18

Desestimación recurso de apelación denegando la autorización para hacer fotos a hijo y familia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Dirección de Régimen del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha (Ciudad Real) se procedió a remitir queja formulada por el interno J.L.M., por no autorización de fotografías con hijo y familia, para su trámite ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

SEGUNDO.- Que por dicho Juzgado Central, y previos los trámites legales procedentes, oído el Ministerio Fiscal, con fecha 23 de marzo de 2018 se dictó resolución por la que se acordaba “Se desestima la queja del interno J.L.M. del Centro Penitenciario Herrera de La Mancha”.

TERCERO.- Seguidamente por la representación procesal del penado, se formuló recurso de apelación siendo admitido a trámite, dándose traslado del escrito al Ministerio Fiscal que se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal.

CUARTO.- A continuación recibidas las mismas por este Tribunal, sé incoó el correspondiente rollo, se turnó de ponencia y se procedió al examen y deliberación de la ponencia, siendo votada y adoptada con el siguiente contenido.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se fundamenta el recurso interpuesto por la representación procesal del penado en un único motivo consistente en la vulneración de su derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, al no haber autorizado la realización de fotografías con su hija y su familia motivos que fueron desestimados por el centro penitenciario y ratifica el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria habida cuenta el contenido del auto impugnado que hace referencia a que no hace 5 meses se le autorizo la realización de fotografías, no habiendo hecho relevante que justifique la petición.

SEGUNDO.- En cuanto al objeto del presente recurso, se ha de reiterar el hecho de que el penado, no aporta dato alguno relevante que lleve a la consideración de la realización de fotografías en los términos que solicita, ya que en su día, no habiendo transcurrido cinco meses había realizado fotografías. Tal hecho en sí conlleva la utilización de una cámara de fotos y de personal penitenciario lo que representa una afectación de la vigilancia del Centro.

Se trata de un hecho especial, que del mismo modo que son tratadas las comunicaciones especiales, determina la existencia de una razón o motivo que genere la realización de las fotografías.

Es de señalarse además, que el hecho de estar interno en prisión como consecuencia de condena penal, conlleva la limitación de los derechos del penado, sin que ello permita una vulneración de sus derechos constitucionales, los que en este caso no se aprecian afectados por la resolución que nos ocupa.

TERCERO.- Por ello se considera procedente la desestimación del recurso, no dando lugar a la petición interesada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA Desestimar el recurso presentado por la representación procesal del penado J.L.M. contra el auto de 23 de marzo de 2.018, y en su consecuencia debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, no dando lugar a la queja formulada.

27.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA 2 DE FECHA 13/07/18

Desestimación de queja por falta de cortinas en la ducha de la celda.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19/6/18 se recibe escrito del interno A.J.R.M. interno en el Centro Penitenciario de Zaragoza, presentaba, queja por la falta

de intimidad en el baño, al no disponer de cortinas para la ducha en la celda.

Segundo.- Incoado el oportuno expediente, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden esclarecer los hechos motivo de la queja.

Tercero.- Se dio traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, evacuando informe en el sentido de interesar desestimación de la queja efectuada por el interno de base las quejas formuladas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- El análisis del recurso de queja examinado, interpuesto por el recluso aduciendo que se ha infringido su derecho fundamental a la intimidad al no haber cortinas instaladas en la zona de la celda donde se encuentran la ducha, el inodoro y el lavabo, debe comenzar significándose que la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2006, de 27 de marzo, dejó sentado que, aunque sea innegable que la celda de un Centro Penitenciario constituye 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. Añadiendo que las limitaciones penitenciarias deben tener una finalidad que “tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria” (Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1993): en expresión sintética de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1999, de 26 de abril, se regirán “por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto”. En particular, en relación con la restricción de la intimidad de un preso, se afirma que “lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española es que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del Estable-

cimiento en atención a la concreta situación de este o el previo comportamiento del recluso” (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero).

Y, en este caso, al amparo del artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del artículo 54 del Reglamento Penitenciario, la relación del interno no puede acogerse al no apreciarse desviación de poder o que se haya producido irregularidad alguna en la actuación del Centro Penitenciario puesto que, como se ha informado por la Subdirección de Seguridad mediante escrito de 27 de junio de 2013, en primer lugar, la normativa del establecimiento no contempla con carácter general la existencia de cortinas para las duchas y las ventanas; en segundo término, por lo que se refiere a las duchas, se encuentran, como los retretes, aislados de la literas por un murete que alcanza la altura suficiente como para que los reos mantengan su intimidad respecto de la otra persona con la que compartan las celdas; además, los funcionarios de prisiones han de efectuar la revisión de todas las celdas una vez finalizada la bajada de los internos y, de existir cortinas en las duchas, si aquéllos se pudieran esconder tras las cortinas, podría producirse un peligro para su seguridad física (el último interno que se suicidó en dicha prisión había colocado unas sábanas en la ducha precisamente para impedir una visión correcta); a lo que se añade, por último, que el recurrente se halla destinado en el Centro Penitenciario de Soria y únicamente había venido al de Zuera para realizar exámenes de la UNED.

Conjugando todas las circunstancias concurrentes, no se aprecia –en suma– que el Centro Penitenciario de Zuera haya vulnerado el derecho fundamental a la intimidad del mencionado preso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

DISPONGO

Que debe desestimar y desestimo el recurso de queja formulado por el interno A.J.R.M.

28.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 22/05/18

Desestimación de queja sobre horario de recepción de instancias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el interno del Centro Penitenciario de referencia J.M.M.C.N.A. se formuló queja ante este Juzgado sobre recepción de instancias.

SEGUNDO.- 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

ÚNICO.- A la vista de los informes obrantes en autos, el interno ha formulado una queja sobre los horarios y días de recepción de sus instancias, argumentando un supuesto perjuicio, pero de la documental aportada se deduce claramente que el Centro distingue claramente entre aquellas instancias cuyo contenido lleva consigo plazos preclusivos, que se recogen todos los días incluidos festivos, de aquellas otras que carecen de plazos y/o urgencia, las cuales por motivos organizativos no se recogen los viernes, sábados y vísperas de festivos para evitar extravíos, dado que su tramitación se efectuaría los lunes como próximo día hábil al carecer aquellos de personal en las oficinas, sin que el interno haya acreditado ningún tipo de perjuicio que pudiera llevar a valorar plazos distintos, 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 J.M.M.C.N.A., sobre recepción de instancias.

29.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 05/11/18

Estimación de queja por ausencia de respuesta del Centro Penitenciario a interno solicitante de salida programada.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno I.S. del Centro Penitenciario de Albolote formulando queja por falta de respuesta del C. Penitenciario de Albolote en relación a su solicitud de inclusión en el programa de salidas.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe en sentido que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, examinada la queja formulada por el interno, por falta de respuesta del C. Penitenciario de Albolote en relación a su solicitud de inclusión en el programa de salidas del artículo 114 del Reglamento Penitenciario, y a la vista del contenido de dicho precepto, y de lo actuado en el presente expediente procede señalar:

- El citado precepto (artículo 114 del Reglamento Penitenciario) regulador de las salidas programadas establece que las mismas serán propuestas por la junta de Tratamiento, que solicitará la aprobación del Centro Directivo y la posterior autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria

en aquellos supuestos en que la salida, por su duración y por el grado de clasificación del interno, sea competencia de este órgano judicial.

- Que consta que el interno formuló expresa petición a la Junta de Tratamiento de inclusión en dicho programa, que no ha recibido respuesta alguna.

TERCERO.- Se considera, por tanto, que ante la expresa y concreta petición del interno, la Junta de Tratamiento debió valorar el cumplimiento de los requisitos y la idoneidad del solicitante para su inclusión o no en dicho programa, lo que exigía el correspondiente acuerdo administrativo y su notificación al interno, a fin de que pudiera ejercitar su derecho a formular recursos de alzada ante el Juzgado.

Por consiguiente, y en la medida, en que el Centro Penitenciario no ha adoptado acuerdo alguno en relación, a la petición del interno, que le haya sido notificada, procedería estimación de la queja, instando al Centro Penitenciario de Albolote a fin de que, previo acuerdo de la Junta de Tratamiento, se dé respuesta a dicha solicitud mediante la correspondiente resolución administrativa que deberá serle notificada.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno I.S. del Centro Penitenciario de Albolote, instando al Centro Penitenciario en los términos del razonamiento jurídico III de la presente resolución.

30.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 05/11/18

Desestimación de queja sobre denegación para acudir a la piscina del centro durante el cumplimiento de sanción disciplinaria.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno E.C.E. del Centro Penitenciario Albolote formulando queja por denegación del Centro Penitenciario de autorización para acudir a la actividad de piscina.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno E.C.E. por denegación del Centro Penitenciario de autorización para acudir a la actividad de piscina y a la vista de lo actuado en el presente expediente y de lo informado por el C.P. de Albolote, procede su desestimación, tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal, pues consta que dicho interno, en 1.º grado de clasificación, se encontraba en dicho momento cumpliendo sanción disciplinaria de privación de paseos y actos recreativos comunes, y la actividad de piscina es considerada como actividad recreativa.

Se indica, por lo demás que el interno alude al hecho de que la Orden de Dirección que regula el funcionamiento de la piscina (horarios, turnos de asistencia a los diferentes módulos, etc.), no hace mención al estar sancionado para poder asistir a la piscina, pero la intención de dicha orden es, simplemente, organizativa y no dejar sin efecto lo establecido tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria o en el propio Reglamento Penitenciario. Por tanto y en tanto que la asistencia a la piscina es un mero acto recreativo común, no una actividad tratamental individual incluida en su protocolo de tratamiento, procede 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 E.C.E. del Centro Penitenciario de Albolote.

31.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 18/01/18

Desestimación de queja por presunta sustracción de un anillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el interno del Centro Penitenciario de referencia M.S.G. se formuló queja ante este Juzgado sobre la presunta sustracción de un anillo.

SEGUNDO.- 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

ÚNICO.- A la vista de los informes obrantes en autos, el interno ha formulado una queja por la supuesta sustracción de un anillo, pero de la documental aportada se deduce claramente que el objeto supuestamente al interno no es de los autorizados para portar en el Centro, no acreditando la preexistencia del mismo, siendo claro que la presunción es la contraria, en decir, que no tuviera en su poder un objeto prohibido por las normas del Centro, existiendo dos versiones que en este ámbito no pueden valorarse de otra manera, 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 y sin perjuicio de que el interno pueda presentar la correspondiente denuncia en el Juzgado de Guardia que corresponda.

En atención a lo expuesto

DISPONGO

Desestimar la queja planteada por el interno M.S.G., sobre presunta sustracción de anillo.

32.- AUTO 321/2018 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 12/04/18

Se desestima redención extraordinaria por estudios universitarios, a interno de organización terrorista por falta de arrepentimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente al margen reseñado dictó auto de fecha 17 de noviembre de 2017

por el que desestimaba la queja de solicitud de abono de redención extraordinaria por asignaturas aprobadas durante cinco cursos entre los años 2011 y 2016, por el interno del Centro Penitenciario de Córdoba J.I.A.R.

SEGUNDO.- Por la Letrada, en nombre y representación del citado interno formuló recurso de apelación por entender que dicha resolución no se ajustaba a derecho, siendo perjudicial para los intereses de aquél.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito con fecha de entrada de 16 de enero de 2018, se opuso al mismo.

TERCERO.-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.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el recurrente que la concesión de las redenciones ordinarias no es obstáculo para la concesión de redenciones extraordinarias por el mismo periodo y por el mismo trabajo. A la vista de la cantidad de asignaturas matriculadas, y la calificación recibida, acreditada documentalmente, se cumplen las condiciones de laboriosidad, disciplina y rendimiento que requiere el artículo 71.3 del Reglamento de los Servicios de Prisiones del año 1956. Debiendo valorarse dichas tareas como integrantes de un proceso de reeducación o reinserción social conforme los artículos 203 y 204 del Reglamento Penitenciario, vulnerando el auto que desestima la queja preceptos constitucionales como los artículos 9.3, 14, 17, 24.1 y 25.2 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- El artículo 71 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 prevé para los condenados por el anterior Código Penal, un beneficio penitenciario de redención extraordinaria por el trabajo (un día por cada jornada de trabajo) cuando concurren circunstancias especiales de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el mismo. Para su aplicación deberá tenerse en cuenta el artículo 204 del Reglamento Penitenciario que indica como requisitos de la propuesta de los beneficios penitenciarios, 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. La redención de penas por el trabajo o por el estudio tiene por finalidad premiar la dedicación y el esfuerzo que implican y que de ordinario, además denotan una predisposición a la reinserción social.

El artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reproduce el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social que se erige en principio inspirador de nuestro derecho penitenciario, de tal manera que el tratamiento es definido como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). La resocialización cumple fines de prevención especial positiva asociados a la pena relativos a la mejora de la capacidad y actitud para vivir en comunidad y para ponerse en lugar del otro, valor esencial de una moral universal. En ese sentido la enseñanza y la educación se configuran como pieza imprescindible del tratamiento penitenciario.

Para poder analizar la racionalidad de una propuesta de redención cuando afecta a enseñanzas regladas, entiende la Sala que es preciso conocer dos datos. Por un lado, el rendimiento en el estudio, lo que pide que la redención se posponga al finalizar el curso o actividad académica y venga acompañada de las notas o calificaciones, como así sucede en este caso. Y segundo, la relevancia que la actividad docente tenga en el tratamiento del interno y en su evolución desde la perspectiva de la reinserción.

TERCERO.- En el supuesto de autos, el interno pretende que se le reconozcan como redenciones extraordinarias los cinco cursos de los estudios universitarios llevados a cabo entre 2011 y 2016.

La resolución recurrida deniega dicha petición sobre la base de que el penado no había asumido el delito realizado, ni rechazado la violencia, lo que ponía de manifiesto que no se había producido avance alguno en el proceso de reinserción, indicando que el arrepentimiento del interno era un requisito imprescindible para generar en la sociedad la seguridad de que no volverá a cometer hechos como aquellos por los que está cumpliendo condena, y, necesario para el esfuerzo realizado por el penado estudiando o ejecutando actividades extraordinarias, dirigidas a posibilitar la vida en libertad. El penado indica que a través de una carta fechada el 29 de junio de 2017 ha reconocido el daño causado a víctimas y familiares.

Del examen de la citada misiva, ello puede parecer así, un examen detallado de la misma, no lleva a deducir lo contrario, ya que en la misma en ningún caso utiliza la dicción “perdón” para referirse a las víctimas o a sus familiares, a las que sus acciones hayan podido causar daños de manera directa, sino que reconoce de manera genérica su participación en los hechos por los que ha sido condenado, no objetando nada desde el punto de la vista de la calificación, lo cual a estas alturas, es irrelevante, mostrando su desacuerdo con que en prisión siga los postulados de la organización terrorista en cuyo nombre cometió los delitos. Pero lo cierto es que, no se ha acreditado que dicho comportamiento haya supuesto una evolución positiva en el proceso de reinserción social del interno. Como ya dijimos, en resoluciones anteriores, el trabajo y el estudio son herramientas del tratamiento porque preparan al interno para su regreso a la sociedad, de ahí su relación privilegiada con los contenidos rehabilitadores de la pena de prisión, pero no lo es menos, que un interno vinculado a los postulados de una organización terrorista, incapaz de asumir sus propias responsabilidades y de analizar el daño causado tanto a la sociedad en general como a las víctimas en particular, sin atisbo de arrepentimiento o de reconsideración de su pasado, está impedido para llevar a cabo una labor de regeneración que le permita el reingreso en la sociedad con un mínimo de garantías, lo que nos lleva a la desestimación del recurso.

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

III. PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación formulado la defensa del interno del Centro Penitenciario de Córdoba J.I.A.R., contra el auto de fecha 17 de noviembre de 2017, dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el expediente reseñado por el que desestimaba la queja de solicitud de abono de redención extraordinaria por asignaturas aprobadas durante cinco cursos entre los años 2011 y 2016, y en consecuencia, se confirma aquella en su integridad.

33.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE OCAÑA DE FECHA 26/06/18

Estimación de queja determinando que el Centro Penitenciario asuma los gastos del traslado de su televisor.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno A.C.V.M. formulando queja sobre abono de pertenencias desde el Centro Penitenciario de Cuenca al Centro Penitenciario de Ocaña II.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal, que informó en el sentido de interesar su desestimación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo previsto en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

II.- En el presente caso, el interno A.C.V.M. formula petición de que le sean devueltos los gastos de traslado de su televisor desde el Centro Penitenciario de Cuenca al Centro de Ocaña II, en el que actualmente se encuentra cumpliendo condena.

El artículo 318 del Reglamento Penitenciario reconoce, sin establecer distinciones sobre el carácter forzoso o no del traslado, el derecho de todo interno que sea trasladado de un establecimiento penitenciario a otro a que, por una parte, la Administración Penitenciaria realice el traslado de sus pertenencias personales pero, por otra parte, ese traslado a cargo de la Administración Penitenciaria no es ni puede ser ilimitado ni absoluto,

sino que el peso de las pertenencias personales así trasladadas no puede ser superior a los 25 kilogramos, según establece el segundo inciso del artículo 318, n° 1 del Reglamento Penitenciario.

No puede admitirse que una Instrucción de la Administración Penitenciaria pueda restringir con carácter general derechos reconocidos en el Reglamento; así ocurre con la Instrucción 6/2005, de 23 de mayo, que señala que objetos como la televisión no podrán ser trasladados en el vehículo de la conducción, los cuales podrán ser entregados a la persona que designe el interno o remitidos al establecimiento de destino.

Así pues, de lo anteriormente expuesto no se deduce que supuestos como el traslado de televisores estén exceptuados de aquellos casos en los que la Administración debe hacerse cargo de los gastos de traslado en tanto no se supere el límite de los 25 kilogramos, sin que en este caso el Centro Penitenciario, pese a haber sido requerido expresamente para ello, haya manifestado, ni acreditado, que los efectos personales del interno superaban tal límite. Por ello, la petición del interno debe ser admitida.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno A.C.V.M. del Centro Penitenciario de Cuenca (actualmente en el Centro Penitenciario de Ocaña II), en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución.

CAPÍTULO V

EXPULSIÓN

34.- SENTENCIA 164/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 06/04/18

Estimación de recurso de casación admitiendo la sustitución de la pena impuesta por expulsión a ciudadano estadounidense, con residencia en la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional incoó Procedimiento Abreviado número 65/2013 y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional que con fecha 30 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: «Probado y de estricta conformidad así se declara, que el ya enjuiciado por estos hechos S. , en el año 2010 era el administrador de la agencia de viajes Yutuma Asociados 21 S.L.» que operaba en el mercado con el nombre de “Kangaroo Viajes S.L.”, con domicilio en C/ Cigorgo nº 26, de Las Rozas (Madrid) y en la calle Princesa nº 25.1º.8 de Madrid. Guiado por un evidente propósito de obtener un lucro ilícito, con ocasión de la final del Mundial de Fútbol que jugarían las selecciones de España y Holanda en Johannesburgo (Sudáfrica) el 11 de julio de 2010, ideó sacar a la venta a través de su agencia de viajes, unos paquetes en los que ofrecía el viaje a Johannesburgo y la entrada para el partido de fútbol, todo ello por 2.495 euros por persona. Dicho paquete incluía: el vuelo de ida Madrid a Johannesburgo, en una compañía chárter; el traslado del aeropuerto al centro de la ciudad o inmediaciones del estadio; el traslado desde el punto de encuentro al estadio “Soccer City Stadium”, lugar de la celebración del evento; entrada de categoría tres para presenciar el partido de fútbol; traslado del estadio de fútbol al aeropuerto; y vuelo de regreso Johannesburgo a Madrid.

Sin embargo, S. no disponía de dinero para adquirir las entradas de fútbol ni para fletar el avión para trasladar a las personas de Madrid a Johannesburgo, a pesar de todo lo cual ofertó los paquetes de viaje, y comenzó a venderlos bien a particulares, bien a otras agencias de viajes que a su vez los vendían a sus clientes al actuar como intermediario.

Para aparentar que disponía de los billetes para el evento concertó la adquisición de entradas falsas con el ahora acusado C., ciudadano norteamericano con residencia acreditada en la Unión Europea, empleado de la empresa “Euroteam Travel AS” con sede en Oslo (Noruega). De hecho, el mismo día 10 de julio de 2010, S. se reunió en un hotel de Madrid con el acusado C., firmando un supuesto contrato de venta de 200 entradas para el partido de fútbol por el precio de 220.000 dólares USA (a 1.100 dólares la entrada). Ese mismo día S. entregó a C. la cantidad de 46.895 euros, que en realidad se correspondía con la adquisición de 46 entradas que resultaron ser falsas, ya que los poseedores de las mismas no pudieron acceder al Estadio por dicho motivo. Desde la cuenta corriente de “Yuturna Asociados 21 S.L.” en el “Banco Pastor S.A.”, S. efectuó el 9 de julio de 2010 una transferencia de 173.570 euros a “Euroteam Travel AS”, empresa radicada en Oslo siendo así que después de verificar aquella la intentó anular por medio de su banco, lo que no pudo hacer por motivos técnicos.

Tras diversas incidencias con la contratación de los vuelos, que no afectan al ahora acusado, finalmente unas 255 personas se trasladaron en el avión fletado por “Pullmantur Air, S.A.” por encargo de la compañía “WW Charters” el día 10 de julio desde Madrid a Johannesburgo, llegando el día 11 por la mañana. El mismo día 11 de julio de 2010 fueron trasladados desde el aeropuerto de Johannesburgo hasta las inmediaciones del estadio de fútbol, donde estuvieron esperando a que les dieran las entradas para acceder al recinto. Sin embargo, S. y las personas que trabajaban para el mismo les dieron diversas explicaciones sin facilitarles las entradas, salvo las 46 falsas que había adquirido al acusado C. de “Euroteam Travel AS” de Oslo (Noruega) y que se las había entregado a S. Dichas entradas se entregaron, o más bien, que le fueron arrebatadas por algunos de los clientes, quienes al intentar acceder al estadio fueron rechazados por los, empleados del mismo debido a que las mismas eran falsas. Tras terminar el partido de fútbol, que la mayoría no presenció, todos ellos, junto con aquellos a quienes ni siquiera se les llegó a facilitar entrada alguna, fueron trasladados nuevamente al aeropuerto y desde allí en el vuelo de regreso a Madrid.

Como consecuencia de la actividad desplegada por S. y C. , adquirieron los correspondientes paquetes de viaje a Johannesburgo y entrada para la final de fútbol, como mínimo 66 personas, muchos de los cuales a pesar de haber pagado por ello y haberse desplazado hasta Sudáfrica se vieron privados de poder asistir al espectáculo deportivo, salvo alguno que consiguió acceder mediante entradas conseguidas por otras vías, permaneciendo la mayoría todo el tiempo en las inmediaciones del estadio de fútbol sin poder presenciar la final de la Copa del Mundo de Fútbol. Se trata, entre otras, de las siguientes personas:

(Relación con 66 damnificados

.....)

S. además de ofertar los paquetes a los clientes de su agencia de viajes lo hizo a otras agencias de viajes minoristas. En concreto, le adquirieron varios paquetes las siguientes agencias:

1. “Mittravels S.L.”, de Terrasa (Barcelona), adquirió 29 paquetes por 68.737,25 euros.

2. “Viajes Akali” / “Viajes Gram S.A.”, de Madrid, adquirió 37 paquetes por 86.247 euros Sin embargo, al no poder presenciar el partido los clientes de esta Agencia de Viajes les restituyó el importe que habían abonado y no llegó a pagar a “Kangaroo” los paquetes adquiridos.

3. “Viajes Evasión Spainrnania Tours. S.L.”, con domicilio en Plaza. Huerto del Rey 4 1º B de Burgos, cuyos representantes, Pedro Antonio y Eufrasia adquirieron por 7.110,75 euros tres paquetes para tres clientes, pagándolo con la tarjeta VISA de la empresa. Reclaman ser indemnizados ya que VISA sólo les reintegró el importe de las entradas falsas (2.700 euros).

4. “Viajes Eurosherry S.A.”, con domicilio en calle Ribera del Río, 34 del Puerto de Santa María, Cádiz. Sacramento administradora de la misma, adquirió por 7.110,75 euros tres paquetes para tres clientes, pagándolo con la tarjeta VISA de la empresa y reclamando su devolución

5. “Viajes Transvia Tours S.L.”, con domicilio en la C/ Colón 70 de Valencia. Jorge, representante de la misma, adquirió por 7.110,75 euros tres paquetes para tres clientes, pagándolo con la tarjeta VISA de la empresa. Los tres clientes no pudieron acceder al estadio por ser las entradas falsas. Reclaman ser indemnizados.

6. “Viajes Mundo Tres”, de Logroño, adquirió dos paquetes por 2.495 euros cada uno.

7. “Viajes Paraíso Mar”, de Madrid, adquirió dos paquetes por 2.495 euros cada uno. No reclama, pues ha sido restituido del importe por “Viajes Akali” que era a quien se los había comprado.

8. “Viajes Araba”, de Llodio (Álava), cuyo representante Luis Miguel adquirió un paquete por 2.370,25 euros que vendió a Eliseo Finalmente le reintegró el dinero. Ambos reclaman ser indemnizados.

9. “Viajes Vive Viajando”, de Valladolid, cuyo representante, Moisés contrató tres paquetes para tres personas.

La entidad “Axa Seguros Generales, S.A.” en cuanto aseguradora de “Viajes Quenla” abonó la suma de 8. 142 euros, a la que resultó condenada en virtud de sentencia de 5 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vigo, recaída en Juicio Ordinario nº 467/2012 instado por Micaela, Álvaro y Higinio (folios 3248 y 3249). En el mismo sentido, abonó la cantidad de 18.475 euros en calidad de aseguradora de la agencia de viajes “BTD Belobuver, SL” por en virtud de sentencia de 31 de julio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº. 5 de Logroño, recaída en Juicio Ordinario 428/2011, instando por J.E., C., M., C. y M. (folios 3.251 y ss)».

SEGUNDO.- La audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva: «Debemos condenar y condenamos a: C. como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de estafa agravado, a la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de diez euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la responsabilidad personal subsidiaria prevenida de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, en caso de impago, así como y al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusaciones particulares.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado C., solidariamente junto el ya condenado por estos hechos, S., deberá indemnizar a los perjudicados en las cantidades reseñadas en el Razonamiento Jurídico quinto de la presente resolución, por los daños y perjuicios causados, sin perjuicio de lo que pueda resultar en ejecución de sentencia.

Se decreta la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a C., por el plazo de dos años a contar desde la presente, siempre y cuando se cumpla la condición impuesta en el Razonamiento Jurídico séptimo de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, haciéndoles saber que la misma es firme, al haber manifestado las partes su intención de no recurrir la misma, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 267 Ley Orgánica del Poder Judicial».

TERCERO.- La Audiencia Nacional con fecha 5 de junio de 2017, dictó auto de aclaración de la citada sentencia cuyo tercer fundamento jurídico dice: «TERCERO.- Otro tanto, cabe decir, de la suspensión de la condena de la pena privativa de libertad impuesta, a cuyos efectos nos remitimos íntegramente a la grabación del plenario, y a las consideraciones vertidas en sentencia, con base a lo manifestado por las partes en los diversos escritos y en el acto del juicio oral, sin que desde ese punto de vista proceda rectificación alguna.

Por último, respecto a la pretensión de dejar sin efecto la firmeza que se declara, y habilitar a las partes los recursos que procedan a fin de combatir, al menos, el pronunciamiento de la sentencia relativo a la suspensión y sustitución de la pena impuesta a mi mandante, si la misma podía ir en contra de la doctrina de los “actos propios” y carecer manifiestamente de fundamento (Sentencia del Tribunal Supremo 545/2003, de 15 de abril), sin embargo, al encuadrarse el derecho a los recursos, como una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 349/1993, de 22 de noviembre, entre otras muchas), y a fin de no causar indefensión, se deberá rectificar el Fallo de la Sentencia nº 12/2017, de 30 de mayo, en el sentido de dejar sin efecto el párrafo relativo a la declaración de firmeza de la misma, única y exclusivamente en lo relativo al pronunciamiento de la sentencia relativo a la suspensión y sustitución de la pena impuesta a mi mandante, el cual deberá ser sustituido por el siguiente:

“Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma no es firme, únicamente por lo que respecta al pronunciamiento relativo a la suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, 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, manteniéndose la declaración de firmeza respecto del resto de los pronunciamientos en aquella contenidos”».

El citado auto contiene la siguiente Parte Dispositiva: «La Sala Acuerda : Estimar parcialmente el recurso de rectificación formulado por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del acusado C., y en consecuencia, procede la modificación de la Sentencia n° 12/2017 de 30 de mayo, recaída en las presentes actuaciones, y a la que nos hemos venido refiriendo en el cuerpo de las presente, en los términos y con límites expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de la misma, con desestimación de las pretensiones de la parte en cuanto al resto de los particulares».

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

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 89.1 Código Penal.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 80 Código Penal.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, dictó sentencia en fecha 30 de mayo de 2017 que condenó a «C.

como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de estafa agravado, a la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de diez euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la responsabilidad personal subsidiaria prevenida de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, en caso de impago, así como y al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de las acusaciones particulares.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado C., solidariamente junto el ya condenado por estos hechos, S., deberá indemnizar a los perjudicados en las cantidades reseñadas en el Razonamiento Jurídico quinto de la presente resolución, por los daños y perjuicios causados, sin perjuicio de lo que pueda resultar en ejecución de sentencia.

Se decreta la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a C., por el plazo de dos años a contar desde la presente, siempre y cuando se cumpla la condición impuesta en el Razonamiento Jurídico séptimo de la presente resolución».

Contra dicha resolución interpuso recurso el condenado C., articulado en dos motivos por infracción de Ley, que pasamos a resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar inaplicación indebida del artículo 89.1 Código Penal, vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española), del Tratado de Maastricht de 1992, de la Directiva 2004/38/CE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Cuestiona este motivo el pronunciamiento de la sentencia recurrida que deniega la sustitución por expulsión de la pena que fue impuesta al Sr. C., por entender que el mismo es ciudadano de la Unión Europea, y como tal, le es de aplicación el artículo 89.4 Código Penal que supedita la expulsión a que represente 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 sus circunstancias personales, riesgo que la Sala de instancia despreció. Entiende, por el contrario, el recurso, que aquél es ciudadano estadounidense, cuya residencia en el territorio de uno o varios estados de la Unión Europea no puede asimilarse a la ciudadanía

comunitaria, por lo que le sería de aplicación el número 1 del artículo 89 Código Penal, que establece con carácter imperativo la sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad superiores a un año impuestas a un ciudadano extranjero.

1. El artículo 89 Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, en principio aplicable al caso que nos ocupa en atención a la fecha de comisión de los hechos, imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de esta Sala suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del artículo 89 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; 483/2016 de 3 de junio; o la Sentencia del Tribunal Supremo 927/2016 de 14 de diciembre).

Tras la reforma operada en el artículo 89 Código Penal por la Ley Orgánica 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. Cuando las penas impuestas superen el año, y solas o conjuntamente con otras no rebasen los cinco de privación de libertad, que es nuestro caso, admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los

dos tercios de la misma «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En el punto 4 del precepto señalado en su actual redacción, se incorporan requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, y 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. Y el párrafo segundo del mismo apartado dispone que «La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente 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».

En este último fragmento se apoyó la Sala sentenciadora para denegar la sustitución por expulsión de la pena de dos años de prisión que había impuesto al condenado Sr. C., por considerar que su situación se asimilaba a la de ciudadano de la Unión. Razona la sentencia recurrida en su fundamento séptimo «en el caso de autos, es evidente que nos encontramos ante un ciudadano norteamericano con residencia en la Unión Europea, primeramente en Noruega, y con posterioridad en Dinamarca, desde donde fue entregado a las autoridades judiciales españolas, y que a la vista del delito cometido, la pena impuesta y demás circunstancias concurrentes, en ningún caso, representa una amenaza grave para el orden o la seguridad pública, por lo que no podrá llevarse a cabo aquella en el caso de autos». Argumentación que se sustenta en la afirmación contenida en el relato de hechos «C., ciudadano norteamericano con residencia acreditada en la Unión Europea, empleado de la empresa “Euroteam Travel AS” con sede en Oslo (Noruega).» y en los datos recogidos en el encabezamiento de la misma: «C., mayor de edad, nacido el NUM000 de 1980 en Kenosha. Wisconsin (EE.UU.), con pasaporte norteamericano n° NUM001, ciudadano residente en la Unión Europea (Noruega, Dinamarca) sin que consten antecedentes penales computables en esta causa, en situación de prisión provisional por la misma desde el pasado día 21 de mayo de 2016 (fecha de su detención por las autoridades de los Países Bajos)...».

Es decir, que ha asimilado la mera residencia de un extracomunitario en territorio de la Unión, con la condición de ciudadano de la misma.

2. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015 dispone que «La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE 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, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente».

Resulta, pues, evidente, que la aplicación del mencionado párrafo viene supeditado a la constatación de la ciudadanía europea por parte del condenado.

El término “ciudadano de la Unión Europea” que incluye el artículo 89.4 Código Penal debe rellenarse con la definición contenida al respecto en los Tratados Europeos y las Directivas que los desarrollan, y que lo vinculan inequívocamente con la nacionalidad del sujeto.

Según el artículo 9 del Tratado de la Unión «Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro» y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión.

Por su parte, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, a la que se remite expresamente el legislador en su reforma del artículo 89.4 Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, proclama en su artículo 2 que: «Se entenderá por “Ciudadano de la Unión”: toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro».

Está claro, pues, que el Sr. C., de nacionalidad estadounidense, no es ciudadano de la Unión. Podría plantearse la hipótesis de que fuera uno de los familiares a los que la legislación, a partir del criterio interpretativo consoli-

dado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, hace extensivo el derecho de libre circulación con el fin de preservar la unidad familiar. En España la transposición de la normativa europea se encuentra recogida en 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, adaptado a la más reciente jurisprudencia europea a través de su modificación operada por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre.

Cualquiera que fuera el estatus que ello pudiera otorgarle en relación a las posibilidades de sustitución de la pena por expulsión, la sentencia recurrida no recoge dato alguno que permita concluir que el condenado se encuentra en alguna de esas situaciones.

En atención a ello, tiene razón el recurrente en que el precepto que debió ser aplicado, es el que fija el régimen general de sustitución por expulsión de penas privativas de libertad superiores a un año e inferiores a cinco, que contempla el artículo 89.1 Código Penal, en su redacción actual que reivindica como más favorable. Lo que determina la estimación del recurso, si bien no en su integridad. Pues, aunque el precepto aplicable prioriza la expulsión directa, la compatibiliza con la facultad judicial, de la que debe hacerse un uso excepcional, de 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». Régimen similar, en atención a la pena de dos años de prisión impuesta en este caso, al previsto en la legislación vigente a la fecha de los hechos, que también preveía la posibilidad de excepcionar la expulsión, pero más ventajoso para quien reivindica como procedente la misma en cuanto que la limitación al régimen excepcional produce efecto *ope legis*, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior (artículo 89.1 y 5 en su redacción anterior).

3. Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, aglutina aspectos que ya han 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 (confirma-

ción 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 el presente caso, el acusado fue condenado como autor de un delito de estafa cualificada en atención a la cuantía, de los artículos 248.1, 249, y 250.1.5º, por la que resultaron perjudicadas más de sesenta personas físicas, y varias agencias de viajes. Hechos de considerable gravedad. No se apreciaron circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y se le impuso en trámite de conformidad la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses a razón de una cuota diaria de 10 euros/día, si bien para posibilitar su enjuiciamiento hubo de dictarse orden de busca, que facultó su detención y entrega por parte de las autoridades judiciales de los Países Bajos, eso sí, una vez se había celebrado ya el juicio para el otro acusado en la causa, por lo que hubo de efectuar un segundo señalamiento.

El delito que cometió es de notable gravedad. El acceder a la sustitución inmediata de la pena, por el mero hecho de ser extranjero, cuando ni siquiera consta un mínimo esfuerzo reparador hacia los perjudicados, y hubo de ser traído al proceso de manera forzada, generaría un sentimiento de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que de acordar la expulsión del penado de forma automática en este caso, no sólo se debilitaría el fin

preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva). Sentimiento de impunidad incluso que desincentivaría los fines de prevención especial en cuanto banalizador de la pena cuando ésta dimanara de comportamientos graves.

En atención a ello, por exigirlo la defensa del orden jurídico y para restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, procede posponer la expulsión al momento en que el condenado haya cumplido dos tercios de la pena impuesta, acceda al tercer grado penitenciario o la libertad condicional. Alcanzado cualquiera de esos estadios, el resto de la pena que quede por cumplir será sustituida por la expulsión. Así lo acordaremos en la segunda sentencia que dictemos.

Por último, no resulta obstáculo para lo dispuesto que el penado manifestara, como señaló el auto de aclaración dictado por la Sala sentenciadora, su preferencia por ser expulsado a uno u otro lugar, incluso quedarse en España. Aunque la defensa, al formular sus conclusiones por adhesión a la de las acusaciones, no formulara expresamente la petición de expulsión, la cuestión se trató en el juicio, pues la sentencia se ocupó de ello a instancias de aquella, tanto inicialmente como en el posterior auto de aclaración, siendo indiferente a estos efectos las preferencias del recurrente respecto a su país de destino, extremo sobre el que no corresponde a este Tribunal pronunciarse.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, también por cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la indebida aplicación del artículo 80 del Código Penal, en relación con el artículo 2 Código Penal. Vulneración del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), del de legalidad penal y de proscripción de la retroactividad de ley penal más favorable.

Cuestiona la decisión de la Sala sentenciadora de denegar la suspensión de condena, en aplicación del artículo 80 Código Penal, según redacción vigente en la actualidad. Por el contrario a la posición que sostuvo en el motivo anterior, reivindica ahora el recurrente la aplicación de la legislación

vigente a la fecha de los hechos. Entiende que le resulta más favorable, en cuanto considera acreditada imposibilidad económica para hacer frente a las responsabilidades civiles a que fue condenado, lo que, en conexión con la pena impuesta y la ausencia de antecedentes penales, habría de determinar, a su criterio, automáticamente la concesión de ese beneficio.

En cualquier caso, la incorporación del pronunciamiento combatido en la sentencia es excepcional. Aunque no se justifica expresamente, hemos de entender que vino propiciado por razones de economía procesal, sobre todo en atención a que el condenado, que se conformó con la calificación jurídica, pena y peticiones de responsabilidad civil sostenidas por las acusaciones, se encontraba preso a la fecha de celebración del juicio, aunque en la actualidad ya no lo está.

La decisión sobre la concesión, denegación o revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad (artículo 80 y ss Código Penal) es facultad motivadamente discrecional del Tribunal sentenciador, frente a la cual el ordenamiento no concede la posibilidad de recurrir en casación (entre otros los Autos del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2013 (recurso de queja 20023/13); de 12 de mayo de 2017 (recurso de queja 20150/2017) o de 6 de febrero de 2018 (recurso de queja 20872/2017). El hecho de que se resuelva extemporáneamente en sentencia no puede alterar su régimen de impugnación, razón por lo cual, el motivo debe ser rechazado de plano.

En cualquier caso, ha señalado esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 22/2015 de 29 de enero) que la legislación aplicable a la suspensión de condena, por afectar a la fase de ejecución de la pena, ha de ser la vigente a la fecha en la que se acuerda la misma. De otro lado, no consta en la sentencia cuestionada, ni en los hechos probados ni en su fundamentación jurídica, que el condenado se encuentre imposibilitado para hacer frente a las responsabilidades civiles impuestas.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas de este recurso.

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 de D. C., contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2017 dictada por la Audiencia Nacional (Sec. Tercera Rollo 191/2015), que le condenó por un delito de estafa, que casamos y anulamos en cuanto que deniega la sustitución de la pena de prisión por expulsión, declarando de oficio las costas.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10396/17 interpuesto por la representación de D. C., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Tercera, rollo 191/15) de fecha 30 de mayo de 2017, que le condenó por un delito de estafa, sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala segunda del Tribunal Supremo y que ha sido CASADA Y ANULADA por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia rescindida parcialmente en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con la sentencia que antecede, por aplicación del artículo 89.1 Código Penal procede acordar el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al condenado D. C. hasta que el mismo cumpla dos tercios de la pena impuesta, acceda al tercer grado penitenciario o la libertad condicional. Alcanzado cualquiera de esos estadios, el resto de la pena que quede por cumplir será sustituida por la expulsión, con prohibición de regresar a España durante cinco años desde que se materialice la expulsión (artículo 89.5 Código Penal).

FALLO

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

ACORDAR el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al condenado D. C. en la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 30 de mayo de 2017 en el PA 65/2013, hasta que el mismo cumpla dos tercios de la pena impuesta, acceda al tercer grado penitenciario o la libertad condicional. Alcanzado cualquiera de esos estadios, el resto de la pena que quede por cumplir será sustituida por la expulsión, con prohibición de regresar a España durante cinco años desde que se materialice la expulsión. Se ratifican en los restantes pronunciamientos la sentencia citada.

35.- SENTENCIA 113/2018 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 29/10/18

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al acordar el cumplimiento de dos tercios de la pena y sustitución por expulsión del resto, sin audiencia previa del condenado.

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3648-2017, promovido por don H.S., representado por la Procuradora de los Tribunales y asistido por el abogado, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2017, dictada en el recurso de casación núm. 1862-2016, que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, de 30 de junio de 2016, recaída en el rollo de Sala núm. 39-2016, dimanante del procedimiento abreviado núm. 118-2015. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. La Ponente Magistrada expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

(.....
.....)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, impuso al recurrente, por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal, una pena de prisión de efectivo cumplimiento en centro penitenciario (los dos tercios de la pena de dos años y seis meses) y, además, la expulsión en sustitución del tercio restante de la pena de prisión. Con esta decisión el juez se apartó de la solicitud del Fiscal que interesaba la total sustitución de la pena de prisión por expulsión. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si ello supuso una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), en relación con el principio acusatorio, y el derecho a no sufrir indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española) del demandante de amparo. Dicha decisión se adoptó en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.1 Código Penal que establece que “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”.

La Fiscal ante el Tribunal Constitucional considera que procede estimar el recurso y declarar que el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), puesto en relación con el principio acusatorio, ha sido vulnerado por los motivos ya expuestos en los antecedentes de esta Sentencia.

2.- El presente recurso de amparo fue admitido por su especial trascendencia constitucional por cuanto da ocasión a este Tribunal para aclarar nuestra doctrina conforme a lo previsto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b), por tratarse de un supuesto que, en relación con la queja esgrimida por el recurrente de vulneración del principio acusatorio (artículo 24.2 de la Constitución Española), no coincide en todos sus extremos con los que anteriormente han sido objeto de conocimiento por este Tribunal. Como ya advirtió el Pleno en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009 de 25 de junio, “[l]a cuestión de los límites constitucionales a la potestad judicial de imponer penas... ya ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en ocasiones precedentes, habiendo elaborado al respecto... una doctrina constitucional que aparece recogida de manera uniforme en la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia, pero que no está exenta, sin embargo, de inflexiones en algunas otras decisiones, al menos en su enunciado y formulación, dando así lugar a una exposición de dicha doctrina no siempre lo suficientemente nítida que, en cuanto susceptible, por lo tanto, de inducir a confusión, requiere de alguna precisión o clarificación” (FJ 6).

El presente recurso presenta peculiaridades que merecen un pronunciamiento específico en relación con la posibilidad de aplicación de la doctrina revisada y clarificada por el Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio, sobre el alcance del principio acusatorio. En este caso, nos encontramos ante un supuesto específico, cual es el del sustitutivo penal, y, en concreto, parcial, de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, con connotaciones y consecuencias propias que han de ser valoradas por este Tribunal desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española).

3.- El principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal. Ello no ha sido óbice, sin embargo, para “reconocer como protegidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales” (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 4). En este sentido se ha resaltado “tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación,

como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial” (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 4).

Respecto del derecho a ser informado de la acusación en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria, este Tribunal ha dicho que “se convierte en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (Sentencias del Tribunal Constitucional 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). Pero, también se ha reiterado que “la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los artículos 117 y 124 de la Constitución Española. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden” (Sentencias del Tribunal Constitucional 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4 y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2013, de 8 de abril, FJ 2).

4.- Nos encontramos aquí ante un supuesto en el que el órgano judicial decide aplicar la posibilidad que le ofrece la ley, ex artículo 89.1 Código Penal, de sustituir parcialmente la pena de prisión por expulsión. En él únicamente se encuentra concernido el primero de los derechos mencionados, es decir, el derecho de defensa –aunque no lo sea, en puridad, como

consecuencia del derecho a ser informado de la acusación—; pero no se ha afectado el principio de congruencia con la pretensión punitiva de las acusaciones. Ello es así por dos razones:

(i) En primer lugar, porque las diferentes posibilidades de sustitución de la pena contempladas en el artículo 89.1 Código Penal no pueden ser consideradas más que como una forma de ejecución de la misma. Es por ello que en supuestos de sustitución de la pena no se puede hablar, en rigor, de pretensión punitiva y, por ende, de falta de congruencia con lo solicitado por el Fiscal, como así consideran el recurrente y el Ministerio Fiscal.

(ii) En segundo lugar, porque, en estos casos, el juez o tribunal no invade ni asume facultades reservadas a las partes y al Ministerio Fiscal, ya que, por un lado, la sustitución de la pena de prisión superior a un año por la expulsión del penado extranjero, se muestra como una medida de alcance general, y, por otro, la posibilidad excepcional de acordar la ejecución de una parte de la pena y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español, se configura por el propio precepto como una facultad del juez o tribunal respecto de una pena ya impuesta, que decidirá, excepcionalmente, cuando, a su juicio, resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Así pues, no nos hallamos, en contra de lo que consideran el recurrente y el Ministerio Fiscal, ante una posible vulneración del principio acusatorio al faltar uno de los “elementos estructurales” que lo informan: la vulneración del derecho de defensa como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española).

5.- A pesar de las peculiaridades expuestas en el fundamento jurídico anterior, no se puede desconocer que, en el presente caso, nos encontramos ante una incidencia ejecutiva sobre un título de condena ya conformado, que se impone en una sentencia condenatoria, y que, por tanto, debe ser debatida para evitar la conculcación del derecho de defensa del penado. En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009, asunto Gurguchiani c. España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión y prohibición de volver a territorio español, sin haber sido escuchado el afectado y sin que se tuvieran en cuenta otras circunstancias distintas de la aplicación cuasi automática de la redacción del artículo 89 Código Penal

tras la reforma operada en 2003, “debe analizarse como si esta fuera una pena similar a la fijada en el momento de la condena del interesado” (§ 40), a los efectos del derecho de defensa.

El Pleno de este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender necesaria la audiencia previa en casos en los que procediera la sustitución de la pena de prisión por expulsión. Y ello como consecuencia del conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 89.1 Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por posible vulneración de los artículos 18, 25 y 9 de la Constitución Española. En concreto, en el Auto del Tribunal Constitucional 180/2015, FJ 4 se afirmó que “para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego siempre se debe dar audiencia al penado (aunque la redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 no la recogiera) para valorar de manera correcta las concretas circunstancias del penado, laborales, arraigo y situación familiar”. Añadía el citado Auto que la Sala que promovió la cuestión “podía haber acomodado por vía interpretativa el precepto aplicable con tan sólo entender que la audiencia prevista legalmente para decidir sobre la expulsión permite dar cauce a las circunstancias personales y de arraigo del condenado que, conforme a la norma cuestionada, deben tener efectos excluyentes de la expulsión en tanto supongan ‘razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’”.

De la misma manera que la decisión de expulsión del territorio nacional debe ponderar las circunstancias personales del expulsado, al estar en juego una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española), en supuestos como el presente también el órgano judicial debe ponderar a través de una evaluación individualizada si, aunque proceda la expulsión, resulta necesario tomar la decisión excepcional de hacer cumplir una parte de la pena de prisión impuesta “para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” (artículo 89.1 Código Penal). Para ello será necesario, con carácter previo a la toma de tal decisión, abrir un nuevo trámite de alegaciones en el caso de que las partes y el Ministerio Fiscal sólo se hubieran pronunciado acerca de la medida de expulsión obligatoria para penas superiores de un año de prisión. De esta manera posibilita que el acusado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa

sobre la concreta forma de cumplimiento de la pena que se le va a imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que estime conveniente. En este caso, el hecho de que el acusado fuera reincidente y según la hoja del histórico penal tuviera varios antecedentes penales previos, entre ellos del delito contra la salud pública, fue lo que llevó a la Audiencia Provincial a considerar que era aconsejable aplicar lo dispuesto en el artículo 89.1 Código Penal, con el fin de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por delito cometido.

Hay que añadir que el argumento que refiere la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de que no se trata de una decisión discrecional del Tribunal sentenciador, sino de una previsión específica de la norma que regula la expulsión, no es óbice para llegar a tal conclusión, pues como, en paralelo a lo que hemos dicho respecto de las penas, “en modo alguno le es exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles situaciones que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación” (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 6). Tampoco puede ser acogido el razonamiento esgrimido por la Audiencia Provincial según el cual “el artículo 89.1 Código Penal de forma imperativa exige que el último tercio de la pena necesariamente deba ser sustituida”, pues de lo que se trata, en última instancia, es de determinar si el recurrente debió contar con la oportunidad de defenderse de la posible aplicación excepcional de la medida sustitutiva parcial de la pena de prisión, cuando ésta no estuvo presente en el debate.

6.- La Audiencia Provincial de Barcelona debió, por tanto, dar audiencia a las partes dentro del propio Plenario para que se pronunciaran sobre la posibilidad de aplicar la excepción a la regla obligatoria de sustitución total de cualquier pena de prisión superior a un año por la expulsión del territorio nacional. Al no proceder así, su falta supuso, de hecho, una vulneración del derecho de defensa y, por ende, a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), sin que el hecho de que dicho trámite no estuviera previsto en la norma impida al órgano judicial realizar una interpretación más conciliadora con los principios que deben regir el proceso penal en circunstancias como la presente, en la que el Fiscal, tal y como así se relata en la Sentencia de la Audiencia, interesó la sustitución total del cumplimiento de la pena de prisión por expulsión y el penado mostró su disconformidad con la acusación pública, reiterando la petición de la libre absolución del acusado.

En el presente caso, el Ministerio Fiscal, tras la celebración del acto del juicio, elevó a definitivas sus conclusiones, al igual que lo hizo la defensa, y tras otorgar la última palabra al acusado, quedó el juicio visto para sentencia, sin que previamente se hubiera abierto trámite alguno de audiencia para que las partes y el Ministerio Fiscal pudieran haber alegado nada acerca la posibilidad de la sustitución parcial de la pena de prisión por expulsión. En efecto, las manifestaciones del recurrente acerca de la expulsión, realizadas en el plenario, sólo versaron sobre la existencia de familiares que tenía en España, pero que, según la Audiencia, carecían de valor al no haber sido corroboradas por medio probatorio alguno; razón por la cual el órgano judicial no consideró de aplicación lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 89 Código Penal; es decir, la posibilidad de no sustituir de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional por motivos de arraigo social y familiar.

7.- Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de amparo, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Décima de Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de junio de 2016 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017, en lo relativo a la forma de cumplimiento de la pena de prisión, y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de las Sentencias citadas para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Aunque el recurrente alega también la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con la indefensión sufrida, ésta queja autónoma debe entenderse conectada, como pone de manifiesto la Fiscal, con la garantía de defensa comprendida dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido:

Estimar la presente demanda de amparo y en su virtud:

1.- Declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la defensa y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española).

2.- Restablecer al recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de junio de 2016, dictada en el rollo de Sala núm. 39-2016, dimanante del procedimiento abreviado núm. 118-2015 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017, dictada en el recurso de casación núm. 1862-2016, en lo relativo a la forma de cumplimiento de la pena prisión, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de las Sentencias citadas, para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

CAPÍTULO VI

JUEZ DE VIGILANCIA

36.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 17/12/18

Control con exploración radiológica: El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria se inhibe, considerando competente para autorizarlo al Juzgado de Instrucción.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado oficio del Centro Penitenciario de Araba/Álava solicitando autorización para la aplicación de control con exploración radiológica al interno A.J.A.S. para el día 20/12/2018 en que tendría lugar comunicación vis a vis.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, informa en al sentido que consta en autos que considera que los hechos expuestos por el Centro Penitenciario pueden ser constitutivos de un delito contra la salud pública, artículo 368 y 369.1 y 7ª del Código Penal agravado con introducción en Centro Penitenciario, por lo que considera que la competencia para la averiguación de estos hechos corresponde al Juzgado de Instrucción con jurisdicción en el Centro Penitenciario.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO - A la vista de lo solicitado por el Centro Penitenciario Araba/Álava de autorización para control con explorar, radiológica al interno arriba referencia y a la vista del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a

lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse; y tratándose, en el presente caso, de la posible comisión de un hecho delictivo, este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria carece de competencia, de acuerdo con los artículos 23 y 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la investigación de hechos delictivos, ni aún para la práctica de diligencias a prevención de los Jueces de Instrucción; por lo que procede comunicar al Centro Penitenciario de Araba/Álava que deberá formular la citada petición al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia de Álava.

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

PARTE DISPOSITIVA

Póngase en conocimiento del Centro Penitenciario de Araba/Álava que deberá formular su petición al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia de Álava.

37.- AUTO 842/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 15/10/17

Estimación parcial de recurso de apelación sobre cumplimiento de medida de internamiento psiquiátrico.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha veintidós de agosto de dos mil dieciocho, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 8 de Andalucía con sede en Córdoba, dictó auto cuya parte dispositiva establece:

«DESESTIMAR la queja formulada por el interno F.V.S. que ha dado lugar a la incoación del presente expediente.»

SEGUNDO.- Por la representación de don F.V.S. se interpuso recurso de apelación del que, admitido a trámite, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó escrito de impugnación.

Con posterioridad se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial donde se incoó el correspondiente rollo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Conforme al artículo 76 g) de la Ley General Penitenciaria, el Juez de Vigilancia Penitenciaria es competente para conocer de las quejas que los internos le dirijan por infracción de derechos fundamentales y aquellos propios del régimen penitenciario.

En este supuesto, el recurrente, al que se apreció una eximente incompleta en un delito de robo con violencia, fue sometido en principio a tratamiento ambulatorio externo; pero dados sus frecuentes y sustanciales incumplimientos, el Juzgado de lo Penal nº 32 de Madrid, titular de la ejecución, dictó auto en veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete en el que acordó el internamiento en centro adecuado a la patología que padece, siendo ingresado en el Centro Penitenciario de esta ciudad.

La primera cuestión a determinar consiste en dilucidar la competencia para resolver el problema planteado, que el auto combatido pone en duda, aunque señalando certeramente que, conforme al artículo 97 del Código Penal, la determinación de la modalidad de la medida corresponde al tribunal sentenciador, y la fijación del concreto centro de cumplimiento, adecuado a su patología, a la propia Administración.

Sin embargo, siendo ello así, no cabe duda que la queja tiene su encaje en las competencias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, porque se trata aquí, sin duda, de la denuncia a propósito de la vulneración de un derecho fundamental –el de la libertad–, en la medida en que la situación denunciada no se refiere ni a la inadecuación de la modalidad de cumplimiento (internamiento en centro psiquiátrico penitenciario) ni a la elección de un establecimiento situado geográficamente en un lugar concreto dentro de las exigencias que corresponden a la situación del penado; sino de que la orden emanada de aquel tribunal no ha tenido correcta respuesta por la Administración penitenciaria al elegir un establecimiento penitenciario que no reúne las condiciones precisas para el tratamiento de personas aque-

jadas de padecimientos mentales, siendo por ello sometido a restricciones propias de condenados que no adolecen de ellos, que no resultan amparadas por el título de ejecución. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2018, de 16 de julio, constata que mediante diligencia del propio Tribunal, el Centro Penitenciario de Córdoba carece de unidad psiquiátrica.

De este modo, el estudio de la queja no interferiría en las competencias propias del órgano jurisdiccional ejecutor, ni invadiría las atribuciones correspondientes a la Administración, sino que quedaría circunscrita a una estricta cuestión de régimen penitenciario que reafirma la competencia de esta Sala para decidir sobre el asunto por vía de recurso.

SEGUNDO.- Invoca la parte recurrente el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional aludida, que el auto combatido no considera aplicable por referirse a un supuesto distinto. Aun correspondiéndose estrictamente esta aseveración con la realidad, no por ello cabe que considerar que determinados aspectos de la doctrina que sienta son aquí aplicables.

La diferencia esencial es que, en definitiva, el Alto Tribunal se refiere a la situación de quien, absuelto en primera instancia, es mantenido en el ámbito penitenciario en tanto se resuelve el recurso de casación; y concluye que no existe ningún título legal que habilite la persistencia de esa privación de libertad. Pero para hacerlo, examina exhaustivamente las distintas posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico, partiendo de la premisa establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, de 22 de octubre, en cuyo fundamento jurídico segundo se establece que «la existencia de una cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público en la libertad individual es un requisito previo insoslayable, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explícita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada, ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada, todo ello de acuerdo con el principio favor libertatis o in dubio pro libertate, que lleva a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre)».

Al hilo de su argumentación, el Tribunal Constitucional examina la previsión de los artículos 183 y siguientes del Reglamento Penitenciario, constatando que hasta el presente sólo funcionan en España como «establecimientos psiquiátricos penitenciarios» los de Alicante y Sevilla, y en el caso concreto del Centro Penitenciario de Córdoba, sostiene que quienes allí se encuentren ingresados, al carecer de la cualidad de establecimiento adaptado a las necesidades propias de los enfermos psiquiátricos, se encuentran sujetos «al régimen interior general»; y si bien para los absueltos en sentencia no firme considera que se trata de una prisión encubierta, para los que se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo 184.b) hemos de concluir su sometimiento a un régimen de restricciones de su derecho a la libertad no incluidas en la ejecutoria, y concretamente aquí, en contravención clara a la determinación del órgano jurisdiccional encargado de la ejecución, que constató la inadecuación de dicho Centro Penitenciario e instó a la legalización de la situación del recurrente para el cumplimiento de la medida de internamiento psiquiátrico adaptado a sus exigencias.

Por ello, la queja ha de ser estimada sustancialmente, pero no en toda su dimensión, habida cuenta de que solicita concretamente el traslado a un centro de Madrid, que no cuenta, según se desprende de lo dicho, con ningún establecimiento psiquiátrico penitenciario.

TERCERO.- No ha lugar a hacer expresa imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don F.V.S., contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 8 de Andalucía de fecha veintidós de agosto de dos mil dieciocho, y con acogimiento igualmente parcial de la queja formulada por el recurrente, conminar a la Administración penitenciaria, mediante oficio dirigido al Centro de esta ciudad a fin de que con carácter inmediato el recurrente sea trasladado a uno de los centros adecuados a su situación, conforme a los artículos 183 y 184 b) del Reglamento Penitenciario, de cuya ejecución se encargará dicho Juzgado, sin que proceda hacer expresa imposición de costas del recurso.

CAPÍTULO VII

LIBERTAD CONDICIONAL

38.- SENTENCIA 50/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 02/02/18

Estimación de recurso de casación para unificación de doctrina admitiendo que a los liberados condicionales no se les podrá exigir el pago de la responsabilidad civil cuando sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera, con fecha 27 de abril de 2017, dictó auto con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO: PRIMERO.- Que por Auto de fecha 8 de julio de 2016, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n. 6 de Madrid acordó conceder la libertad condicional al interno Justino en razón de la Ejecutoria 1/2001 seguida por esta Audiencia Provincial con imposición de determinadas medidas entre las que se encontraba: “5. Continuar con abono de Responsabilidad Civil, si es que hubiere cantidad pendiente de pago, en la medida en que se lo permita su situación económica”.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de octubre de 2016, se emite informe de seguimiento por la Junta de Tratamiento (Centro de Inserción Social José Hierro) con respecto a J. en el que consta: “... Ha comenzado a cobrar el paro y con respecto al pago de la responsabilidad civil manifiesta que no tiene intención de pagar, ya que no llega al salario mínimo y se dirigirá al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en dicho sentido”.

TERCERO.- Por providencia de fecha 16 de diciembre de 2016, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n. 6 de Madrid acordó: “póngase en conocimiento del liberado J. que habrá de destinar el 20% de sus ingresos mensuales al abono de las responsabilidades civiles”.

CUARTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por Justino en el que, tras alegarse los hechos y fundamentos jurídicos que obran en dicho escrito, se solicitó que se dejara sin efecto la providencia impugnada.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso interesando la confirmación de lo acordado.

SEXTO.- Que en esta Audiencia Provincial se registró el correspondiente rollo de apelación, con el nº 6/2017, turnándose ponencia. Finalmente se señaló deliberación, votación y fallo para el día 25 de abril de 2017”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: ACORDAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de J. contra la providencia de fecha 16 de diciembre de 2016, dictado por el Juzgado de lo Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid, confirmando dicha resolución en su integridad, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

Contra este Auto, que es firme, no cabrá interponer recurso ordinario alguno.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anteriormente reseñados. Doy fe.

Concuera bien y fielmente con su original al que me remito y para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio.

En Cuenca, a seis de julio de dos mil diecisiete.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de J., 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:

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 21 de diciembre de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 17 de enero del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formaliza recurso de casación para unificación de doctrina contra el auto de 27 abril 2017 dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cuenca en el que solicita, con estimación del recurso, la unificación de la interpretación que deba darse del artículo 90 del Código Penal en relación con el 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente, de la medida de cumplimiento de la responsabilidad civil cuando los ingresos son inferiores al mínimo embargable. Los presupuestos fácticos de la impugnación son los siguientes: por auto de fecha 8 julio 2016, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número seis de Madrid, concede al recurrente la libertad condicional con imposición de las medidas que se adoptan al amparo del artículo 90 Código Penal. Dispone la continuación del abono de la responsabilidad civil en medida que lo permita su situación económica. Esta medida es objeto de documentación y ejecución posterior. Se comunica al interno esa medida y manifiesta, ante la junta de tratamiento, que carece de dinero, que el existente ya ha sido entregado para pagar esa responsabilidad civil y que ha comenzado a cobrar el paro, añadiendo que no tiene intención de pagar ya que no llega al salario mínimo. A tal efecto se comunica al juzgado que percibe una prestación de desempleo por importe de 460 € mensuales y que esa cantidad es inferior al salario mínimo interprofesional cifrado, al tiempo de la comparecencia, en 655 € en 2016 y 707 € en 2017. El juzgado de vigilancia penitenciaria en providencia de 16 diciembre 2016 comunica al liberado que habrá de destinar el 20% de sus ingresos mensuales al apoyo de la responsabilidad civil. La providencia fue recurrida ante la Audiencia provincial alegando que la cuantía que percibe como ingreso es inferior al salario mínimo interprofesional y por lo tanto inembargable, de conformidad con el artículo 607.1 de la Ley de enjuiciamiento civil. La Audiencia desestima el recurso

argumentando que la ejecución está presidida por el interés de la víctima a la que debe tutelarse en su derecho como objetivo de política criminal.

En el recurso de unificación de doctrina se señalan como resoluciones de contraste, autos de 17 febrero 2006 y de 26 marzo 2004 de la Audiencia provincial de Madrid que afirman que por debajo del salario mínimo interprofesional no cabe valorarlo como la ausencia de esfuerzos de reparación por el liberado, lo que supone afirmar que esa cantidad inferior al salario mínimo no puede ser impuesta como medida.

El recurso se plantea instando la unificación de la doctrina en interpretación del artículo 90 del Código Penal en el sentido de entender que “no es posible establecer, respecto de penados en situación de libertad condicional con ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, la obligación de abordar en concepto de pago de responsabilidad civil un porcentaje de dichos ingresos”.

El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso y entiende la conveniencia de la unificación, para lo que añade otras resoluciones de la Sección de la Audiencia Provincial de Burgos y de la quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, encargada de las apelaciones contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria, en las que se destaca el carácter de inembargable de los ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, entendiendo que no es exigible la fijación de una obligación de cuota porcentual a los ingresos para satisfacer la responsabilidad civil cuando los ingresos no superan el salario mínimo, no pudiendo calificarse de falta de “esfuerzo reparador” cuando no se atiende. No existe el deber jurídico de abonar las deudas pendientes con cargo a cantidades inembargables y no cabe imponer, ni valorar negativamente, que el interno en situación de libertad condicional no abona cantidad alguna si su sueldo no excede del límite embargable. El solo hecho de que el penado haga uso de lo que es su derecho (ampararse en el beneficio de inembargabilidad establecido en la ley) no cabe deducir una consecuencia jurídica negativa.

Con respecto a este recurso extraordinario hemos dicho que las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria son los autos dictados tanto por las Audiencias Provinciales como, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean recurribles directamente mediante el recurso de casación ordinario. Se tratará, en consecuencia, de

autos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales (en su caso, la Audiencia Nacional), procedentes a su vez de resoluciones judiciales dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que cumplan con los requisitos que más adelante expondremos. No podrán acceder a la unificación de doctrina los autos susceptibles de recurso de casación “directo”, que lo serán aquellos que determinen el máximo de cumplimiento de la pena impuesta, o en su caso, se deniegue tal fijación (apartado 6 de la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Al decidir este recurso de unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no tiene necesariamente que optar por una u otra doctrina legal aplicada por los órganos jurisdiccionales en conflicto, sino que puede resolver también la controversia mediante una tercera interpretación que tenga por precedente, indicando que ésa es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable. En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia. El resultado será la unificación de tal doctrina, que es el objeto del recurso y la misión de esta Sala al resolverlo. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribu-

nal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal. De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente interpretación de un mismo precepto legal, que —en consecuencia— debe ser corregida por esta Sala Casacional, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. De esta manera, tal sustancialidad se traduce en igualdad de supuesto de hecho contemplado por la norma. Parece evidente que en toda operación jurídica el supuesto de hecho al que se ha de aplicar la consecuencia jurídica prevista por la norma ha de ser tenido en consideración, porque las normas jurídicas conforman mandatos legales en función del sustrato fáctico al que el legislador anuda una consecuencia jurídica. Pero lo que verdaderamente importa es la identidad de supuesto de hecho contemplado por la norma, y no tanto las características del “caso concreto”, que desde luego, no puede modificarse en sede de esta extraordinaria instancia casacional. Lo que se valorará es, por consecuencia, el contenido o extensión del precepto legal en abstracto, y la interpretación que haya sido concedida al mismo, y no tanto los concretos contornos del caso enjuiciado por la resolución judicial impugnada, enfrentada referencialmente con las invocadas como de contraste. Se trata, obviamente, de una colisión de interpretaciones de una misma norma

jurídica, siendo la misión de este recurso la unificación de tal doctrina, declarando esta Sala la forma con que ha de ser llevada a cabo la correcta interpretación de aquélla, unificando los distintos criterios aplicados, para producir tal unificación que garantice la aludida unidad del orden normativo jurídico-penal en esta materia.

Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad.

Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, presupuesto que también es necesario para la activación de este recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación

territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia. Obvio es decirlo, que si se trata de una Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional, la resolución tomará la forma de Auto, y si lo es del Tribunal Supremo, será una Sentencia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada puede ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la ley, en relación con sus efectos, que “los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”.

Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso.

Y desde el plano negativo, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal “a quo”, ni pueden finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

SEGUNDO.- El motivo de unificación que fundamenta la pretensión de unificación debe ser estimado en los términos que tanto el recurrente como el Ministerio fiscal establecen. La satisfacción de las deudas contraídas por razón de delito y que el tribunal ha fijado en el fallo de la sentencia condenatoria constituyen un crédito en favor del acreedor que el obligado por la sentencia condenatoria debe satisfacer y a cuyo efecto dispone el ordenamiento procesal civil los embargos y medidas cautelares en el caso de que fuera preciso una ejecución obligatoria, por no haber sido asumida de forma voluntaria. En la fijación de esta forma de satisfacción y de ejecución judicial el propio ordenamiento señala las pautas a seguir, bajo la rúbrica del embargo de bienes en los artículos 584 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulando el modo de proceder para el asegu-

miento de la deuda declarada. Es el propio ordenamiento civil el que señala en el artículo 607 la procedencia del embargo de sueldos y pensiones y considera inembargables los sueldos, jornales y retribuciones que sean superiores al salario mínimo interprofesional, conforme a la escala que relaciona estableciendo distintos niveles en función de los ingresos y de las cargas familiares. A su vez establece una excepción a la inembargabilidad respecto a pensiones alimentarias. Con ello el legislador civil trata de preservar del cumplimiento de la obligación un mínimo vital necesario para una vida en condiciones de dignidad del deudor obligado al pago de la responsabilidad civil declarada. Ese mínimo vital constituye el umbral de lo absolutamente necesario para una vida digna y constituye un dique de contención frente al legítimo derecho del acreedor al cobro su deuda. De esta manera se cohonesta el derecho de acreedor, que debe ser tutelado, y el deber del deudor que debe cumplir la obligación manteniendo las condiciones de dignidad que le permitan subsistir. Si por ministerio de la ley son bienes inembargables, sobre ellos no puede actuarse, desde la coacción del Estado, el cumplimiento de la obligación. Por tanto, quedan al margen de la ejecución y, consecuentemente, no puede ser considerados como parte del esfuerzo reparador que el deudor de la responsabilidad civil debe realizar para satisfacer la deuda los ingresos inferiores a lo declarado inembargable.

El artículo 90 del Código Penal prevé como condición necesaria para acordar la libertad condicional la satisfacción de la responsabilidad civil “conforme a los criterios establecidos en los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria”. A tal efecto, los mencionados apartados de la Ley Orgánica General Penitenciaria, consideran que se ha procedido a su cumplimiento no solo por el abono, reparar el daño o restitución e indemnizaciones, sino también valorar la capacidad real, presente y futura, la estimación del enriquecimiento obtenido por el culpable y, en su caso, el daño o entorpecimiento al servicio público y los daños y perjuicios causados, etc... En definitiva se asimila a la satisfacción de las responsabilidades civiles, la efectiva realización de su pago y el análisis de las circunstancias personales, valorando lo que se ha denominado el esfuerzo reparador.

Desde la perspectiva expuesta es llano afirmar que el juez de vigilancia penitenciaria ha de valorar la situación del penado, o del liberado, e imponer medidas tendentes a la satisfacción de la responsabilidad civil o en la

adopción de medidas tendentes a la realización de un esfuerzo reparador que satisfaga la exigencia del artículo 90 del Código Penal.

Consecuentemente, con estimación del recurso consideramos que la interpretación procedente del artículo 90 del Código Penal en cuanto a las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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. J., contra auto dictado el día 27 de abril de 2017.

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.

39.- AUTO 527/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE FECHA 11/05/18

Concesión de libertad condicional minimizando el requisito de satisfacción de la responsabilidad civil.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Por auto de 31 de enero de 2018 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 6 de Andalucía, con sede en Huelva, acordó no aprobar la propuesta de libertad condicional formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno A.J.C.R.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución, el interno formuló recurso de apelación que fue admitido a trámite dándosele curso legal.

TERCERO.- Turnado el recurso a este Tribunal, se remitió seguidamente la causa, formándose rollo y designándose ponente.

Tras la oportuna deliberación, la Sala acuerda resolver como a continuación se expone.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de apelación que nos corresponde resolver se dirige contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 6 de Andalucía, con sede en Huelva, el día 31 de enero de 2018 que acordó no aprobar la propuesta de libertad condicional formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno A.J.C.R.

Funda su decisión en la no concurrencia en el interno del pronóstico de reinserción favorable exigido por el artículo 72.5° de la Ley Orgánica General Penitenciaria “al no resultar acreditada una conducta del interno efectivamente observada en orden a reparar el daño causado con su grave y continuada acción delictiva”. Se trata de un parecer del que discrepa la parte recurrente entendiendo que concurren en el interno los requisitos exigidos en el artículo 194 del Reglamento Penitenciario y 90 del Código Penal

SEGUNDO.- Dispone el artículo 90 del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha de los hechos, anterior a la dada por Ley Orgánica 1/2015, lo siguiente:

“1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa 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 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 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 ...”

Ninguna duda ofrece la concurrencia de los requisitos previstos en los apartados a) y b) mencionados. El interno se encuentra clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario desde el 13 de julio de 2017 y extinguió las $\frac{3}{4}$ partes de su condena el 12 de diciembre de 2017, estando previsto el licenciamiento definitivo para el 27 de enero de 2019. La controversia surge en cuanto a la concurrencia del requisito previsto en el apartado c) del precepto mencionado, que la resolución impugnada niega en la medida en que el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito ni ha observado una conducta efectivamente dirigida a reparar el daño causado.

Esta exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil, como puso de relieve esta Sala en el auto N° 360/05 de 6 de septiembre de 2005 dictado en el Rollo de apelación 3236/2005 “por encomiable que sea su fundamento sólo tiene sentido si se interpreta con la adecuada flexibilidad, refiriéndola, como señaló el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de la reforma que la introdujo, a las posibilidades reales de reparación, de acuerdo con la situación económica del penado, y al esfuerzo realizado por éste en orden a tal reparación... sin erigir la satisfacción de las responsabilidades civiles en condición absoluta para la clasificación, que en casos de insolvencia total y efectiva del interno conduciría a un castigo adicional impuesto a la pobreza. Por ello, tanto el propio Consejo General como la inmensa mayoría de los comentaristas de la reforma y de la praxis judicial aplicativa de la misma propugnan una interpretación y aplicación del precepto en línea con lo establecido para la suspensión y sustitución de las penas de prisión en los artículos 81 y 88 del Código Penal, de forma que sólo se exija el pago efectivo, anterior o futuro, al condenado que efectivamente esté en condiciones de afrontarlo. Y en esa línea de flexibilidad se mueve también la propia Administración penitenciaria en la Circular 2/2004, al referirse a criterios objetivos, como la conducta efectiva para restituir, reparar o indemnizar, las condiciones económicas del culpable o el enriquecimiento obtenido por el delito, todos ellos ya recogidos en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y a

critérios de tipo valorativo sobre el comportamiento posdelictual del interno, que deben ser ponderados por la Junta de Tratamiento”.

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa es cierto que el interno a la fecha del auto ahora recurrido tan solo había abonado 1.000 euros de un total de 454.000 euros a que fue condenado en sentencia firme; lo que ciertamente representa una ínfima cantidad. Consta también en la ejecutoria seguida en esta sección que en fecha 12 de abril de 2017 se ha dictado por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia decreto en el que se acuerda el embargo del 25% de la nuda propiedad del inmueble sito en la calle Cooperativa N° 8 de la localidad de Hinojos.

Debemos, sin embargo, recordar ahora cuanto dijimos en el auto dictado por esta Sala el 24 de marzo de 2017 en el Rollo de apelación 2647/2017 al resolver el recurso formulado por el interno contra acuerdo de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de 21 de julio de 2016 de mantenimiento en segundo grado de tratamiento. Decíamos entonces y ahora reiteramos que, como se desprende de la lectura de los hechos probados de la sentencia condenatoria, la participación del recurrente en el prolongado montaje fraudatorio tuvo un carácter en cierto modo accesorio y subordinado a los cabecillas intelectuales de la trama”; lo que, unida a su participación en un número limitado de hechos, justificó una individualización penológica muy inferior a los autores principales. Añadíamos que “también es verdad, a los efectos del requisito de satisfacción de las responsabilidades civiles que introdujo en el artículo 72.5 de la Ley General Penitenciaria la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que esa menor participación hace difícil valorar, como exige el precepto, “las condiciones personales y patrimoniales del culpable a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura, para satisfacer la responsabilidad”, pues no es posible saber hasta qué punto participó el recurrente de los colosales beneficios obtenidos por la trama. Solo cabe decir, desde un plano estrictamente objetivo, que si el total defraudado en el conjunto de operaciones ascendió a casi 1.600.000 euros, el Sr. C. solo participó activamente en dos de ellas, que reportaron un beneficio de 454.000 euros, algo más de la cuarta parte, de los que responde solidariamente con los otros tres acusados en un caso, y con los dos autores principales en el otro”.

A ello ha de unirse que los únicos ingresos acreditados del interno se limitan a los percibidos en el taller productivo del Centro Penitenciario, ascendentes en el periodo julio de 2015 a julio de 2017 a la suma de 2.225,98

euros y desde 26 de julio de 2017 a una nómina que oscila entre 545,07 euros líquidos en el mes de agosto de 2017; 533,84 en el mes de septiembre o 525,50 euros en el mes de diciembre de 2017. Consta, de otra parte, que el interno viene obligado a abonar una pensión de alimentos a favor de su hijo menor de 210,35 euros; cantidad cuyo abono es preferente y viene satisfaciendo de forma efectiva.

En estas circunstancias no puede afirmarse que las cantidades abonadas por el interno y el compromiso de pago asumido en cuantía mínima de 50 euros mensuales, aun cuando ciertamente pequeñas en relación con el importe total de la indemnización, no represente un esfuerzo real en orden a la reparación del daño que permita entender que concurre un pronóstico favorable de reinserción en los términos exigidos en el artículo 90.1 c) del Código Penal en la redacción anterior a la reforma; máxime cuando las únicas cantidades que se acredita percibe en la actualidad el interno no superan el salario mínimo interprofesional, inembargable conforme a lo prevenido en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratando con ello el legislador de preservar del cumplimiento de la obligación un mínimo vital necesario para una vida en condiciones de dignidad del deudor obligado al pago de la responsabilidad civil declarada.

A este pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro en libertad se refiere el informe emitido por la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas del Centro de Inserción Social de Huelva de fecha 17 de enero de 2018, aludiendo a la actitud favorable al cambio mostrada por el interno desde su ingreso en el CIS, la asunción de su responsabilidad en los hechos y sus consecuencias, los resultados negativos en los controles de drogas, su motivación al cambio, buena vinculación familiar y probabilidad de no reincidencia delictiva en el futuro.

Las razones expresadas conducen a la estimación del recurso y revocación de la resolución recurrida, aprobando la propuesta de libertad condicional formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno A.J.C.R. en la causa ejecutoria 64/13 de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 del Código Penal, en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, procede la imposición al interno de las reglas de conducta o medidas propuestas a tal fin por el Centro de Inserción Social de Huelva en el programa

individual y de seguimiento elaborado a los efectos de la libertad condicional y se expresan en la parte dispositiva de la presente resolución.

LA SALA ACUERDA:

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de apelación formulado por el interno A.J.C.R. contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 6 de Andalucía, con sede en Huelva, el día 31 de enero de 2018 que se revoca, aprobando la propuesta de libertad condicional formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del referido interno en la causa ejecutoria 64/13 de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Se imponen al interno las siguientes medidas:

1.- Obligación de residir en el domicilio que consta en el expediente de libertad condicional, no pudiendo trasladar su residencia a otro lugar ni traspasar los límites de la provincia donde aquel está ubicado, sin previa autorización del Juzgado.

2.- Obligación de quedar bajo la custodia de la persona que igualmente consta en el expediente.

3.- Obligación de comparecer personalmente ante los servicios sociales Penitenciarios.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

40.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 25/05/18

Concesión de la libertad condicional con el establecimiento de varias reglas de conducta.

HECHOS

PRIMERO.- El presente expediente penitenciario, se ha incoado como consecuencia de la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva, relativa a la concesión del beneficio de libertad condicional a favor del interno/a del mencionado establecimiento: R.D.R.

SEGUNDO.- La Junta de Tratamiento de dicho Centro ha efectuado pronóstico final desfavorable por mayoría en fecha 02-05-18 y ha propuesto como reglas de conducta las que constan en el expediente y damos por reproducidas.

TERCERO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, este informó en el sentido desfavorable a la concesión de la libertad condicional.

CUARTO.- Dado traslado a la acusación particular se opuso al adelantamiento de la libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En primer lugar dejar señalado que antes la inexistencia de previsión legal y en atención al criterio establecido por el dictamen 1/2015 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en función de la fecha de los hechos objeto de la pena que extingue el penado, y por considerarla más favorable a éste, se estima procedente resolver la libertad condicional propuesta con arreglo a las previsiones en el Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

SEGUNDO.- Examinada la documentación e informes que acompañan la propuesta formulada, y habida cuenta que concurren en el interno los requisitos legales exigidos por el artículo 90 del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre para la concesión de la libertad condicional, al encontrarse el interno clasificado en tercer grado de trata-

miento, haber extinguido las 2/3 partes de la condena y observando buen comportamiento, desempeñando continuamente actividades laborales, y si bien existe un pronóstico desfavorable por mayoría, hay que tener en cuenta que el único hecho que lo motiva es una incidencia ocurrida el 15-08-17 durante el régimen de vida del artículo 86.4º en que el interno incumplió el horario de permanencia en su domicilio, hecho que sin embargo, además del tiempo transcurrido, no puede valorarse aisladamente en su trayectoria penitenciaria, durante los casi siete años en que ha permanecido ingresado (desde el 25-07-2011), en los que ha tenido una evolución muy positiva, desempeñando múltiples y variados destinos, con 23 recompensas por su participación en actividades (dos de ellas incluso posteriores a los incidentes acaecidos en agosto de 2017), debiéndose tener en cuenta además que la propia Junta de Tratamiento, del Centro de Inserción Social de Huelva, optó a la vista de los incidentes relatados por la permanencia en el Centro de Inserción Social durante un fin de semana pero lo mantuvo en el mismo régimen de vida, que ha disfrutado desde entonces hasta la fecha sin ninguna incidencia, por lo que ha criterio de este Juzgador, y conforme al parecer minoritario de la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social, podemos estimar que concurre un informe pronóstico de reinserción social favorable, siendo procedente en consecuencia aprobar la libertad condicional elevada.

TERCERO.- No obstante, lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 en relación con el 83 y 96.3 del Código Penal, es procedente al tiempo de decretar la libertad condicional del penado, imponerle la observación de la siguientes reglas de conducta:

1) Obligación de residir en el domicilio que consta en el expediente, no pudiendo trasladar su residencia a otro lugar, ni traspasar los límites de la provincia donde aquél está ubicado sin previa autorización de este Juzgado, que deberá solicitarse, salvo razones de urgencia, con al menos 15 días de antelación a la fecha de desplazamiento solicitado.

2) Obligación de quedar bajo la custodia de la persona que, igualmente, consta en el expediente.

3) Obligación de cumplir las normas impuestas por la Junta de Tratamiento en el programa individualizado de seguimiento de su libertad condicional, bajo la tutela de los Servicios Sociales Penitenciarios y en su caso al programa de inserción laboral que se estime adecuado.

4) Obligación de abstenerse de consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

5) Obligación de abonar la responsabilidad civil derivada del delito.

6) Prohibición de acercamiento o comunicación con la víctima.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda resolver favorablemente la propuesta de libertad condicional a favor de R.D.R. interno/a en el Centro de Inserción Social de Huelva, en la causa ejecutoria 2/13 de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1^a, con las prevenciones contenidas en el art. 93 del Código Penal, efectos desde el día de firmeza del auto y la imposición al mismo de la observancia de seguir las siguientes normas de conducta:

1.- Obligación de residir en Punta Umbría (Huelva), no pudiendo trasladar su residencia a otro lugar, ni traspasar los límites de la provincia donde aquél está ubicado sin previa autorización de este Juzgado, que deberá solicitarse, salvo razones de urgencia, con al menos 15 días de antelación a la fecha prevista para el desplazamiento solicitado.

2.- Obligación de quedar bajo la custodia de R.D.G.

3.- Obligación de cumplir las normas impuestas por la Junta de Tratamiento en el programa individualizado de seguimiento de su libertad condicional, bajo la tutela de los Servicios Sociales Penitenciarios del Centro de Inserción Social de Huelva, con la obligación de presentación en la sede de dichos servicios en las fechas que se fijen, y como mínimo con carácter mensual, así como de someterse a los controles toxicológicos que se determinen por dichos Servicios Sociales y en su caso al programa de inserción laboral que se considere adecuado.

4.- Obligación de abstenerse de consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

5.- Obligación de abonar la responsabilidad civil derivada de los delitos, con una cantidad mensual mínima de 150 euros, debiendo acreditar, en el momento de su presentación ante los Servicios Sociales Penitenciarios,

el abono de dicha cantidad, debiendo poner en conocimiento de este Juzgado a través de los Servicios Sociales penitenciarios cualquier modificación en el desempeño de actividad laboral remunerada.

6.- Prohibición de acercarse a menos de 200 metros a la persona, domicilio o lugar de trabajo de M.H.A., E.R.F. y M.C.R.F. o de comunicarse con ellos por cualquier medio oral, escrito o telemático.

41.- AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 3 PONTEVEDRA DE FECHA 29/12/18

Auto del Juzgado de Guardia decretando la suspensión de la pena y concesión de la libertad condicional por enfermedad grave.

HECHOS

PRIMERO.- En el día de la fecha, 29 de diciembre de 2018, se ha recibido en eses juzgado, en funciones de guardia, Vía fax-oficio presentado por el Centro Penitenciario de A Lama interesando se proceda a acordar la suspensión de la pena y la concesión de la libertad condicional de J.J.A.L.

SEGUNDO.- Incoadas las presentas actuaciones se interesó que por el Médico Forense se emitiese el correspondiente dictamen y se dio traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal, quedando seguidamente las actuaciones Vistas para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 91 del Código Penal establece que “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad., de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves

con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, se estimen necesarios.

2. Constando a la Administración Penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir, y la escasa peligrosidad del sujeto.

3.- Si el peligro para la vida del interno a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior. En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.

4.- Son aplicables al supuesto requerido en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior”.

SEGUNDO.- En el presente caso, por al Centro Penitenciario de A Lama se ha interesado se acuerde la suspensión del resto de la pena y se conceda la libertad condicional a J.J.A.L., quien permanece ingresado en el Hospital de Pontevedra desde el día 12 de diciembre de 2018 por un EPOC severo con enfisema grave, encontrándose en la UCI y precisando intubación para poder respirar, de conformidad con el informe del médico oficial del Centro Penitenciario de A Lama de fecha 16 de diciembre de 2018, que se acompañó a la solicitud, siendo el pronóstico de riesgo patente para la vida. Igualmente se acompañó informe correspondiente al día de la fecha, 29 de diciembre de 2018, donde se manifestó que el interno se encuentra en coma y con oxígeno siendo su estado muy grave, terminal.

Por todo ello, y atendido, asimismo el dictamen del médico forense donde se recoge que J.J.A.L., presenta una patología respiratoria muy grave que desembocó en un coma escasamente reactivo a ventilación por lo que, a pesar del tratamiento instaurado, se concluye que su situación es preterminal, y valorada la falta de peligrosidad del interno, de conformidad con el oficio remitido por el Centro Penitenciario procede acceder a lo peticionado acordando la suspensión de la pena y la libertad condicional de J.J.A.L.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, ACUERDO la suspensión de la ejecución de la pena que le reste por cumplir y la concesión de la libertad condicional de J.J.A.L.

42.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 3 DE FECHA 19/01/18

Denegación de la libertad condicional a la mitad de la condena por falta de pago de la responsabilidad civil.

HECHOS

I.- Por el Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez se ha elevado a este Juzgado expediente-propuesta de suspensión de la ejecución del resto de la pena y de concesión de la libertad Condicional adelantada a la mitad de la condena a favor del penado C.G.C. por razón de las causas:

- Ejecutoria nº 54/2015 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Talavera de la Reina (condenado a 2 años, 6 meses y 1 día de prisión y a satisfacer 75.000 euros de responsabilidad civil más los intereses legales).

II.- Se ha dado traslado para informe al Ministerio Fiscal que lo ha emitido en el sentido que consta en las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.3 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, excepcionalmente el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.

b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, 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.

No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 5 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

El artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, al que remite el artículo 90 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por Ley Orgánica 7/2003, establece 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 culpa-

ble, 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.

II.- De la redacción de los preceptos mencionados resulta que 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 o a la libertad condicional. 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.

La declaración de insolvencia, no excluye, por sí sola, el incumplimiento del requisito referente al pago, pues siempre tiene un carácter temporal al obedecer a la situación del momento en que se acuerda, y, por tanto, tiene un carácter temporal, pudiendo variar con el tiempo la situación económica, y, por otro lado, porque hay que tener en cuenta para valorarla el tipo de delito cometido y la posibilidad de que se oculte la verdadera situación patrimonial.

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 pude 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. Siendo precisamente el pago de la responsabilidad civil, un indicador objetivo para valorar que esos cambios pretendidos se han producido.

III.- Pues bien, de los datos obrantes en el expediente debe necesariamente concluirse que el interno no reúne el requisito referente al pago de la responsabilidad civil, pues consta que fue condenado por un delito de alzamiento de bienes en su modalidad agravada del artículo 257 4 del Código Penal por superar el daño ocasionado la cuantía de 50.000 euros, en concreto se ha impuesto una responsabilidad civil de 75.000 euros de principal más intereses legales, la sentencia firme es de fecha 19 de febrero de 2015, y hasta el momento únicamente se ha satisfecho la cantidad de 370 euros, mediante pagos irregulares de 30 o 50 euros que empezaron a efectuarse en fecha 25/10/2015.

A ese ritmo de pago la indemnización no quedaría satisfecha hasta pasados 124 años, eso sin tener en cuenta los intereses. 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, pues consta que desde Septiembre de 2017 desempeña destino remunerado, sin que por ello haya incrementado el importe de los pagos de la responsabilidad civil, constando además que siempre ha contado con dinero en su cuenta de peculio (el 19/12/2017 constaban 288 euros), y por otro lado, el hecho de que esté declarado insolvente carece de trascendencia en el presente caso al haber sido condenado por simular una situación de in-

solvencia para eludir el pago de sus deudas, considerándose notoriamente insuficiente el compromiso de pago aplazado que figura en el expediente. que además no consta que haya sido aprobado por el Juzgado Sentenciador.

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

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a la suspensión de la ejecución del resto de la pena y a la concesión de la libertad condicional adelantada a la 1/2 de la condena al penado C.G.C. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez.

43.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 21/02/18

Denegación de libertad condicional por falta de satisfacción de la responsabilidad civil.

HECHOS

PRIMERO.- Que por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva se elevó con fecha 21/12/17 la anterior propuesta de concesión de libertad condicional al interno M.P.R.

SEGUNDO.- Incoado y tramitado el expediente penitenciario, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido de oponerse al adelantamiento de la libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Examinada la documentación e informes que acompañan la propuesta formulada, hay que tener en cuenta que si bien el interna se haya clasificada en tercer grado de tratamiento y ha extinguido las dos terceras partes de su condena el día 1 de noviembre de 2012, 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 contar con un peculio de más de 12.000 euros en el momento de su ingreso en el CIS, tan solo ha destinado a la reparación de las víctimas 990 euros, (en cuanto los 3.480,05 euros restantes lo fueron por embargo del órgano judicial sobre su cuenta de peculio) por lo que no puede calificarse su actitud frente a los perjudicados de su acción delictiva como “comprometida”, considerándose por ello más un intento de justificación del cumplimiento del requisito antes mencionado con una clara intención finalista de obtención del tercer grado, (concedido por auto de este Juzgado, vía de recurso a la vista del inicio del abono de la responsabilidad civil), que una verdadera conducta del interno destinada a la reparación de la víctima, siendo que el penado no ha modificado tal conducta reparadora tras la denegación por auto de 15-5-17 de la libertad condicional, continuando con los ingresos mínimos de 20 euros, muy por debajo de su capacidad, no existiendo una voluntad real de abonar la responsabilidad civil, ni una motivación real de reparación del daño, sino únicamente un intento de justificar su voluntad reparadora para conseguir la libertad condicional, 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.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.
S. S^a.

PARTE DISPOSITIVA

No aprobar la propuesta de libertad condicional, formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno M.P.R., en la causa ejecutoria número 27/07, de la Audiencia Provincial de Huelva Sección 1ª.

44.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 25/05/18

Denegación de propuesta para comprobar factores tales como abstinencia en el consumo de alcohol.

HECHOS

PRIMERO: Que por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva se elevó con fecha 25-4-18 la anterior propuesta de concesión de libertad condicional al interno D.G.G.

SEGUNDO: La Junta de Tratamiento de dicho Centro ha efectuado como pronóstico final a los efectos del beneficio desfavorable por mayoría en fecha 18/4/18.

TERCERO: Incoado y tramitado el expediente penitenciario, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido de oponerse a la concesión de la libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO: Examinada la documentación e informes que acompañan la propuesta formulada, hay que tener en cuenta que si bien el interno se halla clasificado en tercer grado de tratamiento y extinguió las tres cuartas partes de su condena el día 01/10/17, no existe respecto del mismo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, no concurriendo por ello el requisito exigido por el artículo 90.3º del Código Penal, conforme a su redacción anterior, aplicable a criterio de esta juzgadora a la vista de la fecha de los hechos por los que se encuentra cumpliendo, al haberse emitido por la Junta de Tratamiento del CIS de Huelva informe desfavorable por mayoría, dado que el interno acaba de iniciar el programa de deshabitación de alcohol previsto en su programa individualizado de tratamiento en Cruz Roja, por lo que, dada la conexión directa del consumo de bebidas alcohólicas con los hechos delictivos cometidos, según se reconoce en la sentencia condenatoria y sin perjuicio de la necesaria abstinencia mantenida por el interno durante el tiempo de su internamiento en el Centro Penitenciario de Huelva, se considera más adecuado, de conformidad con

el criterio de la Junta de Tratamiento del CIS, un mayor plazo de observación del interno, que ingresó en dicho centro el 8-3-18, a fin de poder valorarse el buen uso del régimen de vida y de los permisos y salidas de fin de semana correspondientes a su grado de semilibertad, en especial, en cuanto al mantenimiento de la abstinencia en el consumo de alcohol así como la evolución en el tratamiento iniciado en Cruz Roja, procediendo en consecuencia denegar la libertad condicional.

Visto lo anteriormente expuesto, y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

S. S^a ACUERDA:

NO APROBAR LA PROPUESTA DE LIBERTAD CONDICIONAL formulada por el Centro Penitenciario de Huelva a favor del interno D.G.G. en la causa Ejecutoria 595/2013 del Juzgado de lo Penal N° 1 de Huelva.

45.- AUTO 676/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES DE FECHA 11/07/18

Desestimación de recurso de apelación denegando libertad condicional a septuagenario por considerarla prematura.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó Auto por el Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma de fecha 31-5-2018 por el que se confirma la decisión de denegar al interno M.R.G. el beneficio de la libertad condicional, al amparo del artículo 92 del Código Penal (redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015).

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal del penado recurso de apelación, que fue admitido a trámite y puesta de manifiesto la causa al Ministerio Fiscal, se ha opuesto a su estimación.

TERCERO.- Seguidos los trámites anteriores quedó el recurso pendiente sobre la mesa a fin de dictar la resolución que proceda.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 90 del Código Penal (en su redacción anterior a la introducida en la Ley Orgánica 1/2015 de Reforma del Código penal, que es la aplicada en el auto recurrido, al ser más favorable al reo) contempla la posibilidad de que alcancen la libertad condicional los sentenciados que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, que hayan observado buena conducta penitenciaria y que exista respecto de ellos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes, aunque no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

A su vez, aunque excepcionalmente, el artículo 91.1 del Código Penal permite la concesión de la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hubieran extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que reúnan los demás requisitos exigidos por el artículo 90 y merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Por último, ya en relación con la pretensión deducida, el 92 del Código establecía que “1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

SEGUNDO.- En el presente caso se deniega la libertad condicional adelantada de penado septuagenario (el penado, que cuenta con 80 años, cumple las 2/3 partes el 1-12-2018) atendido el corto lapso temporal clasificado en tercer grado, y toda vez que presentaba una serie de circuns-

tancias (escasa voluntad de reparación del daño y existencia de un componente de peligrosidad, que se mantiene pese a la edad) que han conducido a emitir un pronóstico individualizado de reinserción social desfavorable emitido por la Junta de Tratamiento por unanimidad.

En el escrito de recurso, la defensa del penado alude a que se trata de un penado de edad muy avanzada, próximo a cumplir 81 años; que presenta un delicado estado de salud (varias enfermedades crónicas) que ha determinado que durante su ingreso carcelario haya estado destinado a enfermería, y cuenta con apoyo de su familia directa, esposa e hijo. Su defendido ha abonado una importe significativo de la responsabilidad civil, y dado el fundamento humanitario de la medida que se solicita entiende que no es preceptivo el informe pronóstico favorable.

Expuesto cuanto antecede, el Tribunal tras revisar las actuaciones estima que el recurso no puede prosperar. Todas las circunstancias que expone la defensa concurren, pero lo cierto es que ya han sido expresamente ponderadas a la hora de elaborar el informe pronóstico emitido por la Junta de Tratamiento, que resuelve por unanimidad, en relación a la modalidad de cumplimiento dos cuestiones:

- No conceder la plena Libertad Adelantada.

- Establecer un Régimen de tercer grado en semilibertad con un elevado componente de autonomía (artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario) permitiendo que el penado acuda al Centro sólo a pernoctar y siendo controlado durante el día mediante telemática.

El fundamento de dicha decisión, a la vista del informe emitido, radica en la consideración de que la edad actual del penado ha de ponderarse con el hecho de que ya tenía una edad avanzada cuando comete el delito y en que las patologías crónicas permiten calidad de vida con los oportunos controles sanitarios, unido a que aunque haya pagado parte de la responsabilidad civil no se aprecia un compromiso serio y firme de pago, en relación a las elevadas cantidades a que ha sido condenado.

Por ello, la Junta estima procedente la semilibertad y en concreto el régimen ya citado previsto en el artículo 86.4 del Reglamento, “a expensas de observar su evolución en dicha modalidad, condicionada a continuar con el importe de pago de la responsabilidad civil”.

A la vista de tal argumentación, más profusamente plasmada en el informe que obra en autos, de los que se han destacado sus aspectos esenciales, estimamos que el pronóstico efectuado por la Junta (labor que, sin duda, presenta la dificultad propia de las valoraciones o pronósticos de futuro) ha de asentarse sobre bases razonables y no arbitrarias, lo que concurre en este caso, en el que no resulta alejado a las circunstancias concurrentes estimar prematura la concesión del régimen de libertad condicional, siendo oportuno que consolide hábitos positivos de conducta durante un período de tiempo más prolongado en aras a advenir la concurrencia en el mismo de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, (particularmente referido a la voluntad de pago de la responsabilidad civil) debiendo ser valorado, además, el escaso lapso temporal transcurrido desde la clasificación del penado en tercer grado penitenciario y finalmente, que el concreto régimen elegido por la Junta permite conciliar tal objetivo con los cuidados de las patologías que padece el penado.

De acuerdo con lo anterior, resulta procedente desestimar el recurso de apelación presentado, con confirmación de la resolución recurrida.

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

VISTOS los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

En atención a todo lo expuesto,

La sala dispone:

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre de M.R.G. y, en consecuencia, confirmamos el auto dictado por el Juzgado De Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Palma de fecha 31-5-2018 sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

46.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES DE FECHA 06/09/18

Desestimación de recurso de apelación denegando libertad condicional por escasa motivación en la búsqueda de empleo.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó Auto por el Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma de fecha 11-07-2018 por el que denegaba al interno U.T.S. el beneficio de la libertad condicional que había interesado.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal del penado recurso de apelación, que fue admitido a trámite y puesta de manifiesto la causa al fiscal que se opuso a la estimación del recurso.

TERCERO.- Seguidos los trámites anteriores quedó el recurso pendiente sobre la mesa a fin de dictar la resolución que proceda, la Ponente expresa el parecer unánime del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 90 del Código Penal (en su redacción anterior a la introducida en la Ley Orgánica 1/2015 de Reforma del Código penal, que es la aplicada en el auto recurrido, al ser más favorable al reo) contempla la posibilidad de que alcancen la libertad condicional los sentenciados que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, que hayan observado buena conducta penitenciaria y que exista respecto de ellos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes, aunque no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Excepcionalmente, el artículo 91.1 del Código Penal permite la concesión de la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de

libertad que hubieran extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que reúnan los demás requisitos exigidos por el artículo 90 y merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

SEGUNDO.- En el presente caso, se deniega la libertad condicional al recurrente, quien se encuentra en 3º grado de tratamiento en el CIS desde el día 15-05-2016 en base al pronóstico desfavorable emitido por la Junta de tratamiento, que valora como factor negativo que el penado (en quien se ha apreciado que la génesis delictiva del delito por el que cumple condena, gravita en torno a una motivación económica), presenta escaso interés e implicación en la busca de empleo o medio de vida que le proporcione estabilidad en su futura vida en libertad.

En el escrito de recurso la defensa sostiene que dicha decisión prescinde de variables que concurren en su patrocinado y que debieron conducir a la conclusión contraria. Así, se alude al corto lapso temporal que le queda de cumplimiento (3 meses, de 4 años y 6 meses de condena, de los cuales, durante 2 años su defendido ha estado en el CIS); que se trata de persona que ha desempeñado actividades en el ámbito penitenciario de forma continuada y positiva; con buena conducta, no problemática; su mujer tiene un trabajo en hostelería y lleva una vida normalizada. Finalmente, al hilo de los motivos aducidos en el Informe individualizado se destaca que el penado no ha conseguido trabajo por la dificultad inherente a la situación en el tercer grado, por lo que a juicio de la defensa, no hay motivos para la denegación de la progresión a esta última fase del cumplimiento y debe operar la relación imperativa tercer grado-libertad condicional.

TERCERO.- Expuesto cuanto antecede, el Tribunal tras revisar las actuaciones, estima que el recurso no puede prosperar.

A la vista del Informe de Pronóstico remitido por el Centro Penitenciario y elaborado al amparo de la norma aplicable, así como leídos los fundamentos del auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se comprueba que al recurrente no se le deniega la libertad por un resultado concreto (no encontrar trabajo o falta de actividad laboral), sino por la actitud evidenciada en la última fase de cumplimiento en relación a una carencia detectada en su perfil y que se vincula a la actividad delictiva por la que se encuentra cumpliendo condena. Concretamente, su escasa motivación en la búsqueda de empleo y/o medios de vida para lograr estabilidad económica una vez

fuera del ámbito penitenciario; aludiendo los técnicos a que el recurrente se ha asentado a su situación en el CIS en una actitud acomodaticia sin realizar esfuerzos en la línea propuesta; siendo relevante dicha carencia, según se justifica expresamente, si se tiene en cuenta que la búsqueda de una estabilidad laboral y/o económica constituye el objetivo principal de esta fase de cumplimiento, en el caso de este interno, quien ya presentaba a una estabilidad a nivel personal y social antes de la comisión del hecho y dado que el delito se comete, precisamente, por motivación económica, (vid. Fundamento del Estudio Pronóstico).

Además, en dicho análisis y estudio del perfil y evolución del recurrente, la Junta no obvia los aspectos positivos a los que se alude por la defensa; sin embargo, se razona que existen una serie de factores que hacen necesario que el penado consolide su situación preparatoria para la vida en libertad, los cuales, según acabamos de exponer no se valoran de forma aislada o arbitraria sino que se relacionan con el delito por el que se cumple condena y con los aspectos que condujeron a su comisión, al tiempo que se ponderan con otras circunstancias favorables; es decir, se plasma una hipótesis de comportamiento que no puede tildarse de arbitraria o injustificada.

No puede olvidarse que el presupuesto legal para acceder a la libertad condicional se asienta en un pronóstico de futuro sobre la capacidad de vivir en libertad, que exige realizar una valoración directa de las circunstancias que desaconsejan la concesión del beneficio y, lógicamente, tal labor presenta la dificultad propia de las valoraciones o pronósticos de futuro, cual es la incertidumbre, por lo que habrá de asentarse sobre bases razonables y no arbitrarias; presupuesto que, como decimos, a la vista del contenido del Informe se cumple sobradamente en el presente caso, en el cual y tras una valoración global del interno se concluye que, aunque existan factores positivos y quede un corto lapso de cumplimiento, el penado todavía presenta una carencia relevante en relación a un aspecto que influyó de forma determinante en la comisión del delito, de lo que se infiere que la concesión de la libertad condicional es prematura.

En definitiva, consta justificado en la decisión administrativa y en el auto recurrido porque el apelante no reunía los requisitos exigidos por los artículos 90 y 91 del C.P. para obtener el beneficio en la fecha a que se refiere la denegación, en virtud de un juicio pronóstico desfavorable elaborado en base a razones objetivas, por lo que la resolución impugnada es

plenamente ajustada a derecho y, consecuentemente, el recurso ha de ser rechazado.

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

VISTOS los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

En atención a todo lo expuesto,

La Sala dispone:

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre de U.T.S. y, en consecuencia, confirmamos el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma, de fecha 11-07-2018 sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

47.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 05/03/18

Admisión de régimen normativo anterior a la Ley Orgánica 1/2015 de libertad condicional por resultar más favorable.

HECHOS

ÚNICO.- Por la representación procesal del interno P.J.M.G. se presentó escrito de fecha 17/10/2017 se presentó queja en base a los motivos que constan en el mismo.

Solicitado informe al Centro Penitenciario sobre la queja planteada, dicho Centro evacuó informe el día 21/11/2017.

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, informó en el sentido que consta en el expediente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Procede la estimación de la queja planteada por el interno P.J.M.G. acerca de la tramitación de su libertad condicional conforme a la regulación anterior al 1 de julio de 2015 toda vez que efectivamente se aprecia que dicha regulación le resulta aplicable por ser norma penal más favorable ya que el informe del Ministerio Fiscal que recoge la actuación que debe regir del Ministerio Público en estos casos señala lo siguiente: 1.- El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2006 vino a resolver un recurso para la unificación de doctrina en relación al periodo de seguridad para la concesión del tercer grado, señalando como doctrina correcta aquella según la cual el tiempo mínimo para acceder al tercer grado establecido ex novo por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, no es aplicable retroactivamente a hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la señalada reforma.

Dicho precedente, aún único, condiciona en gran medida la solución que ha de darse al supuesto que ahora se plantea.

2.- No existe Disposición Transitoria alguna en la Ley Orgánica 1/2015 referida a esta materia.

Es de señalar, sin embargo, que sí existía una Disposición Transitoria única en la Ley Orgánica 7/2003 que, apostando por la aplicación inmediata del periodo de seguridad, señalaba: « Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión del tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena».

El Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de junio de 2006, antes citada, estimó que dicha Disposición Transitoria no incluía mención expresa alguna del artículo 36.2 del Código Penal (que regula el periodo de seguridad), por lo que, a juicio del Tribunal Supremo, en ausencia de norma tran-

sitoria, dicho periodo –en cuanto desfavorable– no era aplicable a hechos delictivos anteriores a la vigencia de la referida Ley Orgánica 7/2013.

3.- La regla que establece el nuevo artículo 90.6 del Código Penal, en virtud de la cual en caso de revocación se cumplirá el resto de pena pendiente y el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena, supone un modo de computar la duración de la pena distinto –y desfavorable– respecto del que existía antes de la reforma. Se asemeja por ello a la cuestión de fondo suscitada con la llamada doctrina Parot que fue resuelta en el asunto Del Río Prada c/ España por Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de julio de 2012 y confirmada por la Gran Sala en sentencia de 21 de octubre de 2013.

Es significativo que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esas sentencias, al debatir la doctrina Parot, se apartó de sus precedentes –que se invocan en el Voto Particular de la sentencia– que venían constituidos por las sentencia Kafkaris c/ Chipre; Hogben c/ R. Unido; y Ultley c/ R. Unido, en los que se estimó que los cambios legislativos posteriores endureciendo el régimen de la libertad condicional suponían meras modalidades de ejecución extramuros del artículo 7 del Convenio (principio de legalidad en la ejecución de las penas). Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Río Prada se estimó que la doctrina Parot incidía en el modo de computar los beneficios, lo que integra la propia duración de la pena (alcanzada por el artículo 7), y no constituye por ello una mera modalidad en la ejecución de uno u otro modo de la pena (cuestión no recogida en el artículo 7). En paralelo con dicha cuestión, la libertad condicional, en la forma en que se ha regulado en el artículo 90.6 del Código Penal, incide en el modo de computar la duración de la pena puesto que, a diferencia de lo que se regulaba la legislación anterior, en caso de revocación no se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido en libertad condicional.

4.- La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, recoge en sus apartados 3.4. Formas sustitutivas de a ejecución de las penas privativas de libertad y 3.4.1. Suspensión de la ejecución, una serie de reglas que parten de la idea matriz de que el régimen de suspensión de la pena (la libertad condicional pasa a ser en la reforma una modalidad de suspensión

del resto de la pena que queda por cumplir) solo es posible que sea aplicado a hechos anteriores en cuanto resulte más favorable al reo.

En consecuencia, no es posible la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional a hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015 cuando ello resulte desfavorable al reo.

En atención a lo expuesto DISPONGO.

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando la queja del interno se ordena que le sea tramitada la libertad condicional al interno P.J.M.G. conforme a la regulación anterior a Ley Orgánica 1/2015 y a tal fin líbrense las comunicaciones oportunas.

48.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 20/06/18

Estimación de queja sobre aplicación de la regulación de la libertad condicional anterior a la Ley Orgánica 1/2015.

HECHOS

ÚNICO.- Por la representación procesal del interno R.S.L. se presentó escrito de queja con fecha 11/5/18 en base a los motivos que constan en el mismo.

Solicitado informe al Centro Penitenciario sobre la queja planteada, dicho Centro evacuó informe el día 4/6/18.

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, informó en el sentido de acceder a lo solicitado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Procede la estimación de la queja planteada por el interno R.S.L. acerca de la tramitación de su libertad condicional conforme a la

regulación anterior al 1 de julio de 2015 toda vez que electivamente se aprecia que dicha regulación le resulta aplicable por ser norma penal más favorable ya que el informe del Ministerio Fiscal que recoge la actuación que debe regir del Ministerio Público en estos casos señala lo siguiente:

1.- El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2006 vino a resolver un recurso para la unificación de doctrina en relación al periodo de seguridad para la concesión del tercer grado, señalando como doctrina correcta aquella según la cual el tiempo mínimo para acceder al tercer grado establecido ex novo por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, no es aplicable retroactivamente a hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la señalada reforma.

Dicho precedente, aún único, condiciona en gran medida la solución que ha de darse al supuesto que ahora se plantea.

2.- No existe Disposición Transitoria alguna en la Ley Orgánica 1/2015 referida a esta materia.

Es de señalar, sin embargo, que sí existía una Disposición Transitoria única en la Ley Orgánica 7/2003 que, apostando por la aplicación inmediata del periodo de seguridad, señalaba: «Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72,5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión del tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena».

El Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de junio de 2006, antes citada, estimó que dicha Disposición Transitoria no incluía mención expresa alguna del artículo 36.2 Código Penal (que regula el periodo de seguridad), por lo que a juicio del Tribunal Supremo, en ausencia de norma transitoria, dicho periodo –en cuanto desfavorable– no era aplicable a hechos delictivos anteriores a la vigencia de la referida Ley Orgánica 7/2013

3.- La regla que establece el nuevo artículo 90.6 del Código Penal, en virtud de la cual en caso de revocación se cumplirá el resto de pena pen-

diente y el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena, supone un modo de computar la duración de la pena distinto –y desfavorable– respecto del que existía antes de la reforma. Se asemeja por ello a la cuestión de fondo suscitada con la llamada doctrina Parot que fue resuelta en el asunto Del Río Prada c/ España por Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de julio de 2012 y confirmada por la Gran Sala en sentencia de 21 de octubre de 2013.

Es significativo que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esas sentencias, al debatir la doctrina Parot, se apartó de sus precedentes –que se invocan en el Voto Particular de la sentencia– que venían constituidos por las sentencia Kafkaris c/ Chipre; Ilogben c/ R. Unido; y Uttley c/ R.Unido, en los que se estimó que los cambios legislativos ulteriores endureciendo el régimen de la libertad condicional suponían meras modalidades de ejecución extramuros del art. 7 del Convenio (principio de legalidad en la ejecución de las penas). Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Río Prada se estimó que la doctrina Parot incidía en el modo de computar los beneficios, lo que integra la propia duración de la pena (alcanzada por el artículo 7), y no constituye por ello una mera modalidad en la ejecución de uno u otro modo de la pena (cuestión no recogida en el artículo 7).

En paralelo con dicha cuestión, la libertad condicional, en la forma en que se ha regulado en el artículo 90.6 del Código Penal, incide en el modo de computar la duración de la pena puesto que, a diferencia de lo que se regulaba la legislación anterior, en caso de revocación no se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido en libertad condicional.

4.- La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, recoge en sus apartados 3.4. Formas sustitutivas de a ejecución de las penas privativas de libertad y 3.4.1. Suspensión de la ejecución, una serie de reglas que parten de la idea matriz de que el régimen de suspensión de la pena (la libertad condicional pasa a ser en la reforma una modalidad de suspensión del resto de la pena que queda por cumplir) solo es posible que sea aplicado a hechos anteriores en cuanto resulte más favorable al reo

En consecuencia, no es posible la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional a hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015 cuando ello resulte desfavorable al reo.

En atención a lo expuesto DISPONGO.

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando la queja del interno se ordena que le sea tramitada la libertad condicional al interno R.S.L. conforme a la regulación anterior a la Ley Orgánica 1/2015 y a tal fin líbrense las comunicaciones oportunas.

49.- AUTO 180/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 23/03/18

Estimación de recurso de apelación autorizando un viaje a México de interno en libertad condicional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se dictó auto con fecha 05.02.18 denegando a J.M.F.R. autorización para viajar a Cancún (México).

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de la interna, a que se refiere el presente rollo, habiendo tenido lugar la deliberación del asunto en el día de hoy.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Solicita J.M.F.R. la revocación del auto objeto de recurso y la concesión de autorización para viajar a Cancún (México) desde el nueve al dieciséis de septiembre, en compañía de su esposa e hijos.

Dicha pretensión es rechazada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, alegando que el traslado a un país fuera de la Unión Europea podría

favorecer que el penado no se retornase a España, dejando así de cumplir el resto de pena pendiente de cumplir, que se extingue definitivamente el 19-02-19.

Igualmente, se consigna en el auto objeto de recurso que el desembolso necesario para el viaje (alrededor de 4.000 euros) “...resulta a todas luces incomprensible dentro de un adecuado control y planificación de la economía familiar, y crea dudas razonables en esta juzgadora sobre la procedencia de dicha cantidad y de los ingresos del liberado...”

El Ministerio Público, que inicialmente se mostrara favorable a la solicitud del penado en su último informe de 02.03.18, mantiene una posición contraria a la misma.

SEGUNDO.- El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1. No es exacto que, como sostiene el recurso, el penado no necesite autorización judicial para abandonar España; precisamente este requisito se le impuso en el auto concediéndole la liberación condicional, de 03-11-17, no sólo para salir de nuestro país sino incluso para traspasar los límites de la provincia de Huelva.

2. Partiendo de la anterior premisa, no podemos desconocer que el régimen de libertad condicional de que disfruta J.M.F.R., aun limitado entre otros aspectos en cuanto a la necesidad de autorización para desplazamientos fuera de esta provincia, no restringe de facto ni de manera efectiva y por sí mismo tal posibilidad.

No consta que se haya retirado el pasaporte al penado ni que se hayan establecido otras medidas de seguimiento o control policial o por parte de los servicios sociales que aseguren que la condición no vaya a ser infringida.

3. En otras palabras, incluso vigente la prohibición, si el apelante quisiera salir de España sin autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no existe ninguna disposición encaminada a impedir tal resolución, al margen de las consecuencias que acarrearía incumplir las condiciones de aplicación del artículo 90 del Código Penal; por lo tanto el argumento de que autorizando el viaje a un país extranjero se incrementa el riesgo de fuga no se ajusta a la realidad, dependiendo el riesgo de fuga de la exclusiva actitud y predisposición del penado.

4. Por otra parte, cuando se produzca el viaje proyectado a México, septiembre de este año, sólo restarán tres meses para el completo cumplimiento de la pena impuesta a J.M.R.F. Esta circunstancia hace muy improbable que el apelante decida no reintegrarse al régimen de libertad condicional que viene disfrutando, adquiriendo la condición de prófugo y quedando sujeto a requisitorias internacionales de búsqueda e ingreso en prisión.

5. Finalmente, según consta en la documentación que obra en el expediente, el viaje se financia a través de una empresa del ramo, exponiendo en escrito dirigido a la Sala la madre del apelante que es un regalo que hace a su hijo y nietos.

Créase o no esta última afirmación, no considera el Tribunal que podamos extender una sospecha sobre la procedencia del dinero con el que se financiara o sobre las fuentes de ingreso del condenado. En principio no podemos presumir sino que son lícitas y de existir algún indicio racional, debe ser expresamente puesto de manifiesto por quien tenga conocimiento de ello, correspondiendo entonces bien al Tribunal sentenciador agotar las diligencias de comprobación oportunas tendentes a hacer cumplir las responsabilidades pecuniarias derivadas de la sentencia, o al Juzgado de Instrucción investigar la situación si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

En mérito a lo expuesto procede revocar el auto apelado y conceder a J.M.R.F. autorización para viajar a Cancún (México) desde el nueve al dieciséis de septiembre de este año.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por J.M.R.F. contra el auto dictado por la Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva con fecha 06-02-18, y concedemos a J.M.R.F. autorización para viajar a Cancún (México) desde el nueve al dieciséis de septiembre de este año.

50.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BALEARES DE FECHA 05/04/18

Modificación de reglas de conducta durante la libertad condicional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28/12/2017 recayó auto en el presente procedimiento acordando la concesión de los beneficios de la libertad condicional al penado del centro penitenciario de Palma de Mallorca G.D.L., imponiéndole entre las reglas de conducta, en lo que ahora interesa, la imposibilidad de abandonar la isla sin autorización de este Juzgado.

SEGUNDO.- Por su parte el liberado, con sustento en la necesidad de ausentarse por periodos cortos e inopinados con motivo de su actividad laboral y empresarial descrita ya en el informe pronóstico, y por su participación en actividad deportiva como profesional (Motociclismo a nivel nacional), vino a interesar la posibilidad de salidas de ámbito nacional por periodos no superiores a setenta y dos horas por las razones expuestas. Conferido traslado al CIS a los efectos oportunos, por la Junta de Tratamiento en fecha 7 de marzo el mismo se informa en el sentido de proponer que se sustituya la autorización por el Juzgado por la autorización del Centro por motivos exclusivamente laborales, acreditando a posteriori tales desplazamientos.

TERCERO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, el mismo se ha mostrado conforme con la modificación interesada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Acuerdo 117 adoptado por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en las reuniones celebradas al efecto, dispone textualmente lo siguiente: “Los jueces de Vigilancia Penitenciaria, tras haber resuelto favorablemente una libertad condicional, en momentos posteriores pueden fijar nuevas reglas de conducta en atención a la aparición sobrevenida de nuevos factores criminógenos, y de la evolución de la propia conducta global del liberado.

SEGUNDO.- Examinado el caso a la luz del acuerdo transcrito, lo primero que se advierte es un patente agravio comparativo derivado del hecho insular, entre los liberados en territorios insulares y los que se encuentran en la península en cuanto a la posibilidad de desplazamientos libres en territorio nacional, fruto de una inercia que atiende a razones no del todo comprensibles. Dicho control nada trascendente aporta a la adecuada evolución y reeducación del liberado; antes al contrario, en el caso que nos ocupa supone un freno y cortapisa en el ejercicio de la profesión y empresa del liberado, cuya reinserción en todos los ámbitos, y en especial el laboral, debe primarse. Tampoco resultaría explicable limitar la posibilidad pretendida al ámbito laboral, cuando la actividad deportiva pretendida por el liberado, se integraría en el ámbito constitucional del libre desarrollo de la personalidad de todo ciudadano, y como tal, merecedora de protección. No procedería por un lado potenciar tal limitación, y por otra parte permitir y autorizar, como se hace regularmente, viajes de placer o recreo.

Atendidas las consideraciones expuestas por el interno, y las razones a tener en cuenta fruto de la evolución de la propia conducta global del liberado en su proceso de reinserción, se estima procedente, atendidas las especiales condiciones y circunstancias laborales y personales del liberado, modificar la regla de conducta aludida en el sentido de no exigir al mismo ningún tipo de autorización para ausentarse de la isla con motivo de desplazamientos a nivel nacional, tanto por motivos laborales como deportivos en los términos indicados; exigiéndose en su lugar que comunique al CIS y a este Juzgado por FAX y con la antelación posible, el periodo de ausencia, justificando posteriormente en forma documental tal desplazamiento. Respecto de los desplazamientos al extranjero se mantiene el sistema de la autorización por el Juzgado.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA SUSTITUIR la regla de conducta de previa autorización del Juzgado para ausentarse de la isla, por la de no exigir al mismo ningún tipo de autorización para ausentarse de la isla con motivo de desplazamientos a nivel nacional, tanto por motivos laborales como deportivos en los términos indicados; exigiéndose en su lugar que comunique al CIS y a este Juzgado por FAX y con la antelación posible, el motivo y el periodo de ausencia, justificando posteriormente ante el CIS en forma do-

cumental tal desplazamiento. Respecto a los desplazamientos al extranjero se mantiene el anterior sistema de autorización judicial.

51.- AUTO DE J. PENAL 3 HUELVA DE FECHA 29/05/18

Admisión de refundición de nueva pena recaída para computarla a efectos de libertad condicional.

HECHOS

Primero.- Mediante escrito de fecha 1/12/2017 el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 6 de Andalucía, con sede en Huelva que acordaba no refundir la nueva condena a cuatro meses de prisión de D.F.Q. y así no incluirla en los efectos de la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concesión de la libertad condicional, recurso del que se dio traslado al penado con el resultado obrante en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único.- A la vista de la extensa legislación invocada por la Juzgadora y por el Ministerio Fiscal, se ha de acudir para la resolución del presente recurso a una interpretación finalista de las normas.

No le falta razón a la juzgadora en cuanto a la aplicación estricta del articulado, legislación aplicable que se ha visto modificada por las sucesivas reformas que, no siendo completas, han dejado subsistentes artículos de varias normas que pudieran parecer contradictorios entre sí y que dan lugar como es el caso a no pocas dudas interpretativas y de aplicación. No se ha visto, así alterado, el artículo 72,1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece como sistema vigente el de la individualización científica al proclamar que «las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de la libertad condicional, conforme determina el Código Penal».

Así las cosas la nueva regulación que entra en vigor con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 apuntaría como correcta y adecuada la interpretación y solución a la que llega la Juez de Vigilancia Penitenciaria pero lo cierto es que no puede perderse de vista el fin último al que alude el Ministerio Fiscal de las penas, cual es, la reinserción del penado.

El auto que se ataca conllevaría a que el penado, al que se ha considerado merecedor de la situación de semilibertad, se encontrara que ingresando de nuevo en prisión para el cumplimiento de los cuatro meses que le han sido impuestos por hechos anteriores a su primer ingreso, volvería a ser clasificado, partiendo de cero (empleando términos de Ministerio Fiscal) en su devenir penitenciario. Una clasificación que coexistiría con la actual y que conllevaría numerosos problemas de orden legal y práctico. Contaría con dos modos de vida, totalmente incompatibles, sería interno en segundo grado de clasificación y penado en tercer grado.

El penado lo ha sido por segunda vez por hechos anteriores a su ingreso en prisión por la pena respecto a la que se le ha otorgado el tercer grado. En este momento nada ha supuesto una variación en el cumplimiento de la parte exigida para ello en la primera condena y al tener que «simular» que todas las penas forman una unidad a los efectos del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario, el auto que acuerda el beneficio de la primera ha de afectar en la segunda.

Es decir, supondría en todo caso que en la práctica se dejara sin efecto el beneficio del que se le ha considerado merecedor, un retroceso evidente en la reinserción del mismo.

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

DISPONGO:

Estimar el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra el auto de 29/11/2017 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 6 de Andalucía con sede en Huelva, computando la nueva pena recaída a los efectos de libertad condicional.

52.- AUTO 622/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE FECHA 03/12/18

Se desestima recurso de apelación contra resolución de aumento de la cantidad a pagar por responsabilidad civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto de 27/08/18 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria modificó el importe mensual fijado para abono de responsabilidad civil por Auto de fecha 8/02/17, que resolvía favorablemente la propuesta de libertad condicional de R.S.G., y señalaba la obligación de abonar en adelante la suma de 56 euros mensuales.

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación, por la representación procesal del interno y se elevaron las actuaciones a este Tribunal, habiendo tenido lugar la deliberación del asunto en el día de hoy, el ponente, expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El inciso primero del párrafo 5 del artículo 90 del Código Penal establece que “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”.

En el caso presente por auto de 8/12/17 se resolvió favorablemente la propuesta de libertad condicional de R.S.G., imponiendo al mismo la observancia a seguir una serie de normas de conducta, entre otras, la obligación de abonar la responsabilidad civil derivada de los delitos, con una cantidad mínima de 20 euros mensuales, constando comunicación del Centro Penitenciario de fecha 21/08/18 en la que ponía de manifiesto un cambio en la situación económica del mismo en el sentido de que cobraba dos pensiones, una por jubilación por incapacidad permanente absoluta con una cuantía de 622,22 euros al mes, con efectos desde 5/06/03, y otra

por viudedad, con efectos 1/06/18, con una cuantía de 300,98 euros al mes, con lo que efectivamente se comprueba que las circunstancias económicas del mismo han variado en esa cuantía desde la resolución favorable a la libertad condicional.

El recurso se fundamenta, en esencia, en que dados los gastos que soporta la cuantía señalada es excesiva y le es imposible abonarla debiendo mantenerse los 20 euros mensuales, no pudiendo ser acogido el motivo, por un lado sus ingresos se han visto incrementados en un 48,37 % y por otro lado, toda vez que los gastos que menciona en el recurso (que totalizan 205 euros) debían ser soportados en la misma medida cuando no era beneficiario de la nueva pensión de viudedad, es decir, de 622,22 euros le quedaban 417,22 euros de los que abonaba 20 euros, en cambio ahora del total de 923,20 euros le quedan 718,20 euros, de los que abonando 56 euros le restan 662,20 euros, con lo que en absoluto posemos considerar que sea excesiva la suma ni que le sea imposible hacer frente a la misma, con lo que no podemos acoger el recurso planteado sino confirmar la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

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

PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por le representación de R.S.G. contra el auto dictado por la Iltma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia de Huelva, con fecha 27-08-18, confirmamos íntegramente dicha resolución.

CAPÍTULO VIII

LIMITACIONES REGIMENTALES

53.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BILBAO DE FECHA 23/11/17

Aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario a interno que no respeta las normas de higiene y limpieza.

HECHOS

ÚNICO.- Con fecha 22/11/2017 vía fax, se comunica a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la Dirección del Centro Penitenciario de Nanclares de Oca, la aplicación del régimen de vida del artículo 75 del Reglamento Penitenciario al interno J.L.S.P., con efectos de 21-11-17.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Señala el artículo 75 del Reglamento Penitenciario:

«1.- Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimientales que las exigidas por la seguridad y el buen orden de los establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación.

2.- En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimientales, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

3.- Mediante acuerdo motivado, el Consejo de Dirección, en el caso de los detenidos y presos, o la Junta de Tratamiento, en el caso de penados, propondrán al Centro Directivo el traslado del recluso a otro estableci-

miento de similares características para posibilitar el levantamiento de las limitaciones regimentales exigidas por el aseguramiento de su persona a que se refiere el apartado anterior».

SEGUNDO.- Siguiendo la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional, la puesta en conocimiento por la Dirección del establecimiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria implica un verdadero control de la legalidad de la medida. Así el Tribunal Constitucional en la sentencia 105/2001 de 23 de abril, entre otras, señala que «la necesidad legal de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, que ejerza sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose pues, como una auténtica garantía con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes. Rectamente entendida, esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori mediante una resolución motivada».

TERCERO.- En el presente caso se observa que el día 21-11-17 se han aplicado al interno J.L.S.P. las limitaciones del artículo 75 del Reglamento Penitenciario para garantizar la seguridad del establecimiento, toda vez que presenta una situación física que aconseja su estancia en el Departamento de Enfermería. Muestra una actitud de absoluto menosprecio hacia las normas básicas de convivencia en el módulo, con una total ausencia de aseo personal y limpieza de la celda que ocupa, todo lo cual pone en riesgo la salubridad de su celda y del resto de dependencias del Departamento. El interno mantiene actitudes que pueden provocar incidentes regimentales y mantiene un trato inadecuado con los funcionarios y con el resto de internos que conviven en su módulo.

Se concluye que la actuación de la Administración Penitenciaria es ajustada a derecho.

Sin embargo, no podrá implicar un régimen cerrado encubierto, de modo que durará el tiempo mínimo imprescindible. En cualquier caso, no superará el mes de duración y cada semana deberá informarse a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la evolución del interno, así como de la fecha del cese de la limitación que, como se ha dicho, no superará el

mes, salvo razones justificadas que deberán comunicarse a este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

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

ACUERDA

Tomar conocimiento del límite regimental aplicado al interno J.L.S.P.

Concluir que es ajustado a derecho y en consecuencia ratificar el acto administrativo.

Los límites regimentales durarán el tiempo mínimo imprescindible y en cualquier caso no superará el mes de duración.

54.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ALGECIRAS DE FECHA 01/10/18

Resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acerca de la indebida aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario.

HECHOS

PRIMERO: El presente expediente se incoó en virtud de comunicación del Centro Penitenciario de Algeciras de 2 de agosto de 2018, relativa a la aplicación de las limitaciones regimentales previstas en el artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario vigente, al interno G.B.O.

SEGUNDO: En el presente expediente se confirió traslado al Ministerio Fiscal, para informe evacuado el día 29 de agosto de 2018.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El régimen penitenciario es el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica

que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos. Se incluyen en el régimen las funciones de seguridad, orden y disciplina. Son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos. En la aplicación de estas medidas, el interno otra limitación que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. No obstante, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia (artículos 73 y 75 del Real Decreto 190/1996, de 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario). El precepto atribuye a este órgano judicial, dentro de su función de control de legalidad de la actividad de la administración y salvaguarda de los derechos de los internos (artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), la del conocimiento de tales acuerdos limitativos, al objeto de comprobar si la motivación se ajusta a los presupuestos legales, así como la proporcionalidad de las limitaciones en relación con las razones que lo justifican.

SEGUNDO: En el presente caso a la vista de la información recibida desde el Centro Penitenciario, procede declarar no ajustado a derecho la aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario.

Dentro de las posibilidades que el Centro Penitenciario cuenta para mantener el orden y la seguridad están fundamentalmente las sanciones, la aplicación de los medios coercitivos, las limitaciones regimentales y la adopción de medidas cautelares. Así si un interno lleva a cabo una conducta tipificada como falla en el Reglamento Penitenciario deberá tramitarse un o expediente disciplinario en la forma y con las garantías previstas en la legislación penitenciaria. La segunda posibilidad desarrollada en el artículo 72 del Reglamento es la aplicación de algún medio coercitivo siempre con las garantías contempladas en el mismo al ser medidas altamente injerentes, garantías que se extienden fundamentalmente a que la aplicación de dichos medios deberá aplicarse por el tiempo estrictamente necesario y que nunca podrán constituir una sanción encubierta.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente puede afirmarse que el artículo 75 del Reglamento no puede utilizarse para imponer limitaciones regimentales que sean una medida que esté expresamente prevista como sanción ni como medio coercitivo ya que teniendo la imposición de sanciones y la aplicación de medios coercitivos unos preceptos específicos que los regulan no cabe acudir a un precepto genérico como el artículo 75.1 para imponer dichas medidas, y más teniendo en cuenta que si se impone a través de este precepto una sanción o se utiliza un medio coercitivo se está eludiendo los límites que la regulación de estas medidas prevé expresamente teniendo en cuenta la gran injerencia de las mismas en los derechos de los internos, ya que así por ejemplo, para la imposición de la sanción de aislamiento en celda por tiempo superior de 14 días se requiere la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2 d) tras la tramitación de un expediente disciplinario con las garantías prevista en la Ley y el Reglamento, y en cambio sí se impusiera el aislamiento vía artículo 75.1 bastaría una orden de dirección (280.2.5^a), pudiéndose eludir así tanto el expediente sancionador como el límite temporal de los 14 días cuyo control compete al Juez.

A la vista de las consideraciones jurídicas que se acaban de exponer, así como los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplados en el artículo 9.3 de la Constitución, cabe concluir afirmando que en el presente caso el interno G.B.O. fue sancionado de forma excesiva, ya que tras la aplicación de las medidas coercitivas de fuerza física, defensa de gomas, esposas y aislamiento provisional –1 de agosto–, permaneció 22 días –2 de agosto al 23 de agosto–, en un régimen prácticamente similar al de aislamiento, al amparo del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, cuando posiblemente después será sancionado, por los mismos hechos que motivaron la aplicación del artículo citado. El mismo parte informativo, emitido por los funcionarios del módulo 10, 94528, 79160, 97962, 42533 y 48822 en el día 1 de agosto, posteriormente ratificado por el Jefe de Servicios, es el utilizado por el Centro para habilitar la aplicación de las tres vías: artículo 72 Reglamento Penitenciario, artículo 75,1 Reglamento Penitenciario y apertura de expediente disciplinario.

Es criterio de actuación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que “al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, sólo podrán imponerse limitaciones regimentales que no

estén previstas como sanción en el artículo 233 del mismo Reglamento Penitenciario”.

Por todo lo que acaba de exponerse debe declararse la indebida aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario realizada por el Centro Penitenciario de Botafuegos durante 22 días. Debiendo por ello el Centro Penitenciario de Algeciras en lo sucesivo, cuando se produzcan incidentes similares a los que sucedieron el 1 de agosto abstenerse de aplicar el citado artículo, ya que para dar una respuesta eficaz desde la legalidad, ante situaciones graves o incidentes regimentales que se produzcan, en el centro deben utilizarse los artículos 72 o 243 del Reglamento Penitenciario; pero de ningún modo es aceptable por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la aplicación de forma acumulativa y sucesiva de las tres vías, artículo 72, apertura de expediente disciplinario, y al término del aislamiento provisional el artículo 75 del Reglamento Penitenciario, como ha ocurrido en el caso de autos.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto.

PARTE DISPOSITIVA

DECLARO la indebida aplicación al interno G.B.O. del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario, durante el periodo que medió entre el día 2 de agosto al 23 de agosto del presente año, debiendo en lo sucesivo el Centro Penitenciario de Algeciras abstenerse de aplicar dicho artículo cuando se produzcan situaciones similares a las que se produjeron el día 1 de agosto de 2.018. ya que para dar una respuesta eficaz desde la legalidad, el centro debe utilizar los artículos 72 o 243 del Reglamento Penitenciario, sin el añadido posterior del artículo 75 del Reglamento Penitenciario.

55.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 09/11/18

Resolución de cese inmediato del régimen del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario en supuestos de continuidad en la clasificación.

HECHOS

PRIMERO.- Que por acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario de Huelva, de fecha 08-03-18, cuya copia no consta en el expediente, pese a los numerosos requerimientos de este Juzgado, al haber sufrido extravío según lo manifestado por el Centro Penitenciario de Huelva, se acordó el cese de las limitaciones regimentales del artículo 75.1 aplicadas al interno A.S.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio éste interesó en el sentido de “Visto, conforme, archivo”.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Que a la vista de los datos e informes que obran en este Juzgado, procede declarar no ajustado a derecho el acuerdo de 8-3-18 en cuanto que una vez acordado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en fecha 26-02-18, el mantenimiento en 2º grado del interno, debió procederse de forma inmediata al cese de las limitaciones regimentales aplicadas al interno, sin que sea admisible en forma alguna la continuidad en las mismas durante 10 días más, hasta el 8-3-18, debiendo haberse decidido la ubicación del interno en el módulo procedente el mismo día del acuerdo clasificatorio, debiéndose acreditar por la Administración penitenciaria los mecanismos necesarios para garantizar que, en los supuestos de acordarse la continuidad en 2º grado de los internos sometidos a limitaciones regimentales del artículo 75.1, las resoluciones del Centro Directivo sean comunicadas de forma inmediata a los Centros Penitenciarios de destino.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.S^a DISPONE: DECLARAR NO AJUSTADO A DERECHO el acuerdo de la Dirección del Centro Penitenciario de Huelva de 08-03-18, de cese de las limitaciones regimentales del artículo 75.1, del interno A.S., debiéndose con carácter general proceder al cese inmediato de las limitaciones regimentales en todos los supuestos en que por Junta de Tratamiento o por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social se acuerde la continuidad en 2º grado de internos a los que se les hayan aplicado limitaciones regimentales del artículo 75.1º del Reglamento Penitenciario, así como adoptarse por el Centro Directivo los mecanismos necesarios para garantizar que, en los supuestos de acordarse la continuidad en 2º grado de los internos sometidos a limitaciones regimentales del artículo 75.1º, dichas resoluciones sean comunicadas de forma inmediata a los Centros Penitenciarios de destino.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y al interno con entrega de copia de la misma, haciéndole saber que contra la misma y ante este Juzgado podrá interponer recurso de Reforma en el plazo de tres días a contar del siguiente a su notificación

Elévese propuesta a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en el sentido acordado.

CAPÍTULO IX

MEDIDAS DE SEGURIDAD

56.- AUTO 90135/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA SECCIÓN 2ª DE FECHA 22/03/18

Cumplimiento de medida de internamiento en Centro Médico Público o Privado pero no en Centro Penitenciario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 14 de febrero de 2018 se dictó Auto por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en el que se acordaba sustituir la medida de seguridad impuesta a P.E., Auto que notificado fue recurrido en reforma y subsidiariamente en apelación por su representación procesal, adhiriéndose el Ministerio Fiscal, y desestimada la reforma por ulterior resolución de fecha 2 de marzo pasado, se dio trámite al recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

SEGUNDO.- Elevada pieza separada a la Audiencia Provincial y repartidos a esta Sección Segunda, tras la oportuna deliberación expresa el parecer de la Sala la Magistrada Ponente

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el Auto de 14 de febrero de 2018, la Magistrada a quo acordó la sustitución de la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento médico-psiquiátrico externo adecuado a la patología del Sr. P.E. por tiempo no superior a tres años, por la medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en centro médico-psiquiátrico por un tiempo no superior a esos tres años. Y que por el momento, su cumplimiento se hiciera en un centro penitenciario a expensas de que hubiera una plaza en la Unidad de Psiquiatría Legal del Hospital Aita Menni.

Se ponía de relieve en dicha resolución que del informe del S.V.G.P. y de los informes médicos que lo acompañan, se consideraba necesario modificar la medida de seguridad impuesta en el sentido referido dada la absoluta ausencia de conciencia de enfermedad del penado y su reiterada falta de colaboración con el tratamiento, siendo imprescindible para controlar la esquizofrenia paranoide que padece y con ello su peligrosidad criminal para él y para terceros y evitar una posible reiteración delictiva

Recurrió la representación del penado dicha resolución alegando, y resumimos:

– la imposibilidad de fijar una medida privativa de libertad, por cuanto la pena impuesta en sentencia fue de multa.

– el incumplimiento del tratamiento no debe ser considerado como un indicio de peligrosidad, sino como una faceta de la libertad del individuo a gestionar su salud sin perjuicio de que el órgano judicial pueda establecer otro elemento de seguridad alternativo en caso de incremento del riesgo. En este punto señala que el Auto recurrido no establece el elemento concreto en el que se puede apreciar el riesgo.

– la modificación de la medida se llevó a efecto inaudita parte, lo que a su entender vulnera derechos fundamentales.

Solicitaba este recurrente en definitiva que se declarara la nulidad del Auto, acordándose que el penado continúe en el mismo régimen de cumplimiento o subsidiariamente, que el internamiento se realice en centro adecuado, aguardando a la disposición de plazas, y ello previa audiencia a la defensa.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, con remisión a su informe de 30 de enero último, en tanto que de la interpretación conjunta de los artículos 97 y 100 Código Penal, no cabe la sustitución operada por ser más gravosa para el penado.

Examinada la pieza, los informes del S.V.G.P. y de los distintos establecimientos sanitarios que en ella constan, el recurso va a prosperar parcialmente pues si bien la negativa del penado –derivada de actos palmarios– a seguir el tratamiento médico-psiquiátrico adecuado a su enfermedad supone un incumplimiento de la medida de seguridad que le fue impuesta, amparando la Ley Penal la sustitución efectuada por el Juzgado a quo,

reputa la Sala que su ingreso en centro penitenciario en el ínterin de que haya disposición de plaza en centro adecuado, no es admisible.

SEGUNDO.- En sentencia de 16 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Bilbao, se condenó a P.E. como autor de un delito de atentado, concurriendo la exigente incompleta de alteración psíquica y la agravante de reincidencia, a la pena de ochenta días de prisión (sustituida ope legis, artº 71.1 y 2 Código Penal, por multa de ciento sesenta días) imponiéndosele también la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en sumisión a tratamiento externo adecuado a su patología por tiempo de tres años.

Declarada firme la citada resolución y solicitado al Servicio Vasco de Gestión de Penas que procediera a elaborar un plan de ejecución de dicha medida de seguridad, en fecha 7 de diciembre de 2017 –y toda vez que por entonces el penado se encontraba ingresado en el Hospital Psiquiátrico de Zamudio por un expediente de internamiento del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Bilbao– aquel servicio propuso que se llevara a cabo en dicho centro, con fecha de liquidación la de ingreso en el Hospital (9 de septiembre de 2017) dictándose por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en fecha 14 de diciembre de 2017 Auto aprobando dicho plan.

Es un mes después, el 23 de enero de 2018, cuando el S.V.G.P. propone la modificación de la medida de seguridad de sumisión a tratamiento externo, por otra de internamiento a cumplir en la Comunidad Terapéutica de Etorikintza porque, diagnosticado el Sr. P.E. de esquizofrenia paranoide, disfunciones cognitivas principalmente ejecutivas por abuso de tóxicos, trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDHA), trastorno mixto de la personalidad, dependencia a opiáceos en tratamiento sustitutivo con metadona, abuso de múltiples tóxicos, presentando también alteraciones conductuales sin claro objetivo, dadas las características del paciente (baja tolerancia a la frustración, impulsividad, demandas constantes, afectividad pueril, con amenazas ante las negativas y los límites) en caso de que en dicho recurso [Etorikintza] presentara problemas de comportamiento de difícil manejo o amenazas o riesgo de fuga, el recurso más adecuado sería el ingreso en Aita Menni.

De esta sugerencia del S.V.G.P. se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la defensa del penado, oponiéndose ambos a la modificación pretendida por aquel servicio dictándose en fecha 1 de febrero de 2018 Auto que man-

tenía la medida tal y como se acordó en su inicio, pero en el que se advertía al penado que si en la Comunidad terapéutica de Etorkintza presentara problemas de conducta que perturbaran el normal comportamiento de ésta o abandonara la misma, sin estar previamente autorizado por este Juzgado, se procederá a modificar la medida de seguridad.

En fecha 12 de febrero de 2018, el S.V.G.P. comunicó al Juzgado que el día anterior P.E. había abandonado aquella comunidad terapéutica y al día siguiente se supo que se encontraba en el Servicio de Urgencias del Hospital de Basurto al que el propio penado acudió de forma voluntaria en estado de agitación y con riesgo de agredirse a sí mismo y a terceros.

En informe de fecha 13 de febrero de 2018, el C.S.M. Juan de Aju-riaguerra exponía que se recomendaba para el tratamiento del penado de una unidad cerrada, que ofrezca seguridad y que permita la contención y custodia.

TERCERO.- Expuesto esto, conviene recordar que la Ley Penal permite que durante la ejecución de la sentencia el Juez o Tribunal sustituya la medida de seguridad impuesta en sentencia por otra que estime más adecuada (artículo 97 c) Código Penal) y que en el caso de quebrantamiento de una medida de seguridad que no sea de internamiento –como la de autos– el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad (artículo 100.2 Código Penal añadiendo este precepto que los casos de negativa a seguir un tratamiento médico, no constituyen un quebrantamiento (en el sentido del artículo 468.1 Código Penal con la correspondiente deducción de testimonio) pero que en estos casos podrá sustituirse el tratamiento rechazado por otra medida de seguridad de entre las aplicables al supuesto concreto.

Así las cosas, sentado que:

– la pena impuesta originariamente fue privativa de libertad, por más que por razones de política criminal (ser inferior a tres meses) hubiera de sustituirse por multa (que por insolvencia y en aplicación del artículo 53 Código Penal ha revertido a 80 días de responsabilidad personal subsidiaria);

– que el penado abandonó Etorkintza a los pocos días de su ingreso, lugar donde debía seguir tratamiento externo establecido en sentencia;

– que había sido advertido en resolución judicial que ello podría conllevar la modificación de las condiciones de la medida;

– que su defensa tuvo conocimiento de la modificación sugerida por el S.V.G.P. a la que se opuso y,

– que tras el abandono de Etorikintza mostró un comportamiento sugestivo de riesgo para él y para terceros, han de decaer los motivos recursivos de la apelante y de su adherida en lo sustancial, en tanto que reiteramos la Ley Penal contempla la posibilidad de sustituir la medida originariamente impuesta en casos como el expuesto, y que la de internamiento está prevista para un supuesto como el de autos (artículo 96.2.1ª Código Penal) debiendo concluirse que el establecimiento de un tratamiento en régimen de internamiento se ajusta a Derecho.

Dicho esto, reputa la Sala que el hecho de que no exista plaza en el centro elegido por el Servicio, no puede ser motivo para que el penado sea ingresado en Centro Penitenciario, no tanto porque aquel no debe pechar con las carencias asistenciales de la Administración, que deberá buscar acomodo al penado bien en centro de la red pública de salud o en su defecto, en centro privado, sino porque el sistema vicarial que rige en esta materia (artículo 99/104.1 Código Penal) impide el cumplimiento previo de la pena de privación de libertad que de facto se está llevando a cabo.

En atención a lo expuesto

DECIDIMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN subsidiariamente interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación de P.E., y DESESTIMAR LA ADHESIÓN efectuada por el Ministerio Fiscal, ambos frente al Auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao en fecha 14 de febrero de 2018, REVOCANDO dicha resolución, acordando que el penado cumpla la medida de seguridad de libertad vigilada de tratamiento médico acorde a su anomalía o alteración psíquica que se acordó en sentencia, en régimen de internamiento en centro adecuado, procediendo a su inmediata puesta en libertad, con declaración de las costas de oficio.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

CAPÍTULO X

PERMISOS

57.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VILLENA DE FECHA 21/02/18

Autorización de disfrute de permiso en Alemania por motivos humanitarios.

HECHOS

PRIMERO.- Solicitado permiso ordinario de salida por el interno D.B.R.F. ante la Junta de Tratamiento, por acuerdo de fecha 1 de febrero de 2018 se ha formulado por dicho organismo propuesta favorable (unanimidad), con la posibilidad de ser disfrutado dicho permiso en Alemania.

SEGUNDO.- Incoado expediente, el Ministerio Fiscal ha informado a favor de la concesión del permiso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La concurrencia de los requisitos previstos en la legislación penitenciaria (artículo 47, apartado 2º de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 y siguientes del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 9 de febrero de 1996), a saber, que el reo esté clasificado en segundo o tercer grado, que haya extinguido al menos la cuarta parte de la condena y que no observe mala conducta, posibilitan el acceso a los permisos de salida.

De los preceptos mencionados se deduce que la concesión de los permisos de salida es cuestión regulada legal y reglamentariamente, señalándose en la norma reglamentaria las restricciones a tales permisos, concretamente, en el artículo 156 en el que se señala que el informe del Equipo Técnico será favorable o desfavorable en atención a la peculiar trayectoria o por la

existencia de variables cualitativas, probabilidad de quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de dicha salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

SEGUNDO.- En el caso que se analiza, la propuesta que se formula por parte de la Junta de Tratamiento es favorable para evitar el desarraigo familiar y social y preparar la vida en libertad y es criterio que debe acoger este Juzgado en cuanto, y en efecto, concurren en el penado las circunstancias que permiten la concesión del permiso, habiendo expresado la Junta por unanimidad el resolver la concesión del permiso bajo determinadas medidas de control. Finalmente reseñar que se concede este permiso en tanto se presupone en el interno una capacidad de responsabilidad y confianza merecedoras de tal disfrute a los efectos del fin que le es propio, a saber, la preparación de su vida posterior en libertad.

Asimismo y sobre el disfrute del permiso por el interno debe hacerse al mismo la observación de que el desarrollo del cumplimiento de su pena y la concesión de beneficios, como el actual, vendrá determinada por el adecuado uso que haga, haciéndole además la prevención de que según dispone el apartado 2º del artículo 157 del Reglamento Penitenciario: Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para 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.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y en relación a la posibilidad de disfrutar dicho permiso fuera de España, estimo que dicha solicitud, avalada por motivos humanitarios (la pareja del interno está gravemente enferma, habiéndose desplazado a dicho país para contar con la ayuda de su familia), debe acogerse atendiendo a las circunstancias concurrentes: El interno ingresó voluntariamente para cumplir condena, presenta riesgo de quebrantamiento en TVR muy bajo, ha disfrutado ya (de forma satisfactoria) un anterior permiso concedido por este Juzgado, las medidas a adoptar para el presente no requieren de colaboración alguna de las autoridades de otro país y, lo cual es importante, Alemania pertenece a la Unión Europea.

En consecuencia, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

SE AUTORIZA el permiso de 6 días propuesto por la Junta de Tratamiento al interno D.B.R.F., EL CUAL PUEDE SER DISFRUTADO POR EL INTERNO EN ALEMANIA, fijándose como medidas de control: La realización de control de consumo al regreso del permiso y la presentación del interno ante las Fuerzas de Seguridad del Estado al inicio y fin del permiso.

58.- AUTO 498/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN 21ª DE FECHA 15/03/18

Concesión de permiso tras comisión de delito cometido en otro permiso hace 20 años.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 13 de febrero de 2018 se dictó por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 4 de Catalunya resolución cuya parte dispositiva dice: “Acuerdo NO AUTORIZO el permiso de salida ordinario de 3 días propuesto por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario BRIANS 2 en su sesión de fecha 25.01.2018 a favor del interno H.”.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, la defensa del Sr. H. interpuso contra la misma recurso de apelación interesando la revocación de la resolución impugnada y por tanto que se acuerde el permiso de salida propuesto.

TERCERO.- Por providencia de 21 de febrero de 2018 se admitió a trámite el recurso interpuesto, interesando su desestimación la Fiscal en su escrito de 23 de febrero de 2018.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia, se formó el correspondiente Rollo de Apelación que se registró con los de su clase, y seguido por sus trámites quedó sobre la mesa para su deliberación y fallo, señalándose el 15-3- 2018, habiendo sido Ponente, quien expresa el parecer unánime del Tribunal

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Combate el recurrente la decisión adoptada por la Jueza de Vigilancia de no aprobar el permiso propuesto favorablemente por la Junta de Tratamiento, al considerar que cumple todos los requisitos, objetivos y subjetivos, para su concesión, siendo favorable su evolución. Así, los profesionales de la Junta consideran que el resultado de su evolución ha sido positivo, tiene 69 años, sufre un linfoma de Hodgkin con un estado debilitado por la quimioterapia, ha cumplido las 3/4 partes de su condena, no tiene problemática toxicológica, ha realizado el programa de tratamiento con éxito y tiene un entorno familiar favorable.

Por el contrario, la resolución impugnada considera que es necesario el disfrute de permisos gubernativos para consolidar los objetivos adquiridos.

SEGUNDO.- El artículo 25.2 de la Constitución Española dispone que” las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”, con lo que, con independencia de que puedan desempeñar otros cometidos, se destaca que la función de reinserción constituye la meta primordial de las penas privativas de libertad. Y ello resulta obligado, toda vez que el hecho de cometer un delito no priva a su autor de su condición de ciudadano, por lo que compete al Estado, además de su custodia y retención, la adopción de todas las medidas necesarias para asegurar su plena incorporación a la comunidad. Y esto no se consigue mediante la inocuización, aun temporal, del penado, que sólo provoca su desocialización. La resocialización exige un tratamiento durante la estancia en prisión individualizado en virtud del cual se persigue que el preso modifique su comportamiento y lo adecue para la vida en común sin apartarse de la norma; en definitiva, se procura su recuperación social. Por ello, forma parte del tratamiento orientado a la resocialización la potenciación de los contactos del interno con el mundo exterior. No se pueden considerar los permisos de salida como un derecho o una recompensa, sino como un instrumento resocializador. Ya lo dijo el

Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 112/96: “Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indican cuál es la evolución del penado”. Y ello, con independencia de la naturaleza del delito que haya cometido, pues ni la Constitución, ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni las Leyes, introducen distinciones por tal razón.

Lógicamente, la concesión de un permiso requiere la concurrencia de determinados requisitos, orientados en cierto modo a proteger a la sociedad, como es que no exista riesgo de reiteración delictiva o de quebrantamiento de condena. Así lo dice la Sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente referida: “Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados. Múltiples factores pueden ser tenidos en cuenta para hacer esta valoración, mas todos ellos han de estar conectados con el sentido de la pena y las finalidades que su cumplimiento persigue: el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito, entre otros, pueden ser causa suficiente, en cada caso concreto, que aconseje la denegación del permiso de salida”. Y de esta forma lo recoge el artículo 154 Reglamento Penitenciario que regula los permisos ordinarios estableciendo que, “se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta”. El artículo 56 establece cuándo no se han de conceder estos permisos. Así, 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. Por tanto, a sensu contrario, cuando concurren en el interno las condiciones inversas a las enumeradas, será posible la concesión del permiso y el equipo técnico informará a favor de la misma.

TERCERO.- Por tanto, la concesión de un permiso implica realizar un pronóstico, una predicción para el futuro acerca de la existencia de un riesgo cierto de reincidencia, violenta o no, toda vez que es imposible saber con certeza a priori qué uso va a hacer el interno del permiso una vez fuera de prisión. Para realizar esta predicción, existe un instrumento de evaluación y gestión del riesgo, RISCANVI, cuyo objeto es mejorar las evaluaciones de pronóstico y por tanto gestionar eficazmente los permisos para conseguir la finalidad primordial de reinserción social. Para ello, los miembros de los equipos multidisciplinares de los centros penitenciarios (psicólogos, juristas, criminólogos, trabajadores sociales, educadores y pedagogos) obtienen información del interno (entrevistas con él y con las personas de su entorno, expedientes, observación directa, coordinación con otros profesionales...), y conforme a unos ítems se valoran todos factores de riesgo, (entre estos los ya aludidos por el Tribunal Constitucional). Complementado con los informes individualizados de los diferentes profesionales que trabajan día a día con el interno y que por tanto están en las mejores condiciones para valorar su situación.

CUARTO.- Nada es infalible y más cuando se trata de comportamientos humanos. No obstante, a través del protocolo de evaluación y gestión RISCANVI, así como de la valoración efectuada individualmente y de forma individualizada por todos los profesionales que están en contacto diario con el interno en el centro penitenciario así como con su entorno, valorando todos los factores concurrentes, se hacen predicciones rigurosas. De ahí que cuando el resultado, tanto del RISCANVI como de los miembros del equipo de tratamiento, sea de riesgo bajo, no existen motivos razonables para denegar el permiso, con independencia de la naturaleza del delito y gravedad de la pena, ya que se han valorado todos los factores de riesgo, incluyendo especialmente la clase y gravedad del delito, y se ha concluido que el riesgo de reiteración delictiva o de quebrantamiento de condena es bajo, y por tanto existe base fundada para considerar que el interno hará un

buen uso del permiso, siempre acompañado de medidas de control externas. Como ya se ha dicho, es imposible asegurar este extremo ya que nos movemos en el campo de las predicciones de comportamiento a futuro. De ahí que los resultados del RISCANVI en la gestión del riesgo solamente sean, bajo, medio o alto. La única forma que habría para asegurar que el preso no será fuente de riesgo para la comunidad es mediante su inocuización, es decir, su retención en prisión el máximo tiempo posible. Ciertamente que así la seguridad es total. No obstante, también lo es que a costa de abandonar el fin de reinserción social y conseguir la desocialización del interno, que no olvidemos, en algún momento saldrá del centro penitenciario, y al que desde luego no está orientada nuestra legislación penitenciaria que se encamina obviamente a cumplir lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Española.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa, la Junta de Tratamiento, en su sesión celebrada el 25 de enero de 2018 propuso por unanimidad la concesión de un permiso de 3 días al interno Sr. H.

Del informe resulta que el Sr. H., de 68 años, reincidente penal y penitenciario, cumple una pena de 24 años de prisión por un delito de asesinato de su ex mujer, cometido en el año 1998 cuando disfrutaba de un permiso penitenciario. La libertad definitiva está prevista para el año 2023.

El recurso debe ser estimado. La jueza de instancia funda la denegación de la concesión del permiso argumentando que esta Sala ha dicho en anteriores Rollos que era necesario que el acercamiento al medio externo se realizara poco a poco con salidas de horas. Sin embargo, debemos señalar que este criterio fue cambiado en el Rollo 140/2018 en el que esta ponente concedió el permiso explicándolo de esta forma: “en anteriores Rollos 1226, 1281 y 1442/2017, hemos desestimado los recursos al considerar que con carácter previo a un permiso judicial era conveniente el disfrute de salidas cortas que permitan comprobar la adaptación del interno en el exterior. Nos encontramos con una situación compleja ya que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no aprueba los permisos gubernativos que desde la Junta se están proponiendo y por tanto el resultado es que el interno, estando ya preparado para iniciar los contactos con el medio externo, como así considera unánimemente la Junta, no lo está haciendo viendo obstaculizado su proceso de reinserción social. Situación que es insostenible. A tenor de los informes de la Junta, la etiología delictiva deriva de su falta de autocontrol, la gestión inadecuada de sus emociones,

su baja capacidad en la resolución de conflictos y sus valores machistas. Estos factores han sido trabajados en el programa intensivo de violencia de género mostrando el interno adherencia al tratamiento. Se ha mostrado autocrítico con sus actos, ha conseguido buena capacidad empática, sabe gestionar adecuadamente sus emociones, ha aprendido a identificar y a modificar los mecanismos de defensa, asume su responsabilidad, ha detectado y cambiado las distorsiones que le llevaron a la conducta delictiva, muestra una actitud favorable a la igualdad entre sexos. Y de hecho, lo adquirido a través del programa de tratamiento, o los buenos resultados, se evidencian con el riesgo bajo en reincidencia violenta. Ciertamente que hay riesgo alto en quebrantamiento de condena. Pero los profesionales de la Junta explican que ese resultado se obtiene porque cuando cometió los hechos no reingresó del permiso, y el RISCANVI no puede minimizar esta valoración del riesgo porque solamente tiene en cuenta los factores estáticos y no las actuaciones que se producen en el interior del centro durante el tratamiento. En este sentido explican que los hechos se han abordado favorablemente durante el programa de VIGE. Por otra parte, debemos señalar que su estado de salud es delicado habiendo sido intervenido de un carcinoma perianal, lo que disminuye el riesgo de quebrantamiento. Por otra parte, tiene medio acogedor formado por su hija que tiene capacidad de apoyo emocional, de poner límites y de contención. Asimismo, el interno tiene hábitos laborales.

Por lo que existiendo más factores favorables y de protección que de riesgo, y opinando los profesionales que trabajan a diario con el interno que los riesgos se pueden controlar, y que está en buenas condiciones de reincorporarse al medio externo para facilitar una vida normalizada y dado que se le están denegando salidas gubernativas, consideramos que lo relevante es que el interno tenga contactos con el medio externo dado que concurren los factores favorables para ello y si la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no le da permisos, tendremos que autorizar permisos judiciales porque la situación realmente es insostenible y se está obstaculizando su proceso de reinserción social”.

Dicho rollo se refería a la Junta de noviembre de 2017. El que nos ocupa ahora es el relativo a la Junta de enero de este año 2018 y debemos indicar que no ha habido ninguna razón que aconseje cambiar nuestra decisión y denegar el permiso. De la lectura de los informes acompañados a

este Rollo las circunstancias son las mismas que en el rollo referido, por lo que estimamos el recurso.

SEXTO.- Conforme dispone el artículo 7.1-e) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, deberán notificarse a toda víctima que así lo haya solicitado las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. Delitos de los comprendidos en el elenco enumerado en el artículo 13.1.a) de dicho texto legal, homicidio, aborto del artículo 144 Código Penal, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometidos con violencia e intimidación, terrorismo y trata de seres humanos, o análogos. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada”.

Dado que el caso analizado está comprendido en los preceptos mencionados, procede comunicar esta resolución al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que corresponda a los efectos previstos legalmente.

En virtud de lo expuesto procede la estimación del recurso interpuesto.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de aplicación.

LA SALA RESUELVE:

Que debemos ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa del Sr. H. contra el auto de fecha 13 de febrero de 2018, que no autorizaba el permiso de salida propuesto por la Junta de forma unánime en su sesión de fecha 25 de enero de 2018, QUE REVOCAMOS Y EN CONSECUENCIA CONCEDEMOS EL PERMISO SOLICITADO que deberá ser disfrutado en la forma y condiciones que establezca el órgano administrativo competente.

59.- AUTO 177/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA SECCIÓN 2ª DE FECHA 05/04/18

Concesión de un segundo permiso a interno que no hizo mal uso del primero disfrutado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el expediente nº 25/18 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 7 de Andalucía con sede en Almería, se dictó auto con fecha 19/01/18, acordando no autorizar el permiso de salida ordinario de tres días de duración propuesto para el interno J.R., por acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de El Acebuche de fecha 28/12/17.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución, por el interno referido se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado conforme a lo prevenido en la ley.

Por el Ministerio Fiscal se interesó el mantenimiento de la resolución recurrida.

TERCERO.- Seguidamente fueron elevadas las actuaciones a esta Sala, donde sé incoó el correspondiente rollo, registrado al número 194/18, se turnó de ponencia y tras la deliberación se declaró el recurso visto y concluso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente mantiene en su recurso que reúne todos los requisitos fijados en la legislación penitenciaria para poder disfrutar del permiso propuesto debiendo valorarse la duración de la pena impuesta, su extinción en julio de 2019 y el apoyo familiar con el que cuenta. A ello se opone el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Este Tribunal viene manteniendo reiteradamente, en consonancia con la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene establecida, que la posibilidad de conceder permisos de salida a los condenados que cumplen prisión en Centros Penitenciarios, se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y

reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución Española), al contribuir a la “corrección y readaptación del penado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero, FJ 7), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes; menos aun cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de dichos permisos (Sentencia del Tribunal Constitucional 16 de junio de 2003).

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1999, establece que la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de permisos ordinarios de salida y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, ante todo, de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión”. Sin embargo, la concesión de dichos permisos no debe ser automática, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, por cuanto ello no es suficiente dado que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados” (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 7 de junio, y, en igual sentido, entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1997, de 22 de abril, 204/1994, de 11 de julio, y 137/2000, de 29 de mayo).

Esa ausencia de automatismo en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su Reglamento aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicables en el presente caso. En sus artículos 47.2 y 154, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Así, concretamente, para su concesión es necesario la concurrencia de dos requisitos mínimos,

aunque no suficientes y que son; uno, haber extinguido la cuarta parte de la condena y otro, no observar mala conducta además de estar clasificado en segundo grado de tratamiento; a estos requisitos, el Reglamento Penitenciario añade otros que así mismo, han de ser tenidos en cuenta para la concesión de permisos de salida y que son; la probabilidad de quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos y la repercusión del permiso de salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento, de tal manera que si el informe sobre este particular es negativo, no procederá la concesión del permiso.

TERCERO.- De acuerdo con la indicada doctrina a que acabamos de exponer, cabe entender que la resolución judicial que es objeto de recurso debe ser revocada ya que deben ponderarse una serie de factores concurrentes que pueden hacer aconsejable la concesión del mismo por mostrarse oportuna su concesión, supuesto que es el caso.

Por un lado debemos indicar que en el Rollo 67/18 dictamos auto de fecha 23/02/18 en el que revocamos el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que denegaba el permiso otorgado por la Junta de Tratamiento al penado de referencia. Indicábamos en aquella resolución “La Sala tiene presente la duración de la condena, tres años y un día de prisión y el tiempo efectivo de cumplimiento a fecha del acuerdo de la Junta de tratamiento, 26/10/17, momento en el que le restaban solo dos meses para el cumplimiento efectivo de la mitad de la condena. A fecha de la presente resolución restan 8 meses para el cumplimiento de los 3/4 de la condena. Nos parece especialmente importante valorar en este caso que al interno le han sido concedidas varias recompensas por su sentido de la responsabilidad y por la participación positiva en actividades. No podemos perder de vista que en un espacio corto de tiempo J.R. extinguirá su condena, con lo que, como ya anticipábamos en resoluciones anteriores en que examinamos la oportunidad o no de concederle permisos propuestos con anterioridad, resulta aconsejable que comience a disfrutar de permisos ordinarios para la preparación de su vida en libertad. Por ello entendemos que el interno ha generado la suficiente confianza en el buen uso del permiso y teniendo en cuenta que existe un riesgo de quebrantamiento del 35% –nivel bajo –es oportuno otorgarle el permiso concedido, cuyo fin último es lograr su resocialización entendiéndose que se encuentra en momento idóneo para la preparación para la vida en libertad, lo que determina la estimación del recurso interpuesto.”

En el presente supuesto y en el momento en el que se otorgó el permiso por la Junta de Tratamiento, 28/12/17, el penado había extinguido la mitad de su condena. Los argumentos que expusimos en aquella resolución, los mantenemos. Se trata de un interno primario, goza de apoyo familiar y existe un riesgo de quebrantamiento bajo, de un 35%. Consideramos que el interno ha generado la suficiente confianza en el buen uso del permiso, cuyo fin último es lograr su resocialización y a la vista de las circunstancias concurrentes, consideramos que el penado se encuentra en momento idóneo para la preparación para la vida en libertad, siendo aconsejable la concesión del permiso, lo que determina la estimación del recurso interpuesto.

CUARTO.- Procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del interno J.R., contra el Auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº Siete de Andalucía, con sede en Almería, de fecha 19/01/18, REVOCANDO LA EXPRESADA RESOLUCIÓN Y DEJÁNDOLA SIN EFECTO, autorizando en consecuencia el permiso otorgado por la Junta de Tratamiento con fecha 28/12/17.

60.- AUTO 648/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE FECHA 10/09/18

Concesión de permiso por la Audiencia Provincial frente a la denegación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por concurrir circunstancias favorables.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por Auto de fecha 26 de abril de 2018 en el Expediente Penitenciario nº 1.735/18, el Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria denegó el permiso de salida solicitado por el interno G.S.R., que el Acuerdo

de fecha 22 de marzo de 2018 de la Junta de Tratamiento de la Prisión de Córdoba le concedía; interponiéndose contra aquél recurso de reforma, que fue desestimado por Auto de 28 de mayo de 2018, y frente a éste recurso de apelación, del cual se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe desfavorable, interesando la confirmación de aquella resolución.

Tras resolver sobre la práctica de la prueba propuesta en alzada, se pasó a deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el 154.1 del Reglamento Penitenciario regulan los permisos de salida ordinarios como instrumento de preparación para la vida en libertad del interno, formando parte de la política de reinserción penitenciaria. La jurisprudencia de esta Sala viene considerando como principio básico de estos permisos la contribución al tratamiento del interno, lo que excluye que puedan fundamentarse como meros beneficios de buen comportamiento en el interior del centro. También insiste en que, para valorar lo más conveniente para el interno, debe atenderse fundamentalmente a los informes de los equipos técnicos de los Centros Penitenciarios, al tratarse de un órgano multidisciplinar, cuyos profesionales, aparte su experiencia, son los mejores conocedores de la situación de aquél, su personalidad y, en suma, la conveniencia o no de otorgarles el permiso que solicita.

Estos mismos preceptos condicionan la concesión de esos permisos a determinados requisitos, como son que el condenado esté clasificado en segundo o tercer grado, que haya extinguido la cuarta parte de su condena y no observe mala conducta. Además, debe completarse con la esencia y finalidad del tratamiento penitenciario, que ha de ir dirigido siempre al buen fin de su proceso de reinserción social.

Por eso, el artículo 156 del mismo Reglamento, en su párrafo primero, exige un informe preceptivo del Equipo Técnico para analizar la probabilidad de que el uso del permiso pueda derivar, bien en la comisión de nuevos delitos, bien en un quebrantamiento de la condena, o en última instancia, pueda suponer una repercusión negativa desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o para el programa de su tratamiento.

SEGUNDO.- Aplicando estos conceptos al caso del recurrente, concurren los requisitos que establece el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, pues ha superado el cumplimiento de una cuarta parte de la condena (23-12-2017), está clasificado en segundo grado penitenciario, y no se puede afirmar que observe mala conducta en el Centro, dado que no ha sido objeto de sanciones disciplinarias y el informe de su conducta es positivo.

La resolución del Juzgado de Vigilancia rechaza Acuerdo de la Junta de Tratamiento, y considera esencial para la denegación del disfrute del permiso ordinario de salida, la lejanía de cumplimiento de los tres cuartos de su condena, datado para el día 21 de septiembre de 2021. Este tribunal ha venido aceptando este criterio, unido a la profesionalidad delictiva, al suponer alta la probabilidad de quebrantamiento.

Sin embargo, ese criterio también se ha matizado por esta Sala que, si bien considera como un factor negativo principal la entidad de la condena que le resta por cumplir al interno, de modo que esa lejanía como criterio único determinante del riesgo de quebrantamiento empiece a apreciarse en los tres años de distancia para alcanzar el cumplimiento de tres cuartos de la condena y, excepcionalmente dos, cuando concurren especiales circunstancias que aconsejen una mayor evolución del tratamiento penitenciario; también expone que ello, con tener relevancia, no puede tener un carácter absoluto, pues el legislador de manera objetiva sólo exige que se haya cumplido una cuarta parte de la condena, de modo que la evolución favorable que lleva en la normalización de su vida no pueda ser cortada con una denegación de un permiso, que iría en contra de lo recomendado por los técnicos de la Junta de Tratamiento que, como se razonaba antes, son las personas más idóneas para conocer lo que es mejor en cada momento en el programa de reinserción social del interno.

Los informes emitidos por los componentes de la Junta, que se muestran conformes con el disfrute del permiso solicitado, resultan muy esclarecedores de la evolución del interno, muy favorable en todos los aspectos. Así se determina que su comportamiento e implicación en las actividades modulares es ejemplar y que ha tenido muy buena evolución en el tratamiento de deshabitación a sustancias estupefacientes, factor criminógeno esencial en su actividad delictiva contra el patrimonio. Si, además, entienden los técnicos que el riesgo de fuga derivado de la lejanía, se atenúa por el apoyo familiar que tiene en el exterior, consideramos que ha llegado el momento, tras dos años ingresado en prisión, de que comience una pro-

gresiva adaptación a su vida en sociedad, con este primer paso de libertad limitada.

Por lo razonado, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto y conceder al interno un permiso de salida de seis días, en las mismas condiciones en que se proponía por la Junta de Tratamiento; y todo ello sin que proceda pronunciamiento sobre las costas de este expediente.

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del interno G.S.R. contra el Auto de fecha 28 de mayo de 2018, que desestimó el recurso de reforma formalizado contra el Auto de 26 de abril de 2018, dictados por el Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Córdoba en el expediente nº 1.735/18, que revocamos en el sentido de que procede otorgar al mismo un permiso de salida de SEIS días en las condiciones propuestas por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario; sin hacer pronunciamiento condenatorio de las costas de esta alzada.

61.- AUTO 625/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE SECCIÓN 10ª DE FECHA 31/10/18

Estimación de recurso de apelación concediendo un permiso por no considerar suficiente motivo de denegación el insuficiente pago de la responsabilidad civil.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora, en nombre de E., en el Expediente Nº 002807/2018 se interpuso Recurso de Apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de la Comunidad Valenciana, con sede en Villena, de fecha 26 de junio de 2018.

El auto recurrido desestimaba el recurso de reforma contra la previa resolución desestimando la queja formulada por el interno por la denegación del permiso de salida.

SEGUNDO.- 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se remitieron a esta Sala, donde se formó el Rollo de Apelación.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en apelación la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de la Comunidad Valenciana con sede en Villena confirmando la denegación de un permiso de salida ordinario solicitado por el interno en el Centro Penitenciario de Villena alegando que cumple los requisitos objetivos que señala la legislación penitenciaria al respecto.

Como base para resolver este recurso relativo a la concesión de un permiso de salida debe partirse de la consideración de que, como dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000 de 5 de mayo, “el disfrute de dichos 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”. En efecto, para poder disfrutar de un permiso ordinario de salida no solo 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–, sino que 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, lo que debe valorarse, inevitablemente mediante un juicio por definición subjetivo, 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”. Y, en fin, como decía el mismo Tribunal Constitucional en sentencia 23/2006 de 30 de enero “todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, al constituir una vía fácil para

eludir la custodia. Es razonable, por lo tanto, que su concesión no sea automática y que, constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos, no baste con que éstos concurren, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados”.

SEGUNDO.- En este trámite de apelación nos corresponde, esencialmente, valorar si la resolución recurrida del juzgado de vigilancia penitenciaria ha efectuado esa aplicación no arbitraria de la norma, ponderando de manera adecuada los intereses en juego y explicitando las razones de su decisión, teniendo en cuenta la afectación del valor libertad que toda decisión sobre concesión de permisos penitenciarios comporta.

No es este el supuesto, y, por ello, el recurso debe ser estimado. El penado cumple una larga condena por delitos contra la libertad sexual. No obstante, hemos de remarcar que el único motivo que justifica la denegación del permiso es el insuficiente abono de la responsabilidad civil. Dicha justificación en el estado avanzado de cumplimiento y ante la buena evolución y comportamiento del interno es manifiesta insuficiente, y carente de soporte legal. A fecha de denegación del permiso hacía ya un año que había extinguido las 3/4 partes de su condena. Presenta un riesgo normal de tan solo el 30% en la TVR, tiene apoyo y soporte familiar exterior y, lo que es determinante, presenta una evolución favorable destacando el informe psicológico aspectos que deben ser remarcados: “empatía hacia la víctima y su concienciación del daño cometida, realiza un procesamiento adecuado de las consecuencias de sus actos y del daño cometido. No hay minimización de su responsabilidad. “Ha realizado el programa para el control de la agresión sexual. Se trata de un interno muy educado y respetuoso totalmente adaptado a las exigencias propias del Módulo MER. Trabaja en talleres productivos y destina una pequeña, casi ínfima, a pagar el importe de la alta responsabilidad fijada”.

Es este el único motivo en el que se justifica la denegación, afirmando que ello puede permitir dudar de su “asunción y arrepentimiento”. Ello supone dar una relevancia desmesurada al pago de la responsabilidad que el legislador no ha querido introducir en el ámbito de los permisos penitenciarios. El enviar 100 euros mensuales a quien considera casi su madre o disponer de defensa particular no parece que puedan ser motivos determinantes en esta fase de cumplimiento para denegar el permiso interesado. No conviene olvidar que las cantidades que percibe por su trabajo no alcanzan

el umbral de la embargabilidad conforme a lo dispuesto en la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, si bien el pago de la responsabilidad civil puede ser una muestra de asunción delictiva, ello está esencialmente referido a delitos patrimoniales que hayan permitido obtener grandes sumas de dinero. Ese no es el caso analizado. La exigencia de asunción delictiva no debe apreciarse de una manera rigurosa o moralista, ni que fomente actitudes meramente utilitaristas o funcionales para la consecución de permisos, sino siempre desde la voluntariedad de tratamiento, como predisposición y aceptación de lo que el cumplimiento de su condena implica y el delito en abstracto comporta, y reflejada en un cambio conductual basado en el estudio de su evolución durante el internamiento y aceptación personal del daño cometido.

Por todo lo expuesto no parece que haya razones suficientes para oponerse al disfrute del permiso ordinario, al no apreciarse intereses ni motivos relevantes que puedan justificar dicha denegación.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas ex artículo 240 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación siendo Ponente el Magistrado de esta Sección Décima, que expresa el parecer de la Sala.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora nombre y representación de E. contra el auto de fecha 26 de junio de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena, en el expediente núm. 2807/18, REVOCANDO dicha resolución y acordando en su lugar CONCEDER al interno E. el permiso ordinario de salida solicitado de TRES DÍAS DE DURACIÓN, con presentaciones diarias, analíticas de control, con declaración de las costas de oficio.

Por el Juzgado de Vigilancia se deberá proceder a la notificación de la víctima conforme a la Ley 4/2015 de haberse interesado.

62.- AUTO 505/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE SECCIÓN 2ª DE FECHA 30/11/18

Denegación por concurrencia de varios factores desfavorables.

HECHOS

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la Resolución apelada y:

PRIMERO.- Por el citado Juzgado se dictó resolución de fecha 18/5/2018, cuya parte dispositiva dice así: “DISPONGO: la denegación del permiso de salida solicitado por el interno en el centro de referencia, B., ratificando la resolución de la Junta de Tratamiento”.

SEGUNDO.- Contra el citado auto se interpuso por el interno recurso de apelación. Por auto de 18/10/2018 se acordó admitir a trámite el recurso de apelación y requerir al Ilustro Colegio de Abogados de Albacete la designación provisional de letrado que defienda al interno en la apelación. Efectuada la designación y presentado el correspondiente escrito del que se dio traslado al Ministerio Fiscal se remitieron las actuaciones a esa Audiencia Provincial y se señaló el día 26/11/2018 para deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en apelación la denegación por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla-La Mancha nº 1 del permiso solicitado por el recurrente en el Centro Penitenciario de referencia. Se alega que el interesado ha cumplido más de la cuarta parte de la condena impuesta y que participa en las actividades del centro, que tiene apoyo exterior y que su actitud y comportamiento son correctos estando dispuesto a someterse a los análisis que se estime oportuno. Se añade que la trayectoria delictiva consolidada no se ajusta como motivo de denegación de permisos a lo establecido en el artículo 25 de la Constitución Española en cuanto a la finalidad de las penas y que la lejanía del cumplimiento de tres cuartas de las penas quedó desvirtuada a los mismos efectos por Sentencia del Tribunal Constitucional 112/96; en cuanto a la existencia de responsabilidades penales pendientes de dilucidar estima la recurrente que tampoco son óbice

para la concesión del permiso porque no se ha tenido en cuenta como tal en la normativa aplicable. En definitiva, considera que la resolución judicial se funda en motivos ajenos a la regulación y que por ello su fundamentación jurídica vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se interesó también la práctica de prueba documental consistente en oficio al Centro Penitenciario para que remitan determinados particulares testimoniados del historial del interesado. Sobre este particular se considera que tanto por la aplicación de lo establecido en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como por la propia naturaleza de la documentación interesada no es procedente que se acceda a lo solicitado puesto que se considera que los particulares remitidos para la resolución son suficientes y no se precisa su ampliación al no ponerse en discusión ni el grado penitenciario ni el comportamiento en el centro ni el cumplimiento de una cuarta parte de la pena impuesta.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.-El auto del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 (recurso 20.190/2016) incide en que para resolver sobre la concesión de un permiso penitenciario “se trata de ponderar la totalidad de circunstancias objetivas y subjetivas que permitan un pronóstico razonable acerca de si la concesión respondería realmente a los requisitos teleológicos de carácter subjetivo a que el propio artículo 156.1 del citado Reglamento contempla, limitando su concesión cuando, por la peculiar trayectoria delictiva del penado, su personalidad anómala o la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento”. En tanto en cuanto que en la resolución apelada se valoran las circunstancias personales del interno desde distintos puntos de vista no se considera que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, por más que pueda discrepar el recurrente de los criterios empleados o de las consecuencias extraídas de los datos obrantes en el expediente.

Dicho lo anterior, resulta que en los rollos de apelación 169 y 307 de 2018 se desestimaron recursos de apelación contra denegación de permisos de salida solicitados por el mismo interno, sin que, dadas las fechas de las

resoluciones (15 de marzo y 25 de abril), se desprenda que haya tenido lugar necesariamente un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta. Por otra parte, del análisis de las actuaciones se desprende la constancia de factores desfavorables que merecen especial consideración. Se hace referencia a que el acuerdo denegatorio fuese adoptado por unanimidad en la Junta de Tratamiento celebrada el día 8 de marzo de 2018 y a que el riesgo de quebrantamiento se haya valorado como muy elevado (65%), datos ambos muy relevantes por cuanto que derivan del personal especializado en diversos ámbitos que más directo conocimiento tiene de las vicisitudes de la ejecución de la pena.

Además, y como ya se expuso en el auto de 25 de abril se aprecia una consolidada trayectoria delictiva en la que se integran condenas por varios delitos de robo y hurto, daños, resistencia y quebrantamiento. En la resolución del Tribunal Supremo antes citada es mencionada como uno de los factores que se incluyen dentro de las denominadas “variables cualitativas desfavorables” y no cabe duda de que en caso sometido a revisión así debe ser considerada.

Cabe añadir también que consta en el historial remitido que el apelante mantiene una sanción sin cancelar. Aunque sea cierto que a los efectos de aplicar los requisitos establecidos en el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario deba tenerse en cuenta de que se trata de una falta leve sancionada con medida de la misma naturaleza (artículos 110, c y 111, f del Reglamento Penitenciario de 1981) no cabe duda alguna de que no es elemento que favorezca la pretensión del interno porque ha de ser apreciada junto con otros factores de signo contrario.

Ciertamente, que pueda discreparse acerca de si algunos de los argumentos empleados son relevantes (la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena y la existencia de causas penales pendientes) no significa que queden sin efecto los expuestos en los párrafos anteriores, sino solamente que se examine si son suficientes para la desestimación de lo solicitado. Así se considera porque en la resolución recurrida se tienen en cuenta varias circunstancias personales de suficiente importancia. En cualquier caso, la existencia de causas pendientes de enjuiciamiento no deja de ser un indicio que corrobora lo expuesto acerca de la trayectoria delictiva, dicho sea esto sin desconocer el derecho constitucional a la presunción de inocencia que debe prevalecer siempre en el análisis de la cuestión.

Así pues, se considera que la resolución recurrida se ajusta a los mencionados parámetros de valoración y, consecuentemente, realiza una aplicación jurídicamente correcta y ponderada de las normas citadas. No se comparte la consideración del recurrente acerca de que deba atenderse solamente a que ya ha cumplido la primera cuarta parte de la condena, esté clasificado en segundo grado y que observe un buen comportamiento en el centro penitenciario ya que se trata de requisitos necesarios, pero no suficientes.

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

LA SALA ACUERDA:

CONFIRMAR el auto impugnado.

63.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 25/06/18

Autorización de permiso extraordinario para asistencia al bautizo de su hija.

HECHOS

ÚNICO.- Que en este Juzgado, se sigue expediente a instancia del interno V.V.T. del Centro Penitenciario de A Lama, formulando recurso contra acuerdo de la Junta de Tratamiento de fecha 24/05/18 denegatorio de permiso extraordinario de salida.

Admitido a trámite el recurso, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió informe interesando la estimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 47-1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone: “En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres,

cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida extraordinarios, salvo que concurren circunstancias excepcionales.

SEGUNDO.- En este caso se solicita el permiso para asistir al bautizo de la hija, supuesto de hecho cuya “conurrencia no se discute. En consecuencia dicho motivo debe considerarse subsumido en la clausura abierta “por importantes y comprobados motivos” que se recoge en la Ley Penitenciaria y que a diferencia del Reglamento (artículo 155.1) no requiere que sean de análoga naturaleza a los más arriba enumerados. No cabe duda de que el bautizo de un hijo, considerado objetivamente y al margen de la autenticidad del sentimiento religioso sobre lo que no cabe indagar, es un acontecimiento familiar importante, puntual e irrepetible, y en un acto tan señalado es fundamental la asistencia del padre. En este caso el interno acredita la celebración del acto religioso, debiendo adoptarse las medidas de seguridad oportunas al estar clasificado en segundo grado y no disfrutar de permisos de salida ordinarios, limitándose el permiso al tiempo necesario para asistir al evento.

Vistos los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 155 del Reglamento Penitenciario y demás de general y pertinente aplicación.

S.S^a. RESUELVE: Acceder a la concesión del permiso extraordinario al interno V.V.T. para que pueda asistir al bautizo de su hija adoptándose las medidas de seguridad que se estimen oportunas entre ellas con carácter necesario el acompañamiento y custodia policial, limitándose la duración del permiso al tiempo necesario para asistir a la ceremonia religiosa.

64.- AUTO 55/2018 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 22/05/18

Denegación de permiso extraordinario a político en prisión provisional para ejercer funciones de diputado autonómico.

AUTO

I. ANTECEDENTES

(.....
.....)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Como con más detalle hemos expuesto en los antecedentes, el demandante reclama, hasta la resolución de su recurso de amparo, la protección cautelar de su derecho a ejercer, con los requisitos que señalen las leyes, las funciones anejas al cargo público representativo que, como diputado, obtuvo en las pasadas elecciones autonómicas al Parlamento de Cataluña (artículo 23.2 de la Constitución Española). Según alega, el derecho invocado se habría visto indebidamente limitado por el Auto de 9 de marzo de 2018, dictado por el Magistrado Instructor de la causa penal en la que se encuentra en situación de prisión preventiva, tras imputársele la comisión de un delito de rebelión del artículo 472 y concordantes del Código Penal, mediante el que acordó no conceder al demandante un permiso extraordinario penitenciario para asistir a defender presencialmente ante el Parlamento de Cataluña su propia investidura como candidato a Presidente de la Generalitat.

La pretensión cautelar formulada se concreta en que este Tribunal autorice la posibilidad de defender su candidatura a la Presidencia de la Generalitat de forma no presencial, a través de una videoconferencia desde el centro penitenciario o desde una sede judicial. Considera que el propuesto es un medio idóneo para el ejercicio de los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia y que haría compatible dicho ejercicio con los legítimos derechos de los restantes diputados del Parlamento de Cataluña y con

los intereses que se pretende proteger en las resoluciones cuestionadas en este proceso de amparo.

Admitido a trámite el recurso tras apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) porque 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)], descartada la adopción inaudita parte de medidas cautelares al no apreciar la urgencia excepcional alegada, y una vez oído el Ministerio Fiscal, debe resolverse ahora la solicitud cautelar que ha sido formulada al amparo de lo previsto en el artículo 56 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2.- A tenor de la jurisprudencia constitucional establecida de forma constante e indubitada en relación con la citada previsión legal, la respuesta a la pretensión cautelar planteada debe sustentarse en las siguientes consideraciones generales:

a) Nuestro sistema de justicia constitucional contempla la posibilidad de que este Tribunal adopte cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad (artículo 56.3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Esta facultad, al igual que la suspensión de la ejecución del acto o resolución cuestionado, se sustenta en la necesidad de asegurar la efectividad de la futura sentencia, esto es, de preservar la integridad del derecho fundamental cuya vulneración se denuncia, en tanto en cuanto se alegue razonadamente que dicha ejecución, o la omisión de cualquier medida alternativa coherente con dicha finalidad, pudiera ocasionar de manera irreversible, o difícilmente reparable, un perjuicio que hiciese perder al amparo su finalidad (Auto del Tribunal Constitucional 111/2011, de 11 de julio).

b) Sin embargo –como advertimos en el Auto del Tribunal Constitucional 189/2015, de 5 de noviembre– lo anterior no debe hacer olvidar que la mera interposición de un recurso de amparo no obsta a la vigencia, efectividad o ejecutoriedad de las disposiciones generales, actos administrativos o resoluciones judiciales que sean objeto de impugnación. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece como principio general que “la interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados” (artículo 56.1), lo cual es consecuencia de la pre-

sunción de legitimidad que alcanza a todas las actuaciones de los poderes públicos, presunción que es inherente a la entera actividad pública, ya sea legislativa, ejecutiva o judicial (por todos, Auto del Tribunal Constitucional 117/2015, de 6 de julio).

Así, hemos reiterado que este carácter restrictivo deriva de la necesidad de preservar el interés general, de la garantía de la efectividad de las decisiones de los poderes públicos, y del aseguramiento de la ejecución de las resoluciones dictadas por jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo 117.3 de la Constitución Española (en este sentido, entre otros muchos, se pronuncian los Autos del Tribunal Constitucional 2/2001, de 15 de enero; 4/2006, de 16 de enero, y 127/2010, de 4 de octubre). La regla general es, por tanto, que no procede la suspensión de los efectos de los actos o resoluciones judiciales impugnadas, en particular, en lo que hace a estas últimas, porque tal suspensión acarrea la perturbación de la función jurisdiccional, y supone una injerencia de la jurisdicción constitucional en las decisiones adoptadas por la jurisdicción ordinaria que, pese a poder estar justificada, ha de ser abordada con suma cautela, caso a caso, para evitar que este Tribunal desempeñe funciones que le están constitucionalmente vedadas, por ser propias de la jurisdicción ordinaria (Auto del Tribunal Constitucional 38/2018, de 22 de marzo).

c) En todo caso, la perspectiva única que ha de ser tenida en cuenta para decidir sobre cualquier pretensión cautelar formulada en el proceso de amparo ha de ser el de la preservación de la eficacia de un posible pronunciamiento estimatorio, sin prejuzgar cuál haya de ser el sentido de la futura sentencia que le ponga fin (por todos, Autos del Tribunal Constitucional 64/1990, de 30 de enero, y 319/2003, de 13 de octubre); previsión tanto más difícil en cuanto el recurso de amparo –como ocurre en el caso presente– verse sobre aspectos o facetas del derecho fundamental invocado acerca de los cuales el Tribunal no ha tenido aún ocasión de pronunciarse. En tal medida, “no procede en este incidente examinar ni la concurrencia ni la ausencia de apariencia de buen derecho” de la pretensión de amparo formulada, criterio éste del que no se vale la regulación del artículo 56 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para conceder o denegar la protección cautelar pretendida (Autos del Tribunal Constitucional 187/2003, de 2 de junio y 258/1996, de 24 de septiembre). Específicamente, hemos establecido ya como criterio que, en el caso de que la decisión judicial cuestionada en el proceso de amparo sea o traiga causa, a su vez, de una

medida cautelar privativa de libertad, no es posible dejar la misma sin efecto acordando cautelarmente su suspensión o medida equivalente pues, en tales casos, acceder a la solicitud equivaldría a un otorgamiento anticipado del amparo solicitado (Autos del Tribunal Constitucional 22/2018, de 7 de marzo ; 4/2006, de 17[sic] de enero; y 202/1999, de 22 de julio). Por ello, hemos reiterado también que en este trámite procesal no puede efectuarse el análisis de la cuestión de fondo, ni cabe cuestionar las bases fácticas que la sustentan, ni tampoco anticipar indebidamente lo que debe ser resuelto en la oportuna sentencia (Autos del Tribunal Constitucional 703/1988, de 6 de junio; 54/1989, de 31 de enero; 493/1989, de 16 de octubre; 281/1997, de 21 de julio; y 46/1998, de 24 de febrero).

d) Por último, la protección cautelar que puede otorgar este Tribunal encuentra un límite adicional en el propio artículo 56.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues –según señala– no puede ocasionar “perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni tampoco a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

3.- Coincidimos con el Ministerio Fiscal en que han concurrido circunstancias sobrevenidas después de la admisión a trámite del presente recurso de amparo –singularmente, la convocatoria de un nuevo debate parlamentario y la investidura por el Parlamento, el pasado 14 de mayo de 2018, del diputado don J. T. P. como Presidente de la Generalitat de Cataluña– que permiten apreciar fundadamente que, en el momento presente, dado el objeto de la pretensión de amparo, no existe riesgo real, sino hipotético y futuro, de un perjuicio irreversible o difícilmente reparable que le haga perder su finalidad en caso de una eventual estimación, por lo que no existen razones de urgencia que justifiquen la adopción de la medida cautelar específica propuesta por el demandante.

Apreciamos sin embargo que –con ser ciertas– las circunstancias sobrevenidas alegadas no constituyen un obstáculo insalvable que impida a este Tribunal realizar un pronunciamiento de fondo sobre la protección cautelar solicitada. Tal y como el propio Ministerio Fiscal expone en sus alegaciones, la medida cautelar propuesta por el demandante como medio de protección de los derechos fundamentales alegados en este proceso de amparo se apoya en un presupuesto –la legitimidad constitucional de la investidura no presencial del candidato a Presidente de la Generalitat– que ha sido cuestionado en otros procesos constitucionales admitidos a trámite por este Tribunal, que se encuentran pendientes de desarrollo y resolución.

En tal medida, esta circunstancia, por su novedad, justifica que nuestro examen no se detenga en el de la alegada innecesariedad de la medida cautelar solicitada, sino que se extienda al análisis de esta cuestión, que también ha sido alegada por el Ministerio Fiscal como fundamento de su propuesta de desestimación.

4.- Una vez hechas las anteriores consideraciones, es posible concluir que, en el caso presente, la aplicación de los criterios legales y jurisprudenciales reseñados sobre la protección cautelar que puede ser otorgada en el proceso de amparo conduce a desestimar la concreta medida cautelar que ha sido solicitada, tanto en atención a la naturaleza de las resoluciones judiciales que pueden resultar afectadas, como al contenido mismo de la medida cautelar pretendida. Tal conclusión se apoya en las siguientes razones esenciales, valoradas todas ellas de forma conjunta para la mejor adopción de la decisión procedente:

a) Las resoluciones judiciales cuestionadas en el presente proceso de amparo, al tiempo que mantenían la situación cautelar de prisión provisional del recurrente, justifican la denegación del permiso extraordinario solicitado en un pronóstico individual de riesgo de reiteración delictiva. Ese mismo pronóstico es también el fundamento de su privación cautelar de libertad en la causa penal que contra el demandante se sigue. En el Auto de 9 de marzo de 2018 (FJ 15), el Magistrado Instructor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que, visto el contenido de los hechos punibles y la participación en los mismos que indiciariamente se le imputa al recurrente, el ejercicio de la concreta facultad de participación política representativa que sustentaba la petición del permiso penitenciario podía favorecer objetivamente la reiteración delictiva que trataba de conjurar con la prisión provisional decretada.

De esta forma, acceder a la medida cautelar solicitada no solo cuestionaría de forma anticipada –y por tanto indebida– la existencia misma de dicho riesgo y la razonabilidad de dicho juicio, sino también la legitimidad de la propia privación cautelar de libertad que justifica; cuestión esta última que no es objeto del presente proceso de amparo y que se halla sometida a impugnación en el recurso de amparo núm. 2226-2018, presentado por el propio recurrente y ya admitido a trámite, en cuya resolución de fondo, como regla general, no cabe adelantarse ni interferir a través de la protección cautelar que ha sido solicitada.

b) A su vez, el contenido mismo de la medida cautelar propuesta por el demandante trasciende al objeto del propio proceso de amparo, pues con ella no se pretende la suspensión de la decisión denegatoria y su sustitución por otra que autorice la excarcelación temporal, sino que se solicita de este Tribunal que autorice la participación no presencial del demandante –por videoconferencia– en el debate de investidura como candidato a Presidente de la Generalitat.

Dicha pretensión –que, en opinión del Ministerio Fiscal, transmuta el objeto del proceso de amparo– se apoya como presupuesto en la legitimidad material de tal investidura no presencial, presupuesto cuya inconstitucionalidad ha sido alegada en otros procesos constitucionales recientemente admitidos a trámite que se hallan pendientes de resolución.

En efecto, tanto en el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018, como en el más reciente recurso de inconstitucionalidad núm. 2533-2018, promovidos ambos por el Gobierno de la Nación, las impugnaciones planteadas tienen como objeto nuclear la adecuación a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Cataluña y a la Ley, de la posibilidad de que el debate de investidura del Presidente de la Generalitat de Cataluña se celebre sin la presencia o sin la intervención del candidato o candidata, que en tal caso podría presentar el programa y solicitar la confianza de la Cámara por escrito o por cualquier otro medio que reglamentariamente se previera. La admisión a trámite de ambos procesos constitucionales ha dado lugar a la suspensión cautelar de sendas resoluciones del Presidente del Parlamento de Cataluña de proposición de candidato para la investidura como Presidente de la Generalitat y de convocatoria de sesión plenaria al efecto, y también a la suspensión de la Ley 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno.

En consecuencia, constatamos de nuevo que acordar en este incidente la medida cautelar propuesta supondría interferir anticipada y eventualmente sobre el objeto de pretensiones planteadas ante este Tribunal en sendas impugnaciones que, en representación del Gobierno de la Nación, fueron presentadas en relación con dicha modalidad pretendida de investidura no presencial; impugnaciones que solo pueden ser abordadas y resueltas fundadamente una vez oídas las partes legitimadas para participar en dichos procesos constitucionales.

c) Por último, nuestra decisión desestimatoria se apoya en una argumentación adicional que no puede dejar de ser tomada en consideración: al fundamentar la impugnación de la investidura no presencial que ahora se propone como remedio, se ha alegado ante este Tribunal la eventual vulneración del ius in officium del resto de parlamentarios que integran la Cámara autonómica pues, según se afirma, a través de una investidura no presencial podrían ver limitados sus derechos de debate. En consecuencia, en este momento procesal no cabe descartar que la medida cautelar propuesta incida negativamente sobre el contenido de los derechos fundamentales de terceros, lo que, como antes expusimos, constituye un límite legal explícito de la protección cautelar que este Tribunal puede otorgar.

5.- Afirma el recurrente en favor de su pretensión que acordar la medida cautelar que propone supondría, a su vez, actuar de conformidad con las medidas cautelares adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su resolución de 23 de marzo de 2018, copia de la cual acompañó con la demanda de amparo. En la citada comunicación, al informar al demandante de que su denuncia, presentada dos días antes, había quedado registrada –sin que ello suponga haber adoptado una decisión sobre su admisibilidad ni sobre el fondo de la queja, planteada ante el Comité, en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966–, se le informó también de que el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, actuando en nombre del Comité, había solicitado al Reino de España, a través de su Representante Permanente, que adoptase todas las medidas que fueran necesarias para asegurar que el Sr. S. P. pudiera ejercer sus derechos políticos de conformidad con el artículo 25 del citado Pacto.

En los términos en los que ha sido planteada, la alegación carece de todo fundamento. Sin que sea este el lugar para analizar detenidamente la naturaleza de la mencionada comunicación, atendiendo al momento de tramitación en que ha sido adoptada en nombre del Comité, ni tampoco el grado de vinculación jurídica que expresa, basta reparar en el carácter genérico de su contenido para rechazar la relación que establece el demandante entre dicha comunicación y el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

En el caso presente, en el proceso principal del que esta pieza separada forma parte, se ha denunciado la vulneración del derecho del demandante a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos,

derecho que incluye el de ejercer las funciones anejas al cargo público representativo que, como diputado, obtuvo el demandante en las pasadas elecciones autonómicas al Parlamento de Cataluña (artículo 23.2 de la Constitución Española). El contenido de este derecho, con una formulación equivalente, viene recogido en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que garantiza que el derecho no pueda ser objeto de “restricciones indebidas”.

En este recurso, el contenido del derecho a ejercer el cargo público representativo obtenido y las limitaciones que, indefectiblemente, derivan de su situación cautelar de privación de libertad son, justamente, el objeto de la pretensión principal de amparo, en cuanto el demandante afirma que las que han sido acordadas por el Tribunal Supremo en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras imputarle su participación en la comisión de un delito grave y decretar su prisión provisional, son indebidas, no están previstas por la ley y han sido adoptadas de forma desproporcionada y sin justificación legítima suficiente.

Parte de las facultades de representación política anejas al cargo –singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal– se han visto afectadas, y en algún caso limitadas decisivamente, por resoluciones judiciales como la cuestionada, pues tal limitación se apoya precisamente en su situación de preso preventivo. Pero, precisamente, por ser objeto de este proceso de amparo tanto la adecuación a la ley de tal limitación judicialmente acordada, como el cumplimiento de un fin legítimo y el examen de su proporcionalidad, su resolución anticipada no puede pretenderse en este incidente cautelar, debiendo ser abordada al resolver sobre el fondo de su queja.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Denegar la petición de medida cautelar formulada por el demandante de amparo.

65.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 09/04/18

Autorización de salida programada a torneo de fútbol, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, tras denegación del Centro Directivo.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno, J.M.S.R., interponiendo queja contra el acuerdo del centro directivo de fecha 1 de marzo de 2018 por el que se acuerda no aprobar la salida programada de dicho penado, prevista ahora para el mes de abril y día por determinar, propuesta por la junta de tratamiento en fecha 22 de febrero de 2018 para participar en un torneo de fútbol.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal no se opone a la pretensión del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los artículos 113 y siguientes del Reglamento Penitenciario regulan las actividades de tratamiento, estableciendo que se realizarán tanto en el interior de los Centros Penitenciarios como fuera de ellos, en función en cada caso concreto, de las condiciones más adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad, pudiendo los internos clasificados que reúnan los requisitos del artículo 154 del Reglamento Penitenciario realizar salidas programadas siempre que lo sean acompañados por personal propio de la institución.

SEGUNDO.- Constando en las presentes actuaciones que el interno J.M.S.R., reúne los requisitos previstos en el artículo 154 del Reglamento Penitenciario para poder disfrutar permisos ordinarios de salida, a saber, se halla clasificado en segundo grado de tratamiento, tiene la 1/4 parte de la condena cumplida y observa buena conducta, que su evolución a nivel tratamental es positiva y a la vista de la propuesta realizada por la junta de tratamiento que ha sido rechazada por el Centro Directivo sin motivación alguna, procede, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio fiscal, estimar el recurso y aprobar la salida programada prevista.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se autoriza la salida programada del interno J.M.S.R. para participar en el “Torneo de fútbol” en los términos propuestos por la junta de tratamiento.

66.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BALEARES DE FECHA 13/03/18

Desestimación de solicitud de audiencia con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre futuros permisos.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por escrito recibido en este Juzgado el día 29 de mayo de 2017, el interno del Centro Penitenciario de Mallorca K.B.B., formuló petición interesando audiencia para tratar de sus futuros permisos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Según el artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, desarrollado por el artículo 53 del Reglamento Penitenciario los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del Establecimiento ante el Director o persona que le represente, disponiendo el artículo 54 del Reglamento Penitenciario, en consonancia con el artículo 76 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que “con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

SEGUNDO.- En una primera aproximación a la solución de este conflicto jurídico, resulta obligado destacar que en cuanto a la naturaleza de las relaciones jurídicas que con ocasión del internamiento en un centro penitenciario, se establecen entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en el mismo, no puede ponerse en duda, pese a la indeterminación del concepto de relación especial de sujeción, que aquel internamiento origina, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones [Sentencias del Tribunal Constitucional 74/1985, fundamento jurídico 2.º; 2/1987, fundamento jurídico 4.º, y 120/1990, fundamento jurídico 6.º], una relación jurídica de esa naturaleza y así se desprende del artículo 25.2 de la Constitución Española.

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 (artículo 1 de la 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, 45 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 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].

Así pues, tal y como sostiene el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 28 de febrero de 1994), la retención y custodia de los internos constituye, por lo tanto, una de las finalidades de la institución

penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad.

Por último, no debemos olvidar con respecto a la reinserción social, que inspira la finalidad de las penas, que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 8 de julio de 1996 tiene declarado que “este principio no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también «fin primordial» de las instituciones penitenciarias de «retención y custodia de detenidos, presos y penados» (artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), que comporta «garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro» (Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, 129/1995 y 35/1996). Este último objetivo es el que expresamente persiguen las restricciones a las que se atribuye su nula orientación hacia la reeducación y reinserción social, con patente desconocimiento de la carencia de exclusividad de este fin en la ejecución de la pena privativa de libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1988, 28/1988, 150/1991 y 55/1996). En esta misma línea el alto Tribunal en resolución más reciente de 28 de octubre de 2002 ha declarado que “este precepto constitucional no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende, a través de él, que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad (por todos, Autos del Tribunal Constitucional 112/1996, 2/1997 y 81/1997)”.

TERCERO.- En nuestro caso, procede, la desestimación de la petición y el archivo del expediente. En el caso examinado, el interno se limita a solicitar una audiencia referida “a sus futuros permisos”, pero no puede desconocerse que no corresponde al Juez de Vigilancia la concesión de los permisos pretendidos por dicho interno, sino que será en su caso la Junta de Tratamiento la que determine si procede acordar o no su concesión, debiendo autorizar el Juez de Vigilancia las propuestas favorables de más de dos días (salvo para internos en tercer grado), y en su caso conocer de los recursos de queja contra los acuerdos denegatorios de dicha Junta de Tratamiento. Por tanto, no puede abordarse en entrevista personal con el interno cuestión que sólo corresponde al destinatario de dicha solicitud por vía de autorización o recurso, y menos aún en su dimensión futura, por

cuanto es evidente que dependerá de la evolución y conducta del interno, tiempo de cumplimiento de la condena, factores de riesgo, etc. No resulta menos trascendente decir que puede resultar comprometida la objetividad del Juzgador si en definitiva se entrevista con el peticionario sobre aspectos referidos a su permiso o grado, y luego posteriormente en su dimensión decisoria, debe acometer la resolución de los correspondientes recursos que se formulen en tal sentido, con evidente contaminación de lo que constituiría el objeto principal de dicho recurso. Por tanto procede declarar no haber lugar a lo interesado.

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA LA PETICIÓN formulada por el interno Centro Penitenciario de Mallorca, K.B.B.

67.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CÓRDOBA DE FECHA 23/05/18

Desestimación de acuerdo de suspensión provisional por imposibilidad de practicar prueba solicitada.

HECHOS

PRIMERO.- Decretado en su día la aprobación del permiso ordinario de salida respecto del interno referenciado, con posterioridad la Prisión se remite informe en relación a determinadas incidencias habidas respecto del referido interno.

SEGUNDO.- Remitido para informe el expediente al Ministerio Fiscal, se informó de forma favorable a la suspensión de un permiso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 157 del Reglamento Penitenciario, permite la suspensión cautelar de un permiso ya aprobado, por parte de la Dirección

de la Prisión en los supuestos en que surgieran con posterioridad nuevas circunstancias que desaconsejen el disfrute del mismo.

SEGUNDO.- En este caso la imposibilidad de practicar la prueba solicitada por la defensa no puede jugar en contra del interno.

Vistos los preceptos legales citados y demás aplicables, S.S^a, ante mí el Secretario Judicial dijo: No ha lugar a aprobar la suspensión provisional decretada por la Prisión de Córdoba, en relación a los días de permisos concedidos y no disfrutados por el interno.

CAPÍTULO XI

PRISIÓN PROVISIONAL

68.- AUTO 208/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES DE FECHA 08/01/18

Estimación de recurso de apelación admitiendo el abono de un periodo de prisión preventiva tras sobreseimiento provisional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito del interno del Centro Penitenciario de Mallorca, C.A.M., recibido en este Juzgado el 31/05/17 bajo la dirección letrada, se solicitaba el abono del periodo de prisión provisional del 13-3-08 al 28-1-09 a su actual condena.

SEGUNDO.- Recabada la documentación e informes oportunos del centro penitenciario y realizada visita personal al mismo a su instancia, el expediente fue remitido al Ministerio Fiscal, que informó en el sentido de que, coincidiendo con lo manifestado en el informe del Jurista, visto el periodo de preventiva no abonado y la fecha de los hechos por los que cumple el penado, no procede el abono del artículo 58 Código Penal al tratarse de hechos posteriores, no dándose el requisito del artículo 58.3º Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 58 del Código Penal en su redacción actual dispone textualmente: “1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido

abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

SEGUNDO.- En el caso de autos se constata, conforme a la información remitida por el centro penitenciario, y en los términos informados por el Ministerio Fiscal que el interno se encuentra cumpliendo condena por hechos cometidos entre enero y junio de 2010 por lo que no es posible aplicar a la misma el periodo de libertad sufrido cautelarmente entre el 25 de julio de 2009 y 6 de mayo de 2010, procediendo en consecuencia la desestimación de la petición del interno al ser la medida cautelar anterior temporalmente a los hechos delictivos que motivan la condena a la que se pretende el abono.

PARTE DISPOSITIVA

NO ACORDAR EL ABONO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL que ha sido solicitado por el interno del Centro Penitenciario de MALLORCA, C.A.M., mediante escrito que ha tenido entrada en este Juzgado el 31 de mayo de 2017, por los motivos expuestos en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución.

AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PALMA DE MALLORCA DE FECHA 23 DE OCTUBRE DE 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por Auto de 24 de julio de 2017 se desestimó la petición de del periodo de prisión provisional de C.A.M. a su actual condena y, una vez notificado, fue recurrido en reforma, siendo admitido el recurso e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de quedar instruido del recurso, interesa la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos y recoger la petición del Fiscal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Examinados los extremos del recurso articulado por la asistencia letrada del interno, se entiende procedente el mantenimiento de la resolución recurrida conforme a los siguientes argumentos:

1.- Resultaría aplicable el supuesto examinado la línea jurisprudencial invocada (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005, y otras ulteriores como la de 18 de diciembre de 2008), que permitirían el abono aún en el caso de que la prisión preventiva fuera anterior a los hechos que motivan la pena a la que se pretende abonar, si el condenado tuvo conocimiento con posterioridad a tales hechos de la resolución que le absuelve; pues en tal caso no resultaría frustrada la finalidad de la norma, de evitar el amparo de la impunidad a la que aluden las referidas sentencias.

2.- Ello no obstante, debe matizarse que tal posibilidad contemplada jurisprudencialmente, viene referida de modo sistemático a los supuestos en los que la causa en la que se acuerda la prisión preventiva finaliza por sentencia absolutoria firme, o de condena igualmente firme por tiempo inferior al de la medida cautelar cuyo abono se pretende, que lo sería en tal caso por el exceso o diferencia. Sin embargo en el caso examinado no nos hallamos en referencia a las diligencias previas 2077/08 del antiguo Juzgado Mixto número 3 de Manacor ante un supuesto de causa penal finalizada por sentencia firme absolutoria, o condenatoria por tiempo inferior al de prisión preventiva; ni siquiera ante una finalización por sobreseimiento libre del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que podría

asimilarse a estos efectos a la sentencia absolutoria, sino ante un sobreseimiento provisional del artículo 641.1, de la referida Ley Adjetiva (Por no resultar debidamente acreditados los hechos), lo que no excluiría la posibilidad, aún remota, de reapertura de dicha causa en caso de aparecer nuevos indicios que lo permitan al tratarse como se ha dicho de sobreseimiento provisional. En este sentido, la interpretación jurisprudencial que se examina, excluirla la posibilidad de aplicación del supuesto contemplado en el artículo 58.3 del Código Penal a otros supuestos que no fueran los de sentencia absolutoria firme o de condena firme a pena inferior a la prisión preventiva acordada o sobreseimiento libre. Incluso en supuestos de prescripción de la pena impuesta en la causa en la que se adopta la medida cautelar, no se ha admitido la posibilidad de abono en causa distinta si lo es por culpa del condenado (Sentencia del Tribunal Supremo 70/2007, de 31 de enero), ni en supuestos de suspensión de condena, dada la naturaleza revocable de dicho beneficio, de manera que la posibilidad aún remota de reapertura de la aludida causa, abonaría la tesis de la imposibilidad de abono en causa distinta.

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA EL RECURSO DE REFORMA interpuesto por el Letrado, en nombre del interno del Centro Penitenciario de Mallorca, C.A.M., contra el Auto de este Juzgado de fecha 24 de julio de 2017, que se mantiene en todos sus extremos.

AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA DE FECHA 8 DE ENERO DE 2018.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó Auto por el Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma de Mallorca, de fecha 24-07-2017 por el que se desestimó la petición formulada por el interno, al amparo del artículo 58 del Código Penal, de que se le abonase

para el cumplimiento de la pena el periodo de prisión provisional sufrido en otra causa desde el día 25-7-2009 hasta el día 6-05-2010.

Dicha decisión fue confirmada en el auto de fecha 23-10-2017 en el que se resolvía el previo recurso de reforma interpuesto por el penado.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de C.A.M. recurso de apelación, que fue admitido a trámite y puesta de manifiesto la causa a las demás partes personadas para la resolución del recurso, habiéndose opuesto el Ministerio Fiscal a su estimación.

TERCERO.- Verificados los trámites anteriores quedó el recurso pendiente sobre la mesa a fin de dictar la resolución que proceda, el Ponente expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La pretensión del interno C.A.M. es que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.1 y 3 del Código Penal y su interpretación jurisprudencial, en las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 951/2008; 2304/2001; 1021/2005 y concordantes, se le abone para el cumplimiento de la pena de 4 años y 6 meses de prisión (ejecutoria 149/2014 de la Audiencia Provincial de Palma, Sección 1ª) el tiempo de prisión preventiva sufrido en las Diligencias Previas núm. 2077/2008, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 2 (antiguo Mixto 3) de Manacor, al no habersele abonado en ninguna otra causa.

El Juzgado de Vigilancia, en el primero de los autos, denegó tal pretensión aplicando la literalidad del artículo 58.3 del C.P. que establece que “solo procederá el abono de la prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar”.

Y en la segunda de las resoluciones, pese a que admite que por el juego de fechas, resultaría aplicable al supuesto examinado la línea jurisprudencial invocada por la defensa, rechaza la pretensión de abono por entender que dicha posibilidad sólo se refiere a los supuestos en que la causa en la que se sufrió la privación de libertad que se quiere abonar finalice por sentencia firme absolutoria o auto de sobreseimiento libre (artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) pero no sería aplicable a los

casos en que se ponga fin al proceso con un auto de sobreseimiento provisional (artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa, pues en estos casos cabe la posibilidad remota de reapertura, y argumentando que se trataría de un supuesto asimilado a los supuestos en que se interesa el abono de prisión cautelar sufrida cuando la pena impuesta en la sentencia ha prescrito o cuando se hubiere otorgado el beneficio de la suspensión de la pena, casos, respecto de los cuales, nuestro más alto Tribunal se ha pronunciado en el sentido de denegar la posibilidad de abono en otra causa de dicha medida cautelar.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a la pretensión del penado.

SEGUNDO.- El artículo 58 del Código Penal regula el abono de la prisión preventiva y establece que “1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.”

Tal y como se alega por el penado, y no cuestiona el Juez a quo, interpretando dicho precepto (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, si bien la modificación que se produjo no afecta al presente caso) la jurisprudencia del Tribunal Supremo invocada en el recurso, estableció la posibilidad, pese al tenor literal de la norma, de abonar periodos de prisión preventiva de fecha anterior a los hechos objeto de la

condena en los que se pretende abonar, siempre que ello no supusiera una compensación en posible pena futura que operase a modo de patente de corso para delinquir, doctrina que a su vez venía siendo aplicada, ya durante la vigencia del texto anterior del vigente código penal, consagrando la jurisprudencia una interpretación flexible de los preceptos reguladores del abono de la prisión preventiva.

Y así, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 951/2008, se afirma: “una interpretación literal del precepto mencionado podría llevar a soluciones excesivamente rigurosas en perjuicio del reo, si tenemos en cuenta que pueden darse supuestos en los que la aplicación estricta del requisito cronológico impida el abono en relación con otras causas sin que se produzca tal situación de impunidad, en cuyo caso parece razonable llevar el momento relevante al conocimiento por el condenado de su absolución o imposición de una pena por tiempo inferior al de la prisión preventiva. La sentencia de esta Sala, nº 808/00, de 11/5, acogiendo esta línea, señala que “en beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación legal con la que puede autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado artículo 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del artículo 58.1 “, transcrita más arriba. Existe, pues, la regla general en virtud de la cual los hechos delictivos que han sido objeto de condena deben haberse cometido con anterioridad al ingreso en prisión preventiva del condenado por otra u otras causas en las que haya resultado absuelto o se le haya impuesto una pena de prisión inferior, en cuyo caso dicha prisión preventiva le podrá ser abonada para cumplir la sentencia condenatoria, pero excepcionalmente si esos hechos delictivos han sido cometidos en el espacio temporal intermedio entre la prisión preventiva sufrida y la sentencia dictada en la causa correspondiente a dicha prisión (absolutoria) nada hay que oponer al abono de aquélla para el cumplimiento de la pena impuesta por causa de hechos delictivos cometidos en el período intermedio pues no puede reco-

nocerse en estas condiciones la patente de impunidad a la que nos hemos referido con anterioridad. Como también expone la Sentencia del Tribunal Supremo 1021/2005 , después de la Ley 15/2003, que da nueva redacción al artículo 58 del Código Penal, ésta ha venido a recoger la interpretación jurisprudencial del anterior artículo 33 , ya mencionada, sin que exista razón alguna para modificar nuestra anterior Jurisprudencia.”

En parecidos términos se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1021/05 en la que se alude a la finalidad que justifica la excepción al decir que “Así pues, lo inaceptable es el abono de prisión preventiva anteriormente sufrida, en causas posteriores, pues ello podía equivaler a una “compensación en pena futura” como si de una invitación a delinquir se tratara con los perniciosos efectos criminógenos que podría conllevar. La jurisprudencia de esta Sala, ahondando en la ratio legis del límite cronológico establecido en el artículo 58 del Código Penal, ha venido sentando una doctrina cuya proclamación más contundente la hallamos en las sentencias, invocadas por el recurrente, núm. 808 de 15 de mayo de 2000 y la núm. 2394 de 18 de diciembre de 2001, cuyos principales criterios resumimos a continuación:

1) No tiene sentido acudir al sistema de indemnización por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, previsto en los artículos 292 a 297 Ley Orgánica del Poder Judicial, si es posible computar la privación de libertad sufrida preventivamente en otra causa distinta a aquélla en la que se acordó.

2) Esa afirmación debe estar matizada por una excepción, que se impone por razones de prevención del delito y de seguridad jurídica. Así, en los casos en que el reo es conocedor ya de su situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, no debe serle abonada la privación de libertad preventiva que no pudo amortizar en la causa que la sufrió, ya que el saberse titular de un “crédito” o “saldo” positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia, produciría un sentimiento de impunidad, causante de un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatorio de pena inferior), dictada en la causa en que la medida cautelar fue acordada...”.

En nuestro caso, el penado se halla cumpliendo una pena de 4 años y 6 meses de prisión, por hechos cometidos entre el 7 de mayo de 2010 y el

30 de junio de 2010, según el relato fáctico de la sentencia, desarrollado en la fundamentación jurídica en lo que se refiere a la concreta intervención del mismo.

Y el periodo de prisión preventiva sufrido en las Diligencias Previaes núm. 2077/2008, cuyo abono se pretende, transcurrió desde el día 25/07/2009 hasta el 6/05/2010, dictándose auto de Sobreseimiento de esta causa en fecha 30-04-2016. Dicho periodo de tiempo no ha sido abonado a otra causa, como se desprende del informe del jurista (Folio 14), ni se ha simultaneado con privaciones de libertad acordadas en la presente; por lo que, en base a tal factual, estimamos que concurren todos los requisitos establecidos en dicha jurisprudencia para estimar abonable el periodo. Y ello es así, ya que puede afirmarse, en base a la información que obra en autos, que cuando el penado cometió los hechos por los que ahora cumple condena (en mayo y junio de 2010) no sabía ni podía saber que el procedimiento penal en el que estuvo preso preventivo (DDPP 2207/2008 de Instrucción 2 de Manacor) finalizaría sin condena, por lo que queda conjurado el riesgo de política criminal al que responde el fin de la norma, y cuya no concurrencia en un caso concreto constituye el fundamento de la excepción jurisprudencial. En realidad, y como hemos apuntado en los antecedentes, la única razón por la que se deniega el abono del periodo de privación de libertad radica en la naturaleza de la resolución por la que se pone fin al procedimiento, un sobreseimiento provisional, considerando el Juez de Vigilancia que la interpretación jurisprudencial aludida excluye otros supuestos que no sean los de sentencia absolutoria firme, sentencia de condena a tiempo inferior al de la preventiva sufrida o auto de sobreseimiento libre.

No obstante, el Tribunal estima que no ha de ser óbice que la resolución que le haya puesto fin al proceso sea un auto de sobreseimiento provisional, dictado al amparo del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que dicha resolución constituye uno de los modos normales de finalización del procedimiento penal previstos en la ley de enjuiciamiento criminal. Es cierto que se trata de una resolución que no produce cosa juzgada y que, por ello, cabría la reapertura del procedimiento si aparecen nuevos indicios de criminalidad que lo justificasen; no obstante, al margen de que sea más o menos remota dicha posibilidad, lo relevante en la decisión ahora cuestionada es que en el hipotético caso de recaer condena, el periodo de prisión preventiva sufrido no sería abonable, por impedirlo el

artículo 58.1º y al haber sido abonado en la presente causa, por lo que no supondría ningún beneficio extra al penado.

En cualquier caso, como decíamos, se trata de una resolución que pone término al procedimiento penal, y que vincula en tanto se mantengan sus supuestos a los demás órganos judiciales que hayan de adoptar decisiones respecto del sobreseído. Y ello por imperativo del derecho a la presunción de inocencia, tal y como ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Alien contra Reino Unido, núm. 245424/09) al decir que la presunción de inocencia no se cumple cuando una resolución judicial respecto de un acusado refleja el sentimiento de que este es culpable cuando su culpabilidad no ha quedado legalmente establecida con anterioridad. En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16-2-2016 (Caso Vlieeland Boddy contra España) se resolvió la cuestión de si los tribunales de lo contencioso que denegaron la reclamación efectuada por el demandante de ser indemnizado por haber sufrido prisión preventiva, (artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) basando la denegación en que el procedimiento penal había finalizado con un sobreseimiento provisional, vulneraron o no el principio de presunción de inocencia. Y el Tribunal Europeo resolvió en sentido estimatorio de la demanda, aplicando la doctrina antes citada, razonando que “En la medida en que la culpabilidad del segundo demandante no pudo establecerse, independientemente de si fue de forma provisional o definitiva, el Tribunal estima por una parte que no se le puede exigir al demandante, en el momento de la reclamación de una indemnización por funcionamiento anormal de la justicia, que demuestre su inocencia y, por otra parte, que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, competente para conceder la indemnización reclamada, concluir una posible declaración de culpabilidad del segundo demandante, a la que no pudo llegar el juez de lo penal, por falta de pruebas.

Por lo tanto, en opinión del Tribunal, está claro que tal motivación deja en el aire una duda sobre la inocencia del segundo demandante (Puiq Panella, precitada, ap. 55, y Tendam, precitada, ap. 39). El razonamiento del juez central de lo contencioso administrativo ignoró el sobreseimiento provisional, es decir el fallo de las diligencias, pronunciado sobre el acusado por una decisión judicial cuya parte dispositiva debe ser respetada por toda autoridad judicial, sean cual sean los motivos aducidos por el juez de instrucción (Vassilios Stavropoulos, precitada, ap. 39). La conclu-

sión es válida a fortiori desde el momento del pronunciamiento del auto de sobreseimiento provisional antes de la apertura del juicio oral, abandonando cualquier acción contra el acusado –como es el caso del segundo demandante–.”

Pese a que el ámbito al que se refiere la sentencia citada no es idéntico al presente, entendemos asimilable al presente supuesto, la referida doctrina por lo que respecta a la carencia de virtualidad de la resolución de sobreseimiento provisional en orden a denegar el abono de prisión preventiva.

Por lo demás, tal posibilidad no aparece expresamente excluida en el criterio jurisprudencial consolidado en las sentencia de nuestro más alto Tribunal a las que alude la defensa; y a su vez, resulta compatible con lo preceptuado en el apartado primero del artículo 58 del Código Penal que como hemos visto regula el abono de la prisión preventiva en la misma causa en la que se acordó, previendo una regla general (“1 El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada”) y una excepción salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. Estableciendo de forma expresa que en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

Por el contrario, de llegar a enjuiciarse la causa sobreseída provisionalmente el penado podría resultar perjudicado por una ulterior decisión absolutoria o de menor gravedad en la causa en que se le impuso la prisión provisional.

Por ello, y aún en el caso de considerar que se tratase de un supuesto interpretable (es decir, si el sobreseimiento provisional es o no equiparable a la sentencia absolutoria o al sobreseimiento libre, a los efectos del abono de la prisión preventiva) por tratarse de una materia en la que se halla afectado un derecho fundamental (artículo 17 de la Constitución Española) entendemos que debería interpretarse a favor del reo y de acuerdo con el principio favor libertatis, por lo que procede acceder a lo petitionado en base a las circunstancias concurrentes en el momento de decidir sobre la pretensión formulada, considerando abonable el periodo de prisión pre-

ventiva sufrido en la causa que fue sobreseída provisionalmente cuando el penado acredita que no conocía dicha resolución de crisis al cometer los hechos por los que ahora cumple condena.

Por último, respecto a la asimilación del presente supuesto a los casos en que se ha denegado la posibilidad de abonar prisión preventiva sufrida en una causa cuya pena ha prescrito (doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 70/2007 de 31 de enero, expresamente citada) o en los que se haya acordado la suspensión, entendemos que no existe identidad de razón con el presente; ya que lo que se pretende en ellos es el abono de prisión preventiva acordada en la misma causa en la que recayó una condena, la cual, finalmente, no se cumple por algún motivo (prescripción de la pena o porque se concediera al penado el beneficio de la suspensión). La propia Sentencia del Tribunal Supremo 70/2007 menciona en su antecedente fáctico que se resuelve el problema de “si cabe ese abono de prisión provisional en aquellos casos en que el solicitante no fue absuelto, sino condenado, aunque finalmente no cumplió la condena por prescripción de las penas”, lo que es distinto al supuesto ahora examinado, en el que el periodo abonable se adoptó en un procedimiento penal en el que se sufrió prisión preventiva pero que ha finalizado sin condena, en los términos que se ha razonado.

Consecuentemente con lo expuesto, el recurso se estima.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas en esta alzada.

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

FALLAMOS

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del interno C.A.M. contra el auto de 23-10-2017 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma de Mallorca en el expediente referenciado, que se REVOCA; y, en consecuencia, se le abona al penado para el cumplimiento de la condena impuesta en la Sentencia de fecha 8-10-2014, (parcialmente modificada por la del Tribunal Supremo de fecha 17-11-2015 y Auto del Tribunal Supremo de Aclaración de Sentencia, de fecha 26-11-2015), ejecutoria núm. 149/2017 de esta Sección 1* de la Audiencia Provincial, el tiempo de privación de libertad sufrido en las DDPP 2011/2008 del Juzgado de Instrucción de Manacor, comprendido desde el día 25-7-2009 hasta el día 6-05-2010.

Practíquese nueva liquidación de condena.

69.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 16/03/18

Inadmisión de demanda de indemnización por posible error judicial en la prisión preventiva decretada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de diciembre pasado, se presentó en el Registro General del Tribunal Supremo escrito del Procurador en nombre y representación de A., interponiendo demanda de error judicial por haber acordado el Juzgado Instrucción núm. 1 de Ortigueira en las D. Previas 477/12, en auto de 11/8/112, la prisión provisional comunicada del hoy demandante, recurrido en reforma desestimada por auto de 30/10/12 reiteradamente recurridas en apelación desestimadas por la Audiencia Provincial de La Coruña. Posteriormente, se planteó la declinatoria de jurisdicción para lograr que fuese el Tribunal del Jurado quien enjuiciase, dando lugar al Rollo de Casación de esta Sala 1082/14, que estimando el recurso en sentencia de 30/6/14 acordó que se continuase por la Ley Orgánica 5/1995, dictando sentencia el Magistrado Presidente en la causa Tribunal del Jurado 66/15, constituido en la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la Coruña, de 4 de abril de 2017, absolviendo al hoy demandante, recurrida en apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 20/9/17, Rollo de Apelación 4/17, desestimó el recurso. Declarada la firmeza por diligencia de ordenación de 5 de octubre de 2017 considera el demandante que: “...El error judicial es patente y claro por falta de la debida actuación del órgano judicial, por el desamparo que ello provocó al no profundizar adecuadamente en la instrucción y no perseguir el debido esclarecimiento de los hechos y contentarse con una mera formalidad de dar por buenos los informes policiales –de la policía judicial– pese a su patente contradicción entre sí, en puntos esenciales, y su palmaria contradicción con el informe de la policía local. El error es innegable, por acción y por omisión, y la lesión a la tutela judicial efectiva de mi principal, a su derecho a la libertad, y a su derecho a la presunción de inocencia fueron también claros y clamorosos...”.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 16/2/18, dictaminó: “... Con ocasión del atropello de una persona en la vía pública y con su vehi-

culo, el demandante fue detenido el día de autos, instruyéndose diligencias previas por el juzgado de Ortigueira.

El referido juzgado tomó en consideración la existencia de enemistad pública y probada entre el demandante y la víctima, el informe de la Guardia Civil que indicaba la ausencia de huellas de intento de frenada, la fuerza y velocidad del impacto, y la excelente visibilidad del momento y lugar, asumiendo la probabilidad de que el atropello hubiese sido intencional. El juez instructor, de conformidad con lo interesado por el Fiscal, asumió la fuerza evidencia, de dicho informe, y previo estudio de los autos, celebrada comparecencia y a petición del Fiscal dictó auto de prisión, al existir indicios de homicidio y obstrucción a la justicia, actos realizados como venganza del conductor por varias demandas presentadas por la víctima contra el primero. Dicha medida cautelar fue confirmada por la Audiencia de la Coruña, y reiteradamente denegó el juzgado la libertad provisional, confirmada dicha nueva denegación por la Audiencia. Acusado de asesinato el demandante por el Fiscal, el Tribunal de Jurado lo absolvió teniendo en cuenta otro informe de la policía local, que detectó huellas de frenada que podían indicar una maniobra de evitación, así como la testifical de una persona que vio un intento de evitación del accidente. La absolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Galicia, en méritos del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal.

El demandante entiende que el instructor incurrió en error judicial al acordar la prisión preventiva, por lo que interesa se declare así...procede la inadmisión a trámite de la demanda de error judicial planteada...En efecto, resulta indudable que en la adopción de la medida cautelar de autos no se ha incurrido en error judicial, al no tener engarce la actuación procesal denunciada en la referida categoría...”.

TERCERO.- Con fecha 8 de enero, la Abogada del Estado presentó escrito en el Registro General del Tribunal Supremo, interesando su personación y por providencia de 16 de enero se la tuvo por personada y parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En nombre de A., se presentó en el Registro General del Tribunal Supremo escrito interponiendo demanda de error judicial, por haber sufrido prisión preventiva (auto de 10/8/12) en las Diligencias Pre-

vias 477/12 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ortigueira, seguidos por delitos de asesinato, obstrucción a la justicia y homicidio imprudente, prisión preventiva que fue recurrida de manera infructuosa, tanto en la instancia como ante la Audiencia Provincial, solicitando pues en reiteradas ocasiones la puesta en libertad “al considerarse absolutamente injusta su estancia en prisión y resultar absolutamente sorprendente el seguimiento de una causa penal con la grave imputación vertida contra la persona de mi principal, sin fundamento alguno para ello. Mi principal permaneció en prisión de forma ininterrumpida desde el momento de su detención al que hemos hecho referencia en el punto anterior, hasta su puesta en libertad, hecho que tuvo lugar mediante Auto de fecha 4 de julio de 2014 en el que se acordó lo siguiente: 1a libertad provisional de A. previa prestación de fianza de 5.000 euros, con la obligación de comparecer semanalmente, los martes, en el puesto de la Guardia Civil de Cedeira, así como también la retirada de pasaporte. Asimismo, se acuerda la prohibición de aproximarse a la persona de la viuda e hijos del fallecido J. a menos de 200 metros, a su domicilio y a cualquier lugar frecuentado por aquellos, así como la de comunicarse con ellos por cualquier medio...” dictando posteriormente el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial sentencia de 4/4/17, Rollo 66/15, resultando absuelto.

Considera el demandante que “...El error judicial es patente y claro por falta de la debida actuación del órgano judicial, por el desamparo que ello provocó al no profundizar adecuadamente en la instrucción y no perseguir el debido esclarecimiento de los hechos y contentarse con una mera formalidad de dar por buenos los informes policiales –de la policía judicial– pese a su patente contradicción entre sí, en puntos esenciales, y su palmaria contradicción con el informe de la policía local. El error es innegable, por acción y por omisión, y la lesión a la tutela judicial efectiva de mi principal, a su derecho a la libertad, y a su derecho a la presunción de inocencia fueron también claros y clamorosos...”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial contiene en los artículos 292 y siguientes previsiones orientadas a que tenga lugar un efectivo resarcimiento patrimonial en los dos supuestos contemplados en su artículo 292.1: a) daños que sean consecuencia en cualesquiera bienes o derechos por error judicial y b) los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Estos dos casos distintos tienen también un tratamiento procesal diferente, como ha señalado esta Sala entre otros en los autos de 30 de noviembre de 2012, (Rec. 20714/2012) y de 22 de julio de 2013 (Rec. 20113/2013), pues en el supuesto de error judicial se precisa una previa declaración judicial, que reconozca su existencia, artículo 293.1, mientras que en el segundo supuesto, basta con formular petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, artículo 293.2. El caso singularizado de indemnización por padecimiento de prisión preventiva en causas en las que recae posteriormente un auto de sobreseimiento libre o una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado queda asimilado procedimentalmente a las reclamaciones por funcionamiento anormal (artículo 294.3 Ley Orgánica del Poder Judicial) (Auto de 22 de septiembre de 2014 rec. 20350/2014), de manera que la petición indemnizatoria se dirigirá directamente al Ministerio de Justicia y contra su resolución cabe recurso contencioso-administrativo.

La jurisprudencia ha seguido una evolución en su interpretación de estos preceptos que, por efecto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de abril de 2006, caso Puig Panella c. España y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de julio de 2010, caso Tendam c. España, reiterada en la muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de febrero de 2016, caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, ha finalizado entendiendo que, en el momento actual, en el ámbito del artículo 294 solo han de incluirse los supuestos coincidentes con los presupuestos expresamente exigidos, es decir, absolución por inexistencia objetiva del hecho, dejando los demás casos de prisión preventiva no seguida de condena en el marco del artículo 293, incluso los referidos a la llamada inexistencia subjetiva del hecho. Por lo tanto, la demanda por la vía del artículo 293 Ley Orgánica del Poder Judicial, puede aquí considerarse justificada, dado que no se trata estrictamente de un supuesto de absolución por inexistencia del hecho.

No obstante, es necesario tener en cuenta que, como ha recordado la Sala 3ª, del Tribunal Supremo, en dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2010, citadas en el Auto de esta Sala de 22 de septiembre de 2014, antes mencionado, la regulación legal “en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que

no vaya seguida de sentencia condenatoria”, siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no supone infracción del artículo 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena”.

SEGUNDO.- Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia del Tribunal Supremo 310/1998, de 3 de marzo, afirmando que el concepto de error judicial debe ser interpretado con un criterio restrictivo para evitar que el proceso por error se convierta en una tercera instancia o una encubierta casación. De no entenderlo así se vulnerarían principios básicos de la actuación jurisdiccional como la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y la exclusividad de la jurisdicción que corresponde a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes. La interpretación de estos principios exige que no puedan cuestionarse de forma indefinida los pronunciamientos jurisdiccionales si no es por los procedimientos legalmente previstos en las leyes, por los órganos jurisdiccionales legalmente señalados para el conocimiento de los procesos penales, y su impugnación por las vías también legalmente señaladas.

El error judicial que puede hacer nacer una obligación dineraria para el Estado no se conforma con una discutible valoración jurídica de un hecho, o con una interpretación razonable de la norma frente a la que quepa otra interpretación, sino con un error esencial que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene de esa realidad. Por ello el error judicial no comprende el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertadamente o no obedezcan a un proceso lógico, ni tampoco el desacierto del juzgador, sino la desatención de éste con respecto a datos de carácter indiscutible (Sala 1ª Sentencia del Tribunal Supremo 16-6-1999). Por ello, hemos dicho, que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales partiendo de unos hechos distintos de aquellos que fueron objeto de debate, sin que puedan traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas. En definitiva, equivocaciones fla-

grantes que puedan afectar al fondo o a la forma, esto es ha de tratarse de un error palmario, patente o manifiesto y del que no pueda hacerse cuestión de equívocidad (Sentencia del Tribunal Supremo 93/1998, de 28 de enero), (Sentencia del Tribunal Supremo nº 43/2002, de 22 de enero).

TERCERO.- La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la inadmisión a trámite de la demanda. La demandante basa su alegación en considerar que la prisión preventiva fue errónea, ante la insuficiencia de indicios de criminalidad, resultando posteriormente absuelto, por el Tribunal del Jurado.

Por lo que respecta a la constatación del error, cuya declaración se reclama como presupuesto de la reclamación administrativa, la doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda ha venido perfilando unos determinados requisitos:

a) Si el error hay que detectarlo en la decisión de prisión preventiva, la argumentación habrá de resaltar por qué aquella medida no debió haberse adoptado. No basta que el preso devenga ex post absuelto o archivada la causa. Se tratará de dilucidar si en aquellos momentos iniciales de la instrucción con los elementos de que se disponía y atendidas todas las circunstancias era procedente o no decretar la prisión preventiva.

b) En consecuencia la valoración de concurrencia de error debe llevarse a cabo atendiendo a las circunstancias concurrentes ex ante, en el momento de la adopción de la medida. Cabe una prisión preventiva decretada correctamente que vaya seguida de una sentencia absolutoria también correcta: porque se desvanecen los indicios que existían; porque el testigo se retracta de la inicial declaración; porque desaparecen pruebas; o sencillamente porque las exigencias indiciarias para una prisión preventiva se mueven lógicamente en un escalón inferior y menos riguroso a las requeridas para una sentencia condenatoria y se manejan además otros parámetros (riesgo de fuga, peligro de reiteración delictiva...). No cabe declarar el error base de indemnización si han sido las diligencias posteriores las que han podido demostrar que esa prisión fue materialmente indebida, aunque no fuese errónea y la decisión judicial fuese acertada.

c) La entidad del error debe ser tal que la aplicación de la norma al caso enjuiciado fuese disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal y doctrinal. No bastará con concluir que quizás no debiera

haberse dictado; habrá que demostrar que se decretó de forma claramente equivocada.

d) Si la presunción de inocencia, como canon de decisión sobre la condena o absolución, concierne a la certeza objetiva exenta de dudas razonables sobre la veracidad de la imputación, como regla de tratamiento, exige que la convicción sobre ésta se adecue en grado a la entidad de la decisión, que afecta a los derechos del imputado, y a aquellos otros que deben ponderarse en relación a ellos. Basta pues, cuando de la prisión se trata, con una convicción de probabilidad razonable de aquella veracidad en concurrencia con los demás parámetros que el legislador impone considerar. Singularmente al designar los fines a los que la prisión ha de ser funcional.

El artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros presupuestos y requisitos establece en su primer apartado que: La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito 2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión. 3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley. Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º, de este apartado. b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.... c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima...

Y añade: “También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”.

En el caso examinado:

1º. La resolución que acordó la medida da cuenta de los datos disponibles en ese momento.

Precedió petición al efecto del Ministerio Fiscal, tal como exige la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concurrente con la introducción del Jurado, como medida que garantiza mayor imparcialidad en quien decide y precedencia del conveniente debate al efecto.

En el presente caso concurren los requisitos mencionados, por cuanto del relato de hechos expuesto en esta resolución se desprende la existencia de un posible delito de HOMICIDIO, E INCLUSO ASESINATO al que los artículos 138 y siguientes del Código Penal asignan penas superiores a límite previsto en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existiendo además en la causa méritos bastantes para estimar responsable criminalmente de dicho delito a A., habiéndose celebrado, además, la audiencia exigida legalmente y en cuyo transcurso se ha solicitado la adopción de su prisión provisional por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular. De lo obrante en autos se desprenden indicios suficientes de la comisión de un delito de al menos homicidio puesto que las actuaciones realizadas hacen prever esto y siendo la declaración del detenido completamente incoherente con lo obrante en autos ya que, tanto los daños sufridos por ambos vehículos como por la víctima excluyen la alegación de velocidad mínima vertida por el detenido, quien en ningún momento negó haber sido quien atropelló al fallecido.

Con respecto a la medida a adoptar, además de la circunstancia de existir una gran alarma social con respecto a los delitos cometidos con vehículo de motor, sí existe un gran riesgo de fuga del detenido, pues no solo se puede llegar a enfrentar a una pena de prisión importante sino que además el mismo ha relatado tener deudas de sobre cinco millones de euros, aspectos que, pese al arraigo que pueda tener hacen plantear serias dudas de que el mismo esté presente durante la tramitación del procedimiento.

Por otro lado, también puede observarse riesgo para bienes jurídicos como pueden ser la integridad física de los familiares de la víctima pues la desavenencia entre ellos y el detenido es pública y notoria así como también se da el hecho que el detenido pueda influir, como redactó el ministerio Fiscal en las declaraciones de los testigos en caso de, hallarse en libertad...” recurrido en forma, desestimada por auto de 30/10/12, Apelación auto de 3/10/12 “... Así señalar que los indicios de la comisión de los referidos delitos son analizados de manera concreta y detallada en la resolución que decreta la prisión provisional.

Tales indicios deben entenderse suficientes para la fase procesal en que nos hallamos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya ha señalado que (Sentencias del Tribunal Supremo 29/3/99 y 9/1/2006) se exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con lo que se utilizan, y así en este caso de las diligencias practicadas puede deducirse la probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable. Así hay que considerar que el atropello por parte del imputado ha sido intencionado, ello se deduce de las múltiples desavenencias entre el imputado y cierta enemistad que se infiere de la documental relativa a los pleitos civiles, denuncias penales y denuncias ante el Ayuntamiento, pero también las declaraciones de algunos testigos ponen de manifiesto unos datos objetivos, la forma del atropello cercano al vehículo del fallecido, en línea con el mismo, que había perfecta visibilidad, no había huellas de frenada, ni de maniobra evasiva, y además uno de los testigos observó a la víctima caminando y el imputado se hallaba en su vehículo.

Con relación a los fines que justifican la adopción de esta medida cautelar señalar que se cuestionan aduciendo especialmente que no pueden apreciarse tal como se expone en la resolución de instancia, si bien tal apreciación resulta justificada.

Así consideramos que resulta justificado el mantenimiento de la medida cautelar teniendo en cuenta la gravedad de las penas a imponer con independencia de la definitiva calificación jurídica; por ello en este caso el arraigo social en modo alguno mitiga dicho riesgo, y esas alegaciones relativa a sus deudas para nada impide que pueda sustraerse a la acción de la justicia, puesto que cuenta con otros medios al ser constructor.

Con relación a la alteración de las fuentes de prueba señalar que su apreciación resulta justificada toda vez que puede influir en los testigos o bien en otras personas para que estas alteren las pruebas, ello también con el entorno social que se mueve.

Evitar que pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima que aquí se traduce en actuaciones contra los familiares de aquella, dadas las desavenencias entre aquellos y el imputado, que son públicas y notorias, y es que además diversas resoluciones judiciales eran desfavorables al recurrente, por lo que protege el entorno de los familiares ya que podría darse de hallarse en libertad una reiteración delictiva en relación con aquellos...” Nuevamente Apelación desestimada por auto de 30/7/13, nueva Apelación desestimada por Auto de 8/1/14, otro de Apelación de 14/5/14.

Ciertamente en la sentencia de 4/4/17 del Tribunal del Jurado absuelve al hoy demandante.

La decisión de acordar la prisión provisional mantenida tras los números recursos infructuosos de Apelación interpuestos contra la misma, pese a la opinión en contrario de la demandante, se basaba en indicios suficientes de la participación del imputado en un delito de gravedad, razón por la cual sin necesidad de mayores esfuerzos argumentativos no puede defenderse que se incurrió en un error grosero o clamoroso, único supuesto que permite proclamar el error judicial. Como tampoco se puede basar el error, que se insiste debe evaluarse en un juicio “ex ante” y no “ex post”, en el caso es diáfano que la decisión de acordar la medida cautelar de prisión preventiva con los indicios existentes en aquel momento no merece en forma alguna el calificativo de “disparatada”. Es más, se presentaba como la decisión más ajustada a la ley. No estamos ante un supuesto de error judicial flagrante porque una absolución en los términos expuestos no atrae automáticamente la etiqueta de “indebida”, “errónea” o “injustificada” para la prisión preventiva previa.

Por ello la demanda debe ser inadmitida como establece el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su letra e), y se imponen las costas a la demandante. Ello sin prejuzgar otros cauces indemnizatorios (funcionamiento anormal de la administración de justicia, o el del artículo 294 Ley Orgánica del Poder Judicial).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Inadmitir a trámite la demanda de error judicial planteada por la representación procesal de A., con imposición de las costas al demandante.

70.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 21/05/18

Denegación de la libertad provisional a fin de asumir cargo de consejero en el gobierno autonómico de Cataluña.

Caso Independencia de Cataluña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 23 de marzo de 2018 se acordó:

“La PRISIÓN INCONDICIONAL de los procesados C. F. y L., J. T. y N., R. R. i R., J. R. i A. y D. B. i C.

Firme la presente resolución, procédase a la devolución a los fiadores de las fianzas prestadas para garantizar la libertad de los procesados antedichos”.

SEGUNDO.- La defensa de J. T. i N. y de J. R. i A., en escrito fechado el 19 de mayo de 2018 interesa que se proceda a reformar la situación personal de los citados, otorgándoles la libertad provisional, para que puedan tomar posesión del cargo de Consellers, el próximo miércoles 23 de mayo de 2018, para el que han sido propuestos por el presidente de la Generalidad de Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Han sido diversas las ocasiones en las que, quienes se encuentran en situación de prisión provisional por este proceso, solicitaban

poder ejercer determinadas responsabilidades políticas. Las solicitudes siempre se han cursado pidiendo su libertad provisional y, alternativamente, interesando la adopción de aquellas medidas que les permitieran tomar posesión de sus cargos o ejercer todas o algunas de las funciones que les son propias.

En esta ocasión, la representación de J. T. i N. y J. R. i Andreu únicamente solicita su libertad provisional indefinida, sin ninguna otra petición alternativa. Expresan que el auto de 23 de marzo de 2018 acordó su prisión provisional por entender que concurría en ellos un riesgo de reiteración delictiva y un riesgo de fuga, pero aducen que después de dictarse la resolución han aparecido nuevos elementos que justifican la modificación de la medida cautelar que se adoptó. En su recurso, los procesados recuerdan que acaba de nombrarse un nuevo presidente de la Generalidad de Cataluña y afirman que les ha trasladado la oferta de que se incorporen como consellers al nuevo Consejo de Gobierno de la Generalidad. Aducen que no sufren ninguna restricción de sus derechos políticos y que no puede adelantarse la aplicación del artículo 384 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que entienden que deben gozar de libertad para poder ejercer sus cargos con plenitud y reclaman su libertad, al tiempo que afirman que su nueva función ejecutiva desactivaría su hipotético riesgo de fuga, y sostienen que el riesgo de reiteración delictiva puede conjurarse revirtiendo la situación de prisión si los procesados actuaran inadecuadamente.

SEGUNDO.- 1. Ya se ha indicado en múltiples resoluciones anteriores que la limitación de los derechos políticos de un individuo resulta adecuada cuando responda a otras finalidades constitucionalmente legítimas y más necesitadas de protección. En todas estas resoluciones se ha recordado la doctrina constitucional que expresa la restricción que puede experimentar el ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que se justifique por la necesidad de proteger derechos o valores constitucionales de singular valor colectivo, recordándose que el Tribunal Constitucional, al evaluar precisamente el alcance de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23.2 de la Constitución Española en su Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1994, de 3 de marzo (con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981), precisaba: «Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto

derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático». En parecidos términos se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo que la limitación de derechos subjetivos ofrezca una adecuada correspondencia con los bienes jurídicos que tratan de protegerse (sentencia de la Gran Sala de 6 de octubre de 2015 en el caso *Thierry Delvigne vs Francia*).

2. En la petición de libertad que ahora se cursa, no se hace ninguna referencia a los hechos por los que los encausados han sido procesados. Unos hechos que han consistido en que determinados partidos políticos secesionistas desplegaron su capacidad política para, desde su mayoría de escaños en el Parlamento, designar un presidente del Gobierno de la Generalidad de Cataluña que ejecutara las iniciativas legislativas de fragmentación territorial impulsadas desde el Parlamento, por más que éstas hubieran sido declaradas contrarias a nuestra Norma Suprema y hubieran sido anuladas por el Tribunal Constitucional, así como para que el Gobierno autonómico condujera su actividad con esa misma orientación; todo ello, impulsando y favoreciendo –con quebranto de las normas imperativas penales– que amplios sectores sociales que comparten ese ideario, se enfrentasen pública y colectivamente a la actuación que las instituciones del país desplegaron para preservar el orden constitucional, buscando con ello forzar al Estado a aceptar la situación de hecho ilegalmente creada.

Y tampoco describe la petición de libertad cuál ha sido el papel que, en esa estrategia, han desempeñado los procesados J. T. y J. R. En todo caso, el auto de procesamiento detalla que su intervención habría consistido en organizar e impulsar la ejecución del plan de independencia, aprovechando para ello las funciones ejecutivas que, como consellers, tenían en el anterior Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña, hasta que fueron cesados con ocasión de la aplicación del artículo 155 de la Constitución Española.

TERCERO.- El auto de 23 de marzo de 2018 adoptó la medida cautelar por concurrir dos circunstancias que justificaban la prisión provisional de los procesados a los que este auto se refiere.

1. El auto expresaba que existe el riesgo de que los procesados puedan reincidir en las conductas que el procedimiento trata de conjurar, pues: a) los procesados han compartido la determinación de alcanzar la independen-

cia de una parte del territorio español mediante instrumentos de actuación que quebrantan las normas prohibitivas penales, y b) el designio al que se incorporaron, siempre previó continuar con la actuación ilícita (utilizando los recursos de la administración autonómica y el apoyo ciudadano), tan pronto como se recuperara el control de las instituciones catalanas que hubieran sido intervenidas. De este modo, el propio Libro Blanco en el que se recogía su plan de actuación, expresaba que: «Incluso en el caso extremo de suspensión del autogobierno, esta suspensión no podría tener carácter indefinido y mucho menos definitivo y, por tanto, la voluntad popular y la voluntad institucional podrían seguir manifestándose una vez recuperada la autonomía y el funcionamiento ordinario de las instituciones».

Así, teniendo además en cuenta la actuación observada por los procesados en los últimos meses, la resolución de 23 de marzo de 2018 concluía en que no existían marcadores que sugirieran que se hubiera abandonado por los procesados la intención de retornar al anormal funcionamiento de las instituciones.

La consideración de este instructor fue impugnada, entre otros, por los propios solicitantes de libertad. Y la Sala de apelación, desde una actuación funcional que sobrepone su criterio al de este instructor cuando no aparecen nuevas circunstancias que modifiquen los elementos de ponderación, en un auto dictado sólo dos días antes de que se presentara esta nueva e insistente petición de libertad, expresó: «En cuanto al riesgo de reiteración delictiva, ha de valorarse que, como se ha dicho, la conducta imputada a los recurrentes no ha consistido en un acto aislado, sino en la participación constante y relevante, como miembros del Gobierno y del Parlamento de una Comunidad Autónoma de España, en un plan que, como se recuerda más arriba, inició su fase final con la Resolución 1/XI del Parlamento catalán, y que se desarrolló a lo largo de un periodo cercano a los dos años, desde el 9 de noviembre de 2015 hasta octubre de 2017, en el curso de los cuales se desobedecieron frontalmente las resoluciones del Tribunal Constitucional y se actuó derogando de facto la Constitución, el Estatuto de autonomía y cuantos elementos del ordenamiento jurídico se oponían al designio de los recurrentes. Igualmente ha de tenerse en cuenta que la determinación de los recurrentes, junto con las demás personas a las que se imputa su participación en estos hechos, se mantuvo aún después de los episodios de violencia y de los tumultos que tuvieron lugar el 20 de septiembre con ocasión de los intentos de evitar, con el concurso de la fuerza

física, que se diera cumplimiento a resoluciones judiciales de entrada y registro en dependencias oficiales de la Generalitat, pues insistieron públicamente en la convocatoria de la población a votar en el referéndum que pretendían celebrar aun sabiendo que la presencia policial encargada de impedir las votaciones daría lugar a enfrentamientos físicos que, con alta probabilidad, como ya había ocurrido y finalmente volvió a suceder, terminarían en actos de violencia.

A todo ello ha de añadirse que debe valorarse el contexto en el que se produciría una eventual recuperación de la libertad de los recurrentes, y en ese sentido, como ya decíamos en nuestro Auto de 22 de marzo pasado, no existen indicios de que se haya abandonado de forma clara y definitiva la idea de forzar la colisión con el Estado con la finalidad de declarar la independencia, e imponerla por vías de hecho con el concurso de la movilización popular y, consiguientemente, con la alta probabilidad de enfrentamiento físico con los agentes que actúan para asegurar el cumplimiento de la ley».

De este modo, sólo una alteración de las circunstancias evaluadas por la Sala de apelación en su auto de 17 de mayo de 2018, permitiría a este instructor atender la nueva petición de libertad que los procesados cursan horas después del fracaso en alzada del mismo pedimento. Y esta modificación de los parámetros básicos de evaluación del riesgo de reiteración delictiva no se ha producido.

Las razones que se han expuesto, y fundamentalmente la determinación que expresaron todos los partícipes de que volverían a la ejecución de su plan ilegal tan pronto como recuperaran el control de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña, muestran que un eventual retorno de los procesados al Consejo de Gobierno de esa Comunidad, no sólo no desvanece o mitiga el riesgo de reiteración delictiva que trata de conjurarse, sino que lo potencia, más aún cuando el presidente que pretende designarlos ha exteriorizado su voluntad y determinación de impulsar la república independiente ilegalmente declarada.

En tal coyuntura, si el riesgo de reiteración delictiva se potencia con cualquier actuación que favorezca que los procesados finalmente asuman los cargos para los que han sido propuestos, con mayor razón puede afirmarse que la propuesta de nombramiento en modo alguno justifica lo que

a este instructor se le pide, esto es, que los procesados sean puestos en libertad para que puedan ejercer de nuevo sus responsabilidades.

2. La alegación desde el principio de subsidiariedad de que, en la eventualidad de que la libertad provisional fuera aprovechada por los procesados para perseverar en su delito, este instructor podría corregir el menoscabo reactivando la medida cautelar de prisión, debe también ser rechazada. La sugerencia no sólo se enfrenta a los relevantes e irreparables perjuicios colectivos que pueden derivarse de la inobservancia y de la violación del orden constitucional que se adelantaba en los designios reflejados en el Libro Blanco para la independencia de Cataluña, sino que oculta la naturaleza argumentativa del alegato, pues la potencial reversión de la medida que sugieren los recurrentes, resultaría fácilmente inalcanzable si se considera el riesgo de fuga existente y las dificultades de ejecución que —en tal coyuntura revocatoria— podrían surgir.

Así lo ha dejado sentado la Sala de Apelación en su auto de 17 de mayo de 2017(sic) (a cuya consideración se debe quien ahora resuelve), cuando expresa que junto a los indicios de responsabilidad de los procesados que describe este instructor: «no puede dejar de valorarse la estructura organizativa que los apoya, ni la consistencia económica de la misma, ni los contactos internacionales del grupo, elementos que han permitido a quienes ya se han fugado, mantener una apariencia de vida normalizada fuera de España y de la residencia que hasta entonces era su domicilio habitual.

Aunque se mantenga la confianza que merecen los sistemas de cooperación judicial internacional instaurados en el ámbito de la Unión Europea, que no tienen por finalidad enjuiciar la actuación de las autoridades judiciales de otro socio, sino que pretenden aumentar la agilidad de la colaboración basándose en un reconocimiento de las resoluciones judiciales que tiene su razón de ser en el respeto mutuo y en la confianza recíproca, sin embargo, a pesar de ello, ha de reconocerse que, en el caso, son evidentes las dificultades existentes para hacerlos efectivos mediante la entrega a España de quienes se han instalado en diversos países de la Unión (con independencia de la situación de quienes lo han hecho en otros países fuera de ella), de manera que permanecen en aquellos a pesar de ser reclamados por autoridades judiciales españolas por delitos muy graves, que incluso podrían afectar, en caso de que los procesados alcanzaran sus objetivos, a la propia estructura política y a los valores de la Unión».

Vistos los precitados argumentos jurídicos,

PARTE DISPOSITIVA

EL INSTRUCTOR ACUERDA: DENEGAR la libertad provisional solicitada por J. T. i N. y de J. R. i ., manteniendo la medida cautelar de prisión incondicional acordada por auto de 23 de marzo de 2018.

71.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA SECCIÓN 2ª DE FECHA 21/06/18

Prórroga de prisión preventiva eludible mediante fianza en causa de abusos sexuales continuados con prevalimiento.

Voto particular de prórroga de prisión preventiva incondicionada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de G., R. y E., mediante escrito de fecha 4 de junio de 2018 se solicitó de este Tribunal «decrete la LIBERTAD PROVISIONAL de mis representados G., R. y E. sin fianza y con obligación apud acta de comparecer ante el Juzgado cada quince días o, en su caso, con una periodicidad más corta si así se estima necesario y con adopción, además y en su caso, de otras medidas cautelares como la retirada del pasaporte o la prohibición de obtenerlo, la prohibición de salir del territorio nacional o de un área geográfica concreta más limitada del mismo y/o aquéllas otras que se estimen precisas a los fines de aseguramiento del procedimiento y/o BAJO EL ESTABLECIMIENTO DE UNA FIANZA PECUNIARIA EN CUANTÍA ACOMODADA A LOS MÓDULOS QUE OFRECE EL ARTÍCULO 531 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL».

Idéntica petición fue formulada por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de E.

Asimismo, por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de G. se solicitó del Tribunal “se sirva decretar la LIBERTAD PROVISIONAL DE MI REPRESENTADO SIN FIANZA, con las medidas cautelares que se estimen pertinentes, proponiendo (al igual que las demás partes) la obligación de comparecer “apud acta” ante el Juzgado cada quince días, o en su caso, con una periodicidad más corta si así se estima necesario y con adopción, además, de otras medidas cautelares como la retirada del pasaporte o la prohibición de obtenerlo, la prohibición de salir del territorio nacional o de un área geográfica concreta más limitada, así como aquellas que se estimen precisas a los fines de aseguramiento del procedimiento”; amén de “la previa prestación de fianza por importe de 6.000 euros”.

SEGUNDO.- Todas las acusaciones personadas (Ministerio Fiscal; acusación particular ejercitada por la Procuradora de los Tribunales, en representación de Dña. C.; acusación popular ejercitada por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, representada por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra y acusación popular ejercitada por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, representado por el Procurador de los Tribunales) se opusieron a las peticiones de libertad formuladas, interesando, a su vez, las tres primeras mencionadas la prórroga de la prisión provisional al amparo de lo dispuesto en el artículo 504.2, y previa celebración de la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta el límite de la mitad de la pena impuesta, esto es, 4 años y 6 meses.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 8 de junio se acordó la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose a tales efectos el día 18 de junio, con citación de todas las partes, procediéndose seguidamente, una vez terminado el acto, a la deliberación, votación y resolución de las cuestiones planteadas.

CUARTO.- Con fecha de 21 de junio consta en las actuaciones la siguiente diligencia:

«DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- La pongo yo, el Letrado de la Sala, para hacer constar que, siendo las 12:20 horas del día de ayer, 20 de junio, se me hizo entrega de la presente pieza de situación personal, manifestándome que ha declinado la redacción de la ponencia, y que procederá

a emitir un voto particular. Acto seguido, hice entrega de la pieza al Juez que asumió la ponencia y para que así conste a los efectos procedentes, redacto y firmo la presente en Pamplona a 21 de junio de 2018».

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la respectivas representaciones procesales de los procesados, condenados, cada uno de ellos, en Sentencia N° 38/2018 dictada en el presente procedimiento de Sumario Ordinario a una pena de 9 años de prisión, entre otras, por un delito continuado de abuso sexual con pre-avalimiento previsto y penado en el artículo 181.3 del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4, en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Código, se ha solicitado la modificación de su situación personal de prisión provisional en que se encuentran desde el día 9 de julio de 2016 y su sustitución por la libertad provisional en los términos reflejados en el primero de los antecedentes de esta resolución; alegando, en síntesis, el carácter excepcional, proporcional, subsidiario y provisional de la medida en cuestión; su naturaleza exclusivamente cautelar; así como que las finalidades señaladas en el Auto de este Tribunal de fecha 14 de julio de 2017 han quedado sin el debido sustento, pues las altas penas a que en él se hacían referencia [“Contamos con la contundencia de un dato objetivo, cual es la pronta celebración del juicio oral, en el que se va a dilucidar una pretensión de condena que en su mínima expresión se extiende a los 22 años y 10 meses de prisión. Es inequívoco que la cercanía del juicio, con una petición de esta contundencia, hace concreto el peligro de eludir la acción de la justicia, por el procesado quien es destinatario de esa pretensión.

Además no podemos excluir el riesgo de reiteración delictiva relacionada con la presunta dinámica comisiva, en una actuación grupal, se decía en tal Auto han resultado notablemente rebajadas, al haberse impuesto en la sentencia dictada por este Tribunal la de 9 años de prisión, pudiendo conjurarse el riesgo de fuga y de reiteración delictiva apreciados en dicha aquella resolución con otras medidas menos gravosas, como las que solicitan.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal alega como fundamento de su oposición a la libertad provisional y de su petición de prórroga de la prisión provisional que, como señaló la Sección Primera de la Audiencia en Auto de 20 de diciembre de 2017 (debe decir 2016), y remitiéndose al artículo

503 1.3° segundo párrafo de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “para valorar el riesgo de fuga, aun cuando conste arraigo del investigado o procesado, ha de tenerse en cuenta la naturaleza del hecho, la gravedad de la posible pena, así como el tiempo que es razonable considerar que transcurre hasta la celebración del juicio oral.

Y en relación con estos aspectos es destacable que los hechos imputados pudieran constituir unos delitos ciertamente graves y determinantes de la posible imposición de una pena de considerable entidad, muy superior a los dos años de prisión.

Ello pone de manifiesto un posible riesgo de fuga que es inherente a la gravedad de los hechos imputados y a la entidad de la pena que pudiera corresponderle al procesado, lo cual podría justificar, por sí solo, la adopción de la prisión provisional”.

Señala, igualmente, que “la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, en Auto de 14 de julio de 2017, mantuvo la situación de prisión provisional ante el riesgo de fuga, por la inminencia de la vista oral y por el riesgo de reiteración delictiva” y aunque, ciertamente, “en los momentos procesales en que se dictaron dichos Autos, estaba pendiente la celebración de la vista oral y es cierto que las peticiones de penas por las acusaciones eran más elevadas que las impuestas en la Sentencia “considera que, precisamente este dato, “es determinante para mantener la situación de prisión provisional” dado que, “si en ese momento que no había sentencia, se apreciaba la existencia de tal riesgo, con mayor motivo en el momento actual en que se ha dictado una sentencia condenatoria en la que se les impone la pena de 9 años de prisión”.

Estima que “es también reseñable el hecho de que cuatro de los cinco procesados están incurso en otro procedimiento judicial seguido por hechos de análoga naturaleza, lo que además de poner de manifiesto el riesgo de reiteración delictiva, aumenta la posibilidad de que traten de sustraerse a la acción de la justicia” y en razón a todo ello, solicita la prórroga de la prisión provisional de los cinco condenados hasta el límite de cuatro años y seis meses, mitad de la pena impuesta.

Por la representación procesal de C. se ha manifestado que en todos los condenados “se han ponderado y examinado tanto las circunstancias personales concurrentes como los requisitos legales exigidos para la adopción de la medida, los hechos son de una especial gravedad y los indicios

de criminalidad respecto del recurrente son claros y contundentes, y todas las circunstancias concurrentes encajan en plena conformidad con lo establecido en los artículos 503.1 y 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”; estima por ello que debe mantenerse la prisión provisional en su día acordada “por darse los suficientes elementos incriminatorios y cumplirse todos los requisitos de legalidad ordinaria recogidos en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que hayan sido vulnerados los artículos: 24 de la Constitución, y artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Se remite como fundamento de su pretensión al razonamiento jurídico segundo del auto de 14 de julio de 2017 por el que se desestimó la solicitud de libertad, y estima que siguen siendo aplicables las mismas consideraciones del auto mencionado a las que añade el hecho de que ya se ha dictado sentencia condenatoria.

A juicio de la acusación particular “dada la gravedad de las penas impuestas, nueve años de prisión a cada uno de los condenados y la circunstancia de estar encausados en otro procedimiento por hechos similares en una actuación grupal, resulta evidente el riesgo de fuga, sin que quepa alegarse arraigo social y familiar”.

En relación con lo manifestado de contrario sobre la imposibilidad de que los condenados actúen contra bienes jurídicos de la víctima, y la inexistencia de riesgo de reiteración delictiva, estima que “no resulta ello descartable a la vista de los antecedentes en la conducta de los imputados durante el procedimiento, su falta de colaboración, negándose a declarar ante el Juez Instructor en un primer momento, para luego, después de tener conocimiento del resultado de las investigaciones y material probatorio, preparar su declaración, la ocultación de la perpetración de otros hechos presuntamente delictivos, que posteriormente fueron averiguados por los policías encargados de la investigación. Todo ello hace presumir la existencia del riesgo de acceder por sí, o a través de terceros a las fuentes de prueba o influir sobre otros investigados, y más concretamente en la inmisión en el derecho a la intimidad de la víctima y su entorno, hecho que ya ha ocurrido durante el presente procedimiento mediante el encargo, por la madre de uno de los imputados Doña C., a dos detectives privados Doña E. y Doña E., para que sometieran a investigación a la víctima en su vida particular, en la que aparecían fotografías de la víctima con sus familiares y amigos, así como el portal de su domicilio”.

En definitiva, considerando que todo lo alegado no hace sino “reflejar unos bajos instintos personales en su forma de proceder”, entiende que se debe “presumir la probabilidad de reiteración delictiva, y lo que es tan importante, como decía en el punto anterior, presumir que los procesados pudieran actuar contra bienes jurídicos e intereses de la víctima, debiendo siempre prevalecer la protección de esta última frente a las consideraciones sobre la situación personal de los procesados, procediendo por ello mantener la medida cautelar”. (Lo destacado es nuestro).

Por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, constituido en acusación popular, se argumenta que “en el momento actual a diferencia de los pronunciamientos anteriores, nos encontramos con una condena, no firme, de 9 años de prisión”, “penas de evidente importancia y que pueden verse sustancialmente incrementadas a la vista de los recursos de apelación interpuesto por el Ministerio fiscal y acusaciones” y citando la sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/1996 de 15 de abril, añade que la misma “presume un sombrío futuro para los condenados”. (Lo destacado es nuestro).

Añade asimismo que, cuatro de los peticionarios de libertad se encuentran incurso “en una causa por la posible comisión de los delitos de abuso sexual y contra la intimidad de las personas lo que no hace si no (sic) ensombrecer todavía más su futuro, ante lo cual puede darse la más que probable tentación de sustraerse a la acción de la justicia”.

En relación con las circunstancias personales que se hacen valer de contrario como fundamento de la petición de libertad provisional, alega que “no mitigan el evidente riesgo de fuga y además tampoco se acreditan”.

Finalmente y en relación a G. se alega que, “en fechas recientes ha publicado una carta en el medio digital” DIRECCION001 “en el que en un tono desafiante y directo se dirige a la víctima”; añade que “la víctima y su familia han recibido amenazas en las últimas fechas, lo que les ha llevado a tener que presentar denuncia por estos hechos” y concluye afirmando que “todo ello hace presumir que si el Sr. G. se encontrara en libertad pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima como son el derecho a la intimidad o a la propia imagen, entre otros”. (Lo destacado es nuestro).

Finalmente, el Asesor Jurídico-Letrado de La Comunidad Foral de Navarra, actuando en representación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra estima que el contenido del Auto de esta Sección, de

fecha 14 de julio de 2017, no ha quedado desvirtuado por cuanto se alega de contrario dado que “ya no es sólo que concurran en el caso de autos indicios suficientes de la autoría del procesado recurrente en delitos continuados de abuso sexual con penetración o violación, sino que ya ha sido condenado por ello a una pena de 9 años de prisión; si bien es cierto que dicha sentencia está recurrida, pero no sólo por las defensas solicitando la absolución de los condenados, sino igualmente por las acusaciones de forma unánime, pidiendo unas condenas superiores a las actualmente impuestas (por encima de veinte años)”.

Alega que no solo es discutible el arraigo familiar alegado sino que también, existe riesgo de fuga para sustraerse a la acción de la Justicia y ello “no sólo por la pena de prisión impuesta (9 años), sino por la solicitada en sus recursos por las acusaciones (esta acusación popular solicita una condena de hasta 25 años). Las posibilidades de que una persona encausada (más aún condenada, aunque se haya recurrido la sentencia condenatoria) trate de sustraerse a la acción de la justicia, son directamente proporcionales a la importancia de la pena previsible”; argumento al que añade la consideración de “la existencia de una instrucción actualmente en curso en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de (Córdoba), por delitos semejantes a aquél por el que ha sido ya condenado (abuso sexual) y a otro (delito contra la intimidad) por el que se pide condena en nuestro recurso de apelación”.

Por último, considera que “existe riesgo de reiteración delictiva, como pone de manifiesto también la existencia de la citada instrucción del Juzgado, más allá de toda consideración de orden subjetivo sobre el procesado”; al tiempo en que, respecto de la prórroga de la prisión provisional, se adhiere a la petición del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- A la hora de resolver sobre la petición de libertad provisional conviene recordar, por consabida que sea, la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, recogida, entre otras muchas, en Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 65/2008 (Sala Primera), de 29 mayo.

Así, tras recordar, que “ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables” (artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que «faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una

situación anterior (de prisión o de libertad) «cuantas veces sea procedente» y a modificar la cuantía de la fianza «en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio», se remite a la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1997, de 7 de abril, conforme a la que «la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional:

«Obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente».

Y añade: «La particular característica de que los Autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (Auto del Tribunal Constitucional 668/1986, de 30 de julio, F. 1) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia –por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas– obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida. Esta facultad de las partes de reiterar su pretensión –aun después de haber agotado los posibles recursos– no está supeditada por la Ley al advenimiento de nuevos hechos en el curso del proceso, ni aun siquiera a la aportación de nuevos elementos de juicio o argumentaciones distintas de las que ya hubieran sido expuestas con anterioridad.

Naturalmente, sin perjuicio de la referida facultad de las partes, el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no proporciona cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración –plasmada en la resolución judicial– de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica. (...)».

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, en el que a las peticiones de libertad de los condenados en sentencia dictada en primera instancia se ha solapado por tres de las acusaciones la petición de prorrogar la prisión provisional en que se encuentran desde el 9 de julio de 2016 (habiendo sido detenidos el 7 de julio de 2016), debemos analizar en primer lugar, por razones de lógica y método, esta pretensión que se formula al amparo de lo previsto en el último párrafo del artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, conforme al que “Si fuere condenado el investigado o encausado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida”.

A estos efectos, resulta de interés recordar que, en virtud de la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, se procedió a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la incorporación de un nuevo artículo 504 bis 2, anteriormente suprimido, y que obedecía, según el expositivo 4, relativo a las “medidas cautelares”, de la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, a las siguientes consideraciones:

“La introducción de un nuevo artículo 504 bis 2 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a la adopción de medidas cautelares de privación o restricción de la libertad, incorpora una necesaria audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y el imputado asistido de letrado, inspirada en el principio acusatorio, y suprime la exigencia de ratificación del auto de prisión. De esta forma, la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio, sin perjuicio del carácter reformable de las medidas adoptadas durante todo el curso de la causa”.

Con ello queremos remarcar que, cuando se trata de acordar o prorrogar la prisión provisional, y para hacer realmente efectivo los referidos principios acusatorio y contradictorio, incumbe a las partes acusadoras la carga de proporcionar al órgano judicial decisor la debida argumentación (traducida en buenas y poderosas razones para privar con carácter preventivo y provisional del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución Española a quien todavía goza del derecho a la presunción de inocencia), expresando tanto los presupuestos habilitantes de esta medida cautelar como los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden alcanzar, sin que corresponda, por tanto, al órgano judicial actuar de forma inquisitiva buscando una fundamentación fáctica y jurídica distinta a la que se hubiere hecho valer, pues no le corresponde ni suplir los razonamientos de aquéllas, ni reconstruir de oficio las peticiones que en tal sentido se hubieren formulado cuando adolezcan de una motivación insuficiente, para, en fin, dotarles de un contenido jurídico preciso del que por sí mismas carezcan.

En este sentido, resulta sumamente ilustrativa, no obstante carecer de efecto normativo fuera del ámbito que les propia, la Instrucción núm. 4/2005, de 15 de abril, de la Fiscalía General del Estado:

Así, en su Expositivo VIII, recuerda: “La exigencia general de motivar los informes el Ministerio Fiscal es consecuencia indeclinable del principio de interdicción de la arbitrariedad, que vincula a todos los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución Española) y actúa preventivamente para que la discrecionalidad reconocida en el ejercicio de la función nunca pueda trastocarse en arbitrariedad, incluso sospecharse que pueda haber existido (...)”.

Más adelante, en el IX, señala: “En consecuencia, cuando el Ministerio Fiscal considere necesaria la prisión provisional, tendrá que alegar suficientemente al órgano judicial los motivos por los que solicita esta medida en la comparecencia del artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal razonando la concurrencia de los presupuestos y fines legales (artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y –también– la repercusión de la medida en el imputado, sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta (artículo 502.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Semejante deber de motivación observará el fiscal en la comparecencia para prorrogar la prisión provisional (artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y cuando informe por escrito en el procedimiento a favor de imponer la medida de prisión o su mantenimiento”.

Y, entre las conclusiones que vienen al caso, sienta como primera la siguiente:

“Cuando el Ministerio Fiscal informe oralmente o por escrito a favor de la adopción, mantenimiento o prorroga de medidas cautelares, y singularmente la de prisión, las alegaciones o argumentos esgrimidos habrán de respetar elementales parámetros de razonabilidad, explicando suficientemente los motivos determinantes de su postura, con respuesta individual fundada en la concurrencia de los presupuestos y fines legales requeridos para la imposición o continuidad, valorando las circunstancias fácticas del proceso y las personales del inculpado o sometido a la medida, huyendo de fórmulas estereotipadas o aparentes y de la mera repetición de textos normativos”.

En los casos en que, como el que nos ocupa, debemos pronunciarnos sobre la aplicación del párrafo segundo del artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 50/2009, de 23 de febrero, en su F.J. nº 4, examina las exigencias de motivación de los autos que acuerden la prórroga de la prisión provisional cuando se hubiere dictado una sentencia condenatoria, tras recordar, en cuanto a su correcto encaje constitucional, que “tenemos reiteradamente dicho que en estos casos en que se cuestiona la suficiencia de la resolución de prórroga de la prisión provisional, el derecho fundamental concernido no es el del artículo 24.1 de la Constitución Española, que carece aquí de autonomía sino, por sus efectos sobre la libertad personal del afectado, el del artículo 17 de la Constitución Española, en el que ha de quedar subsumida la queja (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional ...)”.

En este sentido, en cuanto al fondo, señala: «este Tribunal tiene fijada doctrina en torno al problema específico que aquí se plantea, en el sentido de que no puede considerarse suficiente el hecho de haberse dictado una Sentencia de condena contra el acusado para fundamentar la prórroga de la prisión provisional hasta entonces acordada, resultando incompatible con el derecho fundamental a la libertad personal una interpretación del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que postule el automatismo de la prórroga por ese motivo.

En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, sentada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1998, de 4 de mayo, F. 3, no resulta constitucionalmente admisible la motivación de la prórroga de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta que se sustenta exclusivamente en el dictado de una Sentencia condenatoria, pues tal automatismo supone desconocer las rigurosas exigencias de motivación que tanto la adopción como la prórroga de esta medida han de respetar para poder afirmar que son constitucionalmente legítimas (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional ...).

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 333/2006, de 20 de noviembre, F. 3, «es doctrina constitucional reiterada que para que la motivación de la resolución judicial que acuerde tal medida se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro), que constituye una exigencia formal del

principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (Sentencias del Tribunal Constitucional ..., entre las más recientes).

Concretando dichas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2002, de 14 de enero, F. 4), también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 4 b), 37/1996, de 11 de marzo, F. 6 a), 62/1996, de 16 de abril, F. 5, y 33/1999, de 8 de marzo]. En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito [por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1997, de 10 de marzo, F. 5 b)]».

Finalmente, sobre posibles objeciones que pudieran plantearse a esta doctrina por razón de la propia doctrina constitucional mantenida en resoluciones anteriores, añade:

«No obsta a lo dicho la afirmación, incluida en el Auto de 22 de junio de 2006, de que este Tribunal Constitucional sostendría un criterio contrario al ya expuesto, por tanto favorable a la suficiencia de la Sentencia de condena como causa para la prórroga de la prisión provisional, haciendo cita para ello de las Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1996, de

15 de abril, y 42/2000, de 17 de febrero (sic, debe decir Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, de la misma fecha). En efecto, la primera de dichas resoluciones se refería en este punto a la adopción de una medida de prisión provisional tras una Sentencia condenatoria de quien se encontraba en libertad provisional, mientras que la segunda se limitaba a recoger el criterio mantenido en la anterior para la situación a que aquélla se refería. De este modo ambas decisiones se sitúan en un plano distinto al de la prórroga de la prisión provisional a que se contrae el caso presente. Y, en todo caso, debe aclararse que la doctrina sentada en dichas Sentencias no legitima el automatismo de la prisión provisional tras el dictado de una Sentencia condenatoria por delito grave –como parece entender el órgano judicial en el Auto de 22 de junio de 2006–, sino que lo que afirmó el Pleno de este Tribunal en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero, F. 3, es que tal hecho «puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia» lo que en este caso no se ha ponderado».

A esta consolidada doctrina constitucional cabe añadir el tratamiento que la muy reciente Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2018, de 1 de junio, da sobre esta cuestión, en la que no viene sino a «hacer hincapié en algunas pautas acuñadas por la doctrina del Tribunal Constitucional:

La prórroga del tiempo de prisión hasta ese tope máximo representado por la mitad de la condena no será automática con el pronunciamiento de la sentencia. No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (Sentencias del Tribunal Constitucional nº 50/2009, de 23 de septiembre[sic], 99/2005, de 18 de abril, 27/2008, de 11 de febrero).

Los fundamentos que son suficientes para efectuar una condena penal no pueden considerarse bastantes, mientras aquélla está recurrida, para que la prolongación de la prisión provisional pueda ponderarse como constitucionalmente legítima (Sentencias del Tribunal Constitucional nº 22/2004, de 23 de febrero, 333/2006, de 20 de noviembre). Si bien la sentencia condenatoria puede añadir solidez a la consideración de la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un delito por una persona, es decir,

consolida la imputación de un delito a persona determinada, que es el presupuesto habilitante para la adopción de la prisión provisional no puede desconocerse que, mientras el recurso contra la sentencia condenatoria no se haya resuelto, dicho pronunciamiento sobre la culpabilidad del procesado sigue siendo provisional, de modo que, precisamente por ello, para que el provisionalmente condenado pueda seguir estando en prisión una vez ha expirado el plazo inicial, es preciso adoptar una decisión judicial específica que debe ponderar la garantía de la libertad personal frente a la necesidad del mantenimiento de la situación de prisión provisional para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima:

Evitar la reiteración delictiva o alcanzar la realización de la justicia penal (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 27/2008, de 11 de febrero)».

Por último, no resulta ocioso recordar brevemente, como hace la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 191/2004, de 2 de noviembre, la doctrina del Tribunal Constitucional de la que, en su fundamento jurídico nº 4, ofrece el siguiente compendio:

«Antes de decidir sobre el fondo de esta queja conviene recordar brevemente la doctrina sentada por este Tribunal en materia de prisión provisional. A tenor de la misma se trata de una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede transformarse en una pena privativa de libertad anticipada, no estando su imposición justificada sino cuando se trata con ella de alcanzar fines constitucionalmente legítimos. Tales fines se circunscriben a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo que pudieran partir del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Justicia (o riesgo de fuga), la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (vid., entre otras muchas: Sentencias del Tribunal Constitucional...).

De otra parte este Tribunal también ha declarado que la alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero, procedimos a auto plantearnos una cuestión de inconstitu-

cionalidad acerca de la compatibilidad de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en su redacción anterior a la reforma operada en los mismos por la Ley Orgánica 13/2003– con el derecho fundamental a la libertad personal, por entender que, en concreto, el artículo 504.2 permitía decretar la prisión provisional de un acusado por el mero hecho de que el delito imputado estuviera castigado con pena superior a la de prisión menor, pese a que de sus circunstancias personales se dedujera la inexistencia de riesgo alguno de fuga o de obstrucción del proceso. Como fundamento para ello, únicamente se aludía en dicho precepto a la «alarma social producida» por el delito, criterio que la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000 consideró que no podía erigirse en un fin constitucionalmente válido en el que basar la prisión provisional, toda vez que «la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena la prevención general y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». Ha de señalarse, por lo demás, que la alusión a este criterio de la «alarma social» ha desaparecido del texto de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reciente modificación que de los mismos ha efectuado la mencionada Ley Orgánica 13/2003.

También hemos dicho que la prisión provisional, como toda restricción del derecho a la libertad personal, es una medida que únicamente debe ser impuesta cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que no se cuente con otras medidas menos gravosas para alcanzar los mismos fines que se intentan conseguir con la prisión provisional, habiendo recibido acogida este criterio en el nuevo artículo 502.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, tras la reforma operada en dicho texto legal por la Ley Orgánica 13/2003, a cuyo tenor: «La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria... y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional». Y, finalmente, hemos exigido que la decisión judicial por la que se decrete la prisión provisional de un imputado venga expresamente motivada por la necesidad de dicha medida para lograr los fines anteriormente expuestos, debiendo ser acordada por medio de Auto motivado en el que se hagan explícitas las ra-

zones que han llevado al órgano judicial a la imposición de tan excepcional medida (Sentencias del Tribunal Constitucional... entre otras)».

QUINTO.- Aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y consideraciones anteriormente expuestas, tras realizar la pertinente ponderación de los intereses en juego teniendo siempre presente la preeminencia que debe otorgarse al derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), estimamos que la pretensión de las acusaciones de prorrogar la prisión provisional de los condenados en primera instancia hasta la mitad de la pena impuesta en sentencia de forma incondicional incurre en ese automatismo del que se debe huir. Así, en primer lugar, entendemos que para valorar la situación actual ya no cabe retomar las razones que fundamentaron en un primer momento la adopción como medida cautelar de la prisión provisional, entre las que se indicaba la posibilidad de imponer a los acusados unas penas de 80 años de prisión; como tampoco las que sirvieron para desestimar los diferentes recursos que contra el auto de prisión o de denegación de la solicitud de libertad provisional se interpusieron.

La referencia que a estos efectos debemos tomar es el Auto de este Tribunal de 14 de julio de 2016 y el dictado de una sentencia condenatoria (respecto de la que, conviene precisar, la existencia de un voto particular favorable a libre absolución de los procesados carece de efectos jurídicos) que impone a cada uno de los acusados una pena de prisión de 9 años; pena notablemente inferior a la de aquellos 22 años y 10 meses que constituía la pretensión de condena “en su mínima expresión”; se ha producido, por tanto, una más que notable reducción de las penas solicitadas por las acusaciones y que éstas pretenden minimizar mediante un planteamiento en el que subyace la idea de que la sentencia condenatoria por un delito grave y con una pena grave, como es el caso, resulta suficiente, por sí sola, para justificar la prórroga de la prisión provisional, cuando, según la doctrina constitucional anteriormente expuesta, ésta no legitima el automatismo con el que frecuentemente se aplica o pretende aplicarse el precepto en cuestión.

Esta evidente reducción de las penas solicitadas por las acusaciones no puede, en modo alguno, neutralizarse argumentando que, por razón de los recursos de apelación interpuestos, la pena impuesta puede verse notablemente incrementada, pues, parece de toda lógica, que tal argumentación quede inmediatamente contrarrestada con la contraria: la posibilidad de que, por razón de los recursos interpuestos por las defensas de los condenados, éstos resulten absueltos o condenados a una pena inferior.

A estos efectos, aun partiendo de que este Tribunal, como cualquier otro, no tiene el don de la infalibilidad, necesariamente hemos de tener en consideración, única y exclusivamente, la pena de 9 años impuesta en sentencia, que es la que mayoritariamente considero ajustada a derecho. Una cosa es ser conscientes de que nuestra sentencia puede ser revocada en uno u otro sentido, y otra, bien distinta, es que para resolver sobre la cuestión ahora debatida otorguemos mayor peso específico a una u otra posibilidad. En cualquier caso, para resolver cualquier duda o incertidumbre al respecto siempre contamos con dos reglas de oro: los principios “favor libertatis” y el “in dubio pro reo”.

En segundo lugar, como factor igualmente relevante para resolver la cuestión que se debate, debemos tener presente también que una de las finalidades reseñadas en el Auto de 14 de julio de 2017, la de asegurar la presencia de los procesados para la celebración del juicio, obviamente, ya se alcanzado; y aunque también debemos tener presente que debe procurarse, como fin también legítimo, la debida ejecución de una eventual sentencia condenatoria firme, tal finalidad es de orden inferior a aquella otra atendiendo al catálogo de medidas que en su ejecución, también en el plano internacional, pueden llegar a adoptarse de resultar necesarias. En tercer lugar, como inexorable elemento de juicio que, por sí solo, supone ya una modificación sustancial respecto de la situación contemplada en el referido Auto de 14 de julio de 2017, no podemos obviar el transcurso del tiempo que ha supuesto que la prisión provisional de los condenados se haya prolongado casi un año más, siendo ya inminente que pueda alcanzar los dos años desde que se adoptó.

Atendiendo a cuanto llevamos expuestos, siendo el dictado de una sentencia condenatoria el presupuesto habilitante para poder prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta en dicha resolución, no es condición suficiente, debiendo acudir a la comprobación de la existencia, no en abstracto, sino de forma concreta y razonable, de alguno de los fines constitucionales que pudieran legitimar tal decisión.

A este respecto, en relación al riesgo de fuga, que en el referido auto se vinculaba a las altas penas solicitadas y a la inminencia de la celebración del juicio oral, estas razones han perdido notablemente la fuerza que, en su día, pudieron tener.

En tal sentido, no habiéndose cuestionado durante todo el procedimiento el arraigo familiar y social de todos los condenados, no cabe ahora, por razón de haya recaído sentencia condenatoria, negárselo; como tampoco cabe seguir invocando el riesgo de fuga como un riesgo genérico y no concreto (derivado de circunstancias concretas y determinadas) que las partes acusadoras no han tratado siquiera de reseñar, sin que de las alegaciones que sobre este particular han expuesto pueda inferirse racionalmente tal riesgo de fuga; riesgo que, aun estando siempre latente, no cabe inferir en este caso como una posibilidad real y concreta, y que, en todo caso, puede conjurarse más que razonablemente con otras medidas cautelares menos gravosas para la libertad.

Y es que argumentar la existencia de riesgo de fuga atendiendo en exclusiva a la gravedad de los hechos por los que se ha condenado a los acusados y la pena que les ha sido impuesta, unida a la pretensión de elevación de la misma que van a hacer valer a través de sus recursos de apelación frente a la sentencia dictada (a lo que ya hemos respondido), si no de forma expresa, sí de forma implícita, parece perseguir, en contra de la doctrina constitucional, un fin no legítimo, como sería el meramente punitivo o de anticipación de la pena.

Por lo demás, consta la insolvencia de todos los condenados, excepción hecha de E. (declarado parcialmente insolvente y a quien le ha sido embargada una vivienda), careciendo todos ellos de medios económicos para procurarse una fuga eficaz, instalándose en algún lugar en el que no pudieren ser hallados si tratasen de huir; tampoco se les conocen, ni se mencionan por las acusaciones, amistades o relaciones que pudieran proporcionarles la ayuda o los medios de los que ellos carecen; a ello cabe añadir que siendo un hecho notorio que han perdido toda posibilidad de anonimato, por la sobradamente conocida repercusión del caso, su localización, en cualquier caso, sería una tarea que se nos antoja fácil y al alcance de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sin mayor esfuerzo.

En cuanto al riesgo de reiteración delictiva que se pretende justificar por las acusaciones por el hecho de que cuatro de los cinco procesados, ahora condenados, se encuentran incurso en otra causa penal por hechos análogos a los que han motivado su condena y que se están investigando ante un Juzgado de Instrucción, debemos significar, de entrada, que tal planteamiento excluye del referido riesgo a R., al parecer, según alegan, excluido de esa investigación; además este Tribunal desconoce cuál sea

la situación en que se encuentra la instrucción de la referida causa, más allá de que se inició en el mes de octubre de 2016; a este respecto, y otra cosa no se ha manifestado ni acreditado de contrario, por las defensas de los condenados, en la comparecencia celebrada el pasado día 18 ante esta Sala, se expuso que, a día de hoy, ni siquiera ha sido dictado auto de procesamiento. Se trata por tanto de hechos “sub iudice” que aún continúan en fase de investigación por razones que se desconocen y que ninguna de las acusaciones ha podido esclarecer.

Sin embargo, y pese a que ninguna referencia se hace, ni consecuencia alguna se extrae al respecto por las acusaciones, lo que no puede obviarse –pues tal circunstancia sí consta al Tribunal ya que así lo hicieron valer los letrados de todos los acusados en sus escritos de defensa– es que todos ellos han cuestionado la licitud de las pruebas que dieron inicio a tales investigaciones, en razón a que el consentimiento otorgado al momento de su detención para el examen de sus teléfonos móviles, en los cuales fueron halladas las evidencias de las que trae su causa el procedimiento, nunca se otorgó para otra cosa que no fuera la investigación de los hechos que determinaron dicha detención y por tanto, la policía instructora se excedió respecto del fin para el que los mismos otorgaron tal consentimiento; cuestión esta que quedó finalmente sin resolver por este Tribunal al declararse improcedentes, para el enjuiciamiento de este Sumario, las pruebas de las que tal ilicitud se predicaba.

Por otra parte, ninguno de los acusados ahora condenados cuenta con antecedentes penales por delitos de naturaleza análoga o similar a aquel por el que vienen condenados y no puede desconocerse tampoco que la repercusión que ha tenido este caso y la presión que ha desatado han alimentado un rechazo social de tal magnitud respecto de los cinco acusados que ello permite cuestionar fundadamente ese hipotético riesgo de reiteración delictiva que, respecto de cuatro de ellos, se presume por las acusaciones, pues lo que todo ello hace presumir, en buena lógica, no son sino extraordinarias dificultades para que puedan desarrollar una vida social normalizada en libertad una vez regresen a su entorno familiar y social; todo ello, junto con la pérdida de su anonimato a que anteriormente hemos hecho referencia, hace poco menos que impensable el referido riesgo de reiteración delictiva.

También se ha alegado por la acusación particular que, en caso de acordarse la libertad provisional de los ahora condenados, se debería presumir

el riesgo de que pudiera producirse la “inmisión en el derecho a la intimidad de la víctima y su entorno, hecho que ya ha ocurrido durante el presente procedimiento mediante el encargo, por la madre de uno de los imputados (...), a dos detectives privados (...), para que sometieran a investigación a la víctima en su vida particular, en la que aparecían fotografías de la víctima con sus familiares y amigos, así como el portal de su domicilio.”

Tal planteamiento, a los fines de denegar a libertad provisional y fundamentar la prórroga de la prisión, no puede acogido. La prueba relativa al informe emitido en su día por las detectives que se citan, con independencia de la legítima renuncia que respecto a una parte de ella se realizó en el acto del juicio, fue prueba que mereció la previa admisión como procedente y pertinente por parte de esta Sala para su práctica en el acto del juicio oral; dicha prueba además, fue encargada y practicada con posterioridad al ingreso en prisión de los cinco acusados por lo que carece de fundamento el razonamiento de que la estimación de su solicitud de libertad pudiera tener alguna relevancia al respecto.

Debe considerarse también que los acusados tienen su residencia a más de 500 kilómetros del lugar en que reside la víctima y que garantizar su tranquilidad y su sosiego es algo que entendemos puede procurarse mediante la adopción de medidas menos gravosas que la prolongación de la situación de prisión provisional, como las previstas en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se encuentran desde hace poco menos de dos años y máxime si consideramos que el estatus de preso preventivo es aún más penoso que el que corresponde al penado que inicia el cumplimiento de la sanción firme.

No merece tampoco consideración el intento de las acusaciones de penalizar a los cinco condenados por haber ejercido su legítimo derecho a no declarar el día de su detención ante la Policía Municipal de Pamplona o el día en que los mismos fueron puestos a disposición del Magistrado-Juez instructor y mucho menos que se pretenda utilizar en su perjuicio el hecho de que su petición de prestar declaración, formulada al amparo de lo establecido en el artículo 400 del Código Penal el día 12 de julio de 2016, no hubiese recibido respuesta y no fueran llevados a presencia judicial hasta el día 2 de septiembre de 2016 con el fin de tomarles la preceptiva declaración indagatoria.

Y respecto a la alegación de que “la ocultación de la perpetración de otros hechos presuntamente delictivos, que posteriormente fueron averiguados por los policías encargados de la investigación” permita “presumir la existencia del riesgo de acceder por sí, o a través de terceros a las fuentes de prueba o influir sobre otros investigados” es algo que ciertamente carece de todo fundamento si consideramos que tales supuestos hechos delictivos habrían de haberse cometido necesariamente con anterioridad a su ingreso en prisión, situación en la que están próximos a cumplir dos años, tiempo más que suficiente para que se hayan realizado las investigaciones necesarias y asegurado las pruebas que las sustenten si es que esto ha sucedido, pues nada se acredita al respecto por ninguna de las acusaciones.

En consecuencia y considerando todas las razones que se han expuesto, consideramos que, si bien resulta procedente, en principio, acordar la prórroga de la prisión provisional, ésta no ha de tener el carácter incondicional establecido desde su inicio, pudiendo los condenados eludirla para obtener su libertad provisional previa prestación de una fianza por importe de 6.000 euros y cumplimiento de las demás obligaciones que se detallarán en la parte dispositiva de esta resolución.

Asimismo, y como ya hemos venido a anticipar, para procurar a C., su debida tranquilidad e integridad moral, estimamos procedente, al amparo de lo previsto en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, imponer a los acusados la prohibición de entrar en la Comunidad Autónoma de Madrid, así como la de comunicarse con la denunciante por cualquier medio o procedimiento ya sea oral, visual, escrito, electrónico, telemático, directa o indirectamente, por sí mismos o por medio de terceras personas.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º).- La PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL, acordada por Auto de fecha 9 de julio de 2016, respecto de G., R., E., E. y G., condenados como responsables en concepto de autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el artículo 181.3

del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4, en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Código, entre otras, a la PENA DE NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, que les ha sido impuesta en Sentencia 38/2018 de 20 marzo, hasta la mitad de dicha pena, esto es 4 AÑOS Y 6 MESES, ELUDIBLE previa prestación de fianza en metálico por la cantidad de 6.000 euros y con sujeción a las siguientes obligaciones:

- Designación de domicilio donde puedan ser hallados, así como un teléfono de contacto, con advertencia expresa de que en el caso de no ser localizados en tales domicilios de inmediato se expedirá la correspondiente requisitoria.

- Prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial con obligación de hacer entrega del pasaporte de que disponga ante este Tribunal dentro de los 4 días siguientes a su puesta en libertad, así como prohibición de obtenerlo en el futuro.

- Comparecer apud-acta todos los lunes, miércoles y viernes ante el Juzgado de Guardia de su residencia y cuantas veces fueren llamados por este Tribunal, así como comunicar cualquier cambio de domicilio o teléfono.

A tales efectos se librára la oportuna comunicación a la Brigada Provincial de extranjería y documentación de la Jefatura Superior de Policía de Navarra para el control de la efectividad de la decisión adoptada sobre retirada del pasaporte, prohibición de expedición de otro y la prohibición de salida del territorio nacional.

Estas medidas, sin perjuicio de su revisión, tendrán vigencia en tanto no exista resolución firme que ponga fin al presente procedimiento.

2º).- IMPONER a G., R., E., E. y G., la prohibición de entrar en la Comunidad Autónoma de Madrid (excepción hecha del tiempo que precisen para preparar su regreso a los lugares de su residencia los dos condenados que se encuentran en esa Comunidad en prisión provisional, así como el mero tránsito por ella de quienes se encuentran en Pamplona), así como la de comunicarse con la denunciante por cualquier medio o procedimiento ya sea oral, visual, escrito, electrónico o telemático, directa o indirectamente, por sí mismos o por medio de terceras personas.

Estas medidas tendrán vigencia en tanto no exista resolución que las deje sin efecto o las modifique.

Procédase, en su caso, al registro de las medidas de protección acordadas en el SIRAJ.

Una vez se expida mandamiento de libertad, se procederá a comunicar la orden de protección acordada a las entidades y administraciones a las que se refiere el apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a notificarla personalmente a la denunciante y a los procesados que han sido condenados, apercibiendo a estos que de incumplir alguna de dichas prohibiciones podría incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial o en un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal, y que, asimismo, podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal.

Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente a los condenados, con entrega de copia literal de la misma y lectura íntegra, haciéndoles saber el recurso que proceda contra la misma.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Mediante recurso de SÚPLICA ante el mismo Tribunal que la dictó, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de TRES DÍAS hábiles contados desde el siguiente al de la notificación, con expresión de la infracción contenida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículo 211 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Así lo acuerdan y firman los Ilmos./Ilmas. Magistrados/as. Doy fe.

Voto particular

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 147.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto del Auto de fecha 21 de junio de 2018, dictado en el sumario número 426/2016 en el que se acuerda la PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL, en su momento acordada por Auto de fecha 9 de julio de 2016, respecto de G., R. y E., E. y G., condenados como responsables en concep-

to de autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el artículo 181 3, del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4., en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Código, entre otras, a la pena de nueve años de prisión, que les ha sido impuesta en Sentencia 38/2018 de 20 marzo, hasta la mitad de dicha pena, esto es 4 años y 6 meses, si bien ELUDIBLE previa prestación de fianza en metálico por la cantidad de 6.000 euros y con sujeción a las obligaciones que en dicha resolución se detallan .

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de mi compañero y compañera de Sala, me veo en la obligación de mostrar mi discrepancia respecto de la decisión mencionada, en el concreto extremo referente a que la prisión provisional cuya prórroga se acuerda, podrá ser eludida mediante la prestación de fianza y con sujeción a las obligaciones que se especifican.

En mi opinión, la prórroga de la prisión provisional comunicada ha de acordarse con el carácter incondicional que se ha mantenido hasta la fecha, sin perjuicio, de cuanto resulte de la progresión de la presente causa en sede apelación y casación

Para encuadrar la cuestión, paso a hacer una sintética referencia a los antecedentes que la contextualizan.

I.- ANTECEDENTES

A.- Alegan en síntesis las respectivas representaciones, de los procesados en apoyo de su solicitud de libertad provisional:

(i) La representación procesal de Don G., Don R. y Don E., el carácter excepcional, proporcional, subsidiario y provisional de la medida en cuestión, así como su naturaleza exclusivamente cautelar. Considera que las indicaciones que en su momento fueron tenidas en cuenta por este Tribunal en el Auto de 14 de julio de 2017, para fundamentar el mantenimiento de la situación de prisión provisional ya no puede ser sostenidas, por cuanto entiende que no cabe apreciar, ni el riesgo de fuga ni el de reiteración delictiva. A este respecto pone de relieve el contenido condenatorio de nuestra Sentencia, insiste en que el arraigo de sus patrocinados no ha sido puesto en tela de juicio y destaca la trascendencia pública del presente proceso.

En otro orden de consideraciones, argumenta sobre la vulneración del derecho constitucional a la igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, refiriendo diversos precedentes en que han sido adoptadas decisiones de constitución en situación de libertad provisional sometida a determinadas condiciones.

(ii) La representación procesal de Don E., aduce similares argumentos a los anteriormente expuestos.

El Señor Letrado Defensor de estos cuatro procesados, en sus alegaciones durante la comparecencia ex artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, abundó en los anteriores extremos.

En cuanto a la solicitud de prórroga de la prisión provisional, considero que no concurre ninguna causa que la legitime y no pueden ser apreciados ninguno de los elementos invocados por las acusaciones para acordar la prolongación de la medida, algunos de ellos afirmados con carácter novedoso; con específica mención a la inexistencia de cualquier tipo de actuación que pudiera entenderse como atentatoria a la privacidad de la denunciante.

(iii) Por su parte, la representación procesal de Don G., después de referirse a anteriores solicitudes de libertad provisional que fueron desestimadas, apela al tiempo transcurrido en situación de prisión provisional y la situación en la que se encuentra el procedimiento en la actualidad, refiere el contenido condenatorio de nuestra Sentencia y expone los argumentos por los que el presente momento procesal, no concurren ninguno de los presupuestos que justifican el mantenimiento de la prisión provisional, considera que no cabe apreciar la existencia de riesgo de fuga, el procesado posee un indiscutido arraigo familiar, acrecentado por el nacimiento de una hija y no hay riesgo de reiteración delictiva.

Por la defensa de este procesado, en la comparecencia, se ratificaron sus anteriores alegaciones, aludiendo a las circunstancias específicas de su patrocinado, que avalan su arraigo, estabilidad domiciliaria y la insusceptibilidad de apreciar el riesgo de reiteración delictual. Insistiendo en tales argumentos para postular la desestimación de la solicitud de prórroga.

B.- Por su parte, las respectivas acusaciones alegan como fundamento de su oposición a la solicitud de libertad provisional, así como de la petición de prórroga de la prisión provisional :

(i) El Ministerio Fiscal tras reseñar otros autos precedentes, concretamente el dictado por la Sección Primera de la Audiencia el 20 de diciembre de 2016 y de esta sección de 14 de julio de 2017, aduce que aunque, ciertamente, “en los momentos procesales en que se dictaron dichos Autos, estaba pendiente la celebración de la vista oral y es cierto que las peticiones de penas por las acusaciones eran más elevadas que las impuestas en la Sentencia” considera que, precisamente este dato, “es determinante para mantener la situación de prisión provisional” dado que, “si en ese momento que no había sentencia, se apreciaba la existencia de tal riesgo, con mayor motivo en el momento actual en que se ha dictado una sentencia condenatoria en la que se les impone la pena de 9 años de prisión”.

Estima que, “es también reseñable el hecho de que cuatro de los cinco procesados están incurso en otro procedimiento judicial seguido por hechos de análoga naturaleza, lo que además de poner de manifiesto el riesgo de reiteración delictiva, aumenta la posibilidad de que traten de sustraerse a la acción de la justicia”.

En sus alegaciones durante la comparecencia remarcó, las anteriores consideraciones, destacando la especialidad relevancia de la condena impuesta y la previsión de que en breve será resuelto el recurso de apelación.

(ii) Por la representación procesal de la acusadora particular, para oponerse a la solicitud de libertad provisional, refiere la ponderación que se ha realizado en los Autos precedentes y se remite como fundamento de su pretensión al razonamiento jurídico segundo del Auto de 14 de julio de 2017 por el que se desestimó la solicitud de libertad; estima que siguen siendo aplicables las mismas consideraciones del Auto mencionado, a las que añade el hecho de que ya se ha dictado Sentencia condenatoria, para entender que no sólo se dan los requisitos para el mantenimiento de la medida cautelar sino también para su prórroga.

En la comparecencia se remitió a dichas alegaciones poniendo especial énfasis, en el dato de que por razón del dictado de la sentencia condenatoria, han de ser considerados como existentes “hechos probados”, que superan el estadio de los indicios y consolidan la imputación.

A juicio de la acusación particular, dada la gravedad de las penas impuestas, nueve años de prisión a cada uno de los condenados y la circunstancia de estar encausados en otro procedimiento por hechos similares en

una actuación grupal, resulta evidente el riesgo de fuga, sin que pueda considerarse a estos efectos el arraigo familiar y social invocado.

En relación con lo expuesto de contrario sobre la imposibilidad de que los condenados actúen contra bienes jurídicos de la víctima, y la inexistencia de riesgo de reiteración delictiva, tras remitirse al contenido de su escrito de oposición, en la comparecencia, incidió sobre estos extremos, poniendo de relieve la necesidad de mantenimiento de la prisión provisional para proteger la seguridad estabilidad y tranquilidad de la denunciante, así como el de su entorno convivencial, evitando de este modo que se actúe frente a sus bienes jurídicos.

Aludió al seguimiento por detectives, a que fue sometida la denunciante y su entorno familiar y social, poco después de la producción de los hechos enjuiciados en la presente causa.

Haciendo especial mención, a la publicación en fechas recientes por Don G. de una carta en el medio digital, de la que refiere algunos aspectos de su contenido, que considera entre otros extremos “desafiante”.

Igualmente, puso de relieve que la víctima y su familia han recibido amenazas en las últimas fechas, lo que les ha llevado a tener que presentar denuncia en relación con estos hechos.

(iii) Por la representación procesal de la acusación popular que ejerce el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, se remitió a sus alegaciones expuestas en el escrito de oposición a la solicitud de libertad provisional.

En la comparecencia destacó la entidad de la pena impuesta, el apreciable incremento del riesgo de fuga, en relación con hechos de especial gravedad, teniendo en cuenta la petición acorde de las acusaciones de su aumento a través del recurso de apelación.

Asimismo hizo énfasis en que cuatro de los solicitantes, se encuentran incurso, en una causa por la posible comisión de los delitos de abusos sexuales y contra la intimidad.

Al igual que la acusación particular, y en relación a Don G. hizo referencia a la publicación de una carta dirigida a la denunciante en el expresado medio digital.

(iv) El Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, actuando en representación de la acusación popular, ejercida por la Adminis-

tracción de la Comunidad Foral de Navarra, en la comparecencia se remitió a sus anteriores alegaciones escritas de oposición a la solicitud de libertad provisional.

En este sentido, estimó que el contenido del Auto de esta Sección, de fecha 14 de julio de 2017, no ha quedado desvirtuado por cuanto se alega de contrario dado que “ya no es sólo que concurren en el caso de autos indicios suficientes de la autoría del procesado recurrente en delitos continuados de abuso sexual con penetración o violación, sino que ya ha sido condenado por ello a una pena de 9 años de prisión; si bien es cierto que dicha sentencia está recurrida, pero no sólo por las defensas solicitando la absolución de los condenados, sino igualmente por las acusaciones de forma unánime, pidiendo unas condenas superiores a las actualmente impuestas (por encima de veinte años)”.

Mantuvo que no solo es discutible el arraigo familiar alegado sino que también, existe riesgo de fuga para sustraerse a la acción de la Justicia y ello “no sólo por la pena de prisión impuesta (9 años), sino por la solicitada en sus recursos por las acusaciones (esta acusación popular solicita una condena de hasta 25 años). Las posibilidades de que una persona encausada (más aún condenada, aunque se haya recurrido la sentencia condenatoria) trate de sustraerse a la acción de la justicia, son directamente proporcionales a la importancia de la pena previsible”; argumento al que añade la consideración de “la existencia de una instrucción actualmente en curso en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de (Córdoba), por delitos semejantes a aquél por el que ha sido ya condenado (abuso sexual) y a otro (delito contra la intimidad) por el que se pide condena en nuestro recurso de apelación”.

Finalmente, consideró que “existe riesgo de reiteración delictiva, como pone de manifiesto también la existencia de la citada instrucción del Juzgado de Instrucción, más allá de toda consideración de orden subjetivo sobre el procesado”.

II.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Los antecedentes que se acaban exponer, muestran la imbricación de las dos cuestiones que deben abordarse en la presente resolución, de una parte la decisión sobre la petición de libertad provisional que formulan los

procesados y de otra la pretensión de prórroga de dicha medida cautelar personal que al unísono interesan las acusaciones.

Esta resolución, como no puede ser de otro modo, se encuadra en el marco normativo que define el artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”, así como la remisión que en esta materia realiza el artículo 10.1 de la Constitución Española, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la profusa doctrina que ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación del artículo 5 de dicho Convenio, que reconoce y garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad.

En este contexto ha de resolverse sobre la situación personal de los procesados, y se tiene que abordar una vez más la problemática fijación de los límites existentes entre la prisión provisional, la garantía constitucional del derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia y el principio de prohibición del exceso.

La doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca que las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse a través de una resolución judicial motivada, motivación que ha de ser suficiente y razonable, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego —la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado, la realización de la administración de la justicia penal en atención a los fines que la justifican, por otro—.

Tomando las palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 333/2006, de 20 de noviembre, F. 3, «es doctrina constitucional reiterada que para que la motivación de la resolución judicial que acuerde tal medida se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la justicia penal

y la evitación de hechos delictivos, por otro), que constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 4; 33/1999, de 8 de marzo; 14/2000, de 17 de[sic]; 47/2000, de 17 de febrero, F. 2; 164/2000, de 12 de junio; 165/2000, de 12 de junio, y 29/2001, de 29 de[sic], F. 3, entre las más recientes)” –lo destacado es propio–.

En cuanto a los elementos que debe presidir tal fundamentación, continúa la Sentencia reseñada: “... este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2002, de 14 de enero F. 4), también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, F. 4 b), 37/1996, de 11 de (sic), F. 6 a), 62/1996, de 16 de abril, F. 5, y 33/1999, de 8 de marzo)]. En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito [por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1997, de 10 de marzo, F. 5 b)]» –lo destacado es propio–. Y en el mismo sentido relativo a las directrices que deben orientar la fundamentación se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2008 que más adelante referiré.

Con arreglo a la expresada doctrina constitucional, cuando se trata de decidir sobre la prórroga de la prisión provisional, existiendo Sentencia condenatoria recurrida, la suficiencia y razonabilidad de la motivación demanda que se tenga en cuenta no sólo las características y gravedad y de la pena sino también las circunstancias del caso y las personales del acusado, en el preciso momento procesal en que se encuadra la resolución.

Por tanto, no resulta constitucionalmente admisible la motivación de la prórroga de la prisión provisional sustentada exclusivamente en el dictado de una sentencia condenatoria, pues tal automatismo supone desconocer las rigurosas exigencias de motivación de la prórroga (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2008 de 11 de febrero FD 4 de cuatro)

Declara en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2009 de 23 de febrero –F. 4–, “... este Tribunal tiene fijada doctrina en torno al problema específico que aquí se plantea, en el sentido de que no puede considerarse suficiente el hecho de haberse dictado una Sentencia de condena contra el acusado para fundamentar la prórroga de la prisión provisional hasta entonces acordada, resultando incompatible con el derecho fundamental a la libertad personal una interpretación del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que postule el automatismo de la prórroga por ese motivo” –lo destacado es propio–.

Para añadir con recensión de su anterior doctrina en este punto: “... de conformidad con la doctrina de este Tribunal, sentada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1998, de 4 de mayo, F. 3, no resulta constitucionalmente admisible la motivación de la prórroga de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta que se sustenta exclusivamente en el dictado de una Sentencia condenatoria, pues tal automatismo supone desconocer las rigurosas exigencias de motivación que tanto la adopción como la prórroga de esta medida han de respetar para poder afirmar que son constitucionalmente legítimas (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 142/1998, de 19[sic] de junio, F. 3; 231/2000, de 2 de octubre, F. 5; 22/2004, de 23 de febrero; 99/2005, de 18 de abril, F. 4; 333/2006, de 20 de noviembre, F. 4; 27/2008, de 11 de febrero, FF. 4 y 6) –con igual precisión respecto a lo destacado–.

De este modo el Alto Órgano Constitucional, matiza y delimita los precisos contornos de la doctrina sentada, en la tantas veces invocada como lo

hace una de las acusaciones populares, en diversos precedentes decisorios, Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1996 de 15 de abril .

Dicho antecedente, se refería en el punto que ahora se examina, a la adopción por primera vez de la medida de prisión provisional comunicada y sin fianza, tras el dictado de una sentencia condenatoria por un delito contra la salud pública de quien se encontraba en libertad provisional.

Se refiere la expresada Sentencia al elemento diferenciador, entre el caso allí valorado y el contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, precedente invocado por la parte recurrente en amparo, para precisar:

“... En efecto, en el presente recurso de amparo la prisión provisional no se adopta o mantiene, ni en los momentos iniciales de la instrucción, ni cuando ésta se encuentra ya muy avanzada (supuesto este último que provocó la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995), sino con carácter simultáneo a una sentencia condenatoria por un delito grave y en tanto ésta deviene, en su caso, firme por haber sido impugnada en casación.

En este contexto resulta obligado afirmar que la circunstancia concurrente en este caso, en el que se ha dictado una inicial sentencia condenatoria por un delito grave –tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia– y a una pena que merece igual calificativo –nueve años de prisión mayor–, no es un dato irrelevante del que pueda prescindirse en la tarea que a este Tribunal corresponde de supervisar la ponderación efectuada en este caso por la Audiencia al decretar la prisión provisional de la actora. Se trata de una sentencia condenatoria que, a pesar de no ser firme, ha sido dictada tras el correspondiente juicio oral, público y contradictorio, en el que se ha examinado, con la correspondiente inmediación, el fundamento de la acusación dirigida contra la demandante de amparo.

Esta sentencia condenatoria no firme que aquí aparece como elemento diferenciador y que, obviamente, no destruye la presunción de inocencia del inicialmente condenado, sí que puede, en casos como el que nos ocupa (en el que la recurrente precisamente por no haber estado en situación de prisión provisional cumpliría, de ser confirmada su condena, íntegramente la pena privativa de libertad), erigirse, más que en «apariencia», en título suficiente, surgido de la evidencia probatoria, para acreditar la participación de la condenada en un hecho punible, al que la norma penal irroga

una pena lo suficientemente grave para inferir la conclusión de que, de ser confirmada la sentencia por el Tribunal Supremo, podría sustraerse a la acción de la justicia (Autos del Tribunal Constitucional 50/1992 y 346/1995), teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias por lo general inherentes a este tipo de actividades delictivas, lo que legitima la adopción de la prisión provisional” –lo destacado es propio–.

En el sentido expresado por la Sentencia 50/2009, que consolida la doctrina constitucional a este respecto, poco antes se había pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2008, de 11 de febrero, que declara en su FD 3: “... No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (Sentencias del Tribunal Constitucional 98/1998, de 4 de mayo, FF. 2 y 4; 142/1998, de 29 [sic] de junio, F. 3; 231/2000, de 2 de octubre, F. 5; 272/2000, de 13 de noviembre, F. 2; 98/2002, de 29 de abril, F. 4; 144/2002, de 15 de julio, F. 3; 121/2003, de 16 de julio, F. 3; 22/2004, de 23 de febrero, FF. 2 y 4; 99/2005, de 18 de abril, F. 4)” –con igual precisión respecto a los párrafos destacados–.

Por ninguna de las acusaciones, incluida la popular ejercitada por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, que reseña la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1996, se soporta la pretensión prórroga de modo mecánico vinculándola exclusivamente al pronunciamiento de una sentencia condenatoria que ha sido recurrida.

A tal orientación, no es ajena la Fiscalía General del Estado, que en su reciente Circular 1/2018 “sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal”, en el epígrafe destinado a: “recurso de apelación y prisión provisional”, considera a efectos de fijar las prescripciones, a los Sres. Fiscales en esta materia:

“... La prórroga del tiempo de prisión hasta ese tope máximo representado por la mitad de la condena no será automática con el pronunciamiento de la sentencia. No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión

provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (Sentencias del Tribunal Constitucional nº 50/2009, de 23 de septiembre [sic], 99/2005, de 18 de abril, 27/2008, de 11 de febrero).

Los fundamentos que son suficientes para efectuar una condena penal no pueden considerarse bastantes, mientras aquélla está recurrida, para que la prolongación de la prisión provisional pueda ponderarse como constitucionalmente legítima (Sentencias del Tribunal Constitucional nº 22/2004, de 23 de febrero, 333/2006, de 20 de noviembre). Si bien la sentencia condenatoria puede añadir solidez a la consideración de la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un delito por una persona, es decir, consolida la imputación de un delito a persona determinada, que es el presupuesto habilitante para la adopción de la prisión provisional no puede desconocerse que, mientras el recurso contra la sentencia condenatoria no se haya resuelto, dicho pronunciamiento sobre la culpabilidad del procesado sigue siendo provisional, de modo que, precisamente por ello, para que el provisionalmente condenado pueda seguir estando en prisión una vez ha expirado el plazo inicial, es preciso adoptar una decisión judicial específica que debe ponderar la garantía de la libertad personal frente a la necesidad del mantenimiento de la situación de prisión provisional para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima: evitar la reiteración delictiva o alcanzar la realización de la justicia penal (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 27/2008, de 11 de febrero).”

Pues bien, en este caso el pronunciamiento condenatorio de los procesados a la pena de prisión de nueve años, impuesta en nuestra Sentencia 38/2018 de 20 marzo, colma las exigencias constitucionales que en cuanto al presupuesto habilitante para la adopción y el mantenimiento de la medida cautelar personal a la que están sometidas dichas personas; quienes como no pueden ser de otro modo, continúan amparadas por su derecho constitucional a la presunción de inocencia, hasta que se resuelvan el recurso de apelación y en su caso el de casación.

De este modo y desde la perspectiva objetiva, opera el supuesto al que vincula el prf. II del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prórroga de la prisión provisional, hasta la mitad de la condena efectivamente impuesta, en este caso dos años y seis meses a contar desde el próximo día 7 de julio.

A la hora de abordar la pretensión de prórroga de la prisión provisional, la doctrina jurisprudencial evoca un triple canon de motivación –vid Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2008–, definido por la suficiencia (por referirse a todos los extremos que autorizan y justifican la medida), razonabilidad (por expresar el proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y proporcionalidad (esto es, la ponderación los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad).

En todos los casos, y según he reseñado, las acusaciones pretenden la prórroga, y el mantenimiento de la prisión provisional con carácter incondicional; e invocan como finalidades, que lo justifican desde la ineludible perspectiva constitucional, las de realización de los fines de la justicia penal y en un tono menor, la de evitación de la posible reiteración delictual.

En el primer aspecto, la propia entidad de la condena, representa un dato que no se puede desdeñar y así como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000 de 17 de febrero, que constituye un auténtico caso de referencia y fijación de precedente de la doctrina constitucional en esta materia, pues no en vano, motivó la reforma de la regulación en nuestra ordenación procesal penal del régimen de la prisión provisional al auto-plantearse el alto órgano constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación hasta ese momento vigente, inspirándose en la misma, la modificación materializada a través de las Leyes Orgánicas 13 y 15/2013 (sic); con cita de las directrices, contempladas otras en las Sentencias del Tribunal Constitucional 41/1982, 56/1987, 128/1995 y 37/1996:

“... la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos –prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria–, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia (F. 7)”.

Por tanto, y teniendo en cuenta las precisiones antes realizadas al hilo del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1996, repetidamente citada en esta opinión disidente, citada el contenido de la condena, no es un dato que pueda desdeñarse, constituye un relevante punto de

partida indispensable para realizar la ponderación entre la garantía constitucional que exige la efectividad del derecho a la libertad personal y otros fines constitucionalmente notables, si bien este solo dato, no avala como digo, la decisión de prórroga de la prisión provisional con carácter incondicional.

En base a las razones que a continuación expongo, teniendo en cuenta las características y gravedad del delito por el que han sido condenados los acusados y ponderando las circunstancias del caso y las personales de dichos procesados, se revela como razonable y proporcionado la prórroga por plazo de dos años y seis meses a contar desde el día 7 de julio próximo, de la medida de prisión provisional, con el carácter incondicional que hasta este momento procesal presenta.

En este contexto valorativo, es indiscutible la gravedad de delito, expresada en el contenido de la pena impuesta, la afectación a bienes jurídicos especialmente relevante como lo es en este caso la libertad e indemnidad sexual, en el marco en que se produjeron los hechos delictuales por los que establecemos nuestra condena.

Desde esta consideración, puedo constatar diversas realidades que a juicio de quien suscribe la presente opinión disidente, no avalan la decisión favorable a la adopción de otras medidas como las propuestas en la decisión mayoritaria, para modificar el estatuto de los procesados, mediante su constitución en situación de prisión provisional eludible, mediante la prestación de fianza y demás garantías que se fijan en la resolución mayoritaria.

Así en concreto los datos que pueden evaluarse, en función de lo actuado sobre la: (i) estabilidad domiciliaria de los procesados, (ii) disponibilidad de medios para poder desarrollar su vida, (iii) integración en su contexto familiar y convivencial extenso...; no permiten en mi consideración, conjurar eficazmente el riesgo de que los procesados se sustraigan a la acción de la justicia y las medidas a tal efecto propuestas en la decisión mayoritaria, se pueden revelar ineficaces, al fin para cuya prosecución están diseñadas.

En otro orden de valoraciones e incidiendo sobre otra de las finalidades a las que ha de atender la realización efectiva de la justicia penal, concretada, en esta faceta, en la protección de la persona que en nuestra Sentencia condenatoria, se declara “víctima”, en mi opinión, no pueden dejarse de tomar en consideración, y así se hace en la resolución mayoritaria, las ale-

gaciones efectuadas por las acusaciones, singularmente la particular, sobre la incidencia que en cuanto a la protección integral propia, así como de su entorno familiar y convivencial ejerce la decisión que en definitiva se establezca sobre la situación personal de los procesados, condenados en la instancia a una pena de entidad notablemente apreciable.

Ponderando el peso específico de esta finalidad de protección de la declarada “víctima”, las medidas establecidas con esta finalidad en la decisión mayoritaria, pueden resultar ineficaces, para la consecución del desig- nio propuesto.

En cuanto al riesgo de reiteración delictiva, ciertamente, no se puede establecer ninguna presunción, en contra de los procesados y tal eventualidad, no puede derivarse, de los datos que obran en autos acerca de las actuaciones seguidas en relación con hechos de aparente relevancia pe- nal, por los que se siguen actuaciones, ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción 1, además de que las mismas no se dirigen frente a uno de los procesados, concretamente Don R.

Por lo que respecta a la afirmada, por la defensa de cuatro de los procesados, vulneración del principio de igualdad ante la ley proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, resulta pertinente traer a cola- ción cuanto declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2008 de 29 de mayo: “...Igualmente ha de desestimarse la alegada vulneración del principio de igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española), dado que el recurrente no aporta un término de comparación válido a partir del cual este Tribunal pueda entrar a valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa que se invoca. Una carga que corresponde al recurrente y cuyo incumplimiento determina, según declaró largo del día de jurisprudencia constante, la des- estimación de la queja (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6)”.

En efecto, las resoluciones referidas en su escrito de solicitud de li- bertad provisional, no se pueden parangonar a la que propongo en esta opinión disidente, los supuestos contemplados no son sustancialmente

idénticos, como tampoco presentan esos rasgos de similitud esencial, los contemplados en las resoluciones de las que he sido ponente, citadas en el acto de la vista.

En concreto: (i) El Auto 16/2018 de 1 de febrero, resuelve en sentido desestimatorio recurso de apelación interpuesto frente al auto en el que se acordaba no haber lugar a reformar la situación personal de un encausado constituido en prisión provisional incondicional; (ii) El Auto 72/2018 de 26 de marzo, resuelve igualmente en sentido desestimatorio, el recurso de apelación interpuesto por el investigado, frente al Auto en el que se acuerda determinadas medidas cautelares penales propias de la orden de protección ex artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.; (iii) Por su parte en el Auto 73/2018 de 28 de marzo, se estima el recurso subsidiario de apelación interpuesto por la denunciante, frente a la resolución que deniega la adopción de medidas cautelares penales propias de la orden de protección ex artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordando la prohibición de acercamiento y comunicación, con arreglo a lo previsto en el apartado 6 de dicho precepto.

En conclusión, por todo lo expuesto, entiendo que resultaba procedente acordar como así se hace en la decisión mayoritaria, la prórroga de la prisión provisional, pero configurada por las razones expuestas de modo incondicional y en consecuencia en la parte dispositiva de la resolución de la que disiento, se debiera:

DISPONER la prórroga de la prisión provisional acordada por Auto de fecha 9 de julio de 2016, respecto de Don G., Don R. y Don E., Don E. y Don G., condenados como responsables en concepto de autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el artículo 181.3, del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4, en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Código, entre otras, a la pena de nueve años de prisión, que les ha sido impuesta en Sentencia 38/2018 de 20 marzo, por el plazo de dos años y 6 meses, a contar a partir del próximo día 7 de julio de 2018.

72.- SENTENCIA 84/2018 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 16/07/18

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad al mantenerse la prisión provisional durante la tramitación del recurso de casación, cuando se había ordenado el ingreso en una Unidad Psiquiátrica.

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4677-2017, promovido por don J.M.C., representado por la Procuradora de los Tribunales y asistido por el Abogado, contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 20 de junio de 2017, por el que se acuerda el ingreso del recurrente en “la Unidad Psiquiátrica correspondiente del Centro Penitenciario” de Córdoba en el que se hallaba ya internado, así como contra el Auto de la misma Sección juzgadora, de 13 de julio de 2017, que desestimó el recurso de súplica promovido contra la anterior resolución. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. El Magistrado Ponente expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

(.....
.....)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- El recurrente fue declarado absuelto de un delito de homicidio agravado en grado de tentativa y de otro delito de violencia física simple o no habitual de los que había sido acusado, por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de mayo de 2017 (procedimiento sumario núm. 1044-2016), que apreció la eximente completa de trastorno mental del artículo 20.1 del Código penal y, en su consecuencia, le impuso el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico (ex artículo 101 Código Penal) por tiempo máximo de doce años. Al interponerse por la defensa recurso de casación contra

dicha Sentencia, se solicitó su puesta en libertad mientras se tramitaba el recurso, denegando lo pedido la Sección juzgadora por Auto de 20 de junio de 2017, que ordenó en cambio que el acusado permaneciera recluso en la “Unidad Psiquiátrica correspondiente al Centro Penitenciario” de Córdoba donde ya se hallaba privado de libertad en régimen de prisión provisional durante el proceso. Decisión que resultó confirmada en súplica por nuevo Auto de 13 de julio de 2017.

Son estas dos últimas resoluciones judiciales contra las que se interpone la demanda de amparo, alegándose que han producido la vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente, por no haberse accedido a su excarcelación hasta tanto recayera sentencia de casación o, en su defecto, que se acordara su internamiento en un centro hospitalario ajeno al control de la Administración penitenciaria; sosteniendo en síntesis que no existe norma legal de cobertura para su mantenimiento en el centro penitenciario, y calificando su situación personal como una prisión encubierta.

Aunque alguna duda pueda ofrecer la demanda de amparo en su encauzamiento y en el suplico, respecto a si impugna ambos Autos o solamente el recaído en súplica, la duda se despeja al leer el cuerpo del escrito en el que se dedica un motivo de impugnación para cada uno de ellos, como ya se explicó en el antecedente 3 de la presente Sentencia. En todo caso, a esta misma conclusión se llegaría aplicando nuestra reiterada doctrina en cuya virtud, “cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de considerarse también recurridas esas precedentes resoluciones” (últimamente, Sentencias del Tribunal Constitucional 149/2015, de 6 de julio, FJ 1; 186/2015, de 21 de septiembre, FJ 2; 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 1, y 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 2).

Debe asimismo precisarse, confiriendo razón a lo afirmado por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones del artículo 52.1 del Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que la mención que formula la demanda sobre una presunta lesión también por las resoluciones impugnadas, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), carece en dicho escrito de autonomía argumental, por tanto se reconduce o subsume la queja en el análisis de la alegada conculcación del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), objeto único de este recurso.

Como última apreciación previa al análisis del fondo del presente recurso, indicamos que con el fin de preservar la intimidad del recurrente en amparo, su esposa e hijo menor de edad, y siguiendo doctrina constitucional reiterada, “en aplicación de las potestades atribuidas a este Tribunal por el artículo 86.3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (‘Boletín Oficial del Estado’ núm. 178, de 27 de julio de 2015), la presente Sentencia no incluye la identificación completa de dicha persona ni, a estos mismos efectos, la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones [Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, FJ 8; en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 182/2015, de 7 de septiembre, 13/2016, de 1 de febrero, FJ 1; 22/2016, FJ 1; 34/2016, de 29 de febrero, FJ 1; 50/2016, de 14 de marzo, FJ 1; 132/2016, de 18 de julio, FJ 1 c); 31/2017, de 27 de febrero, FJ 1 c), y 85/2017, de 3 de julio, FJ 1]” (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018, de 22 de enero, FJ 1).

2.- El recurrente de amparo, como ha quedado ya reflejado en los antecedentes de la presente Sentencia, cuestiona esencialmente la falta de cobertura legal de la medida de reclusión cautelar en la unidad psiquiátrica del centro penitenciario de Córdoba mientras se tramita su recurso de casación, pero también formula la pertinente crítica de otros tres aspectos de la medida sufrida, que han incidido en la, a su parecer, indebida restricción de su derecho fundamental a la libertad, como son: (i) la inexistencia de fines legítimos para su adopción, al haber ponderado los Autos de manera prevalente el sacrificio de un derecho fundamental (artículo 17.1 de la Constitución Española), para no poner en riesgo la vida e integridad física de las víctimas de los hechos delictivos que se le atribuyen, a la sazón su esposa e hijo común; riesgo que la demanda niega; (ii) la no idoneidad de la medida, al defenderse como suficiente y adecuada la excarcelación; (iii) subsidiariamente su falta de necesidad, desde el momento en que de no accederse a su puesta en libertad se proponía una alternativa considerada menos gravosa, la de su internamiento en un hospital psiquiátrico no controlado por la Administración penitenciaria.

Así planteado el debate por la demanda, constituye doctrina de este Tribunal, recordada por nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2, que “la existencia de una cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público en la libertad individual es

un requisito previo e insoslayable, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explicita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después, valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada, ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada, todo ello de acuerdo con el principio favor libertatis o in dubio pro libertate, que lleva a la ‘elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad’ (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)”.

Por tanto, iniciaremos nuestro examen por la verificación del presupuesto de legalidad de la medida. De llegar a evidenciarse su incumplimiento en este caso, ello traería consigo la estimación de la demanda sin necesidad de tener que pronunciarnos sobre los demás motivos del recurso, pues aunque en hipótesis concurrieran los demás requisitos exigibles para la constitucionalidad de la privación de la libertad soportada por el recurrente, devendría a todos los efectos ya irrelevante, faltando, se insiste, aquel presupuesto.

3.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015 ya citada, resolvió el recurso planteado por quien en el proceso a quo resultó absuelto en sentencia del delito de incendio por el que se le acusaba, también como aquí con apreciación de la eximente completa de trastorno mental (artículo 20.1 Código Penal) e imponiéndosele la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico penitenciario (allí por tiempo no superior a siete años), impugnando en amparo la decisión posterior de la autoridad judicial de mantenerle en prisión provisional durante la tramitación del recurso de casación promovido por él contra la Sentencia de instancia. Lo alegado entonces fue también la vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española), pero por falta de cobertura legal de la citada medida de prisión provisional. Para resolver aquel recurso, este Tribunal formuló las siguientes consideraciones:

a) Respecto del principio de legalidad en el ámbito de las medidas limitativas de derechos fundamentales, recordamos entonces que “hemos señalado que ‘la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional’, proyectando este postulado sobre una serie de derechos fundamentales, en lo que ahora nos importa, específicamente también sobre el derecho a la libertad personal (Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1987, de 12[sic] de marzo, FJ

3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 6)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

b) Ya dentro de este último (derecho a la libertad) y en relación con la medida de prisión provisional, precisamos asimismo que “la exigencia general de habilitación legal supone ‘que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional’ ha de estar ‘prevista en uno de los supuestos legales’ (uno de los ‘casos’ a que se refiere el artículo 17.1 de la Constitución Española) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la ‘forma’ mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone (Sentencias del Tribunal Constitucional 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 2; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

c) Para tener por cumplida la exigencia de la previa habilitación legal de toda medida restrictiva del derecho fundamental –de nuevo con carácter general–, “hemos sostenido, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que ‘la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad’ (Sentencias del Tribunal Constitucional 169/2001, 16 de julio, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

Lo que trasladado a la regulación de la prisión provisional implica “que la ley habilitadora de la injerencia ha de hacer suficientemente previsible la extensión y el contenido de la privación de libertad, lo que ‘encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar’...” (Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, FJ 2).

d) En aplicación de esta doctrina, la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015 comprobó si tenía cobertura legal la medida cautelar impuesta al ahí recurrente, en concreto en el artículo 504.2 in fine de la Ley

de enjuiciamiento criminal (Ley de Enjuiciamiento Criminal), precepto inserto en el articulado de la prisión provisional (“si fuere condenado... la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida”), llegando a una conclusión negativa en sus fundamentos jurídicos 3 a 5, a cuya argumentación cabe aquí remitirse.

La misma falta de cobertura observó la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015 respecto del artículo 381 Ley de Enjuiciamiento Criminal (“si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título”). Como explica en su fundamento jurídico 4: “Se trata, en primer lugar, de una norma que se ubica sistemáticamente en la fase de instrucción del sumario, en la que se advierte al Juez instructor que, de apreciar ‘indicios de enajenación mental’ en el procesado (no juzgado aún) deba someterlo a la observación de los médicos forenses, con objeto de precisar una inicial valoración de su estado psíquico; el precepto se halla sistemáticamente encuadrado en el ámbito de las primeras diligencias de investigación sobre la ‘identidad del delincuente y sus circunstancias personales’, dentro de la fase de instrucción del sumario, habiéndolo introducido el legislador en este capítulo de la norma procesal, de estricta naturaleza investigadora, con el objetivo de que el Juez instructor pueda hacer una primera valoración de la capacidad psíquica del procesado sometido al proceso, con vistas a la ulterior culminación de la fase de investigación y preparación para el juicio oral y la resolución definitiva. En el supuesto de autos, en cambio, el inicialmente acusado ha sido ya enjuiciado y objeto de un pronunciamiento judicial en el que se le ha apreciado, no ya indicios, sino la certeza de tener alterada su capacidad psíquica y por ello ha sido declarado exento de responsabilidad criminal. Además, en segundo término, el precepto cumple una doble finalidad, de una parte asistencial, pues ordena al Juez que curse el mandato oportuno para que el procesado sea sometido ‘a la observación de los médicos forenses’ y, de otro lado, de clara vocación investigadora dentro del sumario, con vistas a perfilar la concurrencia o no de una posible circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en aquel. Este precepto, por tanto, en nada habilita legalmente para fundamentar la adopción de una medida

cautelar de privación de libertad prorrogada, pues el alcance y fines que persigue son distintos de los que ahora analizamos”.

e) Constatada la ausencia de una norma legal orgánica (artículo 81.1 de la Constitución Española) habilitante de la adopción de la prisión provisional, tras sentencia no firme de absolución por eximente completa con imposición de medida de seguridad de internamiento, su consecuencia no podía ser otra que la declaración de haberse vulnerado el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española) del recurrente, con otorgamiento del amparo solicitado (FJ 5 y fallo).

Al margen de esta solución al caso concreto, sin embargo, el Tribunal tuvo muy en cuenta la importancia de evitar la incertidumbre que podría generarse en el ámbito de la Justicia penal con su pronunciamiento, durante el tiempo de espera que se suponía sería breve desde la publicación de nuestra sentencia 217/2015, hasta que el legislador interviniera regulando convenientemente esta materia, descartada de antemano la hipótesis de una desregulación deliberada, del todo inconveniente si se tiene en cuenta, como observó ya la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001 (capítulo IV, 5), “que la adopción de una medida cautelar privativa de libertad contra estas personas se presenta como imprescindible en muchos casos”, dado el grado de peligrosidad judicialmente acreditado y la gravedad de los delitos cometidos, al margen de su inimputabilidad, con posible riesgo de su reiteración.

En ese sentido, el Tribunal dejó por ello advertido al final de su fundamento jurídico 4, que no cabía descartar como vía de control jurisdiccional alternativa, la del internamiento involuntario por causa de trastorno mental previsto en el artículo 763 de la Ley de enjuiciamiento civil: (precepto éste declarado por cierto inconstitucional –sin nulidad– en los incisos que recogen la mencionada medida privativa de libertad, por la falta del debido rango legal orgánico, por nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, rango que apenas ha alcanzado tras la reforma de la disposición adicional primera Ley de Enjuiciamiento Civil, por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio).

Con todo, es obvio que este cauce de tutela, sometido a sus propios presupuestos, garantías y trámites, en lo que aquí importa en cuanto a la fase judicial de 72 horas del artículo 763.3 Ley de Enjuiciamiento Civil (sobre esas garantías, vinculadas al derecho fundamental a la libertad, tratan con

detalle las Sentencias del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, FFJJ 4 y 6; 182/2015, de 7 de septiembre, FFJJ 3, 5 y 6; 22/2016, de 15 de febrero, FFJJ 4 a 6; y 50/2016, de 14 de marzo, FFJJ 3, 4 y 6), plazo a contar en este caso desde la puesta en conocimiento de los hechos al juez civil competente por parte del tribunal penal a quo, una vez interpuesto el recurso devolutivo contra la sentencia, y hasta la adopción del auto civil resolutorio autorizando o no la medida (el cual es apelable), no deja de ser una posibilidad extraordinaria, no exenta de problemas orgánicos y procedimentales entre tribunales de dos órdenes de jurisdicción llamados a conocer e injerirse en la situación de libertad de una misma persona en tiempo simultáneo.

4.- Se sigue de lo declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, incluyendo la admonición final contenida en ella acerca de la citada vía alternativa del internamiento por trastorno mental del artículo 763 Ley de Enjuiciamiento Civil, que la privación de la libertad individual de una persona sometida judicialmente a una medida de seguridad de internamiento (artículo 101 Código Penal), mientras la Sentencia penal que así la impone no haya devenido firme, no puede ampararse hoy día en el instituto de la prisión provisional.

Como dejamos asentado en nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 7, con evidentes diferencias en cuanto a la situación ahí enjuiciada frente a la que ahora nos ocupa (pues se trataba de un proceso penal todavía en fase de instrucción, aunque el recurrente ya había sido declarado incapaz en sentencia civil), pero aplicable aquí en cuanto a las garantías de un tratamiento especializado: “no concurren en este caso razones suficientes para considerar que la medida excepcional de prisión provisional impuesta al demandante de amparo resultaba proporcionada y acorde a finalidades constitucionalmente legítimas y sí, por el contrario, para afirmar que ni resultaba necesaria ni era la más adecuada para garantizar que fuera a recibir un tratamiento médico idóneo y una atención personal y social conveniente para hacer frente a su enfermedad y para evitar que en un futuro se lesionara a sí mismo o lesionara a los demás. La misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo ‘provisional’, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contradictorio, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una

medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada”.

En esta misma línea de pensamiento se incardina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con la garantía de la legalidad del artículo 5.1 e) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: Convenio Europeo de Derechos Humanos [“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: ...e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de... un enajenado”], aplicada a personas con trastorno mental a las que se les atribuye la comisión de delitos. Así por ejemplo, en su Sentencia del 30 de julio de 1998, asunto A. contra Bélgica, el Tribunal rechazó que pudiera considerarse adecuado, a los efectos de aquella garantía, la reclusión del demandante con trastorno mental en el anexo de un centro penitenciario sin las debidas condiciones de tratamiento médico –en aquel caso, durante siete meses–:

“§ 46. El Tribunal recuerda que para respetar el artículo 5.1, la detención debe tener lugar ‘según las vías legales’ y ‘ser regular’. En esta materia, el Convenio remite para lo esencial a la legislación nacional y consagra la obligación de respetar tanto las normas de fondo como de procedimiento, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5: proteger al individuo contra la arbitrariedad (ver, entre otras, las Sentencias W. contra Países Bajos de 24 de octubre de 1979, serie A, núm. 33, pgs. 17-18 y 19-20, ap. 39 y 45, y B. contra Grecia de 15 de noviembre de 1996, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-V. pg. 1738, ap. 31).

Además, debe existir cierto vínculo entre, por un lado, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, por otro, el lugar y el régimen de detención. En principio, la ‘detención’ de un enfermo mental no será ‘regular’, según el apartado e) del párrafo 1, salvo si se realiza en un hospital, una clínica o en otro establecimiento apropiado (Sentencia A. contra Reino Unido de 28 de mayo de 1985, serie A, núm. 93, pg. 21, ap. 44)”.

“§ 49. El juicio verbal seguido los días 10 a 15 de enero de 1990 que reflejan la situación existente en 1990 (apartados 23 y 24 supra), el informe del CPT [Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas

o tratos inhumanos o degradantes] (apartado 28 supra) y las alegaciones aportadas por el Gobierno belga (apartados 29-30 supra) demuestran suficientemente que el anexo psiquiátrico de Lantin no podría ser considerado como un establecimiento apropiado para la detención de enajenados: estos últimos no se benefician ni de un seguimiento médico ni de un ambiente terapéutico. Al recibir una solicitud de permiso del señor A., la Comisión de defensa social consideró, el 2 de agosto de 1993, que la situación perjudicaba al interesado, que no se beneficiaba de los cuidados que necesitaba el estado origen de su internamiento. El Gobierno, por otra parte, no negó que el hacerse cargo del demandante en Lantin fuera deseable desde un punto de vista terapéutico. Hubo entonces ruptura del vínculo entre la finalidad de la detención y las condiciones en las que ésta tuvo lugar”.

“§ 50. En conclusión, hubo violación del artículo 5.1”.

También sobre la improcedencia de mantener a la persona con trastorno mental en centros de detención que carezcan de las necesarias condiciones para su tratamiento médico, desde la óptica de la garantía de la legalidad del artículo 5.1 e), la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2008, asunto P. contra Polonia, §§ 44 a 46 (que declara vulnerado el Convenio).

5.- Las resoluciones impugnadas en este amparo, como ya se ha dejado constancia en los antecedentes, levantaron la prisión provisional que pesaba sobre el acusado aquí recurrente, acordando en su lugar que ingresara en la “Unidad Psiquiátrica” del mismo centro penitenciario donde estaba. Nos corresponde comprobar, por tanto, si existe una norma procesal que dé cobertura no ya a la adopción de la medida de prisión provisional que ha sido correctamente excluida por la Audiencia, atendiendo seguramente a nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, sino aquella otra medida de internamiento en la unidad psiquiátrica a la que acaba de aludirse. Para responder a esta cuestión procede realizar las siguientes consideraciones:

a) Ambos Autos recurridos invocan como base el artículo 983 Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor: “Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado”. La referencia a “otros motivos lega-

les” permitiría así extender, “por motivos de coherencia procesal” según lo llama la Audiencia en su Auto de 20 de junio de 2017, y con el fin de “proteger a las víctimas...de futuras agresiones” del recurrente, añade el Auto de 13 de julio posterior, su no excarcelación.

Por su parte, el Auto de 20 de junio de 2017 sostiene que este precepto se ve complementado a su vez con el artículo 383 Ley de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con el cual: “Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo”.

Así expuesta, no puede compartirse la tesis de las resoluciones recurridas. Respecto del artículo 983 Ley de Enjuiciamiento Criminal, no resulta tan determinante para su descarte el hecho de que el precepto se incluya en el articulado de la ejecución de sentencias, puesto que precisamente lo que ahí se hace es excepcionar el cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia absolutoria, por alguna de las causas que expresa la norma. Sí lo es, sin embargo, que el precepto no habilita el mantenimiento de una privación de libertad que no hubiese sido ya adoptada dentro de los cauces previstos por el propio ordenamiento procesal penal. Y cualquier otro motivo no vinculado a la impugnación de la sentencia debe ser igualmente de los calificados como “legales”, para permitir el aplazamiento de la excarcelación. En definitiva, el artículo 983 reenvía a la que sería, en cada caso, la verdadera norma de cobertura de la medida cautelar, lo que nos deja en el mismo punto de partida.

b) En lo que concierne al artículo 383 Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de concederse razón tanto al demandante de amparo como al Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, cuando ponen de relieve su inaplicabilidad al asunto de autos: ni la situación del aquí recurrente es la de padecer demencia sobrevenida “después” de cometidos los delitos que se le atribuyen (muy al contrario, los perpetró bajo el estado de alteración mental que ha traído consigo la apreciación judicial de la eximente del artículo 20.1 Código Penal), ni el proceso se encuentra todavía en la fase de instrucción ni, por tanto, se trata de asegurar el ejercicio de la capacidad procesal del inculgado.

c) Todavía dentro de la Ley de enjuiciamiento criminal, y a los efectos que también resultan aquí aplicables, nos remitimos al razonamiento contenido en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/2015, antes reproducido en el anterior fundamento jurídico 3 d) de la presente Sentencia, en torno a la inoperancia del artículo 381 de dicha Ley para servir de cobertura en este caso, de la medida de internamiento en centro psiquiátrico.

d) La referencia contenida en las resoluciones impugnadas, al internamiento del recurrente en la “Unidad Psiquiátrica del Centro Penitenciario” donde estaba en prisión provisional, remite al Reglamento Penitenciario que es donde se prevé este tipo de establecimientos. Sin embargo, ninguna de sus disposiciones tiene rango legal y menos todavía el exigible de ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución Española), por lo que ya de por sí no ofrece la cobertura necesaria al tratarse, no se olvide, de una medida privativa de un derecho fundamental (artículo 17.1 de la Constitución Española). Pero además tampoco aparece siquiera la necesaria compatibilidad de supuestos, pues el ingreso de la persona en “establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias”, solo es procedente: (i) bien para el “cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad” (artículo 183), por apreciación de una circunstancia eximente [artículo 184 b)], esto es, con carácter ya ejecutivo, o (ii) bien de manera temporal, para “detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación... durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe” [artículo 184 a)], lo que no se amolda a la hipótesis de un internamiento durante semanas o meses, tiempo previsible de espera para la sustanciación de un recurso penal devolutivo contra la sentencia. En ambos casos, bajo el control de la Administración penitenciaria (artículo 21 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas”).

e) No ofrece base legal tampoco, aunque tenga el rango necesario, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, que se limita a disponer el ingreso eventual en establecimientos de “preventivos” (“centros destinados a la retención y custodia de detenidos y

presos”, acota el precepto), de quienes fueren a cumplir “penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses”, por tanto una vez más, como medida ejecutiva (de corta duración).

f) Conviene puntualizar, en todo caso, en cuanto a su previsión en los artículos 183 y siguientes Reglamento Penitenciario, que hasta el presente solamente funcionan en España como “establecimientos psiquiátricos penitenciarios”, los hospitales psiquiátricos penitenciarios de Alicante y Sevilla. Y por lo que hace a las unidades psiquiátricas dependientes de un centro penitenciario, únicamente se ha constituido una, la “Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria” del centro penitenciario B. 1 (UHPP), exclusiva para la población reclusa de Cataluña al tener dicha Comunidad Autónoma transferida la competencia en materia de Administración penitenciaria. No existen unidades psiquiátricas en otros centros penitenciarios y, por tanto, no la hay tampoco en concreto en el centro penitenciario de Córdoba. De allí que el mandato judicial de ingreso del recurrente en semejante “unidad” de este último centro, como resuelven los Autos impugnados en amparo con desconocimiento de la realidad, haya devenido en los hechos de imposible cumplimiento.

En efecto, según consta en el antecedente 4 de la presente Sentencia, tras realizarse comunicación telefónica por la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal Constitucional, el 13 de octubre de 2017, con el mencionado centro penitenciario, se tuvo confirmación de este último de que no contaba con dicha unidad psiquiátrica, y que el recurrente había quedado recluido en el módulo 16 del mismo centro, que es según se informa el de enfermería, se entiende que con sujeción al régimen interior general. Desde esa perspectiva, la demanda de amparo y el Ministerio Fiscal llevan razón cuando califican la situación del recurrente, hasta su reciente traslado al hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla el 8 de marzo de este año (cuando ha empezado a cumplir con la medida de seguridad impuesta, tras desestimarse su recurso de casación), como una prisión encubierta, carente de absoluta cobertura legal, y por ello vulneradora de su derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), lo que determina la estimación de la demanda de amparo.

Corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (artículo 66.2 de la Constitución Española), poner fin a

este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico.

Hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesaria para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrá de serlo, como acota el Fiscal en su escrito de alegaciones, en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito.

6.- La estimación de la demanda de amparo ha de traer consigo la nulidad de los dos Autos impugnados, sin que resulte preciso acordar medidas adicionales para la restitución del derecho fundamental reconocido, en concreto la puesta en libertad del recurrente. Conforme se ha adelantado, el recurso de casación promovido contra la Sentencia de instancia dictada el 18 de mayo de 2017, resultó desestimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018 (recurso 1644-2017), lo que ha determinado la firmeza de aquella Sentencia de instancia, y la apertura de la ejecutoria de la medida de seguridad que imponía, ingresando el recurrente en la fecha antes indicada –8 de marzo de 2018– en el hospital psiquiátrico penitenciario de Sevilla, donde se encuentra recibiendo el oportuno tratamiento farmacológico y participando de las actividades programadas en dicho centro.

En consecuencia, el recurrente continúa privado de libertad pero en virtud ya de un título distinto (sentencia firme de la Audiencia Provincial) del dimanante de los autos que ahora se declaran nulos; validez de aquel otro título que queda extramuros de este recurso de amparo.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don J.M.C. y, en consecuencia:

1.- Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española).

2.- Restablecerle en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de 20 de junio de 2017 y 13 de julio de 2017, dictados ambos por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba (procedimiento sumario 1044-2016).

CAPÍTULO XII

RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES

73.- AUTO 424/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE FECHA 03/07/18

Estimación de recurso de apelación admitiendo iniciación de procedimiento de transmisión de resolución.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número Uno de Santander se dictó en fecha 2 de mayo de 2018, Auto por el que se denegaba la petición del penado A.T. de cumplimiento de la pena de prisión en su país (Rumania).

Contra dicho se interpuso recurso de apelación por el penado A.T. interesando que se dejase sin efecto la citada resolución. Recurso que ha motivado la incoación del presente rollo de apelación.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal evacuando el traslado conferido para alegaciones (artículo 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se presentó escrito mostrando su conformidad a la petición del interno en el sentido que consta en autos, interesando la estimación del recurso.

Ha sido Ponente de esta resolución el Magistrado de esta Sección, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre el penado A.T. el Auto de fecha 2 de mayo de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número Uno de Santander en el que se denegaba la petición del penado A.T. de cumplimiento de la pena de prisión en su país (Rumania).

El Ministerio Fiscal informó favorablemente a la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Solicita el recurrente el cumplimiento de la pena de prisión en su país (Rumania) conforme a lo dispuesto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

El Capítulo II de la citada Ley, bajo la rúbrica «Transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad» regula el procedimiento y requisitos a seguir ante pretensiones como la aducida por el recurrente.

El artículo 66 establece que 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.

El mismo precepto advierte de que el hecho de que, además de la condena a la pena o medida de seguridad privativa de libertad, se haya impuesto una sanción pecuniaria o decomiso que todavía no haya sido abonada o ejecutado no impedirá la transmisión de la resolución por la que se imponen penas o medidas privativas de libertad. Los pronunciamientos condenatorios de carácter patrimonial podrán amparar la transmisión de resoluciones judiciales de decomiso o de sanciones pecuniarias por parte del Juez o Tribunal sentenciador.

Finalmente exige que antes de transmitir la resolución, la autoridad judicial competente se asegurará de que no existe ninguna sentencia condenatoria pendiente de devenir firme en relación al condenado.

Por su parte el artículo 64 de la misma Ley determina cuáles son las Autoridades judiciales competentes en España para transmitir y ejecutar una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad estableciendo que:

«1. 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.

2. La autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad será el Juez Central de lo Penal. Para llevar a cabo la ejecución de la misma, será competente el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria. Cuando la resolución se refiera a una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor la competencia corresponderá al Juez Central de Menores...».

Expuestos los requisitos necesarios para la transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad la Sala comprueba que se cumplen todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos para iniciar el citado procedimiento de transmisión en los términos interesados por el recurrente.

Así, consta que el condenado A.T. se encuentra cumpliendo pena de prisión en España por delito cometido en nuestro país, consta que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución (Rumania) contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado tal y como éste ha alegado invocando la total falta de arraigo en España así como que tiene toda su familia en Rumania lo que posibilitarla muy positivamente su reinserción social dado que estando en Rumania podría recibir las visitas de sus allegados, circunstancia que sin duda contribuirá de manera decisiva a evitar el desarraigo que toda privación de libertad conlleva especialmente tratándose de un penado-interno en país extranjero y, finalmente, consta el expreso consentimiento del recurrente A.T. a la transmisión ya que el mismo la ha solicitado personalmente siendo adecuadamente asistido de Letrado. Por todo lo anteriormente expuesto es visto que procede la estimación del recurso para iniciar el procedimiento establecido en el citado

Capítulo II de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, de transmisión de la resolución por la que se impone la pena privativa de libertad que el condenado se encuentra cumpliendo en España.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por A.T. contra el Auto de fecha 2 de mayo de 2018 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Número Uno de Cantabria, que se revoca en su integridad, acordando el inicio y tramitación del procedimiento de transmisión de la resolución por la que se impone la pena privativa de libertad que el condenado se encuentra cumpliendo en España.

74.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SANTANDER DE FECHA 02/05/18

No procedencia de solicitud de traslado tras incumplimiento de orden de no reingreso tras expulsión.

HECHOS

ÚNICO- En fecha 26 de marzo de 2018 se ha incoado el presente expediente relativo a la aplicación del Principio de Reconocimiento Mutuo de Sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (Decisión Marco 2008/909 JAI de 27 de noviembre implementada en España por Ley 23/14 de 20 de noviembre de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea), a solicitud del interno A.T., del Centro Penitenciario El Dueso (Cantabria), constando al expediente la correspondiente documentación y habiéndose dado traslado al Ministerio Fiscal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Examinado el presente expediente y constando que el interno formula solicitud de cumplimiento de la pena en Rumania al amparo de la Ley 23/14 de 20 de Noviembre de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea a través de la que se implementa en España la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efecto de su ejecución en la Unión Europea, resolveremos como a continuación se dirá.

El penado A.T., fue condenado en Sentencia firme de fecha 17 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Penal de Palencia. Como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas a la pena de 3 años de prisión. Acordándose en la misma Sentencia la sustitución de dicha pena de prisión por la expulsión del territorio nacional español por tiempo de 10 años.

Ejecutada la Expulsión, el penado A.T., incumplió la pena sustituida y regresó a España. Lo que motivó que se dictara Auto de fecha 17 de marzo de 2016 dejando sin efecto la expulsión y mandando cumplir la pena de 3 años de prisión inicial.

En el momento actual el penado está próximo a cumplir la pena. En concreto su licenciamiento definitivo sería en el mes de octubre del año próximo (2019).

Pues bien, habiendo dispuesto el penado de la ocasión y posibilidad de no cumplir pena de prisión (al ser esta sustituida por la expulsión del territorio nacional) y habiendo incumplido dicha expulsión al haber regresado antes de los diez años (al año siguiente de su expulsión), hemos de entender que hizo renuncia a cumplir en su país arriesgándose a cumplir en España la pena impuesta. Siendo, por demás, evidente que el riesgo de que vuelva a incumplir en su país y regresar a nuestro Territorio Nacional sea muy elevado.

Por tal motivo, no parece que la resocialización sea más beneficiosa ni más favorable en caso de la transmisión de la Ejecución a Rumania.

Por todo ello, procede decretar el archivo del presente expediente sin acceder a lo petitionado por el penado.

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

PARTE DISPOSITIVA

Por S.S^a SE ACUERDA: Decretar el archivo del presente expediente en base a las consideraciones que obran en los precedentes razonamientos jurídicos, denegando así la petición del penado.

CAPÍTULO XIII

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

75.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CASTELLÓN DE FECHA 20/03/18

Se deja sin efecto una de las dos sanciones impuestas, por considerar que hay unidad de acto en la acción punible.

HECHOS

PRIMERO.- R.D.F., persona interna en el Centro Penitenciario de Castellón I, recurre el acuerdo sancionador dictado el 16 de noviembre de 2017 en expediente disciplinario nº 408/2017-1201 en el que se le imponían la sanción de 6 días de aislamiento en celda y 8 días de aislamiento en celda por las faltas muy graves de los artículos 108 b) y 108 d).

SEGUNDO.- Conferido traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal representado por Don Carlos Sarmiento se informó por el mismo en el sentido de oponerse a la estimación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 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 2) establece que es competencia de este Órgano acordar lo que proceda sobre las peticiones de quejas que los internos formulen en relación con el régi-

men y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados por los que es sancionado R.D.F. tienen lugar el día 6 de noviembre de 2017. El interno R.D.F. desobedece las órdenes del funcionario negándose a entrar en el cuarto de cacheo y amenazando diciendo: “no sabéis lo que hacéis, tener cuidado conmigo, que la liamos”. Se utiliza la fuerza física personal necesaria cogiéndole del brazo para que accediera y en ese momento se resiste activamente dando manotazos y diciendo: “dejadme, os vais a enterar cuando se lo diga a mi abogado”. Dado el estado de tensión y agresividad generado se procede a aplicar el artículo 72 del Reglamento Penitenciario.

La facultad sancionadora de la administración penitenciaria se debe sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente expediente sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa, y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

Los hechos imputados declarados probados, han sido debidamente acreditados por los datos obrantes en el expediente, parte de los funcionarios, e informe del Jefe de Servicio, incluso el propio interno en las manifestaciones ante la comisión disciplinaria reconoce que se enfadó mucho, aunque indica que no se negó a entrar en el cuarto de cacheo.

Se le imputan al penado dos faltas muy graves del artículo 108 b) Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquéllos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos”, y otra falta muy grave del artículo 108 d): “La resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en ejercicio legítimo de sus atribuciones”.

No obstante entendemos que debe dejarse sin efecto la sanción impuesta por la falta muy grave del artículo 108 b), en cuanto la “resistencia activa y grave que contempla a falta del artículo 108 d) conlleva la actuación del interno de resistencia a cumplir las órdenes y la agresión a los funcionarios dando manotazos al tiempo que dirigía expresiones de amenaza y coacti-

vas a los funcionarios. Son acciones que se producen en unidad de acto y por lo tanto deben ser sancionadas como una única falta”.

Por todo ello, vistos los artículos citados y demás de aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

Se ACUERDA ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de alzada interpuesto por R.D.F. contra el acuerdo sancionador de fecha 16 de noviembre de 2017 en expediente sancionador 408 /2017-1202, ratificando la sanción impuesta por la falta muy grave del artículo 108 d) sanción de 8 días de aislamiento en celda, dejando sin efecto la sanción correspondiente a la falta muy grave del artículo 108-b).

76.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 25/09/18

Estimación de recurso de alzada dejando sin efecto la sanción en caso de agresión recibida por un interno.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado recurso de alzada interpuesto por interno D.S.R. contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria de fecha 5/6/2013 del Centro Penitenciario Sevilla II en el Expediente Sancionador número 208/2013.

SEGUNDO.- Del recurso se dic traslado al Ministerio Fiscal que informó sobre el mismo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario por no estar conforme con los hechos imputados y la sanción impuesta.

En el Expediente se imputa al interno la comisión de una falta muy grave del artículo 108-C del Reglamento Penitenciario porque, el día 1 de marzo de 2018, sobre las 18:30 horas, en el módulo 14, el interno se está peleando, dándose golpes con el interno R.R., desobedeciendo las órdenes de los funcionarios a que depusiera su actitud.

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó la imposición de una sanción de 5 fines de semana de aislamiento.

SEGUNDO.- La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad; siendo garantías indispensables en la sustentación del expediente sancionador la previa información al interno de la infracción atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de entablar recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

TERCERO.- En el presente caso, no se estima concurrente prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del interno recurrente, pues los partes de hecho que dan origen al expediente describen la agresión de otro interno (R.R.) al aquí recurrente que además es el único que resultó con lesiones, a tenor del parte médico de asistencia obrante en el expediente; por lo que en definitiva, no se acredita suficientemente la comisión de la falta muy grave de agresión que se le imputa, lo que debe llevar a la estimación del Recurso de Alzada formulado, dejando sin efecto la sanción impuesta.

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de alzada formulado por el interno D.S.R. contra el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario Sevilla II en el Expediente Disciplinario número 208/2018, dejando sin efecto la sanción impuesta en el acuerdo de la Comisión Disciplinaria de fecha 05-06-2018.

77.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 14/06/18

Se aprueba recurso de reforma dejando sin efecto sanción impuesta por falta de prueba suficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29/5/18, se recibió en este juzgado escrito del interno arriba reseñado interponiendo Recurso de Reforma contra el Auto de fecha 7/5/18 que estimaba parcialmente el Recurso de Alzada interpuesto contra la sanción impuesta en el expediente disciplinario reseñado en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal informe en el sentido que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Examinado el RRF formulado por el interno F.M.M.A. contra el Auto de éste Juzgado de fecha 7/05/18 y revisado el expediente, se constata que el interno tal y cómo alega, sí solicitó en tiempo y forma la práctica de prueba pericial caligráfica, que fue desestimada, junto con la prueba testifical propuesta, por el Instructor del expediente. Atendida dicha circunstancia, y que el tiempo transcurrido impide que la referida prueba caligráfica pueda ser practicada, con unas mínimas garantías en cuanto que las pintadas presumiblemente han sido borradas, procede, en aras a salvaguardar los derechos del interno, la estimación del recurso de reforma formulado, y, en consecuencia, del recurso de alzada en su día formulado, por falta de prueba suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el Recurso de Reforma formulado por el interno arriba reseñado, contra el Auto de 7/5/18 acordando en su lugar, la estimación del

Rec. Alzada formulada y contra el acuerdo sancionador de fecha 21/02/18, dejando sin efecto la sanción impuesta.

78.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID 1 DE FECHA 18/10/18

Anulación de sanción en un caso de agresión a otro interno, por falta de pruebas.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 27-9-2018 se recibió en este Juzgado escrito de recurso de alzada interpuesto por interno M.A.E.M. contra el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria de fecha 29-8-2018 del Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro) en el Expediente Sancionador número 395/2018.

SEGUNDO.- Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó en interesando la desestimación del mismo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna el interno el referido acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro) por no hallarse conforme con el mismo.

En el Expediente se imputa al interno la comisión de una falta MUY GRAVE del artículo 108 C del Reglamento Penitenciario porque el día 22 de julio de 2018 sobre las 13.30 horas los internos A.M. y M.A.E.M. agredieron a otro interno y le robaron 20 euros.

La Comisión Disciplinaria por tales hechos acordó la imposición de una sanción de 6 días de aislamiento en celda.

SEGUNDO.- La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se sustenta sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad: siendo garantías indispensa-

bles 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.

TERCERO.- En el presente caso procede estimar el recurso del interno por la falta de pruebas de que agrediera a otro, cuya identidad se le oculta al recurrente en todo el expediente. Visto que parece que la ocultación es intencionada, pues la comisión disciplinaria no se la proporciona a pesar de que el recurrente lo manifiesta en sus alegaciones, la voy a seguir ocultando yo, por si las razones de la ocultación fueran de seguridad, dado que voy a estimar el recurso por falta de pruebas y no es necesario conocer dicha identidad.

Aunque en el pliego de cargos figuran una falta de sustracción y otra de agresión, finalmente solo se sanciona por esta última, que es lo único que debe tenerse en cuenta en esta resolución.

Respecto a la agresión. M.A.E.M. manifestó ante la Comisión Disciplinaria que ni siquiera consta el nombre y apellidos del agredido ni partes médicos. Estos extremos son ciertos, pues, aunque es de suponer que el recurrente conoce el nombre y apellidos del supuesto agredido porque dice que compartió celda con él, no los menciona el propio sancionado y nadie se los ha dicho en el expediente. Solo consta el nombre en el parte que hace el jefe de servicios, en el que cuenta que los funcionarios le mencionan que el supuesto agredido les contó que lo había sido en el reparto de la comida y que además le habían sustraído 20 euros. Por su parte, los funcionarios dicen en su informe que los agresores son llevados a enfermería, pero no dejan constancia de que lo fuera también el supuesto agredido, ni que presentara lesiones aparentes, por nimias que fueran. No se dice que presenciara la pelea, ni se cuenta con algún testigo, siendo previsible que a la hora del reparto sí que hubiera alguien que la presenciara.

Por tanto, solo se cuenta con las versiones contradictorias de los internos implicados. desconociendo además el sancionado la identidad del supuesto agredido, al que ni siquiera se ha tomado declaración, constando solo una mera referencia del jefe de servicios. No hay ningún testigo que presenciara que los vio juntos, ni existen grabaciones de cámaras, según informa el propio centro al interno. Como se ve, no estamos ante la presunción de veracidad de la versión del funcionario, sino ante ver-

siones contradictorias de dos internos, uno de los cuales ni siquiera firma una declaración (a pesar de que el jefe de servicios dice que hizo instancias con la identificación, NO SE aporta nada), por lo que, en virtud del principio de presunción de inocencia, la sanción debe anularse por falta de pruebas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso interpuesto por el interno M.A.E.M. contra el acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro), en el Expediente Disciplinario número 395/2018, anulando y dejando sin efecto la sanción impuesta.

79.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CIUDAD REAL DE FECHA 06/11/18

Se deja sin efecto una sanción por hechos cometidos en un furgón policial, al considerar que los hechos rebasan el ámbito disciplinario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Acuerdo de fecha 26 de septiembre de 2018, la Comisión Disciplinaria, del Centro Penitenciario de Herrera de La Mancha, impuso al interno S.D.C. la sanción de aislamiento en celda por tiempo de cinco fines de semana, como autor de una falta muy grave del artículo 108.B del Reglamento Penitenciario. Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

SEGUNDO.- Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del precedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte aquella.

SEGUNDO.- Tramitado y resuelto el Expediente con el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables y menos por el Centro de referencia ya que del relato de hechos se infiere que los hechos tuvieron lugar en un traslado del mismo hacia el Centro Herrera de La Mancha, estando en el furgón, por lo que, si de estos hechos se pudiere inferir que durante dicho traslado el interno pudiera haber cometido una o varias infracciones penales, lo que pudiera ser constitutivo de un delito y/o de falta, tales circunstancias de lugar y presunto sujeto pasivo, rebasa el ámbito puramente disciplinario y de competencia por razón del lugar, por lo que se entiende que, en su caso, tales presuntos hechos, no puede ser valorados desde el régimen estrictamente disciplinario y menos por este Juzgado, debiendo remitirse su conocimiento al órgano Judicial correspondiente, como no consta que se haya hecho por la Fuerza actuante, debiendo únicamente de ser tenido en cuenta, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, desde el punto de vista penitenciario, para la concesión o no de nuevos permisos, clasificación, etc., por todo lo cual procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 26 de septiembre pasado.

En atención a lo expuesto

DISPONGO: Estimar el recurso interpuesto por el interno S.D.C., en el sentido de dejar sin efecto el Acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 26 de septiembre pasado.

CAPÍTULO XIV

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

80.- SENTENCIA 70/2018 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE FECHA 07/02/18

Ausencia de responsabilidad de la Administración Penitenciaria por fallecimiento de interno en un Centro Penitenciario tras consumir droga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo de este recurso para el día 6 de febrero de 2017, habiéndose observado y cumplido en este procedimiento las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este proceso la Resolución dictada por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, de 5 de septiembre de 2016, que desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial interpuesta por los tres recurrentes por el fallecimiento de su hijo y hermano, respectivamente, en el Centro Penitenciario de Ponent, que tuvo lugar el 27 de junio de 2013. Previamente, se habían seguido diligencias penales que fueron archivadas el 26 de octubre de 2015. La reclamación se presentó el 18 de diciembre de 2015.

Entienden los demandantes que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva de la Administración demandada de modo que no es necesario que concurra la culpa o negligencia del causante del daño, en la medida en que el fallecimiento del interno se debió, básicamente a lo siguiente: (i) la entrada de drogas en el centro penitenciario, lo que constituye una culpa in vigilando; (ii) no existe el deber de soportar el daño (antijuridicidad); (iii) concurre la relación causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado dañoso (fallecimiento del interno por sobredosis) (SAN de 11 de febrero de 1998).

Admite que la jurisprudencia exige, de manera constante, la presencia de un elemento de anormalidad, un fracaso del deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a su custodia atribuible exclusiva y directamente a un defectuoso funcionamiento del servicio público penitenciario.

La imputación descansa en los siguientes datos fácticos: (i) no haber impedido el acceso a las drogas consumidas por el interno en el centro penitenciario (folio 117 del EA+), habiendo quedado acreditado por el testimonio de los internos que la Administración no garantiza que no entren drogas en el centro y que dentro del mismo se pueden conseguir, ya que circulan y se trafica con ellas (además del hecho de que la psicóloga conocía el largo historial toxicológico y de drogadicción del interno y su poca adherencia a los tratamientos de desintoxicación así como sus múltiples fracasos; a pesar de ello el centro no hizo nada para evitar unos hechos y riesgos perfectamente previsibles) y (ii) omisión en el deber de socorro o demora en proporcionar asistencia sanitaria urgente en el centro peniten-

ciario porque los funcionarios no le prestaron el adecuado cuidado que hubiera permitido facilitarle una asistencia médica en el momento oportuno.

Todo ello forma parte de la culpa in vigilando, existiendo la relación de causalidad entre dicha actividad y el resultado dañoso en la medida en que la causa inicial o fundamental de la muerte es la intoxicación por opiáceos dentro del centro penitenciario, mientras que la causa intermedia fue el shock séptico y neumonía por bronco aspiración que responde a la demora en recibir auxilio y asistencia sanitaria por parte de la administración.

Por lo demás, las celdas no cuentan con ningún dispositivo o sistema de aviso para el caso de que ocurra una emergencia, y el sistema de aviso se limita al ruido que el preso pueda generar dando golpes en la celda y a confiar en que los funcionarios lo escuchen y acudan.

Considera que este sistema no es muy fiable y que la Administración tiene el deber de vigilar por la seguridad y la salud de los internos y la falta de estos medios no deja de ser otra manifestación más del funcionamiento anormal de la administración, pues si se instalan en otros centros penitenciarios dichos sistemas de aviso es porque serán necesarios.

Los daños y perjuicios, el fallecimiento del interno, derivan de la relación de causalidad: adquisición de sustancias estupefacientes dentro del centro penitenciario por parte del interno; la causa inicial del fallecimiento fue dicho consumo; la Administración conocía la larga y acreditada trayectoria como toxicómano y su poca adherencia a los tratamientos de desintoxicación y la falta de adopción de medidas preventivas; falta de sistemas de aviso en las celdas y demora en prestar la asistencia sanitaria urgente; obligación de la Administración de garantizar la salud y seguridad de los internos (garantizar el no acceso a las drogas).

Por todo ello, entiende que concurren todos los presupuestos legales para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y se condene a la Generalitat de Catalunya al abono de una indemnización de 100.000€ para los padres y 30.000€ para la hermana del interno fallecido.

SEGUNDO.- La Administración se opone al recurso por entender que no concurren los presupuestos que la legislación y la jurisprudencia exigen para imputar la responsabilidad patrimonial a la Administración y que relaciona.

Por otra parte y en relación con la responsabilidad objetiva no convierte a las administraciones públicas en aseguradoras universales de modo que la Administración no tiene el deber de responder ante cualquier daño que plantee un particular.

En este caso sostiene que la Administración ha cumplido con las obligaciones derivadas del servicio penitenciario que si bien le obliga a velar por la vida, integridad física y salud de las personas internadas en los establecimientos penitenciarios de modo que los internos tienen derecho a recibir una asistencia sanitaria de carácter integral, orientada tanto a la prevención como a la curación y rehabilitación de sus enfermedades que, ha de ejercerse preservando, en todo caso, su dignidad e intimidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988) aunque sería equívoco derivar de ese deber genérico de la Administración penitenciaria de velar por la vida, integridad física, etc., no puede confundirse con una responsabilidad de garantizar toda lesión que puedan padecer. Por ello, la jurisprudencia exige que se produzca algún elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio público penitenciario con el fin de establecer el nexo causal necesario así como el carácter antijurídico del daño. Entiende que la aplicación de esta doctrina al presente caso le lleva a concluir que la Administración penitenciaria de la Generalitat de Catalunya ha cumplido con las obligaciones y los deberes que la normativa le impone. En este caso, por otra parte, cita tres Autos de dos Juzgados de Instrucción que sobreseen libre y provisionalmente, según el caso, diversas diligencias penales y la Resolución, de 26 de mayo de 2014, que acordó el archivo de las actuaciones correspondientes al expediente de información reservada incoada a raíz del fallecimiento del interno, además de la Resolución del Conseller de Justicia de la Generalitat de Catalunya que desestimó la reclamación administrativa objeto del presente que se basa en el dictamen de la CJA; el informe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia; alegaciones de la Compañía Aseguradora y propuesta de resolución.

En consecuencia, entiende que en el presente caso no existe nexo causal. Cita los antecedentes del interno, con múltiples ingresos en prisión desde 1994 y la poca motivación por abandonar el consumo de sustancias estupefacientes. En el ámbito penitenciario la intervención en relación con dicho hábito era prioritaria pero para ello necesitaba contar con la voluntad del interno que participó desde el 3 de julio al 12 de octubre de 2012, aunque su evolución fue irregular, sin conseguir mantener la abstinencia.

Por ello el interno fue atendido de forma continuada por los diferentes profesionales del centro mediante entrevistas, con el objetivo de trabajar la abstinencia y la estabilidad conductual como pasos previos a derivarlo al Departament d'Atenció Especializada donde se intentaría una nueva intervención en relación con el área toxicológica (pags. 57-58; 144 y 155-157 del EA+). Desde su ingreso en el Centro Penitenciario, el 30 de mayo de 2013, consta que el interno fue atendido en 4 ocasiones por los servicios del Centro (folio 140 del EA+) sin que se pusiera de manifiesto ningún hecho significativo hasta que 10 días después de ingresar en el centro el 10 de junio de 2013 presentó un cuadro clínico compatible con una sobredosis, lo que contrarrestaría la tesis de la parte contraria que imputa falta de asistencia médica.

Sobre la conducta de los funcionarios de prisiones niega que se produjera en ningún caso una omisión del deber de auxilio. De acuerdo con la declaración del funcionario (NIP: NÚM004) que prestaba servicio en el búnquer del módulo 3 durante la noche del 9 y 10 de junio, ningún interno dio aviso de encontrarse mal y no se oyó ningún ruido ni a nadie gritar o golpear las puertas. Por ello, no se le podía ofrecer ninguna asistencia (folio 83 del EA+). En el mismo sentido se pronunció el funcionario de prisiones (TIP: NÚM000) que señaló que cuando algún interno empieza a picar porque alguien no se encuentra bien, se produce un fenómeno de simpatía de otras celdas

Las declaraciones de los internos que aporta la actora se hallan llenas de contradicciones. El interno Sr. R. manifestó que se acostó después de ver un rato la tele y que como se toma medicación por la noche el declarante se quedó dormido (folio 14 del EA+), luego si se quedó dormido no pudo avisar durante la noche, sino cuando sobre las 6:30 o 6:45 se despertó para ir al lavabo.

Tampoco es cierto que por la noche, a la hora del recuento, no hicieran levantar al interno (según declaración del folio 31 del EA+). El Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Lleida, de 26 de octubre de 2015, en las diligencias previas 3075/2013 constató que no constaba que llegaran especialmente tarde pues el aviso al equipo médico de guardia se dio a las 7:30 horas, siendo trasladado en ambulancia al Hospital y falleciendo 17 días más tarde y como consecuencia de la intoxicación por opiáceos. Ello llevó al Juez a rechazar la comisión de un delito de omisión del deber de socorro.

Considera que la atención dispensada al interno el 10 de junio de 2013 fue la adecuada y necesaria a los hechos, por lo que tampoco hubo funcionamiento anormal. Del mismo modo fue correcto el tratamiento psicológico pues toda actuación requiere la voluntad del interno y la atención al interno por su grado de drogodependencia, así como la tarea de la psicóloga que se entrevistó con el interno y que se ajustó a las pautas terapéuticas.

Finalmente, también refiere que la entrada de drogas en el Centro Penitenciario no puede impedirse al 100%. El interno estuvo en el centro 10 días. A su llegada fue registrado él y sus pertenencias. También fue sometido a los registros normales que han de ajustarse al respeto a la dignidad. Del mismo modo, la celda fue registrada y no hubo hallazgo alguno.

Por todo ello, considera que la demanda ha de ser desestimada.

TERCERO.- La Compañía aseguradora se opone también al recurso. Tras relacionar los hechos que considera relevantes, sostiene que no existe nexo causal entre el daño sufrido por los reclamantes y la actividad administrativa en la medida en que no se aprecia ninguna anomalía en la prestación del servicio público (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010). Subsidiariamente alega plus petición. Por todo ello, solicita que se desestime el recurso.

CUARTO.- 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 similares términos se regula el régimen de responsabilidad patrimonial en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incluye en la definición anterior la salvedad «o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Lo resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial es la lesión, pero ésta solo puede ser apreciada si el daño que le sirve de presupuesto

reúne los requisitos que declara la jurisprudencia en interpretación de estas normas.

Para exigir una responsabilidad patrimonial de los servicios públicos, el Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de febrero de 2016, recurso 4056/2014 y 23 de mayo de 2014, recurso 5998/2011), ha considerado que han de concurrir los siguientes 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.

Ahora bien, no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, recurso 4113/2010 y de 1 de julio de 2009, recurso 15151/2005).

En el concreto caso de los perjuicios que se imputan a la prestación del servicio penitenciario, la jurisprudencia exige «el ineludible deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad» (Sentencia del Tribunal Supremo 5 de noviembre de 1997) de lo que deriva la obligación de la autoridad penitenciaria de adoptar las medidas necesarias para proteger a los reclusos, las cuales se integran en la organización y disciplina del Centro Penitenciario (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991 y 13 de junio de 1995).

En el caso del fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los órganos inferiores exigen la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario, al que quepa atribuir entidad suficiente para establecer un nexo de causalidad imprescindible entre su funcionamiento y el resultado dañoso, pues solo entonces el daño podrá calificarse de antijurídico

(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1995; 25 de enero; 26 de abril y 5 de noviembre de 1997; 28 de marzo de 2000; 7 de junio de 2001; 22 de octubre de 2004 y 7 de marzo de 2012, recurso 4926/2010).

QUINTO.- Como no se ha interesado la práctica de prueba alguna en las actuaciones habremos de analizar las que obran en el expediente administrativo.

El interno compartía celda con otros dos internos. Uno de ellos el Sr. R. declaró en las diligencias previas incoadas a consecuencia de la muerte del interno. Consta en el folio 14 del EA su declaración relacionada con lo acaecido la noche del 9 al 10 de junio de 2013. Manifestó que después de cenar subió a su celda y que el Sr. E. (interno fallecido) se puso el pijama. El declarante fue al lavabo. Pasaron el recuento a las 9:30 (21:30 h) y el Sr. E. estaba durmiendo, roncaba. Como los funcionarios lo vieron roncando ni le despertaron ni nada. El declarante se acostó después de ver un rato la tele. Como se toma medicación por la noche el declarante se quedó dormido pronto. Se levantó sobre las 6:30 o 6:45 h. Al levantarse escuchó una respiración –como haciendo gárgaras– entonces fue a ver al Sr. E. y vio que estaba tumbado con toda la cara llena de babas y de mocos. Lo cogió, lo levantó contra la pared apoyado, lo incorporó, lo despertó e intentó que vomitara. Estaba como agonizando. El declarante se puso a picar a la puerta, ya que no hay timbres. Aporreó la puerta. Le mojó la cara. Estuvo una hora o así picando y atendiéndole y no vinieron hasta la hora del recuento, a las 7:30. Cuando abrieron la puerta [los funcionarios] preguntaron qué pasaba. Lo tuvo que bajar el declarante en brazos al consultorio y entonces ya se ocuparon ellos [personal de enfermería].

Negó que le hubiera visto tomar alguna sustancia, porque llevaban 3 días juntos. Preguntado si notó algo raro, manifestó que roncaba mucho, pero que no notó nada extraño. Reiteró que cuando hicieron el recuento no le hicieron poner de pie, no comprobaron si estaba consciente. Cuando más gente se dio cuenta de lo que pasaba, había más gente golpeaba las puertas. Del mismo modo manifiesta que no es difícil conseguir droga en la prisión, si bien depende de los contactos que se tengan. Cree que el interno fallecido no contactó con el exterior (folio 14 y 15 del EA).

El otro interno, el Sr. V., compartía celda con el interno desde hacía pocos días. Manifestó que el día 9 después de la cena, E. fumó hachís antes de que pasaran los funcionarios del recuento. Después se pinchó con una agu-

ja, algo blanco, como harina, con un tubo tipo “jeringo”. No sabe que hizo con ello, no quiso mirar por no tener problemas. El interno estuvo toda la noche echando alguna sustancia “como amarilla” por la boca. Él llamó a la puerta para avisar a los funcionarios (de 9 a 10 de la noche) porque se asustó, pero los otros internos le dijeron “hijo de puta, maricón” para que dejara de molestar. R.] llamó también a las 10 de la noche. Nadie escuchó las llamadas y ningún funcionario se acercó a preguntar.

Al día siguiente, al escuchar que los funcionarios venían a hacer el recuento (debía hacerse a las 7:30 h) picaron a la puerta muy fuerte para llamar la atención. Los funcionarios llegaron enseguida. R. le dijo que se callara y que él se encargaría de explicárselo todo a los funcionarios. Entre ambos lo bajaron a la enfermería. No sabe dónde consiguió la droga.

Otro interno, Sr. C.J., que no compartía la celda con el interno fallecido sino la de enfrente, manifestó que pronto por la noche del 9 de junio le llamó su compañero de celda –el Sr. R.– y le dijo que “el pato no respira”, refiriéndose al Sr. E. (llevaba una semana en el Centro). El declarante le dijo que lo pusiera en pie y entonces todos se pusieron a golpear las puertas, ya que no hay timbre. No subió nadie. A la mañana siguiente, más allá de las seis golpearon otra vez. Hasta que no llegó el recuento, no llegó nadie. Entonces lo bajaron, el Sr. R. y otro chico del economato al consultorio. Las ocho celdas estaban golpeando, llamando por la ventana y no fue nadie (folio 16 del EA).

Frente a esta versión, consta en el folio 91 del EA el informe de los funcionarios (NIP n°: NÚM000; NÚM001; NÚM002 y NÚM003) del que resulta que en el momento de hacer el recuento en el módulo 3, sobre las 7:30 h de la mañana encontraron al interno semiinconsciente en la celda 51. No respondía a ninguna orden verbal ni estimulación mecánica ante lo cual se avisó de inmediato al equipo médico de guardia y al jefe de servicios que se personaron en el módulo, haciéndose cargo de la situación. Preguntaron a los internos que compartían celda con él Sr. E. y manifestaron que ignoraban si había consumido algún tipo de sustancia.

El funcionario con TIP n° NÚM001, tras ratificarse en el informe evacuado (folio 91 del EA), a preguntas del letrado de la familia manifestó que la noche del 9 de junio no estaba de permiso. Entró de mañana. En los módulos no tienen sistema de aviso, han de golpear las puertas. En el recuento que hacía el compañero en aquella planta dio el aviso al ver que no

respondía. Acudieron los funcionarios y se dio aviso al médico de guardia del Centro. El Sr. E. tenía antecedentes de tomar drogas. Cree que ese día las había tomado. No sabe de dónde sacaba la droga. Tampoco sabía cuánto tiempo llevaba en Ponent, en ese módulo llevaba poco tiempo.

También el funcionario NÚM002 se ratificó en su informe y respondió al letrado que en las celdas donde ocurrieron los hechos no había ningún timbre o sistema de aviso. Detectaron los hechos a las 7:30 de la mañana, a la hora del recuento (folio 28 del EA).

El funcionario de prisiones con TIP n° NÚM003, que tampoco estaba de guardia la noche del 9 al 10 de junio, se afirmó y ratificó en su informe. Afirmó que cuando hacen el recuento hacen poner en pie a los internos y confirmó que no hay sistema de aviso sino que tienen que dar golpes a la puerta. Detectaron que el Sr. E. estaba inconsciente en el recuento de la mañana y llamaron por walky al médico de guardia. Los otros dos compañeros de celda bajaron al interno (folio 29 del EA).

El funcionario de prisiones con TIP n° NÚM004 estaba de servicio la noche del 9 al 10 de junio de 2013 (desde las 22:00 h hasta las 8:00 h). Participó en el recuento con otros dos funcionarios. No recuerda cuántos funcionarios había de guardia esa noche. El recuento lo hacen habitualmente sobre las 21:30 h. Ese día hicieron el recuento y no pasó nada. Si un interno tiene un problema tienen que avisar golpeando la puerta y llaman por la ventana porque no hay ningún sistema de aviso. Las celdas de al lado también pican y se oye. El recuento de la mañana lo hacen los funcionarios que entran a las 7:30 h. Él no estaba allí. Cuando hacen el recuento todos los internos tienen que estar de pie y conscientes. Si un interno está tumbado y no responde se le hace poner de pie y, en su caso, se avisa al médico. En relación con la afirmación de los compañeros de celda de que no le hicieron poner de pie, manifiesta que mienten. Durante la noche no se les alertó en ningún momento. Empezaron a golpear cuando ya estaban haciendo el recuento en otra galería, fueron allí y se encontraron al Sr. E. (folio 31 del EA).

El funcionario con NIP n° NÚM000, que se ratificó en el informe (folio 91 del EA) sí realizó el recuento la mañana del 10 de junio. Empezó sobre las 7:25 h y solo entrando por la cancela de la tercera planta oyó un ruido que identificó como si alguien golpeará la puerta de la celda. Hasta que no llegó a la planta no escuchó el ruido ni los golpes de las puertas. El interno

estaba estirado en la litera y no respondía a estímulos verbales. Avisaron inmediatamente a los servicios médicos y al Jefe de Servicios. Niega que durante la noche se hubiera golpeado las puertas porque no se escuchó nada y los internos tienen una especie de simpatía en estos casos por lo que ellos también golpean sus puertas. El ruido que hacen impresiona. Si hubieran llamado por la noche lo hubieran oído –siempre se oye– y más en verano que las ventanas están abiertas (folio 87 del EA).

El interno con NIP nº NÚM002, que se ratificó en el informe (folio 91 del EA), afirma que a la hora del recuento los funcionarios del módulo en el que se encontraba el interno avisaron al médico de guardia que llegó muy pronto. No puede precisar la hora pero fue inmediatamente después del aviso. Cuando llegó acababan de llevar al interno en la camilla del consultorio. Él se dirigió a la tercera planta y ya se encontró con los internos que ayudaban a bajar al Sr. E. A partir de ese momento se hicieron cargo de los internos los médicos y él continuó con su trabajo habitual (folio 87 del EA).

En el folio 57 del EA, figura el informe del psicólogo del Centro, de que cabe destacar que la derivación a programas de drogodependencia se hacen de manera ordinaria en el momento de revisión de grado y el PIT (programa individualizado de tratamiento) por el equipo de tratamiento en la reunión de la L'EMD y después de esta derivación se ratifica en la Junta de Observación y Tratamiento. En el caso del Sr. E. estaba prevista la revisión de grado para el mes de julio de 2013. En este mes se habría revisado la intervención y la posible derivación al programa de drogodependencias del centro.

En la primera entrevista personal mantenida el 7 de junio de 2013 manifestó su intención de tener estabilidad de conducta, cancelar sanciones y cambiar positivamente para poder ser derivado a drogodependencias (programa que para acceder exige estar en fases más altas del sistema de clasificación interior relacionadas con una mejora conductual y ocupacional). Tenía expectativas de que en la revisión de grado de julio de 2013 y PIT pudiesen estudiar la posible derivación al programa de drogodependencias del Centro Penitenciario de Ponent, si bien no fue posible.

Toda esta prueba evidencia que, a pesar de la proximidad entre todos ellos, no hay coincidencia entre las declaraciones de los internos, lo que priva de verosimilitud a las tres versiones. Incluso los dos compañeros de

celda mantienen una posición diferente. Resulta difícilmente creíble que el Sr. V. golpeará la celda y no fuera oído por el Sr. R. Por lo demás, la declaración de éste y la del Sr. C.J. tampoco coinciden.

En cambio, sí la hay en la versión de los funcionarios de prisiones que negaron que durante la noche se hubieran escuchado golpes en las puertas de las celdas para dar aviso sobre la situación del Sr. E.

Teniendo en cuenta la doctrina más arriba citada, podemos concluir que no cabe apreciar ningún elemento de anormalidad en la actividad de la Administración que sustente la declaración de responsabilidad que se actúa en este proceso, pues aunque se tomen las medidas oportunas para evitar el tráfico de droga es evidente que el estándar de seguridad no puede alcanzar el 100%. Tampoco la ausencia de dispositivos de aviso constituye una mala praxis, aunque si estén instalados en otros centros penitenciarios. Finalmente, la prueba testifical de los funcionarios de prisiones deja claro que no hubo un retraso significativo en acudir a la celda a comprobar qué estaba pasando; por todo ello el recurso ha de ser desestimado.

SEXTO.- La desestimación del recurso ha de comportar la imposición de costas a la parte recurrente si bien con la limitación de 500€, IVA incluido (artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo).

FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Dña. N.T.P., en la representación que ostenta de Dña. I., D. L. y Dña. P., contra la Resolución arriba indica.

2º) Imponer las costas causadas en este proceso a la parte recurrente, con el límite máximo de 500€.

81.- SENTENCIA 53/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA SECCIÓN 1ª DE FECHA 22/11/18

No concurrencia de responsabilidad del Estado en caso de agresión a otro interno en un Centro Penitenciario, mediante el uso de la propia fuerza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la Sentencia 130/2018, de 21 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño en el marco del Juicio sobre Delito Leve 87/2018 se estableció en su fallo:

“Que debo condenar y condeno a M. como autor responsable de un delito leve de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 30 días de multa con cuota diaria de 4 euros, es decir, a una multa de 120 (Ciento veinte) euros que, en caso de impago o insolvencia dará lugar a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; así como al pago de las costas procesales.

La multa se abonará en los diez días siguientes al requerimiento de pago, a través de la entidad bancaria correspondiente.

En concepto de responsabilidad civil M. indemnizará a N. en 1200 (mil doscientos) euros, cantidad que devengará el interés legalmente establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

SEGUNDO.- El Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. M., interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia solicitando que se dictase nueva resolución en la que, confirmando la comisión de un delito leve de lesiones, se acordase la responsabilidad civil subsidiaria de la administración. Admitido a trámite el recurso se dio al mismo el curso legal con el resultado obrante en autos, remitiéndose seguidamente lo actuado a esta Audiencia.

TERCERO.- Recibidos los autos, se formó el correspondiente Rollo de apelación que correspondió, de conformidad con las normas de reparto,

quedando los autos vistos para sentencia en virtud de providencia de fecha de 14 de noviembre (erróneamente, se hace constar octubre) de 2018.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES NUEVAS EN SEGUNDO GRADO

El Sr. M. muestra su conformidad con la decisión adoptada de condenarle como autor de un delito leve de lesiones a la pena de multa de treinta días a razón de cuatro euros la cuota diaria, pero disiente del pronunciamiento de la responsabilidad civil porque entiende que debiera haberse apreciado y aplicado la responsabilidad civil subsidiaria del estado conforme al artículo 120.3 de la Constitución Española porque habiendo tenido lugar la agresión entre dos internos del Centro Penitenciario, deberían haberse adoptado todas las medidas de vigilancia y seguridad necesarias para proteger a los reclusos de agresiones de otros compañeros existiendo, en consecuencia, culpa in vigilando conforme a la legislación penitenciaria.

El Sr. M., interno en el Centro Penitenciario de Logroño, fue condenado por agredir a otro interno, el Sr. N., quien sufrió lesiones de consideración por las cuales se impuso al primero la obligación de abonar al segundo, en concepto de responsabilidad civil, el importe de 1.200 euros, pretendiendo en este segundo grado que la responsabilidad se extienda al Estado de modo subsidiario. Tal petición, sin embargo, no puede prosperar porque la Administración Penitenciaria no fue llamada al pleito como posible responsable civil subsidiario, esta cuestión no fue planteada en primera instancia por ninguna de las partes y el Juez en su sentencia no efectuó ningún pronunciamiento al respecto, ni en sentido estimatorio ni desestimatorio. Estamos, por ende, ante una alegación planteada ex novo en este segundo grado que no puede ser examinada pues es unánime en la jurisprudencia la consideración de que el recurso de apelación penal es un recurso devolutivo ordinario de naturaleza estrictamente revisora de lo actuado en primera instancia. Así, el objeto del recurso de apelación no puede integrarse

por cuestiones nuevas no suscitadas, debatidas y deliberadas en la primera instancia, cuya alegación ex novo en la segunda resulta extemporánea, tal como se recoge, por ejemplo, en Sentencia de la Audiencia Provincial Álava, sec. 2ª, de 31-10-2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, de 23-10-2006; Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, sec. 10ª, de 9 y 19-1-2004; sec. 7ª, de 8-7-2002; sec. 8ª, de 19-3-2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20-7-2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, de 5-3-2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, de 10-7-2000 y sec. 3ª, de 20-3-2000, etc. Con argumentos plenamente aplicables a la apelación, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 8 de junio de 2001 y 2 de febrero de 1990, sobre la novedosa invocación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, razonaba que realmente, al no haber sido aducida dicha circunstancia en la instancia, se plantea por el recurrente una cuestión nueva, con menosprecio de los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe, que caracterizan la fase plenaria del proceso penal y que, por lo mismo, se hallan proscritas en casación. Es consustancial a la naturaleza del recurso de casación por infracción de ley que sólo tengan acceso al mismo aquellas cuestiones que fueron debidamente planteadas en la instancia, reflejadas en los escritos de conclusiones de las partes, repudiando todas las que en aquel trámite aparezcan como nuevas; posición en la que se insiste por el Tribunal Constitucional, el cual, con referencia a toda suerte de procesos, advierte de la desviación que supondría la modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, vulnerándose el principio de contradicción y, por lo tanto, el fundamental derecho de defensa, resolviéndose el litigio con planteamientos sorpresivos que alteran los términos en que se desarrolló la contienda -Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1985 y del Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero y 13 de noviembre de 1984, 17 de abril de 1986 EDJ1986/2587, 14 de febrero de 1987 y 19 de enero de 1988, entre otras-.

En aplicación de la anterior doctrina, dado que en el presente caso se plantea en el recurso de apelación una cuestión nueva, no alegada en la instancia, la misma debe ser rechazada sin poder ser analizada.

SEGUNDO.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

No obstante, y, a efectos meramente dialécticos, conviene puntualizar que no se ha acreditado en este concreto caso la concurrencia de los re-

quisitos necesarios para el nacimiento de tal responsabilidad pues la mera existencia de una agresión entre dos internos no presupone, per se, la insuficiencia e ineficacia de las medidas de vigilancia y control adoptadas por parte del Centro Penitenciario.

En relación con esta materia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1 de 05 de mayo de 2016, mencionando una Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 marzo 2007, recuerda en materia de declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, lo que sigue: La responsabilidad civil del Estado u organismos públicos se sustenta, en la falta de adopción de las medidas de control para la evitación de ilícitos criminales, dentro del ámbito de organización de la entidad pública responsable, lo que ha dado origen a los clásicos parámetros de la culpa in vigilando o in eligiendo. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 28.6.2000, 5.6.2001, 13.6.2003 disponen los parámetros que permiten exigir responsabilidad civil subsidiaria al Estado y demás entes públicos del modo que sigue, distinguiendo los supuestos en los que los responsables de los delitos sean autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos y los supuestos en los que los responsables de las infracciones penales no ostenten tal condición:

1) Cuando los personalmente responsables de los delitos dolosos o culposos de los que proviene el daño a indemnizar sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos se requerirá.

a) que el hecho se hubiera cometido cuando estos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.

b) que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

2) Cuando no sean responsables de los delitos productores del daño las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:

a) que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás organismos públicos.

b) que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los Reglamentos de Policía y demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.

c) que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, ha de ser, pues la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito cuyos daños se trata de resarcir. Relación causal que no ha de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiciación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en el interior de un Centro Penitenciario se analiza desde el especial deber de vigilancia que le incumbe en estos Centros, administrados y custodiados por funcionarios públicos, en el que viven temporalmente privados de libertad, un cierto número de personas con el consiguiente riesgo de conflicto inherente por razones obvias. Responsabilidad que deriva del art. 76 Reglamento penitenciario, que los funcionarios deben conocer, bastando cualquier indicio o sospecha de perturbación en la vida normal del Establecimiento. Hay pues responsabilidad del Estado en el insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los reclusos, así como la integridad física de las personas encomendadas a su custodia.

El artículo 120.3 Código Penal ha sido el utilizado para fundamentar la responsabilidad por hechos acaecidos en Centros Penitenciarios, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se haya cometido un delito o falta;

b) Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad;

c) Que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual;

d) Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsa-

bilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

En definitiva, la jurisprudencia viene extendiendo la responsabilidad al Estado por delitos y faltas cometidos en los establecimientos penitenciarios, cuando haya habido omisión o ejecución de las medidas precisas sin la debida diligencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2005).

Así, los artículos 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 5.3 del Reglamento Penitenciario disponen que la Administración velará por la vida, integridad y salud de los internos. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 2000 al analizar la responsabilidad civil del estado como consecuencia del hecho de que un recluso que disponía de un objeto punzante dio muerte a otro, señaló: “es evidente que en el presente caso hubo infracciones reglamentarias, pues de lo contrario el acusado no hubiera podido tener en su poder el arma con la que produjo la muerte. Esta infracción reglamentaria, por otra parte, es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos encomendados a los funcionarios de prisiones que, en el presente caso, han omitido controlar eficazmente, por su posición de garante frente a la vida, integridad y salud de los internos (artículo 3.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que éstos tengan armas en su poder”.

De manera similar la Sentencia del Tribunal Supremo 5.6.2001 , en un supuesto de dos internos que aprovechando que otros dos dormían en la celda, rociaron de gasolina que llevaban en una botella de plástico, la puerta de la habitación, prendiendo fuego y causando graves lesiones, declaró que:

“Si los controles de vigilancia y seguridad no pudieron impedir que los procesados se hicieran con un recipiente con dos litros de gasolina y accedieran a la habitación de las víctimas, es indudable que se incurrió por los funcionarios en una infracción reglamentaria, fruto de una omisión culposa, que influyó causal y decisivamente en el resultado (artículos 68, 69 y 70 del Reglamento Penitenciario)”.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993 declaró la inexistencia de infracción reglamentaria alguna por los funcionarios concretos obligados a velar por la integridad de los detenidos

y presos en un supuesto en el que un interno agredió a otro causándole la muerte haciendo uso de su propia fuerza.

Combinando todo lo anterior es claro que en el supuesto de autos en que la agresión se produce mediante la utilización de la propia fuerza por parte del acusado que propina al otro interno un puñetazo, sin la concurrencia de armas o instrumentos peligrosos de uso prohibido en el interior del Centro, no existe responsabilidad del Estado pues, como bien puntualiza el Ministerio Fiscal, se trata de un ataque súbito e inesperado de un preso a otro, que no tienen la consideración de presos peligrosos, con intervención inmediata de los funcionarios sin previa dejación de sus funciones.

En consecuencia, se desestima el recurso de apelación, confirmando en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño.

TERCERO.- COSTAS PROCESALES

Respecto de las costas procesales, en aplicación de lo establecido en el artículo 239 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos y razonamientos citados,

FALLO

ACUERDO desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. M., contra la Sentencia 130/2018, de 21 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño en el marco del Juicio por Delito Leve 87/2018, y, en consecuencia, CONFIRMO la expresada resolución en su integridad, imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta alzada.

CAPÍTULO XV

SANITARIA

82.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BILBAO DE FECHA 27/03/18

Autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a los servicios médicos del Centro Penitenciario para que se realicen las pruebas de embarazo a una interna.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 23-03-2018, se recibe en el Juzgado comunicación del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, solicitando y al objeto de observar las medidas para garantizar la integridad de la interna J.A.G., en su caso del futuro hijo que pudiera albergar en el interior de su cuerpo, en el hipotético caso de que resultara necesaria la adopción de las medidas coercitivas, autorización para que se le someta a las actuaciones médicas que resulten necesarias para acreditar o descartar su situación de embarazo.

Se incoó el presente expediente 2067/18.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Por el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca se pone en conocimiento de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que la interna J.A.G., manifiesta de forma verbal, ante los funcionarios del Centro Penitenciario encontrarse en estado de gestación, si bien se niega a someterse a las pruebas médicas pertinentes para confirmar tal situación.

La funcionaria con puesto de trabajo de Gestora de Formación e Inserción laboral, informa que desde hace unos diez días la interna J.A.G., que asistía al curso de residuos ha dejado de asistir, al ser preguntada por el mo-

tivo de su ausencia, manifiesta que está embarazada y que se encuentra mal, con vómitos, mareos y esto le impide asistir al curso, finalmente accede a seguir asistiendo, manifestando que va a decir a la médico que le dé alguna medicación para los vómitos. A las preguntas de si realmente ha confirmado el embarazo, manifiesta que sí, que le han hecho una prueba. Tras comprobar que sigue sin asistir, se pregunta a los médicos si realmente está embarazada, y si existe algún motivo que le impida seguir con el curso, a lo que informan de que no está embarazada ni tienen ninguna sospecha al respecto, así como que no existe ningún motivo para dejar de asistir al curso.

Señala el artículo 254.3 del Reglamento Penitenciario que respecto a las sanciones de aislamiento en celda, “no se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes...”.

El artículo 72.2 del Reglamento Penitenciario que, respecto a los medios coercitivos, “no podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las internas mencionadas en el artículo 254.3 del Reglamento Penitenciario... salvo en los casos en los que de la actuación de aquellos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas”.

La utilización de los medios coercitivos está prevista para la resolución de incidentes regimentales relacionados con las conductas de los internos tipificadas en el artículo 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y está informada por los principios de necesidad y proporcionalidad. La utilización de los mismos obedece, por lo tanto, a situaciones y circunstancias que no pueden ser previstas en el tiempo.

Corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la salvaguarda de los derechos de los internos entre ellos el establecido en el artículo 15 de la Constitución Española, es decir el derecho a la vida y a la integridad física, derecho fundamental y por tanto primordial y básico para la tutela y defensa de los demás derechos reconocidos en el citado cuerpo legal.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 120/199, de 27 de junio, ha reconocido que la asistencia médica se impone en el marco de relación de sujeción especial que vincula a un interno con la Administración Penitenciaria, y que está en virtud de tal situación especial viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, deber que le viene impuesto por el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por todo ello para garantizar la integridad de la interna y su futuro hijo, caso de estar embarazada, es preciso confirmar tal examen. De modo que negándose a ello, se declara procedentes autorizar a los médicos a que le realicen las pruebas pertinentes para acreditar o descartar su estado de embarazo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinentes aplicación. S.S^a

ACUERDA

AUTORIZAR a los médicos a que le realicen a J.A.G. las pruebas pertinentes para acreditar o descartar su estado de embarazo.

83.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 11/04/18

Admisión de prestación de terapia a interno por su psicóloga privada, con condiciones.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno K.A.A. del Centro Penitenciario El Acebuche formulando queja por la denegación del Centro Penitenciario de su derecho a realizar terapia psicológica con la psicóloga de su confianza.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer, motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que

pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, examinada la queja formulada por el interno K.A.A. por la denegación del Centro Penitenciario de el Acebuche (Almería) de su derecho a realizar terapia psicológica con la psicóloga de su confianza, sin la presencia del psicólogo o de otro funcionario de la prisión, y tratándose de cuestión sobre la que se ha pronunciado expresamente la Sección Primera de Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional en Auto 775/17 de 22/11/17, alegado por el interno, procede, en aras al principio de igualdad, la estimación parcial de la queja formulada por serle de aplicación los derechos fundamentales expresados en la misma y por cuya virtud “hay que constatar que la presencia en las sesiones terapéuticas de un tercero, por mucho que se trate de titulado en psicología, quiebra las reglas básicas del tratamiento como la reserva y confidencialidad, imprescindibles para generar la confianza en la relación entre el facultativo y el paciente que requiere la atención facultativa en psicología clínica. Hasta el extremo que la entrevista no puede desarrollarse en euskera, lengua de comunicación entre el profesional y el recluso, que no conoce quien realiza la supervisión. Esas condiciones impuestas por razones de seguridad, dado su carácter invasivo en un espacio tan sensible, hacen ineficaz la misma posibilidad de tratamiento.

Es imprescindible compatibilizar los intereses en conflicto. Se tiene en cuenta que el Psicólogo de la prisión de Valencia ya ha asistido a alguna sesión de terapia y habrá adquirido conocimiento útil para evaluar el tratamiento que desarrolla el terapeuta. Para intentar componer la situación respetando los intereses de la Administración y el derecho a la asistencia sanitaria del recluso, el psicólogo deberá presentar un informe en el que detalle resultado de su evaluación, el diagnóstico clínico, el tratamiento o intervención que realiza, así como el pronóstico sobre la evolución del caso y el resultado de la intervención que ha realizado hasta el momento, lo que no afecta a la confidencialidad y, una vez, entregado podrá continuar el tratamiento mediante sesiones clínicas con el Sr. G.A. sin que personal del Centro se halle presente en la comunicación, para respetar la reserva y relación de confianza. Además, los servicios médicos podrán recabar del profe-

sional, directamente o a través del interno, información sobre los extremos mencionados (diagnostico, tratamientos, intervención y pronóstico)”.

Por tanto, la psicóloga del interno deberá presentar informe en los términos antedichos, y una vez entregado dicho informe, podrá continuar el tratamiento en sesiones sin presencia del personal del Centro, y ello sin perjuicio de que los Servicios médicos puedan recabar la información que precisen directamente de dicha profesional.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima parcialmente la queja del interno K.A.A. del Centro Penitenciario de El Acebuche en el sentido de que podrá continuar el tratamiento con la psicóloga de confianza mediante comunicaciones en la que tengan lugar las correspondientes sesiones terapéuticas reservada siempre que el profesional presente a consideración de la Subdirectora Médico del Centro Penitenciario de el Acebuche informe comprensivo de la evaluación que ha realizado, diagnóstico, tratamiento, pronóstico y valoración de los resultados obtenidos con la intervención, condicionado a que responda adecuadamente a las solicitudes de nueva información o ampliación que le dirijan dichos servicios.

84.- AUTO 429/2018 DE AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 18/05/18

Desestimación de recurso de apelación, no autorizando traslado en ambulancia al hospital para consulta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, dictó auto de fecha 23 de noviembre de 2017, por el que desestimaba la queja formulada por M.R.A.R., interno en el Centro Penitenciario de Herrera de La

Mancha, relativa a la forma de traslado a Centro Hospitalario para interconsultas ordinarias.

SEGUNDO.- Por la representación y defensa del interno e interpuesto recurso de reforma contra dicha resolución, el cual fue desestimado por auto de 1 de febrero de 2018.

TERCERO.- Por la representación del interno se interpone recurso de apelación contra dicha resolución, en base a las consideraciones que son de ver en el escrito presentado.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso con apoyo en los argumentos que son igualmente de ver en el informe evacuado.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones en este Tribunal, e incoado el correspondiente rollo de apelación fue designado ponente, siendo señalada fecha para deliberación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiendo solicitado el recurrente en segunda instancia examen médico forense a fin de determinar tipo de traslado requerido para seguimiento hospitalario, precede recordar, inicialmente, que es copiosa la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que declara que el derecho a la prueba no es absoluto ni incondicionado, ni desapodera a los Jueces de sus facultades para valorar la pertinencia, necesidad y posibilidad de práctica de las pruebas propuestas, procediendo, en consecuencia, a su admisión o rechazo (Sentencias del Tribunal Supremo 7 de marzo y 21 de octubre 2008). De modo el órgano judicial, no tiene que admitir todas las solicitadas por las partes ni vienen obligado a practicar íntegramente las admitidas, dado que, con referencia a las primeras, los medios propuestos han de ser pertinentes, esto es, aptos para dar resultados útiles, oportunos, adecuados y, en cuanto a las segundas, han de ser necesarios, esto es, indispensables, forzosos, cuya práctica resulte obligada para evitar que pueda causarse indefensión. En esa línea se pronuncias el Auto del Tribunal Constitucional 228/2008 de 21 de julio y la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/2007, de 24 de septiembre, que añaden que corresponde a los órganos judiciales el examen sobre la necesidad y pertinencia de las pruebas solicitadas y que no toda irregu-

laridad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por si misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.3 de la Constitución Española únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de manera que, de haberse practicado la omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta; por lo que el recurrente ha de argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2012 da 2 julio, que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2001, de 28 de febrero. Requisito de indefensión material y necesidad de que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto que reitera el Auto del Tribunal Supremo 13 septiembre de 2012, que cita las Sentencias del Tribunal Supremo 24 de septiembre de 2004 y 23 de junio de 2003.

Examinada la diligencia solicitada per el recurrente, hemos de concluir que la prueba interesada no cumple los mencionados requisitos de necesidad e imprescindibilidad, dado que ya obra en el expediente un informe evacuado por el médico de la Prisión en la que se encuentra ingresado, el cual es el que lleva el seguimiento del paciente y conoce, como responsable del Servicio Médico del Centro, su historial clínico y la incidencia de las patologías que padece en su vida cotidiana, sin que haya razón para dudar de la cualificación e imparcialidad del profesional que lo redactó, al cual corresponde reglamentariamente, además, la emisión del dictamen necesario para la determinación de la necesidad del traslado y de la forma y medios en que este deba llevarse a cabo, consideraciones que comportan la improcedencia de la práctica de la prueba.

SEGUNDO.- Entrando en el examen de la cuestión planteada, relativa a la necesidad de traslado del interno para las consultas hospitalarias en ambulancia u otro vehículo especializado, comparte esta Sala el criterios de la Juez a quo, la cual desestimó la queja, habida consideración de la existencia de un informe del facultativo de la Prisión, en el que consta que, revisada la historia clínica del interno y vistas las patologías que padece, las mismas no requieren traslado en ambulancia, dado que en la actualidad el recurrente realiza actividades cotidiana con normalidad, siendo traslada-

do al hospital para la realización de interconsultas ordinarias, no presentando en el momento en que fue emitido padecimientos que aconsejaran el desplazamiento en ambulancia, lo cual se indicaría sólo si se presentara en el de realizarse algún otro padecimiento agudo sobrevenido que, a juicio del facultativo, precisaran traslado en condiciones diferentes a las ordinarias, en base a lo cual, resultado ajustada a Derecho la resolución recurrida, procede la desestimación del recurso y su íntegra confirmación.

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

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por M.R.A.R. frente al auto de fecha 1 de febrero de 2018, desestimatorio del de reforma deducido frente al dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria con fecha 23 noviembre 2007, en el expediente reseñado, cuyas resoluciones confirmamos íntegramente.

85.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE GRANADA DE FECHA 21/06/18

Autorización de ingreso hospitalario a un interno aun en contra de su voluntad, para tratarle una posible infección.

HECHOS

PRIMERO.- En el día de hoy se recibe procedente del Centro Penitenciario de Albolote, solicitud de autorización judicial, para proceder en su caso al tratamiento e internamiento hospitalario obligatorio del interno, S.D.S., que puede padecer una posible infección en pierna izquierda, con costras, edematizada y con flictenas. Siendo necesaria su derivación hospitalaria y valoración por si precisase de alguna desbridación.

SEGUNDO.- A dicha solicitud se adjunta el informe médico pormenorizado de la situación del interno-paciente.

TERCERO.- Dado traslado el Ministerio Fiscal, por éste se evacuó manifestando que no se opone a que se autorice el ingreso hospitalario obligatorio del penado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Vistas las actuaciones practicadas y, teniendo en cuenta la documentación aportada, de conformidad con lo interesado por el Centro Penitenciario de Albolote procede autorizar el ingreso hospitalario en contra de su voluntad del interno en dicho centro, S.D.S., a fin de que reciba la asistencia médica precisa y necesaria para garantizar su salud.

Así pues, teniendo presente el tenor del artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 210.3 de su reglamento, ambos desarrollando en el ámbito penitenciario el artículo 15 de la Constitución Española, se ha de entender que el deber de la administración penitenciaria de velar por la vida la integridad y la salud de los internos bajo su custodia, en cuanto afecta al interés general de la colectividad, se impone sobre el interés particular e individualizado de cada uno de ellos, quebrando incluso el derecho a disponer sobre su propio tratamiento médico cuando esté en juego su vida, o la salud o la vida de terceros. O sobre su ingreso hospitalario cuando esté en juego su salud.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, SSª ante mí la Secretaria dijo:

Que debía acordar y acordaba el inmediato traslado y en su caso bajo criterio facultativo el ingreso hospitalario forzoso del interno S.D.S., en a fin de que reciba la atención médica adecuada a la patología que presenta. Procediendo sólo el alta del paciente bajo estrictos criterios facultativos y sin atender a la voluntad del paciente para obtener su alta médica si la misma se encuentra contraindicada.

86.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 09/03/18

Desestimación de queja de interno sobre la asistencia sanitaria dispensada.

HECHOS

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, M.R.B., presenta queja porque en el Centro Penitenciario no le prestan la asistencia sanitaria que precisa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la queja presentada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo según dispone el artículo 76.2 G de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

SEGUNDO.- El interno presenta queja porque en el Centro Penitenciario no le prestan la asistencia sanitaria que precisa.

El artículo 208.1 del Reglamento Penitenciario establece que “A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención”.

Del análisis de la documentación que obra en autos resulta que el servicio médico del Genero ha atendido al interno siempre que lo ha precisado, siendo competencia exclusiva del mismo la determinación del tratamiento que es más adecuado para curar la patología que padece, correspondiendo únicamente a este Juzgado verificar que el interno recibe la asistencia médica que precisa, pero no la determinación del tratamiento, ni de las pruebas que deben de realizarse. No obstante, si el interno no está conforme con el diagnóstico y tratamiento recibido, puede, a su costa, solicitar consulta con profesional de su elección.

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

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA la petición realizada por M.R.B. por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

87.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 16/10/18

Desestimación de queja por analítica positiva de consumo.

HECHOS

PRIMERO.- Que el presente expediente se incoó en virtud de escrito del interno R.G.R. del Centro de Inserción Social de Huelva formulando queja por resultado positivo del análisis.

SEGUNDO.- 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

ÚNICO.- Que valoradas en conjunto, las alegaciones contenidas en el escrito del interno, la información aportada por el Centro de Inserción Social y el informe médico forense solicitado por este Juzgado, procede desestimar la queja planteada en cuanto al interno se le practicó el 07-05-18 un análisis de determinación de tóxicos en orina que arrojó resultado positivo a cocaína y notificado en forma y solicitado el contranálisis por el interno, se llevó a cabo éste por un laboratorio externo, arrojando igualmente resultado positivo a cocaína, habiéndose informado tanto por los Servicios Médicos como por el médico-forense del Instituto de Medicina Legal de Huelva, que ni la medicación que le fue administrada al interno en el Servicio de Urgencias ni la prescrita por éste, pueden reflejar un positivo a cocaína, dada la alta sensibilidad y especificidad de los test de cocaína, no demostrándose reacciones cruzadas ni con el Deflazacort 300 mg ni con la Dexclorfeniramina 2 mg, la Metilprednisolona 80 ó el Polaramine 5 mg.

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

PARTE DISPOSITIVA

S.S^a ACUERDA: Desestimar la queja formulada por el interno R.G.R. del Centro Penitenciario Huelva por resultado positivo del análisis y el archivo del presente expediente.

CAPÍTULO XVI

SEGURIDAD ESTABLECIMIENTO

88.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE PONTEVEDRA DE FECHA 04/07/18

Desestimación de queja del interno sobre necesidad de pasar el recuento de pie.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En este Juzgado se tramita expediente PYQ 715/18-5, en virtud de escrito remitido por el interno I.G.E. del Centro Penitenciario de A Lama, interponiendo una queja por tener que pasar el recuento de pie.

Admitido a trámite el escrito y recabados los informes pertinentes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió el preceptivo informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se establece la competencia del Juez de Vigilancia para acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen con relación al régimen y al tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- A la vista de los datos obrantes en el expediente, y ante la ausencia de argumentos del recurrente que pongan de relieve algún error, de hecho o de derecho, en la resolución recurrida, es procedente mantener el criterio en ella recogido, por ser conforme con las normas jurídicas vigentes. La obligación de ponerse de pie en los recuentos cuenta con normas habilitantes en la legislación penitenciaria, y viene impuesta por las

necesidades de custodia, seguridad y buen orden regimental. Los artículos 65 y 67 del Reglamento Penitenciario establecen la posibilidad de realizar recuentos y su periodicidad. En concreto se establece “que los recuentos ordinarios y extraordinarios se practicarán de forma que se garantice su rapidez y su fiabilidad”, sin fijar la forma en que se han de practicar. El artículo 90.2 del Reglamento Penitenciario establece que: “En todo caso, se cumplirá (el régimen cerrado) en celdas individuales, caracterizándose por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos, exigiéndose, de manera especial, el acatamiento de cuentas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección, previo informe”. El artículo 3.5 señala que los órganos directivos de la Administración Penitenciaria podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio”. El artículo 266 del Reglamento establece que “La eficacia de los acuerdos de los órganos colegiados del Establecimiento, con la excepción de los adoptados por la Comisión Disciplinaria, quedará demorada hasta que se produzca la aprobación por el Director del Centro. En el caso de que su valoración fuera negativa por estimar que los acuerdos adoptados perjudican gravemente al régimen del Centro o conculcan la legislación, el Reglamento Penitenciario o circulares, instrucciones u órdenes de servicio,... “. El artículo 280.14 afirma que el Director “...velará por la difusión en el Centro Penitenciario de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas por el Centro Directivo”.

TERCERO.- En definitiva, la obligación de ponerse de pie está amparada por los artículos 65 y 67 en relación con el 90, todos ellos del Reglamento Penitenciario, y complementada por la Orden del Consejo de Dirección del Centro Penitenciario de A Lama que desarrolla la forma en que se realizan dichos recuentos, y que impone en los módulos de régimen cerrado la obligatoriedad de permanecer de pie al fondo de la celda con las manos visibles. No vulnera dicha obligación los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos por el artículo 71 del Reglamento Penitenciario. Se trata de una medida adecuada con la clasificación de los internos. En tal sentido, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en la sentencia de 27/2001, de 29 de enero de 2001, afirma que “...En efecto, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario parten de la necesidad de un tratamiento individualizado para cada uno de los internos, y para llevarlo a cabo establecen la clasificación de los penados,

que puede ser modificada en función de la evolución del tratamiento, tanto para la progresión, como para la regresión de grado. Conviene resaltar que, mientras que a los penados clasificados en segundo grado les es aplicable el régimen de vida ordinario, quienes como el recurrente, se encuentran clasificados en primer grado, están sometidos a un régimen de vida cerrado. La decisión de clasificación en este grado se aplica a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas de convivencia. Para poder llevar a cabo el tratamiento, la clasificación en grado determina, asimismo, la separación de los internos, de modo que quienes están clasificados en el primer grado de tratamiento han de ser destinados a los denominados módulos de régimen cerrado o, como es el caso, de departamentos especiales ubicados en centros de regimenes comunes, pero con separación absoluta del resto de la población reclusa, en cuyo caso existe una mayor limitación de actividades y un control exhaustivo. Por lo tanto, es la propia Ley Penitenciaria la que, cumpliendo las normas sobre seguridad y buen orden en el tratamiento, determina el distinto régimen de vida de unos y otros reclusos y un régimen de absoluta separación entre unos y otros, por lo que no existe un término válido de comparación entre la situación del recurrente y la del resto de los reclusos internados en módulos de vida ordinaria”. La medida de permanecer al fondo de la celda con las manos visibles facilita el recuento, y supone una mayor garantía para el funcionario que lo realice en el caso de exista algún tipo de problema o contratiempo (por ejemplo, que tenga que entrar en la celda, posibles incidentes, etc.). No se trata de que el interno tenga que adoptar una posición militar, firme. No se le obliga a ello.

CUARTO.- En definitiva, dicha exigencia en el recuento, siempre y cuando reporte algún beneficio para la seguridad del interno y del propio funcionario que lo practica, así como proporcione su rapidez para facilitar la visibilidad del interno, debe entenderse que no ataca a la dignidad, por cumplir finalidades no arbitrarias, cuyas pautas (seguridad y rapidez) vienen consagradas en nuestros textos legales. Aunque no se entendiera así, es doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que no puedan considerarse violados los derechos, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (Sentencia del Tribunal Constitucional 73/82 de 2-12 del Tribunal Constitucional). Por todo ello procede la desestimación del recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja formulada por el interno I.G.E. al no vulnerar los derechos penitenciarios del mismo, ARCHIVÁNDOSE el presente expediente.

CAPÍTULO XVII

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

89.- SENTENCIA 12/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN 9ª DE FECHA 15/01/18

Acuerdo de suspensión de ejecución de una pena de dos años y dos meses impuesta al condenado que delinquirió como consecuencia de su drogadicción.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal indicado en el encabezamiento y con fecha 23 de marzo de 2017, se dictó Sentencia, en cuya parte dispositiva textualmente, se dice: “FALLO: Por la conformidad de las partes condeno a los acusados, R. y C. como autores penalmente responsables cada uno de ellos de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA CONSUMADO de sustancias que no causan grave daño a la salud previsto y penado a las penas de:

a) R., como autor penalmente responsable del mismo, con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal como muy cualificada, a la pena de dos años y dos meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y a 1.400 € euros de multa, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de dos meses, al amparo de lo establecido en el artículo 53 del código penal.

Por la conformidad de las partes deniego la suspensión de la pena de dos años y dos meses de prisión de prisión impuesta, con la aplicación por expresa conformidad de las partes del régimen jurídico establecido por la ley orgánica 01/2015 de 30 de marzo en el artículo 80 Código Penal.

Para el pago de la multa se conceden 12 fraccionamientos, debiendo ingresar en el número de cuenta de consignación del juzgado el importe

mensual de CIENTO DIECISIETE EUROS dentro de los cinco primeros días hábiles de los meses de abril de 2017 a marzo de 2018, ambos meses inclusive.

b) C., como autora penalmente responsable del mismo, con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal como muy cualificada, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y a la de 1.400 € euros de multa, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de dos meses, al amparo de lo establecido en el artículo 53 del código penal.

Por la conformidad de las partes acuerdo la suspensión de la pena de dos años de prisión impuesta durante dos años, quedando condicionada está a que la rea no delinca durante dicho plazo, ya que si lo hiciera y fuera sancionada penalmente por ello se revocaría el beneficio de la suspensión e ingresaría en prisión para el cumplimiento de la pena que se le suspende, con la aplicación por expresa conformidad de las partes del régimen jurídico establecido por la ley orgánica 01/2015 de 30 de marzo en el artículo 80 Código Penal, así como que pague la multa impuesta en los plazos y suma fijada y realice un curso de educación sobre los efectos perjudiciales del consumo de estupefacientes.

Para el pago de la multa se conceden 12 fraccionamientos, debiendo ingresar en el número de cuenta de consignación del juzgado el importe mensual de CIENTO DIECISIETE EUROS (117 euros/mes) dentro de los cinco primeros días hábiles de los meses de abril de 2017 a marzo de 2018, ambos meses inclusive.

Acuerdo el comiso y destrucción de los objetos y sustancias intervenidas como piezas de convicción, salvo respecto del dinero que deberán de ser destinado al tesoro público por expresa conformidad de las partes.

C) Absuelvo a los acusados de las tres faltas contra el orden público de las que habían sido acusados. No cabe pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. Las costas se imponen por mitad a los acusados, hoy condenados. CANCELÉNSE cuantas medidas hubieran sido adoptadas en el presente procedimiento, anotando su cancelación en el Registro correspondiente y librándose los oficios oportunos para su conocimiento por las fuerzas y cuerpos de seguridad encargados de su cumplimiento.”

Mediante Auto de fecha 20 de abril de 2017, el propio Juzgado de lo Penal, aclara y rectifica la dicha sentencia en el único extremo atinente a que la calendada sentencia es firme salvo el pronunciamiento referido a la suspensión de la pena de prisión que le fue denegada al acusado, devenido condenado, R., precisando que sí puede interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, manteniéndose incólumes los restantes pronunciamientos contenidos en la meritada sentencia.

SEGUNDO.- Notificadas dichas resoluciones a todas las partes interesadas, contra la indicada sentencia, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal del prenombrado acusado, en cuyo escrito, tras expresar los fundamentos del recurso que tuvo por pertinentes, interesó la revocación de la sentencia recurrida en los términos que dejó explicitados en lo que concierne al dicho pronunciamiento circunscrito a la suspensión de la pena de prisión impuesta al acusado recurrente.

TERCERO.- Admitido a trámite dicho recurso se dio traslado del mismo al resto de las partes personadas, para que en el término legal formularan las alegaciones que tuvieren por conveniente a sus respectivos derechos. Evacuado dicho trámite se remitieron, previo reparto, las actuaciones a esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, previo reparto, para su ulterior sustanciación y resolución.

CUARTO.- Recibidos los autos y registrados en esta Sección y sin celebrarse vista pública al no solicitarse ni estimarse necesaria, quedaron los mismos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia que textualmente reproducidos responden al siguiente tenor literal: “HECHOS PROBADOS: ÚNICO.- Se declara probado por la conformidad de las partes que los acusados, R., mayor de edad y con antecedentes penales no computables a los efectos de reincidencia y C., mayor de edad y sin antecedentes penales, al menos durante el mes de septiembre del año 2011, puestos de común acuerdo en obtener y compartir el correspondiente provecho económico, en el domicilio de ambos, de la localidad de Sabadell, produjeron marihuana y la suministraron a los consumidores de la misma, que acudía a abastecerse, abonando precios en metálico o con otros objetos preciosos.

Sobre las 19.45 horas del día 13 de septiembre de 2011, J.E. adquirido de los acusados en su referido a domicilio, varios cogollos de marihuana, con un peso bruto de 1 g y 6 dg a cambio de una cantidad en metálico no precisada.

Posteriormente, sobre las 22 horas del día citado, a las puertas de la referida vivienda la acusada, C., recibió una cantidad de dinero indeterminada contra la entrega de una bolsa con varios cogollos de dicha sustancia de marihuana con un peso bruto de 1 g y seis decigramos al menor, A., quien contaba 17 años de edad.

El día 14 de Septiembre de 2011 de ambos acusados se llevó a cabo el registro de su respectivo domicilio que autorizaron con asistencia de su abogado. Resultado de la diligencia fue el hallazgo de las sustancias, efectos y metálico que a continuación se refieren, destinados a la producción y tráfico ilícito de marihuana o guardados como elementos de la misma actividad:

- 37 plantas de marihuana de 70 cm cada una aproximadamente.
- Tres botellas de abono.
- Una bolsa de plástico con hojas de marihuana secas, con peso neto de 42,4 g, con una riqueza en delta nueve tetrahidrocannabinol de 1,6%.
- Dos lámparas, halógenos, un extractor, un fumigador, un sistema de refrigeración y un termostato, creando para ello una infraestructura adecuada para el cultivo de la marihuana.
- Una pizarra en la que costaban anotaciones de los días de plantación y de recolección.
- Una planta de marihuana recién plantada de 15 cm aproximadamente.
- Una bolsita de plástico con tres cogollos de marihuana.
- 59 bolsitas de plástico y un paquete con bolsitas de plástico para el suministro correspondiente de la marihuana.
- 95 € en billetes de 10 y 5 euros, procedentes de la venta de marihuana.
- Una báscula para el pesaje de la sustancia estupefaciente.
- Una bombilla de 600 w.

La marihuana ocupada a los referidos compradores y la intervenida en el domicilio de los acusados arrojó un peso total de 627,801 granos distribuido de la siguiente forma:

- 267 gr netos de marihuana, con T.H.C. 100 del 10,4%.
- 205 g netos de marihuana con T.H.C. del 10,2%.
- 110 gr de marihuana,
- 42 gr netos de plantas de marihuana, conté T.H.C. de 1,6%.
- 3 gr y 400 miligramos de marihuana con T.H.C. del 12,2%.

Un gramo de la sustancia de marihuana alcanza en el mercado ilícito un precio aproximado de 5 €, según la valoración de la oficina Nacional de estupefacientes.

Durante la entrada y registro en el domicilio del acusado, R., consciente de menoscabar el principio de la autoridad de los agentes que se encontraban en el ejercicio legítimo de sus funciones, les profirió expresiones tales como “te crees muy valiente porque tienes mucha gente pero te espero en la calle cuando salga, te buscaré y tú y yo, como toquéis a mi perro os mato a todos”.

El día 15 de septiembre de 2011, ambos acusados se encontraban en comisaría en donde la acusada C., consciente de la autoridad que tenían los agentes allí presentes y de que se encontraran en el ejercicio legítimo de sus funciones les dijo “sois unos hijos de puta”, mientras que R. les dijo “sois unos hijos de puta, os voy a matar a todos”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, ante la abierta posibilidad de poder recurrir en apelación el pronunciamiento denegatorio del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta en la calendada sentencia, se alza contra esa decisión jurisdiccional, y al amparo del artículo 80.5 del Código Penal, invoca que los hechos motivantes de la referida condena penal se cometieron a causa de su dependencia de las sustancias estupefacientes señaladas en el número 2 del artículo 20 del Código Penal, y con base en la documental aportada sostiene que resulta viable aplicar al penado dicho beneficio.

Es decir, aduce que el delito lo fue en un contexto de hábito tóxico en el que se hallaba inmerso el acusado y señala que el informe emitido por el hospital Parc Taulí de Sabadell referido al historial del penado Sr. R. pone de relieve que se trata de persona dependiente a THC y se especifica que realizó un tratamiento de deshabituación con éxito, con un determinado seguimiento que siempre dio el resultado deseado, es decir, la negativa a la toma de tóxicos, es decir, se constató que se mantuvo abstinentes y que actualmente se mantiene el tratamiento de seguimiento para prevenir recaídas, mostrándose el penado, en todo momento, colaborador y abordable en el tratamiento incardinado a la abstinencia.

Argumenta la defensa del penado que romper ahora con esa positiva dinámica tratamental de su adicción tóxica que parece haber sido superada con el constatado esfuerzo rehabilitador que mantiene, resultaría del todo punto contraindicado, por contraproducente, y supondría un retroceso en los sólidos avances que ha logrado el penado, quien muestra un efectivo cambio de actitud firme y asentado, siendo que su petición no responde tan sólo a una técnica disuasoria para evitar la reprobación, sino a la firme voluntad de un radical cambio conductual orientado a su reinserción social, constatándose su inserción laboral, con contrato laboral a tiempo parcial aportado, por todo lo cual reitera la solicitud de otorgamiento del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena de prisión por un plazo de dos años.

SEGUNDO.- Unas obligadas reflexiones preliminares acerca del invocado beneficio.

En relación a la petición de suspensión al amparo del artículo 80.5 Código Penal cabe decir que se trata de un supuesto especial, extraordinario, de suspensión de la pena privativa de libertad por haber cometido el hecho a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.2^a Código Penal del actual artículo 80.5 Código Penal, según nuevo redactado dado por Ley Orgánica 1/2015, refleja el deseo de incorporar un mecanismo de tratamiento jurídico penal específico para el delincuente drogodependiente que delinque acreditadamente para subvenir a su situación de dependencia, ofreciendo la posibilidad de una rehabilitación que propicie la resocialización, modificando la actual redacción a la anterior, aportando elementos nuevos como son referencia al supuesto de reincidencia, la supresión del requisito de la deshabituación y la flexibilización de las consecuencias del abandono del tratamiento.

El nuevo régimen de la suspensión de la pena privativa de libertad por haber cometido el hecho a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.2ª Código Penal se caracteriza por los siguientes elementos, al amparo del nuevo redactado dado por Ley Orgánica 1/2015 al artículo 80.5 Código Penal:

i.- El elemento clave es justamente que quede acreditado que se cometió el hecho “a causa de su dependencia de las sustancias “, elemento este basilar ahora y que no varía en orden a su regulación en el anterior redactado del Código Penal en su artículo 87 Código Penal. Como ya ha reiterado el Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 87.1 el tratamiento médico recibido resulta por sí mismo insuficiente, por exigirse también para su aplicación que el delito se haya cometido “a causa de su dependencia” Sentencia del Tribunal Supremo 24 de junio de 2009. 687/2009. Recurso: 961/2008. Sección: 1.

ii.- En todo caso, el requisito general subyacente es el carácter potestativo del otorgamiento de la suspensión. Este carácter potestativo plantea alguna cuestión cuál es cuál será el criterio de decisión.

iii.- En el general artículo 80.1 Código Penal, el criterio fundamental y único a que alude el Código Penal es la peligrosidad del sujeto entendido como pronóstico de comportamiento que revela la peligrosidad de la comisión de nuevos delitos. No habrá peligrosidad si es razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos sensu contrario del artículo 80.1 Código Penal. Concepto este de raíz criminológica, que juega en la suspensión de la pena privativa de libertad enfocado a la prevención especial, que precisa seleccionar a los candidatos idóneos a la suspensión y medida de control y seguimiento que refuercen la nota resocializadora más allá de la sola conminación con la revocación de la suspensión misma.

iv.- Estamos en presencia de una discrecionalidad reglada y motivada.

v.- La pena impuesta ha de serlo privativa de libertad no superior a cinco años, pudiendo discutirse si en tal cómputo deben incluirse la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa, si bien parece que no debe ser así por una interpretación sistemática en relación a lo dispuesto en el artículo 80.2.2. del Código Penal.

vi.- No es necesario que el delincuente sea primario en el sentido del artículo 80.1.1ª Código Penal en su nuevo redactado, y cabe su aplicación aun habiendo sido previamente condenado incluso por delito doloso e incluso cuando la naturaleza del delito por el que ha sido condenado previamente no permita excluir como irrelevante para la probabilidad de comisión de nuevos delitos, pues así lo permite a priori el artículo 80.5 Código Penal que contempla su aplicación aun cuando no concurra el requisito de primariedad entendido como ahora lo entiende el artículo 80.2.1ª Código Penal, tal como dispone el artículo 80.5 Código Penal.

v.- De los requisitos generales se conserva sólo la satisfacción de las responsabilidades civiles entendiéndose cumplido este requisito cuando se dé el compromiso razonable de pago en los términos del nuevo artículo 80.2.3ª del Código Penal.

vi.- Que se haya efectivo el decomiso acordado en Sentencia conforme al artículo 127 del Código Penal.

vii.- Si se dan los requisitos anteriores será necesaria por demás que se certifique por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado está o bien ya deshabitado o sometido a tratamiento a tal fin en el momento en que deba decidirse sobre la suspensión. La acreditación por centros públicos o privados, lo que parece en ese caso exigir una intervención administrativa de homologación, no precisa de la ratificación personal ante el Tribunal de los autores de los informes.

La finalidad y objetivo de esta suspensión extraordinaria no es evitar el contacto con el medio penitenciario, como en el supuesto de suspensión ordinaria, sino, sobre todo, favorecer la reinserción de los delincuentes que han cometido los hechos como consecuencia de su adicción a sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la motivación que comporta dicha suspensión si se deshabituán de dichas sustancias.

Así, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de octubre de 2007, “En relación con la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, dado que se trata de una medida que se enmarca en el ámbito de la ejecución de la pena y, que, por tanto, ha de tener como presupuesto la existencia de una Sentencia condenatoria firme que constituya título legítimo para restringir el derecho a la libertad del condenado, las resoluciones por las cuales se concede o deniega no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, pero sin

embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en la que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo. Esa afectación al valor libertad exige que esta resolución, no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 8/2001, de 5 de enero, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2).

En particular, y dado que la suspensión constituye una de las medidas que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, las resoluciones judiciales en las que se acuerde deben ponderar las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitiman.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se regula con carácter general en los artículos 80 y 81 del Código Penal, si bien en el artículo 87 Código Penal, separándose de ese régimen general, se permite al Juez o Tribunal acordar, con audiencia de las partes, y aun cuando no concurren las condiciones generales para la suspensión establecidas en el artículo 81, 1 y 2 (que el condenado haya delinquido por primera vez y que las penas impuestas no sean superiores a dos años), acordar la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta cuando su duración no sea superior a cinco años, siempre y cuando se trate de hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.1 Código Penal y el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto. “El artículo 87.1 Código Penal se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los artículos 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución

de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del artículo 87.1 Código Penal, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas –caso habitual del llamado traficante/consumidor– reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella” (Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2003, de 16 de junio)”.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal argumenta que el aquí apelante resultó condenado en la predicada sentencia de instancia, como autor de un delito contra la salud pública, a una pena de dos años y dos meses de prisión, siendo que la condena lo fue mediante sentencia de conformidad y en la documentación de la misma se le denegó la suspensión de la referida pena.

Ocurre, no empero, que el penado ha aportado documentación acreditativa de haber estado sometido a tratamiento de deshabitación iniciado en el año 2011, con seguimientos y controles periódicos hasta la fecha de emisión del informe hospitalario aportado, demostrativos de su abstinencia, y, aun cuando en la calendada sentencia, en el factum de la misma, no se haga constar de forma expresa que los hechos fueron cometidos por el penado como consecuencia de su adicción a las drogas, es lo cierto que en el informe presentado se hace alusión a su dependencia a drogas tóxicas y al sometimiento al tratamiento de deshabitación en el mismo período de tiempo en el que se cometió el hecho enjuiciado motivante de la condena penal por lo que cabe considerar que la dependencia a las drogas resulta acreditada en ese momento comisivo, por lo que el Ministerio Público se ha adherido al recurso.

CUARTO.- Así las cosas, en primer lugar, teniendo en cuenta la entrada en vigor el día 1 de julio de 2015, de la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, debemos asentar que el nuevo artículo 80.5 Código Penal regula una modalidad de suspensión, que tenía su equivalente, aunque con diferencia en cuanto a los presupuestos, en el anterior artículo 87 Código Penal (anterior a la reforma indicada).

En particular, hay que llamar la atención sobre el nuevo inciso del artículo 80.5 del Código Penal, al disponer que “el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el

cumplimiento de los anteriores requisitos”, y, por otra parte, la nueva regulación no contiene una previsión análoga a la recogida en el anterior artículo 87.2 Código Penal (redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015), para el caso de ser reincidente el condenado.

Estos elementos configuran a priori una regulación que amplía el espectro que puede ser considerado para otorgar una suspensión, pues incorpora una facultad más extensa en manos del Juez en orden a valorar los requisitos en caso de suspensión del artículo 87 al señalar en el nuevo artículo 80.5 Código Penal que “el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos”, lo que resulta más amplio y flexible que la anterior mención al informe del médico forense, en un doble sentido pues podrán ser requeridos otros informes de otros profesionales u otra naturaleza y podrán, es una interpretación primera y provisional, ser objeto de los mismos no sólo los elementos estrictamente médico legales o referidos a la deshabitación o sometimiento al tratamiento, sino en función de la interpretación que se haga de la expresión “anteriores requisitos” podrían llegar a entender que cabría recabar informes sobre, por ejemplo, la comisión del hecho a causa de la dependencia cuando ello no haya quedado ya acreditado por ejemplo en Sentencia.

QUINTO.- Al socaire normativo del artículo 80.5 del Código Penal, es preciso considerar que la concesión del beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad no opera automáticamente, sino que en dicho precepto se enumeran una serie de requisitos, que necesariamente deben concurrir, y una vez acreditados estos, se debe analizar si procede la concesión de este beneficio, atendiendo para ello a que aun cuando no concurren las condiciones 1º y 2º prevista en el apartado 2 de ese artículo, el Juez o Tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. Asimismo, el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que una de las finalidades del artículo 80.5 (al igual que en el anterior artículo 87) del Código Penal, se encuentra en evitar que un ingreso en prisión de una persona, en la que concurren los presupuestos antes reseñados, pueda frustrar un tratamiento de desintoxicación en marcha o el buen resultado de un tratamiento recién finalizado.

Debe puntualizarse que la apreciación en la sentencia condenatoria de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2^a Código Penal o la eximente incompleta del artículo 21.1^a Código Penal no constituye propiamente un requisito ineludible para la concesión de la suspensión de la pena contemplada en el artículo 87 Código Penal. Así lo ha reconocido, en efecto, la Sentencia núm. 809/2002 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 30 de abril, al indicar, en su Fundamento Jurídico Segundo, que «en verdad resulta inocultable que el precepto invocado (el artículo 87 Código Penal) no exige de forma concreta y específica en la configuración del presupuesto aplicativo que el Tribunal haya apreciado formalmente en la sentencia una atenuante específica (artículo 21.2^a o 21.6^a, en relación al 21.2^a Código Penal), o una eximente incompleta (artículo 21.1^a en relación al 20.2^o Código Penal), de este tipo, pero no es menos cierto que los términos en que se expresa: «cometer el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el núm. 2 del artículo 20», llevan implícitos los condicionamientos que hacen posible su estimación; añadiendo acto seguido el Alto Tribunal que para la aplicación de esta modalidad de suspensión de la pena no basta acreditar la condición de drogadicto, siendo «preciso acreditar que tal estado morboso o criminológico (hábito más o menos arraigado en el consumo de sustancias psicoactivas prohibidas), ha ido acompañado de cierta influencia o repercusión en la comisión del hecho delictivo».

SEXTO.- En el supuesto de autos, ante ese escenario, asumimos, de consuno con el planteamiento de la defensa del penado, secundado por el Ministerio Fiscal, que la ejecución de la pena y su cumplimiento en Centro penitenciario podría frustrar, de una parte, el tratamiento de deshabituación que sigue el penado y, de otro lado, resultaría contrario a la finalidad del precepto, favorecer la reinserción de los delincuentes que han cometido los hechos como consecuencia de su adicción a sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la motivación que comporta dicha suspensión si se deshabituán de dichas sustancias.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación y conceder al penado recurrente, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión durante el PLAZO DE TRES AÑOS, plazo que se establece en contemplación a la duración de la pena principal de privación de libertad impuesta que supera los dos años de prisión, a contar desde el día que sea requerido para ello, con expresa advertencia de que, en caso de delinquir en ese plazo, se le revocará el beneficio con la consiguiente ejecución de la referida pena privativa de libertad que le queda por cumplir. Esta suspensión está también condicionada a que el penado no abandone el tratamiento de deshabitación hasta su finalización.

SÉPTIMO.- En punto a las costas procesales devengadas en esta alzada, procede declararlas de oficio.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. Rey y en virtud de las atribuciones que nos confiere la Constitución Española;

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal del penado, R. contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Sabadell, en autos de procedimiento abreviado nº 279/14, en el pronunciamiento atinente a la denegación del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, y, por consiguiente, en ese particular, REVOCAMOS la meritada sentencia y ACORDAMOS SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, DE DOS AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN impuesta al dicho penado, por el plazo de TRES AÑOS, a computar desde que se le notifique y requiera personalmente la concesión del beneficio de suspensión, condicionado a que no delinca en ese plazo de suspensión y condicionada, a su vez, a que no abandone el tratamiento de deshabitación hasta su finalización, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia.

90.- AUTO 267/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA SECCIÓN 1ª DE FECHA 09/04/18

Concesión de la suspensión en consideración a la gravedad de las enfermedades que padece el interno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 12 dictó auto de fecha 8 de noviembre de 2017 que deniega la suspensión de la pena por aplicación del art. 80,4 del Código Penal.

SEGUNDO.- La representación de E. interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, y desestimado por auto de 20 de febrero de 2018 se tramitó el de apelación dándose traslado al Ministerio Fiscal que ha interesado su desestimación. Seguidos los correspondientes trámites se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se turnó para la resolución del recurso, designándose Ponente por reasignación de Ponencias a la Ilma. Sra. Magistrada, quien expresa el parecer el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 12 dictó auto de fecha 1 de septiembre de 2017 por el que se acuerda el cumplimiento de la pena de prisión impuesta al penado referido pues no consta que tenga una enfermedad grave que le impida su ingreso en prisión, basándose en un informe Médico Forense de fecha 14 de agosto de 2017 que considera que dada la estabilidad de su patología la ausencia de variaciones en la clínica, y la ausencia de signos patológicos graves, se considera pertinente su ingreso en prisión, donde será controlado por la clase médica del Centro Penitenciario. “El estado físico como psicológico del penado, no ha de ser determinante en su clínica, tanto fuera como dentro del Centro Penitenciario; por tanto el riesgo para su vida es el mismo dentro del Centro Penitenciario como fuera. El ingreso penitenciario no ha de suponer un riesgo potencial distinto para la vida del penado”.

Desestimando el recurso de reforma al estimar que debe someterse al cauce rehabilitador y reinsertador de la pena privativa de libertad, a través

de su cumplimiento, como mecanismo de corrección de comportamientos delictivos y de evitación que puede reproducirse en el futuro. En definitiva, que el ingreso en prisión no supone un riesgo para sus patologías o su vida.

Por la defensa del penado se considera que su patrocinado padece una enfermedad con padecimientos graves y que en el caso de que entre en prisión puede correr riesgo su vida, aportando otro informe Forense de fecha 5 de octubre de 2015, asegurando que el penado, entre otras muchas enfermedades padece de obesidad mórbida, estando a la espera de una intervención de cirugía bariátrica, y se debe concluir que no puede ser tratado en el centro penitenciario de sus patologías y que un ingreso en prisión sólo provocaría un agravamiento de las mismas. Que su estancia en prisión precisaría la ayuda de terceras personas. Así como tanto la Sección 3ª como la 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como el Juzgado de lo Penal nº 11 de Sevilla han acordado conceder a su patrocinado el beneficio solicitado al estimar que los padecimientos son incurables y un ingreso en prisión es muy desaconsejable para su estado de salud. Aportando copia de las mencionadas resoluciones.

SEGUNDO.- Como ya tiene declarado esta Sala la suspensión o sustitución de la ejecución de la pena no es un derecho del penado en sentido propio, sino que se trata de facultades discrecionales que el ordenamiento reconoce al Juez o Tribunal sentenciador, como excepción al principio general conforme al cual las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, tal como señalan los artículos 988 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De este modo, se podrá controlar en vía de recurso, y de modo primario, si concurren o no los elementos reglados a los que, de modo inexcusable, ha de ajustarse la decisión; también podrá controlarse si se ha seguido el procedimiento establecido para su adopción y la adecuación de la decisión adoptada a los principios generales o su eventual apartamiento de la finalidad contemplada en la norma jurídica que reconoce la facultad discrecional, pero sin que este control pueda implicar la sustitución pura y simple del criterio adoptado.

Se peticionaba por la defensa la aplicación del artículo 80,4 del Código Penal. Conforme a éste precepto los jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad

muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Con el Nuevo Código Penal no han variado las circunstancias, conteniéndose, las mismas consideraciones legales en el actual artículo 80.4 del nuevo Código Penal.

TERCERO.- En la presente ejecutoria nos encontramos con un penado, con diversos antecedentes penales, y cuya pena que se ejecuta es superior a dos años de prisión, que no cumple los requisitos del artículo 80.1 y 2 del Código Penal y que se considera por el órgano ejecutor que no es merecedor de la aplicación del actual artículo 80.4 del mismo texto legal, a diferencia, en atención a un informe Médico Forense discrepante, del resto que obra en distintas ejecutorias, por lo menos de tres órganos judiciales de esta Ciudad, entre ellos dos Secciones de esta Audiencia Provincial, que han otorgado el beneficio del artículo 80,4 del Código Penal, incluso de algún otro órgano jurisdiccional de esta Ciudad. Pero, que no podemos dejar de resaltar que en cuanto a las circunstancias objetivas médicas y la calificación del tipo de dolencia que aqueja al penado es similar en ambos informes médicos, sólo se discrepa en cuanto a si debe cumplir la pena en prisión o no.

El sustento en el que se basa el cumplimiento consiste en estimar que la dolencia que padece el penado no es una enfermedad grave, que tiene la impida su ingreso en prisión, pues las patologías que tiene no suponen mayor riesgo para la vida en libertad que en prisión.

Se remite la resolución recurrida al informe Médico Forense para indicar las enfermedades que aquejan el penado. Igualmente se acompaña el informe de la Médico Forense del mes de octubre de 2015. Se comprueba que en el informe actual se aprecian las mismas dolencias que se mencionan en el informe anterior, que no consta hayan variado, ni consta que el penado, al día de hoy, se haya sometido con éxito a la intervención bariátrica.

El penado se trata de una persona con obesidad mórbida, disnea grado II-III, con Hipertensión arterial, diabetes tipo 2, insuficiencia venosa crónica en ambos miembros inferiores así como raquitrosis y gonoartrosis.

La cervicalgia con la irradiación a los miembros superiores y la lumbalgia a la pierna derecha, que le ocasiona vértigos posturales, y limitación de

la movilidad y ayuda de otra persona para levantarse, acostarse, vestirse, precisa de oxígeno nocturno por la disnea. Tanto la HTA, hiperglucemia y obesidad troncular de tipo extrema constituye el llamado Síndrome Metabólico que triplica el riesgo de enfermedad cardiovascular o accidente vascular cerebral, y ya ha padecido de crisis hipertensiva con accidente isquémico transitorio con dolor torácico. Además de trastorno ansioso depresivo.

Una fuerte limitación funcional de su capacidad funcional debida a la obesidad mórbida: cuadro poliartralgias, raquialgia irradiadas a MMSS e II y dificultad respiratoria.

La Forense en su informe desaconseja el ingreso en prisión porque con independencia de la aplicación de la cirugía bariátrica, por empeoramiento de la patología cardiovascular, descompensación de su cuadro hipertensivo, crisis de disnea y de dolor torácico, precisando mientras no se produzca el adelgazamiento con la cirugía bariátrica de la ayuda de tercera persona, para acostarse, levantarse, lavarse y vestirse. Y para el supuesto de hacerse la cirugía precisaría de cuidados médicos especiales y con seguimiento en el ámbito hospitalario. Las dolencias tienen un proceso de evolución crónica, irreversible y progresiva, y condiciona al paciente un importante menoscabo físico y psíquico, presentando alto riesgo de enfermedad cardiovascular aguda en sus expresiones de infarto de miocardio o recidivas de accidente vascular cerebral.

En el último informe del Médico Forense, en las pruebas médicas de imagen al paciente no se ha objetivado lesiones parenquimatosas cerebrales, si bien, sigue manteniendo la existencia de una patología grave de tipo metabólico que descompensa de modo generalizado el estado morfofuncional y fisiológico del sujeto como consecuencia de los graves riesgos potenciales que conlleva la obesidad mórbida extrema, persistiendo la ayuda de terceras personas para la realización de parte de las actividades de la vida diaria.

En el auto resolviendo el recurso de reforma asegura que no ha habido variaciones en la clínica y no ha habido signos de empeoramiento del penado con respecto a etapas anteriores, asegurando que el riesgo para su vida es el mismo dentro del Centro Penitenciario como fuera.

Las consideraciones del Forense en el informe de agosto de 2017, dejando al margen su estimación que el riesgo para la vida del penado es indiferente que se encuentre en prisión o en libertad, nada han variado del

emitido tiempo atrás. Y aun cuando el Letrado defensor no ha aportado a la causa, los distintos informes Médicos Forenses efectuados en el tiempo a su patrocinado con motivo de las distintas peticiones efectuadas por los distintos órganos judiciales que tienen condenas firmes, acompañando en esta ejecutoria, el que se emitió con motivo de la ejecutoria de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial, debemos considerar, que persisten las mismas dolencias en el penado que constan en las distintas ejecutorias del penado, que no han variado, y que, nos encontramos con informes contradictorios sobre si es aconsejable el ingreso en prisión o no en atención a las mismas dolencias que aquejan al penado.

CUARTO.- Desde luego la trayectoria criminal del penado es evidente a la vista de su hoja histórico penal, pero se nos informa por el Forense que padece de una enfermedad muy grave con padecimiento incurable, tal como refleja en los datos médicos adjuntados, se valora en un porcentaje del 80% de mortalidad a los sujetos con las distintas dolencias que padece el penado, que ello, no quiere decir que se vaya a producir el fallecimiento, pero el porcentaje es alto, dada la obesidad mórbida, así como la disnea, HTA, insuficiencia venosa, diabetes, colesterol, todo configura el Síndrome Metabólico que no elimina el riesgo cardiovascular con la operación de reducción de estómago, desaconsejándose por la Forense el ingreso en prisión por el riesgo de descompensación de su cuadro hipertensión, brote del cuadro torácico, disneico y agravar el cuadro psíquico, amén de precisar cuidados médicos especiales y sin la operación de reducción bariátrica se precisa de ayuda de tercera persona para las tareas cotidianas.

Se alude por la defensa los efectos negativos que el ingreso en prisión del condenado tendría para la evolución de su enfermedad, de forma que se alega el riesgo de afección de la integridad física que la ejecución de la pena privativa de libertad conllevaría.

Por consiguiente, la decisión judicial, ni en cuanto a su forma de expresión, ni en cuanto al contenido de su fundamentación, puede dejar de tomar en consideración el derecho fundamental a la integridad física del recurrente que se estima quedaría restringido, tal como reconoció la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, así como en la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/96, 320/96 de 15 de noviembre; debiendo de realizarse constitucionalmente un juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego en cada caso, «haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional

123/1997, de 1 de julio, FJ 3): “Del régimen específico de la suspensión de la ejecución para los casos en que se alegue enfermedad muy grave, deriva que, ciertamente, los Tribunales sentenciadores cuentan con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en la concesión o denegación de la suspensión.

De un lado, en cuanto a la apreciación del presupuesto de la suspensión excepcional, es decir, en la ponderación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero, de otro, también existe un núcleo discrecional en la decisión misma de exonerar al condenado, en el caso concreto, de la concurrencia de los requisitos generales para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena.

Por tanto, sin necesidad de analizar cuál sea la interpretación más acertada de la citada norma, dado que no compete a este Tribunal la interpretación de los preceptos penales, en lo atinente a la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, pues se trata, en principio, de una cuestión de legalidad ordinaria, al igual que la apreciación de la concurrencia de los requisitos para la concesión de los beneficios penitenciarios como los permisos de salida o la libertad condicional (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 81/1997, de 22 de abril, FJ 3, 193/1997, de 11 de noviembre, FJ 3, y 75/1998, de 31 de marzo, FJ 3), procede, no obstante, señalar que una resolución fundada en Derecho en este marco sería aquella que exteriorizara las razones por las cuales estimase, de un lado, si concurre o no el presupuesto habilitante de la suspensión específica – enfermedad muy grave con padecimientos incurables–, y, de otro, las que ponderen y justifiquen que, aun concurriendo el mencionado presupuesto fáctico, es improcedente la suspensión atendiendo a las circunstancias individuales del penado, así como otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión”.

“... 7. La anterior conclusión resulta reforzada si se tiene en cuenta, de un lado, que la afección del valor libertad exige «motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, y 88/1998, de 21 de abril, FJ 4); de otro, que el propio artículo 80.1 Código Penal establece que las resoluciones sobre la concesión de la suspensión de la ejecución deben mo-

tivarse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto; y por último que, ciertamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 25 de marzo, invocada por el recurrente, señaló que la posibilidad de otorgar la libertad condicional en casos de enfermedad grave, similares a los actuales de suspensión de ejecución de la pena, pretende un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. En consecuencia, una motivación fundada en Derecho requiere la ponderación de los bienes y derechos en conflicto: de un lado, la seguridad colectiva que podría verse afectada por el no ingreso en prisión de un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia, dadas sus circunstancias personales y, sobre todo, en atención a la incidencia en dicho pronóstico de la enfermedad padecida por el mismo; y, de otro, el grado de afección del derecho a la vida e integridad física del condenado teniendo en cuenta el tipo de enfermedad y la mayor o menor incidencia que el ingreso en prisión de quien la padece tendría en ella...”.

QUINTO.- En la presente ejecutoria, del informe del Médico Forense, y ante la inexistencia de una cirugía bariátrica, que no es exigible al penado someterse, la enfermedad es incurable, permanente, y como indica el Forense, implica o supone un alto riesgo para la salud del penado, y que los cuidados de su dolencia y sufrimientos de enfermedades que en el medio carcelario se verán mermadas, como la ayuda de terceras personas, y el riesgo para la vida que conlleva dicha obesidad mórbida.

La obesidad mórbida extrema, conlleva, la reducida movilidad. A lo cual se ha de unir que la data del hecho delictivo cometido es de enero de 2006, y las anteriores condenas, son de fechas anteriores, cumplidas las ejecutorias anteriores, y el resto de delitos cometidos durante el año 2007, al 2009, se encuentra en fase de decisión del artículo 80,4 del Código Penal, así la Ejecutoria del Penal 5 de Cádiz con la número 726/11 que no consta haya cumplido en centro penitenciario, como tampoco la ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva con el número 73/13. La Audiencia Provincial, que ha condenado, en fechas posteriores al penado, en concreto, la sentencia firme del 24 de junio de 2014, por hechos cometidos en 2007, a penas de cinco años en total, no ha ordenado el cumplimiento de la pena en prisión, sino que ha concedido la suspensión de la pena del artículo 80,4 del Código Penal por Auto de 18 de diciembre de 2015. La Audiencia de esta Ciudad, Sección 4ª en sentencia firme del 10 de septiembre de 2015 ha otorgado la suspensión de la pena de prisión impuesta por otro delito de

estafa cometido en el año 2007, por el plazo de 5 años, en virtud de auto de 25 de mayo de 2017.

Siendo condenado por otro delito de estafa cometido en julio de 2008 por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Sevilla que no consta haya cumplido en centro penitenciario, ni tampoco el Juzgado de lo Penal nº 7 de Sevilla ha ordenado su ingreso en prisión, y por último, la última condena es de fecha 28 de noviembre de 2016, por unos hechos cometidos en octubre de 2011, que conoce el Juzgado de lo Penal nº 11 de Sevilla, que le condena a pena de tres meses de prisión, y se le ha concedido la suspensión del artículo 80,4º del Código Penal en fecha 17 de octubre de 2017.

Actualmente no consta se encuentre en prisión que si se hubiera acordado por alguno de los Juzgados como se acredita en la aplicación de in-cursos penitenciarios.

La reiteración delictiva es notable, pero, la fecha de comisión de los hechos, han sido cometidos a lo largo del año 2006, 2007, 2008, 2009, y consta el último delito en fecha octubre de 2011, no volviendo a cometer nuevos delitos al día de hoy, por lo que la peligrosidad criminal, de que el mismo vuelva a reproducir esta nueva conducta, resulta más difícil por su dolencia física, que merma sus capacidades físicas, así como el hecho de tener penas suspendidas por este motivo, que conllevaría, el cumplimiento de las condenas que tiene suspendidas en centro penitenciario.

No podemos dejar de ponderar, en este tipo de suspensiones, la resolución que adoptan otros Juzgados respecto del mismo penado, debe tenerse en cuenta esa circunstancia personal a los efectos de realizar un juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego en cada caso, «haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad». Al igual que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria atiende a esa única realidad personal de un interno respecto del que tiene que decidir la concesión del beneficio homologado al presente en las distintas ejecutorias cuyas penas cumple.

Como indicaba el Tribunal Constitucional en la sentencia referida, un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad.

En el caso de autos, si bien es cierto, una grave y reiterada conducta del penado en el tiempo, pues delinquiró, en muy diversas ocasiones, hace más de doce años (y el más reciente en el tiempo hace casi siete años), no se

aprecia al día de hoy de la hoja de antecedentes un pronóstico futuro de reincidencia, y si le unimos, las dificultades físicas y psíquicas que la enfermedad le aqueja, la peligrosidad criminal ha quedado mermada notablemente. Debiendo realizarse, que el grado de afección de esa obesidad mórbida afecta gravemente a la vida e integridad física del penado, y la incidencia, que en la evolución de esa enfermedad tendría el ingreso en prisión que padece, como puso en su día de relieve el informe de la Médico Forense del año 2015, que mientras no conste la cirugía bariátrica realizada al penado con éxito, difícilmente podemos eliminar la presencia de una enfermedad grave, permanente, crónica, progresiva en su grave riesgo para la vida, lo que nos debe llevar a estimar el recurso, pues, al igual que han efectuado las otras resoluciones que han concedido el beneficio, se deben tener en cuenta las especiales circunstancias individuales del penado en relación con los valores y bienes jurídicos comprometidos, que nos llevan a no obviar el estado de salud del penado y el estadio en qué se encuentran el resto de las condenas impuestas así como la data de las penas pendientes de ejecución junto con la escasa peligrosidad evidenciada en el penado durante esta última etapa en cuyo transcurso no ha vuelto a cometer nuevos hechos delictivos.

Estimamos la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de privación de libertad impuesta, por el plazo de CINCO años, dado que debemos asegurar, que el penado no vuelva a cometer nuevo delito, como forma de cumplimiento de la pena que no ha podido cumplir en centro penitenciario, y lo efectúe en libertad, con la condición de no volver a cometer un nuevo delito.

Plazo que imponemos que obedece a las mismas razones que indicó la Sección 4ª en su Auto de 25 de mayo de 2017, en su ejecutoria 66/2015 “optándose por la extensión máxima de cinco años ante la peligrosidad residual que deriva de la multirreincidencia del penado y también de las perspectivas de que una eventual intervención de cirugía bariátrica podría modificar en positivo su pronóstico, conectándolo con la condición de no cometer nuevo delito durante ese período, pues cuando el artículo 80,4 habla de “sin sujeción a requisito alguno” se refiere a los necesarios para su concesión y no a las condiciones de la suspensión ni, menos aún, a la legal de no cometer nuevos delitos, pues la peligrosidad sigue siendo un factor relevante en esta forma de suspensión, como deriva del propio dato de que no pueda concederse si ya consta otra pena suspendida por la misma causa al cometerse el delito”.

Se procederá por el Juzgado de lo Penal a levantar acta de suspensión al penado con los apercibimientos legales de la presente resolución.

SEXTO.- Procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por E. contra el auto de 20 de febrero de 2018 que desestimaba la reforma contra el auto de 8 de noviembre de 2017 que se deja sin efecto, y CONCEDEMOS la suspensión extraordinaria de la pena de privación de libertad impuesta en la ejecutoria 121/2015 del Juzgado de lo Penal nº 12 de Sevilla al recurrente, durante el plazo de CINCO AÑOS, condicionada a que el penado no vuelva a cometer nuevo delito por el que resulte condenado durante el plazo de suspensión, en cuyo caso, dará lugar a la revocación de la suspensión otorgada con cumplimiento de la pena originaria de privación de libertad impuesta.

91.- AUTO 606/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA SECCIÓN 2ª DE FECHA 14/12/18

Se concede la suspensión de la condena durante un año, o antes si se resuelve la petición de indulto tramitada.

HECHOS

PRIMERO.- Por la procuradora, actuando bajo la dirección letrada y en nombre y representación de E., se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado ante el Servicio Común Procesal de Ejecución Penal de Vitoria (Álava), frente al Auto de fecha 28/08/18 dictado en la Ejecutoria nº 1259/18 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “No ha lugar a suspensión de la ejecución de penas solicitada por E. con motivo de estar tramitándose indulto”.

SEGUNDO.- Admitido a trámite que fue el recurso se acordó poner la causa de manifiesto a las demás partes para alegaciones por el Ministerio Fiscal se emitió informe en fecha 12/11/2018 adhiriéndose parcialmente al recurso interpuesto; evacuado el traslado con el resultado que consta autos se remitieron las actuaciones a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Secretaría de esta Sala en fecha 23 de noviembre de 2018, por diligencia de ordenación del mismo día se acordó formar el Rollo de Sala, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Magistrada, procediéndose en fecha 10 de diciembre a la deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación de E. presentó escrito solicitando la suspensión de la pena de privación del permiso de conducir por plazo de un año y un día impuesta su defendido mientras se tramita la solicitud de indulto parcial ya presentada. Se alega a este respecto:

- que se ha solicitado el indulto parcial de la pena de prisión impuesta;
- que desempeña su actividad, como autónomo, en la sociedad civil LA VAQUITA, que tiene por objeto social la hostelería y la recadería por lo que precisa el uso del permiso de conducción para el ejercicio de sus funciones laborales, sin que exista la posibilidad de utilización de medios de transporte alternativos al tener que desplazarse siempre en horarios diferentes;
- que está casado y tiene dos hijos a su cargo por lo que los ingresos derivados de su trabajo son necesarios para el mantenimiento de la unidad familiar;
- que los hechos por los que fue condenado no supusieron riesgo ni peligro para la seguridad del tráfico por lo que debe destacarse la escasa relevancia del delito;

El Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso interpuesto, considerando que sería procedente la suspensión de la pena durante el plazo de un año, a fin de no hacer ilusoria la petición efectuada atendiendo a lo dispuesto en el art. 4.4 del Código Penal y 23 de la Ley reguladora del indulto.

SEGUNDO.- En el presente caso la representación de E. se ha aportado junto con el recurso la documentación acreditativa de la presentación de la solicitud de indulto, de su situación laboral y familiar.

TERCERO.- El artículo 4.4 del Código Penal establece la posibilidad de suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto solicitado, cuando de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

En este caso el penado fue condenado como autor de un delito contra la seguridad vial a la pena de multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros y de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día.

Según se desprende de las actuaciones el recurrente está ejecutando pagos periódicos de la pena de multa y no se ha derivado responsabilidad civil de los hechos. Consta además que está empadronado en el domicilio con su mujer e hijas menores. Ha aportado documentación referente a la sociedad civil en la que refiere desempeñar su trabajo como autónomo y que tiene por objeto social el servicio de hostelería y reparto de paquetería. Está sociedad está dada de alta en el impuesto de actividades económicas y el recurrente está al corriente de sus pagos con la SS.SS. Estos datos, permiten dar verosimilitud a las alegaciones de E. en cuanto a que como trabajador autónomo dedicado al servicio de recadería necesita el uso del vehículo para el desempeño de sus funciones así como como que tiene a su cargo dos hijas menores de edad que con él conviven.

El plazo medio de resolución de la petición de indulto es de un año, por lo que la no suspensión de la pena haría ilusoria la finalidad del derecho de gracia solicitado.

La suspensión de las penas se configura como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva dado el interés general en la efectividad de las resoluciones judiciales (artículo 117.3 Constitución Española y 18 Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que de otra forma se corre el riesgo de instrumentar la institución del indulto como un inten-

to fraudulento y sistemático de eludir o retardar el cumplimiento de las responsabilidades penales impuestas en sentencia. Por ello la suspensión es un supuesto excepcional no procediendo la misma excepto si concurre alguna circunstancia excepcional que prive al indulto de su finalidad, como en los supuestos de penas de muy corta duración.

El Tribunal Constitucional, a la hora de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena en los supuestos de recurso de amparo, pondera también la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados, el bien jurídico protegido, su trascendencia social, el riesgo de eludir la acción de la justicia y la posible desprotección de la víctima.

En el presente caso la suspensión de la ejecución de la pena no frustraría los fines antes señalados, dado que no estamos ante un delito grave, no existen víctimas derivadas de los hechos, ni por la entidad de la pena y las circunstancias laborales y familiares del condenado se aprecia riesgo de que pueda eludir la acción de la justicia. Es más el propio recurrente ya está abonando periódicamente la multa impuesta.

Ahora bien la no suspensión de la pena de privación del permiso de conducir impuesta durante la tramitación del indulto podría causarle perjuicios irreparables, para el caso que finalmente se concediera un indulto parcial. Dada su condición de trabajador autónomo dedicado a servicios de recadería, la denegación de la suspensión le irrogaría otros gravámenes mayores que la propia pena, como la pérdida del empleo. Sin embargo, la suspensión durante un año, tal y como propone el Ministerio Fiscal y que viene siendo el plazo medio de resolución del indulto, no supone un grave quebranto para la administración de la justicia, que en el caso de denegación del indulto, únicamente vería demorado el cumplimiento de la pena impuesta.

Por ello, atendiendo a las circunstancias laborales y personales del autor procede la suspensión de la pena de privación del permiso de conducir por plazo de un año, quedando subsistentes el resto de los pronunciamientos de la sentencia. No obstante, si el indulto solicitado se resolviera antes del transcurso del plazo de un año deberá estarse a lo acordado en el mismo, quedando sin efecto la suspensión ahora acordada.

CUARTO.- Atendiendo a la materia objeto de debate no procede la imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DISPONE estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora, actuando bajo la dirección letrada y en nombre y representación de E., ante el Servicio Común Procesal de Ejecución Penal de Vitoria (Álava), frente al auto de fecha 28/08/18 dictado en la Ejecutoria nº 1259/18 y acordar la suspensión de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante el plazo de un año o, en su caso, hasta la fecha de resolución de la petición de indulto, si ésta se produjera con anterioridad al plazo señalado, quedando subsistentes el resto de pronunciamientos de la sentencia.

92.- AUTO 404/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA SECCIÓN 1ª DE FECHA 17/12/18

No procede la suspensión de la pena dada la concurrencia de múltiples condenas tanto anteriores como posteriores.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2018, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca, y en la Ejecutoria núm. 63/2018, se dictó Auto cuya parte dispositiva es como sigue:

“NO HA LUGAR A LA SUSPENSIÓN de la ejecución de la pena de prisión de SEIS MESES impuesta en esta causa a la penada M., con D.N.I. número NÚM000.

Notifíquese la presente resolución personalmente a la penada y una vez firme díctense las resoluciones y dense las órdenes oportunas para el cumplimiento de la pena.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días”.

Contra referida resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora en nombre y representación de M., dando traslado de referido escrito a las partes.

SEGUNDO.- Igualmente, en fecha 9 de julio de dos mil dieciocho, se dictó resolución cuya parte dispositiva es como sigue:

“NO HA LUGAR A LA SUSPENSIÓN de la ejecución de la pena de SEIS MESES de prisión impuesta a M, con D.N.I. N° NÚM001.

Notifíquese la presente resolución personalmente a la penada y una vez firme dícense las resoluciones y dese las órdenes oportunas para el ingreso del mismo en prisión.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días.”

Contra referida resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora en nombre y representación de M, dando traslado de referido escrito a las partes.

TERCERO.- En fecha 17 de septiembre de 2018, se dictaron sendos autos por los que se desestimaban íntegramente los recursos de reforma interpuestos; y notificados a las partes, por repetida Procuradora Sra. S.D. en la representación antes indicada de M. y de M. se interponían respectivos recursos de apelación, admitiéndose los mismos y verificados los traslados pertinentes, se elevó testimonio de particulares a la Audiencia Provincial para dictar resolución, registrándose al Rollo núm. 373/18 y pasando las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de las condenadas, M. y M., se recurre en apelación el auto dictado por el Juzgado de lo Penal número 1 de esta ciudad, con fecha 17 de septiembre de 2018, que desestimó los previos recursos de reforma interpuestos por las mismas contra los autos

de fecha 8 de mayo y 9 de julio anteriores, en virtud de los cuales se acordó por el referido Juzgado no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses de prisión que les fue impuesta a las mismas en sentencia firme de fecha 8 de febrero de 2018.

Y se interesa por las mencionadas recurrentes en esta segunda instancia, con fundamento en las alegaciones realizadas por sus defensas en los correspondientes escritos de interposición del recurso, la revocación de las mencionadas resoluciones y que se dicte otra por la que se decrete la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses de prisión, etc.

SEGUNDO.- Los recursos de apelación interpuestos por las penas M. y M. no pueden ser acogidos, en primer lugar, porque, al no haberse, en definitiva, formulado alegaciones por las defensas de dichas recurrentes, se desconocen los motivos en los cuales funden su discrepancia contra los autos que desestimaron los previos recursos de reforma, en los que se contienen, suficientemente explicitadas, las razones para el mantenimiento de la resolución impugnada. Es verdad que el artículo 766.2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la interposición del recurso de apelación subsidiariamente con el recurso de reforma, pero ello no exime a la parte recurrente de formular las alegaciones que estime pertinentes en apoyo de su pretensión de revocación de la resolución impugnada, y así el mismo artículo 766, en su apartado 4, dispone que “si el recurso de apelación se hubiere interpuesto subsidiariamente con el de reforma, si éste resulta total o parcialmente desestimatorio, antes de dar traslado a las demás partes personadas, se dará traslado al recurrente por un plazo de cinco días para que formule alegaciones y pueda presentar, en su caso, los documentos justificativos de sus pretensiones”; y tal necesidad de exponer los motivos en que se apoya tal pretensión de revocación de la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal deviene ineludible cuando por dicho Juzgado, en la resolución resolviendo el recurso de reforma, se han analizado pormenorizadamente y rechazado los argumentos en que el mismo se sustentaba.

En los escritos de apelación de las recurrentes se limitaron a reproducir y a remitirse íntegramente las alegaciones formuladas en los anteriores escritos de recurso de reforma.

Y, en segundo término, porque, tal y como se razona por el Juzgado a quo la suspensión es improcedente, dada la hoja histórico penal de las penas, sin que sirva de fundamento para la misma la simple alegación de

sus circunstancias familiares y laborales, sin más añadidos, respecto de una de ellas que los relativos a que tiene varios hijos, menores de edad, y que al ser de diferentes padres puede ser difícil que puedan hacerse cargo de los mismos, siendo así que los servicios sociales de los organismos públicos, pueden cumplir dicha función de guarda y custodia, de ser necesario.

La Sala concuerda con la argumentación mantenida por la juzgadora a quo referida a la constatada existencia de múltiples condenas, anteriores y ulteriores a la que nos ocupa, que denotan una indubitada y acreditada peligrosidad criminal en las mismas que obstaculizan e impiden el beneficio que solicita. Condenas tanto por delitos leves, como no leves, en ambos casos.

Se concuerda en la corrección legal de los autos impugnados, en cuanto que la denegación de la suspensión indicada es razonable y conforme a derecho, ya que, aun cuando, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, ya no es presupuesto legal INSOSLAYABLE para el disfrute de la condena condicional el hecho de tratarse de delincuente primario, las múltiples condenas que acumulan en los últimos años, (algunas de ellas, evidentemente, provocadoras de antecedentes penales que ni están, a día de hoy, cancelados, ni pueden considerarse cancelables en los términos del artículo 136 del Código Penal) son inconciliables con el instituto de la suspensión y sustitución de las penas, en razón de que dichos antecedentes tienen, por su naturaleza y circunstancias, una relevancia clara de peligrosidad criminal, esto es, de probabilidad de comisión por su parte de delitos futuros, que es el parámetro que ahora debe tenerse en cuenta, con la nueva redacción del artículo 80. 2, 1ª, tras la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica 1/2015.

En efecto, basta con la lectura de las respectivas hojas de antecedentes penales para deducir las numerosas condenas que por hurto acumulan ambas apelantes en los dos últimos años; desde esta premisa, sobraría cualquier otro comentario, para declarar los recursos improsperables, debiendo cortar esta trayectoria de delitos de hurto imparable, compulsiva y profesionalizada, sin que alcancen virtualidad sus afirmaciones de actual vida normalizada y responsable. Serán sus familiares, los que se harán cargo de los menores y así no quedarán en modo alguno desamparados, sin perjuicio de la entrada en juego, en su caso, como se ha dicho, de los servicios sociales públicos.

De accederse a la suspensión solicitada nos encontraríamos ante una flagrante situación de impunidad en favor de las recurrentes, que no se han apartado de una trayectoria delictiva considerable y han conseguido sumar condenas a lo largo de pocos años, momento ya en el que el principio de reinserción social proclamado constitucionalmente sólo se satisface y puede lograrse con el cumplimiento de la pena en Centro penitenciario, dando, además, viabilidad a otro de los fines fundamentales de la misma, cual el de la prevención especial.

Téngase en cuenta que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (así Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de mayo y 21 de octubre de 2011 y de León de 10 de noviembre de 2011, entre otras resoluciones) la suspensión de la ejecución de la pena no es un derecho del penado en sentido propio, sino que se trata de una facultad discrecional que el ordenamiento reconoce al Juez o tribunal sentenciador, como excepción al principio general conforme al cual las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, tal como señalan los artículos 988 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 18. 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

TERCERO.- En consecuencia, han de ser desestimados los recursos de apelación interpuestos por las condenadas, M. y M., y confirmadas las resoluciones impugnadas, declarando de oficio las costas causadas en esta segunda instancia, de conformidad con lo establecido en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA RESUELVE: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de M. y M., y confirmar los autos dictados por el Juzgado de lo Penal número 1 de esta ciudad, con fecha 17 de septiembre de 2018, que desestimaron los previos recursos de reforma interpuestos por las mismas contra los autos de fecha 8 de mayo y 9 de julio anteriores, en virtud de los cuales se acordó por el referido Juzgado no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses de prisión impuesta a las mismas en sentencia de fecha 8 de febrero de 2018; declarando de oficio las costas causadas en esta segunda instancia.

93.- AUTO 3/2018 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 23/01/18

Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad en torno a la trascendencia del pago de la responsabilidad civil para la concesión de la suspensión de la ejecución.

I. ANTECEDENTES

(.....
.....)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 80.2, condición tercera del Código Penal, en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La norma cuya constitucionalidad se cuestiona tiene el siguiente tenor:

«2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

...

3ª.- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento».

La duda de constitucionalidad que el juez proyecta sobre la norma transcrita se encuentra, en el concreto caso que ha dado lugar al plantea-

miento de la presente cuestión, relacionada con el artículo 80.5 Código Penal, hipótesis de suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena por razón de la drogadicción en la que se admite excepcionalmente que dicho beneficio sea otorgado «[a]un cuando no concurren las condiciones primera y segunda previstas en el apartado 2» del artículo 80.2 Código Penal, no quedando dispensado, en cambio, el penado de las obligaciones relativas al pago de las responsabilidades civiles previstas en la condición tercera del referido precepto.

Como ha sido ampliamente expuesto en los antecedentes, el órgano judicial considera, en su Auto de 21 de julio de 2017, que el artículo 80.2.3 Código Penal ha de reputarse inconstitucional por ser contrario «al artículo 25.2 de la Constitución, y al artículo 14, en relación con el artículo 17, de la Constitución». El Fiscal General del Estado, por las razones igualmente consignadas en los antecedentes, ha interesado la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto por incumplimiento de los requisitos procesales como por resultar notoriamente infundada.

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este Tribunal puede rechazar a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, si faltaren las condiciones procesales o fueran notoriamente infundadas.

En relación con las condiciones procesales, el Fiscal General del Estado llama, en primer lugar, la atención del Tribunal sobre una irregularidad producida en el trámite de audiencia de la pieza preliminar tramitada ante el Juzgado (artículo 35.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). En la providencia de 24 de mayo de 2017, por la que dio traslado a las partes de la duda de constitucionalidad suscitada, el órgano judicial puso de manifiesto que la condición tercera del artículo 80.2 Código Penal «podría resultar contraria a los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14 de la Constitución) y a que la pena esté orientada a la reeducación y reinserción social (artículo 25 de la Constitución), al excluir cualquier posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena de prisión a aquellos penados que se encuentren en situación de completa insolvencia», omitiendo toda referencia al derecho a la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española), circunstancia que el Fiscal General del Estado considera que puede producir la impresión, inicial y precipitada, de que un elemento esencial de la duda de constitucionalidad finalmente planteada en el Auto de 21 de

julio de 2017 (que se refiere expresamente al artículo 17 de la Constitución Española) ha sido indebidamente sustraído al debate entablado entre las partes del proceso a quo. Sin embargo, tal y como apunta el máximo representante del Ministerio Fiscal, la omisión de la referencia formal al artículo 17 de la Constitución Española es, en este caso, una mera irregularidad que no ha privado a las partes de la posibilidad de formular sus alegaciones en todo lo relativo al fondo constitucional de la duda planteada.

En efecto, la providencia de traslado de 24 de mayo de 2017 no se limitó a señalar, de forma apodíctica, que ciertos preceptos de la Constitución podían verse vulnerados sino que incluyó en su texto una sucinta explicación de los términos de la duda que llevaba al titular de la potestad jurisdiccional a abrir el trámite del artículo 35.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los argumentos incluidos por el magistrado en la providencia eran una clara anticipación de la línea argumental posteriormente expuesta, de forma más amplia, en el Auto de planteamiento. Más allá de la concreta invocación del artículo 17 de la Constitución Española, como título formal, las partes supieron, en todo momento, cuál era el problema jurídico de fondo que suscitaba las dudas de constitucionalidad del magistrado. Debe reseñarse, asimismo, que el artículo 17 de la Constitución Española sólo aparece referenciado en el Auto de planteamiento, según advierte oportunamente el Fiscal General del Estado, como derecho relacional que trata de reforzar argumentalmente la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española. El órgano judicial entiende, pues, que la regulación cuestionada no infringe directamente el derecho a la libertad sino que se vulnera el artículo 14 de la Constitución Española al engendrar una situación discriminatoria en un ámbito en el que la libertad personal está comprometida. Se constata, así, que el derecho a la libertad no es el título formal en el que se basa la inconstitucionalidad que el órgano judicial achaca a la norma con rango de ley.

Por todo ello, ha de reconocerse que la referencia expresa al artículo 17 de la Constitución Española no era imprescindible para que las partes comprendieran que, en la regulación del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, el posible ingreso en prisión del insolvente era el efecto final que se consideraba indeseable y discriminatorio, precisamente por conllevar una pérdida de libertad basada en una precaria situación económica del reo. No hay, pues, en este caso un defecto de forma que pueda reputarse acreedor de un pronunciamiento de inadmisibilidad.

3.- No existiendo, en el trámite de audiencia de la pieza preliminar, más que una irregularidad de naturaleza estrictamente formal, debemos ceñir el análisis del cumplimiento de los presupuestos procesales al defecto que el Fiscal General del Estado imputa al juicio de aplicabilidad realizado por el órgano judicial, defecto al que se asigna, esta vez sí, un valor sustancial y, por ello, obstativo de un pronunciamiento de admisión a trámite.

Según alega el máximo representante del Ministerio Fiscal, el Juez de lo Penal ha efectuado una interpretación de la nueva regulación del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena claramente contradictoria con el espíritu y la letra de la reforma operada en dicho instituto por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con la nueva normativa se pretende, según glosa el Fiscal General, que los problemas relativos a la imposibilidad de pago se solventen en el momento en el que se sustancia el impago mismo, evaluándose, mediante el escrutinio de sus concretas circunstancias, si obedece a una verdadera situación de incapacidad económica o si, por el contrario, revela una voluntad rebelde al cumplimiento, eventualmente acompañada de alguna maniobra de ocultación patrimonial. Con ello, el legislador, como declara expresamente en el preámbulo de la ley de reforma, quiere evitar que una mera consulta formal de la documentación accesible al órgano judicial (la información patrimonial a la que el Juzgado puede acceder de forma telemática) excluya de antemano la obligación de indemnizar, ya que esa práctica ha llevado, con la legislación anteriormente en vigor, a que se dicten, al incoarse la ejecutoria penal, declaraciones de insolvencia automatizadas, que han dejado a muchas víctimas de delitos desamparadas en su legítimo derecho a percibir indemnización (indemnización cuya efectividad es obvio que se ve notablemente favorecida por la supeditación de la ejecución efectiva de la pena al cumplimiento de la exigencia de pago).

El legislador ha querido, pues, según alega el Fiscal General del Estado, invertir los términos del instituto para que, en el momento de concederse la suspensión, la obligación de pago no desaparezca automáticamente y siga vinculando al reo en todo momento –pues éste siempre puede mejorar de fortuna– de forma que sea después, una vez que el impago se materializa, cuando se valore, de forma concreta y circunstanciada y no en virtud de una mera consulta formal, cuál es la causa realmente determinante de su incumplimiento, no acarreado éste ninguna consecuencia negativa si se constata que realmente obedece a una situación material de insolvencia.

El legislador estima, en definitiva, que dispensar ex ante de la obligación de pagar la responsabilidad civil carece de sentido y que resulta más racional exigir cierto compromiso de pago, por mínimo que sea, evaluando después, una vez llegados a una situación de incumplimiento, si el impago obedece a una imposibilidad económica (y excluyendo en tal caso la revocación del beneficio).

Con esta base, entiende el Fiscal General del Estado que el órgano judicial ha aplicado incorrectamente, desde el momento mismo de imponerse la condena, la nueva regulación del instituto de la suspensión, ya que, en lugar de resolver sobre su procedencia en el mismo momento en que el penado aceptó realizar un pago fraccionado de la responsabilidad civil, esto es, en el propio trámite de conformidad que dio lugar la Sentencia condenatoria, ha pretendido resolver sobre el acceso al beneficio prácticamente un año después de la condena, tratando como problema de acceso a la suspensión lo que, con arreglo a la nueva regulación, debe ser evaluado como una cuestión de revocación o mantenimiento (por falta de capacidad económica) de una suspensión ya acordada.

4.- Planteada de este modo la inadecuada formulación del juicio de aplicabilidad y relevancia en relación con el precepto legal cuestionado, hemos de recordar que la correcta realización de dicho juicio se erige en nuestra doctrina en requisito esencial para impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, como sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Constitucional 17/1981, de 1 de junio, FJ 4; 42/2013, de 14 de febrero, FJ 2; 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 2, y 79/2015, de 30 de abril, FJ 3, y Autos del Tribunal Constitucional 12/2016, de 19 de enero, FJ 2, y 168/2016, de 4 de octubre, FJ 3).

En este punto, hemos de señalar que este Tribunal, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar inconsistente o errada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad y relevancia de la norma cuestionada. Con ello se garantiza que la cuestión responde a la finalidad concreta que la justifica y se evita que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda

cuestión de inconstitucionalidad (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 6/2010, de 14 de abril, FJ 3; 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 3; 84/2012, de 18 de abril, FJ 2; 146/2012, de 5 de julio, FJ 3, y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2, y Autos del Tribunal Constitucional 155/2013, de 9 de julio, FJ 2; 188/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, y 168/2016, de 4 de octubre, FJ 3). De acuerdo con la doctrina referenciada, hemos de examinar si, en efecto, el órgano judicial ha errado de forma manifiesta al enjuiciar, en el supuesto que se plantea, la aplicabilidad y relevancia de la previsión contenida en el artículo 80.2.3 Código Penal sobre la exigencia al penado de un compromiso de pago, exigencia que, según razona el órgano judicial, el reo no está en condiciones de cumplir; en concreto, hemos de dilucidar si, tal y como argumenta el Fiscal General del Estado, existía ya un compromiso de pago, asumido voluntariamente por el penado y aceptado por el órgano judicial en el trámite de conformidad, que determinaba de forma manifiesta que la condición tercera del artículo 80.2 Código Penal hubiera de darse por cumplida.

En este punto, es cierto, tal y como afirma el Fiscal General del Estado, que la conformidad expresada por el acusado y su defensa en la vista celebrada el 6 de abril de 2016 se extendió al pago de las responsabilidades civiles, asumiéndose entonces el compromiso de hacerlas efectivas de forma fraccionada, en veinte mensualidades. No obstante, no puede compartirse que ese compromiso de pago ya permitiera al órgano judicial pronunciarse, en el propio trámite de sentencia, sobre la suspensión de la ejecución de la pena, afirmación ésta que no resulta exacta. Como se ha puesto de manifiesto, el beneficio de suspensión que el penado había solicitado en el concreto supuesto y del que deriva la presente cuestión de inconstitucionalidad es el contemplado, con carácter extraordinario, en el apartado 5 del artículo 80 del Código Penal, hipótesis singular que exige el cumplimiento de requisitos especiales, tendentes a acreditar un presupuesto de hecho particular: la existencia de una situación de drogadicción que haya sido determinante de la comisión del delito. Siendo esto así, es evidente que en el momento de dictarse la Sentencia condenatoria, el órgano judicial no podía pronunciarse sobre tal supuesto extraordinario y sólo podía plantearse la posibilidad de otorgar al penado el beneficio ordinario de suspensión de la ejecución de la pena, beneficio que, como señala el propio titular de la potestad jurisdiccional en su Auto de planteamiento, no procedía en el caso planteado, ya que el condenado tenía antecedentes penales –y no presentaba, por ello, la condición de delincuente primario–, siendo además

la pena impuesta superior al límite máximo de dos años que la propia ley establece.

La petición de suspensión extraordinaria, por razón de la drogadicción, fue presentada por la defensa del penado, según consta en el expediente judicial y ha sido consignado en los antecedentes, en un escrito de 12 de abril de 2016. Dicha petición dio lugar a que el órgano judicial recabara, en Auto de 5 de mayo de 2016, la documentación pertinente, requiriéndose en concreto que se aportara el historial médico penitenciario, que fue recibido en el Juzgado, vía fax, el día 19 de mayo de 2016, y que se emitiera el preceptivo informe médico forense, que fue registrado en el Juzgado en fecha 8 de julio de 2016. Más tarde, el 5 de septiembre de 2016 el órgano judicial dio nuevo traslado al Ministerio Fiscal para que, a la vista de dicha documentación, se pronunciara sobre la procedencia de la suspensión interesada, reiterando entonces el defensor de la legalidad, mediante informe de 12 de septiembre, su conformidad con la concesión del beneficio. Fue, pues, en ese momento preciso cuando quedó completa la tramitación del incidente relativo a la suspensión extraordinaria de la pena de prisión, encontrándose, por primera vez, el órgano judicial en disposición real de resolverlo.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el penado había sido requerido para el cumplimiento de las responsabilidades civiles en la propia vista de 6 de abril de 2016 –en la que se prestó la conformidad a la condena y se dictó in voce la correspondiente Sentencia– con exigencia expresa de que los pagos fraccionados mensuales comenzaran el mes siguiente, puede constatar que, en el momento en el que el órgano judicial tuvo posibilidad de resolver acerca de la concesión del beneficio extraordinario de suspensión de la ejecución de la pena, el penado ya había incumplido, en cinco mensualidades consecutivas, la obligación previamente asumida de pagar la responsabilidad civil. En tales circunstancias, y a la vista del canon puramente objetivo de análisis de la aplicación de la legalidad ordinaria que este Tribunal ha de seguir al revisar el juicio de aplicabilidad y relevancia realizado por el órgano judicial, cabe concluir que no puede considerarse completamente infundado que el magistrado estimase que el compromiso de pago inicialmente asumido por el penado –que ya no era racionalmente esperable que fuera a ser cumplido, ya que había sido desatendido por el reo de forma sistemática– no tenía ya valor y que entendiéndose igualmente que los requisitos del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena

debían ser evaluados de acuerdo con las circunstancias concurrentes en ese preciso momento.

Cierto es, como señala el Fiscal General del Estado, que, una vez emitido por el Ministerio Fiscal el informe de 12 de septiembre de 2016, el trámite de la suspensión de la ejecución de la pena quedó paralizado hasta que el propio órgano judicial decidió, el 24 de mayo de 2017, recabar información sobre la situación patrimonial del penado, declarándose de inmediato su insolvencia mediante decreto de la letrada de Administración de Justicia de 26 de mayo. No obstante, no correspondiendo a este Tribunal, con carácter general, el escrutinio de la mayor o menor diligencia empleada por los órganos judiciales en la tramitación de sus causas, ha de concluirse que, en lo que estrictamente concierne a este proceso constitucional, el órgano judicial no ha incurrido en un razonamiento manifiestamente erróneo o inconsistente en relación con el concreto extremo analizado. Por todo ello, el reproche que el Fiscal General del Estado realiza al juicio de aplicabilidad efectuado por el órgano judicial no puede ser asumido.

5.- Al margen de los requisitos procesales exigibles, el Fiscal General del Estado entiende, asimismo, que las dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano judicial han de considerarse notoriamente infundadas, cuestión ésta que, consignada en el artículo 37.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hemos señalado que «encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial» (entre otros, Auto del Tribunal Constitucional 145/2016, de 19 de julio, FJ 3).

Pues bien, hemos de advertir, en primer lugar, que este Tribunal ha establecido una doctrina clara y precisa sobre la proyección de los artículos 25.2 y 17 de la Constitución Española, dos de los preceptos formalmente invocados en el Auto de planteamiento como sustento de la cuestión de inconstitucionalidad, en el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, doctrina que basta por sí sola para advertir la falta de fundamento de una parte sustancial de la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial. Así:

(i) Puede advertirse, en primer lugar, que la duda del órgano judicial carece manifiestamente de todo sustento interpretativo en lo que se refiere a la alegada violación del artículo 25.2 de la Constitución Española, puesto que parte de una interpretación de dicho precepto que, como apunta el Fiscal General del Estado, carece de todo soporte en la doctrina establecida por este Tribunal. En efecto, existe una doctrina reiterada acerca del alcance que ha de darse a la previsión de un principio de resocialización en el artículo 25.2 de la Constitución Española, doctrina que precisa que el referido precepto constitucional no otorga, frente a lo que erróneamente afirma el Juez de lo Penal, un derecho subjetivo a la resocialización, sino que tiene, antes bien, el valor de principio orientador de la ejecución de las penas privativas de libertad, sin integrar en ningún caso el derecho fundamental a la legalidad penal contemplado en el apartado primero del mismo precepto. Desde el Auto del Tribunal Constitucional 486/1985, de 10 de julio, este Tribunal ha venido afirmando, así, que el artículo 25.2 de la Constitución Española no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4).

Obviamente, como principio material constitucional, el valor de la resocialización es primordial, tal y como ha tenido este Tribunal la oportunidad de señalar en las resoluciones antes citadas, pero es igualmente claro que el artículo 25.2 de la Constitución Española no determina, en ningún caso, una obligación del legislador de contemplar específicos institutos resocializadores, ni mucho menos le impone una obligación adicional de darles un determinado y concreto contenido. Sin que pueda descartarse una proyección legislativa de ese principio en el ámbito de las penas de prisión de larga duración, lo cierto es que, en el ámbito de las penas cortas de prisión (que es el propio de la suspensión de la ejecución de la pena), el juego de la discrecionalidad legislativa es, según hemos reconocido, amplísimo, pues el artículo 25.2 de la Constitución Española no establece que la reeducación y la inserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (Sentencias del Tribunal Constitucional 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6, y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2); sin que haya de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad» (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, citando el

ATC 780/1986, de 19 de noviembre; 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6, y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

Ciertamente, el fin resocializador guía, junto a evidentes razones de gestión económica de la política penitenciaria, la regulación legal del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena y así lo hemos señalado reiteradamente en nuestra propia doctrina (Sentencias del Tribunal Constitucional 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3; Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2, y 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2). Ahora bien, una vez que la regulación del instituto tiene un contenido determinado, que el legislador ha decidido en uso de su legitimación democrática, no puede ignorarse que la eficacia del artículo 25.2 Constitución Española se proyecta, como ha declarado este Tribunal, sobre la interpretación judicial de dicha regulación, exigiéndose al juez el cumplimiento de un deber de motivación reforzada (artículo 24.1 de la Constitución Española en conexión con el artículo 25.2 de la Constitución Española). Es, pues, en ese estadio de aplicación judicial de la regulación discrecionalmente decidida por el legislador donde el juez ha de proyectar los efectos del principio resocializador, pues éste «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran» (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). El reproche dirigido al legislador en relación con el artículo 25.2 de la Constitución Española carece, pues, de una mínima consistencia suasoria.

(ii) Conviene añadir que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la suspensión de la ejecución de la pena tampoco afecta directamente al derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17 de la Constitución Española). Según hemos señalado, la suspensión de la ejecución no es el título habilitante de la pérdida de libertad, sino una incidencia ejecutiva que modaliza, en beneficio del reo, el cumplimiento de la pena impuesto en dicho título, que es la sentencia condenatoria (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). El artículo 17 Constitución Española tampoco puede resultar, por ello, directamente comprometido en la regulación de la suspensión que se cuestiona, proyectando, eso sí, sus efectos, sobre la interpretación judicial de dicho instituto, que está también sujeta a un deber reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 17 de la Consti-

tución Española), dentro del marco regulativo fijado por el legislador de forma discrecional (Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).

6.- De lo expuesto se deduce que todo el sustrato jurídico de la cuestión planteada apunta, en realidad, a un único problema de fondo: la diferencia de trato que el órgano judicial aprecia entre el penado con capacidad de pago y el que carece enteramente de tal capacidad (artículo 14 de la Constitución Española). Ha de notarse, en primer lugar, que lo que el órgano judicial plantea es, en este punto, una inconstitucionalidad por indiferenciación, pues, de acuerdo con la interpretación de la norma cuestionada que se contiene en el Auto de planteamiento, se estima que el legislador debió prever expresamente una exención de la obligación de pago de las responsabilidades civiles que fuera exclusivamente aplicable a aquellas personas que carecen de toda capacidad económica y que, por ello, no pueden asumir un compromiso de pago que pueda (razonablemente) esperarse que sea cumplido. El órgano judicial estima que el legislador sólo ha previsto una diferenciación entre los sujetos que son penados que permite evaluar el alcance (material y temporal) de su compromiso de pago pero que en ningún caso dispensa completamente del pago a los que, en modo alguno, pueden afrontar el mismo, lo que deja en situación material de discriminación a los ciudadanos insolventes, que habrían perdido la protección de la cláusula legal que, antes de la reforma, les amparaba expresamente, eximiéndoles del deber de indemnizar.

Considera, en este punto, el órgano judicial que su interpretación no se opone a la doctrina establecida por este Tribunal en relación con el instituto de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, puesto que, según afirma expresamente «[n]ada tiene que ver el planteamiento de aqu[e]lla cuestión –y su resolución– con el que atañe a la posible inconstitucionalidad de la condición tercera del artículo 80.2 del actual Código Penal». Según argumenta el magistrado en su Auto de 21 de junio de 2017, el «arresto sustitutorio» es un instituto que contempla específicamente al insolvente, de modo que quien carece de toda capacidad económica para pagar la multa resulta destinatario único de la norma. El precepto ahora cuestionado se refiere, en cambio, a cualquier persona condenada a pena de prisión, generando una situación discriminatoria para aquellos que no pueden pagar la responsabilidad civil.

7.- Planteada en estos términos la duda de constitucionalidad sobre la eventual vulneración del artículo 14 Constitución Española, cabe señalar, en primer lugar, que la doctrina en la que el órgano judicial pretende apoyar su tesis no ha sido referenciada de forma precisa, ya que, frente a lo que se afirma en el Auto de planteamiento, la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero, no descartó la inconstitucionalidad del artículo 91 del Código Penal entonces vigente (el equivalente del artículo 53 del Código Penal actualmente en vigor) porque ésta fuera una norma específicamente dirigida al insolvente. Lo que entonces constató este Tribunal fue que la norma cuestionada no discriminaba las causas del impago de la multa, sino que imponía la privación de libertad sustitutiva en todo caso, fuera el impago fruto de la insolvencia del penado o fuera, en cambio, el resultado de una actitud maliciosa o renuente de quien sí podía pagar la multa impuesta. Por ello, la Sentencia de referencia descartó la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, al tratarse de un problema de «indiferenciación», que era el reproche que, en realidad, se formulaba en aquel supuesto concreto. Afirmamos entonces, en contraste con la tesis argumental que ahora se nos propone, que: «[t]ampoco cabe reprochar discriminación alguna al precepto cuestionado por el hecho de que en el mismo se prevea indiferenciadamente una responsabilidad personal subsidiaria para todos los condenados insolventes, tratando por igual —en esto parece consistir la tacha que a la Ley se opone— tanto a quien se colocó voluntaria o maliciosamente en situación de insolvencia como a aquel a quien no le sería imputable la incapacidad patrimonial para satisfacer la multa. Cabe recordar al respecto, como primera consideración, que la regla constitucional que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley no puede ser invocada como fundamento de un reproche que así habría que llamar de ‘discriminación por indiferenciación’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, fundamento jurídico 3), pues semejante planteamiento resulta en principio ajeno al ámbito de la regla enunciada en el artículo 14 de la Constitución» (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero, FJ 6).

No resulta ahora necesario, sin embargo, ahondar en el problema de la inconstitucionalidad por indiferenciación, ya que, tal y como sostiene el Fiscal General del Estado, una exégesis mínimamente racional de la regulación penal que el órgano judicial cuestiona muestra meridianamente que ésta dista mucho de contener el tratamiento indiferenciado que el órgano judicial denuncia. Como señala el Fiscal General del Estado, la regulación

que el órgano judicial cuestiona existe en el ordenamiento penal español desde que fuera introducida por la Ley Orgánica 15/2003, en un ámbito de regulación más acotado, el de la condena recaída ante el Juzgado de Instrucción de guardia en el seno de un procedimiento de enjuiciamiento rápido. En dicho ámbito específico, la especial fisonomía del procedimiento impide que pueda realizarse una investigación patrimonial suficientemente rigurosa, a efectos de determinar la capacidad económica del penado que ha decidido prestar su conformidad a la acusación formulada ante el Juzgado de guardia. Por ello, el legislador de 2003 prescindió de la averiguación de este extremo y exigió únicamente que el penado expresara ante el Juzgado de guardia su compromiso de satisfacer la responsabilidad civil en la medida de sus posibilidades. En dicha regulación, lo único que se exige al penado es, por tanto, que se comprometa a hacer un esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer el pago, debiendo evaluarse después, en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal, si el posible impago puede dar lugar a la revocación del beneficio, por tratarse de un incumplimiento voluntario, o si obedece, más bien, a la imposibilidad material del reo de afrontarlo.

Tal y como alega el Ministerio Fiscal, del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, se desprende, sin margen posible de duda, que el propósito del legislador al modificar la regulación de la condición tercera del artículo 80.2 Código Penal, ahora cuestionada, ha sido el de generalizar ese régimen legal, que hasta entonces había estado reservado a un concreto procedimiento especial. Como se explica en dicho preámbulo, el legislador ha considerado que la experiencia práctica acumulada en la aplicación del Código Penal enseña que la investigación patrimonial sobre la capacidad económica del penado, realizada antes de decidir sobre la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, suele ser meramente formularia, proliferando declaraciones de insolvencia estandarizadas que, desde un primer momento (y al margen de la evolución posterior de los eventos), eximen de facto al condenado de la obligación de pagar la indemnización.

Por esta razón, el legislador afirma expresamente que opta por otro régimen distinto, en el que la obligación de pagar la indemnización no desaparezca de antemano, debiendo comprometerse el penado a satisfacer la responsabilidad civil impuesta de acuerdo «con su capacidad económica», esto es, debiendo asumir que, como condenado que quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena que le ha sido impuesta, tiene la obligación

de realizar algún tipo de esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer sus responsabilidades frente a la víctima del delito cometido. Ello no obsta, sin embargo, a que durante la ejecución de la suspensión de la pena se valore si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado, eventualmente acompañado de una ocultación de bienes, quedando claro en la regulación en vigor que, si el penado resulta realmente insolvente, la suspensión de la ejecución de la pena no ha de ser revocada. Así lo señala categóricamente el artículo 86.1, letra d), que dispone la revocación de la suspensión cuando el penado:

«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».

En definitiva, lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto.

La clave del nuevo sistema no es, en cualquier caso, dejar fuera de la suspensión a los que son insolventes en el momento en que se ha de decidir sobre su concesión (privilegiando, en cambio, incomprensiblemente a los que resultan insolventes en el momento posterior del impago). Se trata, antes bien, de vincular la concesión de la suspensión, en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que circunstancialmente pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades, de modo que dicho deber no desaparezca rituariamente al inicio de la ejecución de la condena, exigién-

dose en todo momento una actitud positiva hacia el cumplimiento de la responsabilidad civil. Las razones por las que la indemnización no resulta, finalmente, satisfecha se valoran, por ello, como el legislador advierte expresamente en el preámbulo y materializa normativamente en el citado artículo 86.1 d) Código Penal, en el momento en que el plazo conferido expira sin que se haya pagado.

Es fácil concluir, por ello, que la regulación cuestionada se limita a arbitrar un sistema en el que no se exime ab initio al penado de la obligación de indemnizar y en el que el condenado debe asumir la obligación de realizar un cierto esfuerzo para resarcir a su víctima, si quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta. Si ese resarcimiento no llega a producirse por razón de la precaria situación económica del reo, la suspensión no se verá en ningún caso revocada. Esto evidencia que la diferencia de trato que el órgano judicial echa en falta en la regulación en vigor sigue, en realidad, existiendo, pues el insolvente sigue disponiendo en el régimen legal actual de una norma legal que contempla expresamente su situación, habiéndose limitado el legislador a desplazarla a un momento procesal distinto, más acorde a la nueva estructura del sistema de suspensión de la ejecución de la pena.

Nada se encuentra, en definitiva, en la regulación penal cuestionada que pueda entenderse como una regla impeditiva de la concesión de la suspensión de la ejecución a quien no puede hacer frente a las responsabilidades civiles por falta de capacidad económica, situación que, además, está expresamente prevista en el momento de decidir sobre la revocación del beneficio. La interpretación efectuada por el órgano judicial, que achaca a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, una voluntad implacable de obstaculizar el acceso a la suspensión de los delincuentes en situación de indigencia, no tiene, por tanto, un fundamento jurídico mínimamente sólido, como acredita igualmente la práctica judicial generalizada a la que el propio Auto de planteamiento alude, calificándola de «perversa».

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

94.- AUTO 438/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN 6ª DE FECHA 12/06/18

Se acuerda suspender la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y recabar consentimiento al penado para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 7/2/18, por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Granollers se dictó Auto en Ejecutoria nº 422/15 en cuya parte dispositiva se acordaba denegar LA SUSPENSIÓN de la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria de 90 días por el impago de los seis meses de multa a cinco euros día que se había impuesto en la sentencia de 3/11/15 por conformidad en un delito consta la seguridad vial. Contra esta resolución interpuso recurso de reforma y subsidiaria apelación. La reforma fue desestimada por auto de 19/3/18.

SEGUNDO.- Del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal quien inicialmente informo en el sentido de no oponerse a que se acordaran trabajos en beneficio de la comunidad si el penado prestaba su consentimiento, y luego en el informe de la apelación en sentido de que se denegara.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La reforma operada en el Código Penal con la Ley Orgánica 1/2015 ha modificado sensiblemente la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Más allá de la decisión de prescindir terminológicamente del concepto de peligrosidad, concreta la finalidad de esta figura, esencial para la interpretación teleológica de la norma, en la determinación de cuándo es necesaria la “ejecución de la pena” (cumplimiento en régimen penitenciario), de tal manera que la valoración judicial deberá referirse a “cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos” (artículo 80.1, párrafo primero, del Código Penal).

Ello significa que toda la regulación de la suspensión, incluida la relativa a los requisitos y presupuestos exigibles para su aplicación, ha de ser analizada en relación a aquella finalidad. Si a ello añadimos que el párrafo segundo del mismo apartado obliga al Juez a valorar en la resolución “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 que el requisito de ser delincuente primario se ha matizado (no ha de valorarse la comisión anterior de un delito que no sea relevante para hacer el pronóstico de reincidencia futura), debe concluirse que el Legislador ha optado por un sistema que ha de huir de automatismos en las decisiones y ha de buscar la respuesta individualizada.

Este nuevo sistema es respetuoso con la doctrina que el Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre la relación jurídico-constitucional entre discrecionalidad de una resolución judicial, como es la que tiene por objeto la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y su motivación, desde los parámetros de los artículos 120 y 9.3 de la Constitución Española (Sentencias 224/1992, 115/1997 y 55/1999 y 164/1999). El análisis de estas sentencias concluyen 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 solo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución “. La argumentación de estas Sentencias concluye en que “dicha discrecionalidad viene condicionada por la exigencia de que, a la hora de decidir en un sentido u otro (los Tribunales) atiendan para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza del hecho punible y circunstancias de toda clase que concurrieren en su ejecución”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha ido mucho más allá. Las resoluciones que afectan a la suspensión de la pena privativa de libertad, necesitan una mayor fundamentación, pues si bien no constituyen decisiones sobre restricciones de libertad en sentido estricto, si afecta al valor de la libertad en cuanto que modalizan la forma en la que se llevará a cabo la

ejecución de la restricción de la libertad; esta incidencia en el valor libertad exige un canon reforzado de motivación (Sentencia del Tribunal Constitucional 248/2004, de 20 de diciembre, 320/2006 de 15 de noviembre o 75/2007, de 23 de mayo) que se traduce en la necesidad de que las resoluciones que se pronuncien sobre la suspensión no sólo no constituyan la aplicación no arbitraria de las normas aplicables al caso, sino también que exterioricen los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto (Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2001), con insistencia en la exigencia de que se valoren las circunstancias individuales o personales del penado.

SEGUNDO.- En el presente caso, el acuerdo denegatorio de la suspensión descansa en el historial, en el sentido de que le constan antecedentes algunos cancelables, y que después de esta condena (que ese está ejecutando) volvió a conducir no respetando la prohibición impuesta de hacerlo.

Además ha intentado el juzgado localizar al penado cosa que no se ha logrado a pesar de que la defensa invoca razones personales y familiares para no cumplir la pena en prisión alegando también que no ha tenido nunca relación con el medio penitenciario. En la causa no constan y tampoco en la resolución ninguna circunstancia personal o laboral del penado, se le han cursado exhorto y no ha sido hallado o mejor dicho no ha comparecido al llamamiento del juzgado.

Al respecto, es de comprobar que los antecedentes son antiguos y no se van a considerar, de otra parte después de la condena que se ejecuta que se refiere a hechos de 1/11/15, por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, le consta otro antecedente fecha 13/6/16 por conducir sin estar habilitado, lo que el auto relaciona directamente con el incumplimiento de la sentencia anterior que le había suprimido el derecho al uso de carnet de conducir por ocho meses y dos días. De ello deduce que el pronóstico es negativo.

De una atenta observación de la hoja histórico penal se ve que la sentencia que ejecutamos se dictó el 3/11/15, se refería a hechos del 1/11/15; fue una conformidad por lo que su firmeza debió ser inmediata. Por ello la privación del permiso de conducir que consta anotada mucho después se solapa con el incumplimiento posterior que da lugar al antecedente por conducir sin carnet.

Se le hace el requerimiento de pago el 17/1/17 (fol. 25) La sentencia inexplicablemente se declara firme el 14/6/16, cuando había sido una conformidad del mes de noviembre anterior.

El 13/6/16 fecha del nuevo hecho al que se vincula el incumplimiento de la prohibición de la sentencia que ejecutamos supera en dos años, el plazo de suspensión y supera sobradamente las fechas de la sentencia de conformidad con el plazo impuesto, por lo que es perfectamente posible que el plazo de privación del carnet estaba más que superado, desde la última sentencia de conformidad que pudo ser ejecutable de inmediato, (no nos consta dato alguno al respecto), declararse en su caso la insolvencia y requerir para TBC, de conformidad con lo que establece el artículo 82 del Código Penal, cabía pensar por parte del acusado que no se encontraba realizando ninguna infracción. Con esta consideración desaparece el motivo que basaba el mal pronóstico por parte del juzgado, y permitiría la suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria una vez ha sido declarado insolvente, y que no se le encuentra para obtener el consentimiento para los trabajos en beneficio de la comunidad.

Explicado lo anterior hemos de insistir en que debe de requerirse para la realización lo trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que es un forma de ejecución, citando si fuere necesario al penado a una comparecencia para ello. Que no haya comparecido una vez al llamamiento judicial practicado mediante exhorto no es razón para denegarle la suspensión. Se trata de una pena muy corta 90 días de RPS, y no consta que esta persona haya tenido con el medio penitenciario, por tanto la sala estima en parte el recurso, en concreto la petición subsidiaria debiéndose recabar el consentimiento del penado para el cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

TERCERO.- Conforme a los artículos 239 y 240 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA estimar en parte el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de B. contra el auto de fecha 19/3/18 del Juz-

gado de lo Penal nº 2 de Granollers, que denegaba la suspensión de la RPS acordada en el auto de 7/2/18 y, consecuentemente, la revocan y dejan sin efecto. Requiérase al penado para que se manifieste respecto a los Trabajos en Beneficio de la Comunidad, y acuérdesse con su resultado. Declaramos de oficio las costas de esta alzada.

CAPÍTULO XVIII

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

95.- SENTENCIA 603/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 28/11/18

Estimación de recurso de casación al no considerar la falta de presentación del penado para elaborar el plan de cumplimiento como quebrantamiento de condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander se incoaron Diligencias Previas nº 1782/2016, en virtud de testimonio deducido por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander en su ejecutoria nº 197/2016 por un delito de quebrantamiento de condena, contra P., Acordada la apertura de juicio oral, contra la acusada por dicho delito se remitieron las actuaciones al Juzgado de lo penal nº 3 de Santander nº de PA 100/2017, que dictó sentencia con fecha 23 de agosto de 2017, contra la que se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cantabria, que en la causa nº 57/2018, dictó sentencia que contiene los siguientes antecedentes de hecho:

“Se aceptan los de la sentencia de instancia, y

PRIMERO.- En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el Juzgado de lo Penal Nº3 de Santander se dictó sentencia en fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, son del tenor literal siguiente:

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Que ha resultado probado que P. fue condenada ejecutoriamente por sentencia firme de fecha 6 de mayo de 2016 por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander por un delito contra la seguridad vial a la

pena de ocho meses de multa con una cuota diaria de 5 euros. Por auto de 24 de junio de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander, encargado de la ejecución de la sentencia, se declaró la insolvencia de la penada, determinándose como responsabilidad personal subsidiaria la pena de 4 meses de privación de libertad a cumplir con 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad a petición de la Sra. P. La acusada fue requerida por el Juzgado el 5 de julio de 2016 para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debiendo presentarse en el Servicio de gestión de Penas y Medidas Alternativas en el plazo de 15 días para la elaboración del plan de ejecución. Asimismo, el Servicio de Gestión de Penas la citó a través de correo certificado que recibió en fecha 8 de julio de 2016, para acudir a la elaboración del plan de ejecución de penas el día 4 de agosto de 2016, no compareciendo a dicha cita.

FALLO

Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a P. como autora penalmente responsable del delito de quebrantamiento de condena previsto en el artículo 468 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **MULTA** de **DOCE MESES** con una cuota **DIARIA DE 3 EUROS**, con la responsabilidad subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 del Código Penal, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con imposición de las costas.

SEGUNDO.- Por P., con la representación y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada a efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elevó la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Primera, en la que tras su examen, se ha deliberado y fallado el recurso.

HECHOS PROBADOS.- ÚNICO: Se aceptan los de la sentencia de instancia, anteriormente reproducidos”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

“FALLAMOS:

Que desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de P. contra la sentencia de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete dictada por el Juzgado de lo Penal N° 3 de Santander, en los autos de Juicio Oral N° 100/17, a que se contrae el presente Rollo de Apelación, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento. Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por infracción de ley que podrá interponerse en los plazos y en las condiciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por la procesada, 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 el siguiente motivo:

Único Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Denunciamos la infracción por el Tribunal Sentenciador del art 468.1 del Código Penal y de la jurisprudencia aplicable al mismo en relación con el artículo 49 del mismo Código.

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

SEXTO.- De conformidad con el artículo 197 Ley Orgánica del Poder Judicial se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 24 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formula el único de los motivos al amparo de lo previsto en el artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la

infracción por el tribunal sentenciador del artículo 468.1 del Código Penal y de la jurisprudencia aplicable al mismo, en relación con el artículo 49 del mismo Código.

Señala, como antecedente de la queja, que la sentencia del Juzgado Penal nº 3 de Santander consideró probado que P. había quebrantado la condena de 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad al no comparecer a la citación que le hizo el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para el día 8 de agosto de 2016 con el objeto de la elaboración del plan de ejecución de la pena.

Contra el criterio de las instancias, recuerda que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede, de oficio, rechazar el plan propuesto por la administración y que la elaboración del plan de trabajos es una condición previa para que se dé inicio al efectivo cumplimiento de la condena. Por otra parte, en lo subjetivo, estima que el delito de quebrantamiento de condena sólo se da si el penado tiene consciencia y voluntad de quebrantar la sanción impuesta.

Asimismo, añade que el hecho de que las exigencias del artículo 49 Código Penal, a la hora de considerar un quebrantamiento de condena, estén previstas para el momento en que ya existe un plan de trabajos y se está en realización de los mismos. Por otro lado, eso no supone que en la etapa previa a ese cumplimiento de la pena no deba también, y con mayor razón, exigirse que la conducta rebelde del penado sea manifestada con reiteración.

No plantea, ni podría plantear, la cuestión de hecho relativa a si compareció o no cuando fue citada. Ya que el motivo se ampara en el cauce habilitado por el artículo 847.1.b) de la Ley de enjuiciamiento criminal que solamente autoriza la casación bajo alegación de infracción de ley previsto como motivo en el ordinal 1º del artículo 849 de la misma ley.

2.- Se había planteado como segundo motivo del recurso de apelación, cuya resolución es ahora objeto de esta casación, la cuestión de la tipicidad de la conducta tal como es efectivamente descrita en el hecho probado.

El Juzgado de lo Penal en primera instancia estimó los hechos constitutivos del delito de quebrantamiento de condena por estimar que basta la no presentación a la citación recibida para elaborar el plan de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, cuya pena el condenado ha-

bía aceptado, incluso sin necesidad de que la citación o requerimiento se reiterare.

La Audiencia Provincial resolvió en el mismo sentido la apelación contra la condena fundada en tal criterio justificando su decisión por considerar que en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49 del Código Penal) hay dos fases, una primera, donde es imprescindible la colaboración del penado para la fijación del plan, y una segunda que es la ejecución por el penado del plan aprobado; añadiendo que, tanto la inasistencia injustificada a la citación de los servicios sociales penitenciarios para elaborar el plan cuanto el incumplimiento del ya fijado, satisfacen la exigencia típica ya que, dice compartiendo criterio con el Juzgado de lo Penal, el tipo penal no exige que haya más de un requerimiento y ello, concluye, porque no se puede dejar al albur del penado el cumplimiento de la pena ya impuesta.

3.- Una primera advertencia se hace necesaria: la sentencia que había condenado a la ahora recurrente, en la causa en la que se acabó imponiendo la aceptada consecuencia de cumplir el acusado trabajos en beneficio de la comunidad, estableció esta posibilidad como condición de suspensión de la pena privativa de libertad –responsabilidad personal subsidiaria– en que se tradujo el impago de multa, por decisión (de 24 de junio de 2016) del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander encargado de la ejecución de condena impuesta en sentencia (de seis de mayo de 2016) por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander.

Recordemos el hecho declarado probado por el Juzgado de lo Penal que condenó en primera instancia, aceptado por la Audiencia en apelación, tras recordar que a la ahora recurrente se le impuso por el Juzgado de Instrucción una pena de multa, se añade:

Por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander, encargado de la ejecución de la sentencia, se declaró la insolvencia de la penada, determinándose como responsabilidad personal subsidiaria la pena de 4 meses de privación de libertad a cumplir con 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad a petición de la Sra. P.

Pese a la equivocidad de los términos de tal resolución y del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 53 del Código Penal, que aquella transcribe, debemos considerar que nos encontramos ante la imposición de una pena privativa de libertad, ya que así califica el artículo 35 del Código

Penal a la denominada responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Y cuando se habla de que esa pena se pueda “cumplir” mediante los trabajos en beneficio de la comunidad, lo hace como acuerdo del juez o tribunal “previa conformidad del penado”. Es decir, se trata de un supuesto de suspensión de la pena privativa sometida a esa condición aceptada por el penado.

Pues bien, cuando de incumplimiento de condiciones de suspensión de la pena se trata, el ordenamiento jurídico establece la consecuencia que corresponde imponer. Así el artículo 84 del Código Penal prevé la posibilidad de tal suspensión de la ejecución de la pena a, entre otras, la condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Y, a su vez, el artículo 86 prevé las posibles consecuencias anudadas por el legislador a las diversas hipótesis descritas en sus apartados 1 y 2.

Precisamente en el apartado 1. c) del citado artículo 86 del Código Penal se refiere al supuesto en que se ha incumplido por el penado alguna de las condiciones del artículo 84 del mismo cuerpo legal. Entre ellas por tanto la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Tal como se encabeza ese apartado 1 del artículo 86 citado la consecuencia será la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena suspendida. Eso sí, se cuida de exigir el legislador para tan drástica respuesta, siempre que el incumplimiento sea grave y reiterado. Porque, si no alcanza tal intensidad el incumplimiento, la consecuencia se mitiga en el apartado 2 del mismo artículo 86. Modificar las condiciones o prolongar la duración del plazo de suspensión.

4.- En el caso que ahora juzgamos en casación no se trataba de una pena impuesta como principal de trabajos en beneficio de la comunidad. Ni de manera directa y principal en la sentencia, ni tampoco como sustitutiva de otra, caso éste al que hacía referencia el artículo 88 de Código Penal ya no vigente al tiempo de decidirse, por el juzgado encargado de la ejecución, la suspensión de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Si ciertamente, cuando de pena impuesta directamente se trata, es aplicable el artículo 49 y el incumplimiento de esa pena puede acarrear la añadidura de quebrantamiento a que el citado artículo 49 del Código Penal se refiere, ordenando la deducción, en su caso, de testimonio para aplicación del artículo 468 del Código Penal, la citada previsión del artículo 86 preva-

lece por específica sobre la del artículo 49. Con mucha mayor razón lo que ha de excluirse es la acumulación de consecuencias del artículo 49 a las del artículo 86 ya que supondría imponer consecuencias gravosas –la sanción del artículo 468 y los incrementos de onerosidad del artículo 86– dos veces por un único hecho, el de incumplir.

Conclusión: excluida por la reforma del Código Penal de 2015 la duplicidad de sustitución de pena (limitada al caso de la expulsión a que se refiere el artículo 89 del Código Penal) y suspensión condicionada de pena, el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión no acarrea otras consecuencias que las previstas en el artículo 86.1 del Código Penal –si el incumplimiento es grave y reiterado– que es revocar la suspensión y ejecutar la suspendida o las del artículo 86.2, si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, en que la consecuencia es de menor onerosidad y se limita a las agravaciones del nº 1 del citado artículo. En todo caso no cabe, salvo la excepción prevista en el ordinal 4 del mismo artículo 86, decidir sin el procedimiento previo allí establecido. Por tanto, tampoco cabe hablar de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia desde la imputación de tales incumplimientos, en los casos en que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de suspensión y no pena principal. La consecuencia a que se refiere el artículo 49, 6ª párrafo segundo –tipicidad como quebrantamiento de condena– solamente puede predicarse en supuesto en que los trabajos constituyan pena principal.

Lo que acarrea la estimación del recurso en este supuesto.

SEGUNDO.- La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al 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 formulado por Dª P., contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria con fecha 7 de febrero de 2018, sentencia que se casa y se anula para ser sustituida

por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas del presente recurso.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 57/2018, seguido por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, rollo de apelación número 57/2018, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Santander, dimanante del procedimiento Abreviado nº 100/17, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander, por delito de quebrantamiento de condena, contra P., mayor de edad, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial de fecha 7 de febrero de 2018, que ha sido recurrida en casación por la penada y ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados de las sentencias de la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones dichas en la sentencia de casación los hechos tal como se declaran probados son atípicos debiendo ser absuelta la acusada del delito por el que venía penada. Con declaración de oficio de las costas de ambas instancias.

FALLO

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

Absolver a P. del delito de quebrantamiento de condena por el que había sido acusada y penada, dejando sin efecto los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, declarando de oficio las costas de la instancia.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON A.M.A. A LA SENTENCIA NÚMERO 603/2018, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018, DICTADA POR ESTA SALA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 828/18.

A través del presente voto particular concurrente a la sentencia expreso una disensión parcial a la argumentación contenida en la misma. El voto es concurrente porque coincide con el Fallo estimatorio del recurso de casación. También es coincidente en cuanto argumentación referida al supuesto al que se refiere, esto es, a los efectos de la incomparecencia a la citación para fijar el plan de ejecutoria de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando es impuesta como sustitución de otra. Como se argumenta en la sentencia, lo procedente en caso de incumplimiento es la revocación de la condena que sustituye para la ejecución de la pena sustituida, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 del Código penal.

Mi disensión radica porque se ha desaprovechado la ocasión que proporciona el recurso para unificar los criterios de interpretación sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la incomparecencia, no justificada, de la persona condenada a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que ha sido citada al servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la fijación de un plan de actuación, y ha incomparecido, siendo éste el interés casacional que justificaba, a mi juicio, la admisión del recurso de casación formalizado. A mi juicio en el supuesto de incomparecencia a la citación del condenado para ser oído en el plan de actuación, debe suponer la remisión de la incomparecencia al Juez de Vigilancia penitenciaria para que ordene lo procedente, de ordinario, su detención.

El condenado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, señala el RD 840/2011, de 17 de junio, ha de ser citado por el servicio de gestión de penas para ser oída en lo referente a la elaboración de un plan de actuación que será aprobado por el Juez de Vigilancia penitenciaria. Se trata de interpretar si la incomparecencia injustificada a esa citación es, o no, el presupuesto del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 Código Penal. La Sentencia no obstante, sí que parece sostener que la incomparecencia a la citación para ser oído antes de aprobar el plan de ejecución, al integrarse en la ejecución, integra el presupuesto típico del quebrantamiento de condena y ha de deducirse testimonio como dispone el artículo 49.6 del Código Penal.

La interpretación sobre este extremo no es uniforme y conocemos que algunos órganos de la jurisdicción penal han declarado la atipicidad de la conducta, en tanto que otros, aplicando el artículo 49 del Código penal, han declarado que esa conducta se subsume en el artículo 468 el Código Penal, delito de quebrantamiento de condena, en tanto que otros han entendido que el delito de aplicación es la obstrucción a la justicia, del artículo 556 Código Penal desobediencia grave a la autoridad judicial.

En la Sentencia de la que discrepo se afirma “si ciertamente, cuando de pena impuesta directamente se trata, es aplicable el artículo 49 y el incumplimiento de esa pena puede acarrear la añadidura de quebrantamiento a que el citado artículo 49 del Código Penal se refiere, ordenando la deducción, en su caso, de testimonio para aplicación del artículo 468 del Código Penal”.

Discrepo de esa interpretación y así lo expuse en la deliberación de esta Sentencia. A mi juicio, la incomparecencia a una citación realizada por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, a los que se refieren el Real Decreto que regula la ejecución de esta pena, no supone el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena. Aunque forme parte de la ejecución de una sentencia, no se ha dado comienzo a la ejecución de la sentencia. La incomparecencia a la citación no es inicio de cumplimiento, de la misma manera que la incomparecencia a una resolución judicial que determine el ingreso en prisión en una fecha determinada, no supone quebrantamiento de la condena. El ordenamiento dispone de elementos para asegurar el cumplimiento de la citación (orden de detención por incomparecencia a una citación del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) Concretamente, el artículo 5.2 del Real Decreto 840/2011, del 17 junio, dispone que, al citar el penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le adviertan de las consecuencias de su incomparecencia y en el supuesto de injustificación, remitirá los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución. Esta previsión normativa establece la consecuencia jurídica a una incomparecencia no justificada, que no es otra que la remisión al juez de vigilancia penitenciaria para comprender la ejecución de la citación, asegurando su comparecencia a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 del mencionado Real Decreto, cuyo contenido es el de escuchar al penado en la propuesta que realice para determinar el plan de ejecución y realizar la valoración de la actividad más adecuada para el

penado. La citación por los servicios de gestión, aunque enmarcada en la ejecutoria no es propiamente inicio de ejecución, sino previo a la ejecución al ser citado para elaborar el plan de ejecución. Su incomparecencia supone la remisión al Juez de vigilancia penitenciaria para que adopte medidas de aseguramiento de la audiencia preceptiva (artículo 5 R.D. 840/2011).

Conclusión del anterior es que la incomparecencia no justificada tiene prevista específica una previsión normativa y no es el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena.

Por otra parte, desde la proporcionalidad de la conducta respecto de otras que sí merecen esa tipicidad, es llano afirmar que no hay relación proporcional entre la incomparecencia a una citación con un objetivo concreto, ser oído en el plan de actuación, y los demás supuestos de quebrantamiento de condena, como es el incumplimiento de medidas adoptadas para la protección de la víctima o sustraerse a la acción de la justicia respecto de detenciones o encarcelamientos. La situación descrita, la incomparecencia a una citación no es proporcional siendo preciso buscar una interpretación que homogeneice los supuestos típicos.

Entiendo que, desde el interés casacional que indudablemente tiene el recurso, debió aprovecharse la sentencia para dar solución al tema planteado.

96.- AUTO 101/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA SECCIÓN 1ª DE FECHA 21/02/18

Tras su imposición como sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la falta de cumplimiento de las jornadas determina un quebrantamiento de condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de J.L. se interpuso recurso contra el auto de fecha 6 de octubre de 2017, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4 de San Sebastián. Admitida la apelación se impugnó por el Ministerio Fiscal, elevándose a esta Audiencia los autos, teniendo entrada en la Ofi-

cina de Registro y Reparto el día 15 de enero de 2018, siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal 1022/18. La fecha para la celebración de la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 8 de febrero de 2018.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

TERCERO.- Siendo ponente en esta segunda instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª María Victoria Cinto Lapuente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate

1.- La representación procesal de D. J.L. interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia, de 6 de octubre de 2017, que acuerda la ejecución penitenciaria de los días de trabajo en beneficio de la comunidad que se fijaron en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa impuesta como pena originaria.

Aduce que la incomparecencia del penado ante el Servicio Vasco de Gestión de Penas tras cumplir 7 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, sin que conste que tal eventualidad se produjera por causas imputables al mismo, no puede conducir, sin más, a la imposición de una medida tan gravosa y severa como la que representa la privación de libertad, por lo que correspondería, dando una nueva oportunidad al penado, que se ponga en conocimiento de éste que le resta el cumplimiento de 173 jornadas y se le requiera para que comparezca ante aquel Servicio, con los apercibimientos legales correspondientes, al objeto de elaborar un nuevo plan de ejecución.

2.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso de apelación interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad decidida como cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria

1.- Resultan antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes:

1.1.- en virtud de sentencia firme de 11 de marzo de 2014, el ahora apelante fue condenado como autor de un delito de quebrantamiento de condena a la pena de multa de 12 meses, con una cuota-multa de 5 euros;

1.2.- mediante auto del Juzgado de Ejecución Penal de 29 de mayo de 2014, se acordó el pago fraccionado de dicha multa en 24 mensualidades de 75 euros cada una de ellas, plazos que deberían abonarse de forma consecutiva desde el mes de junio de 2014;

1.3.- no habiendo efectuado pago alguno y tras llevarse a cabo la vía de apremio, el Sr. J.L. fue declarado insolvente mediante auto de 24 de octubre de 2014;

1.4.- por auto de 31 de octubre de 2014, se acordó su responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, fijándose la misma en 180 días, dándose audiencia al penado para que manifestara si interesaba la suspensión ejecutiva de dichos 180 días de privación de libertad o su realización en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad;

1.5.- solicitada por el penado la suspensión ejecutiva como primera opción y, en su defecto, el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad, el Juzgado, mediante auto de 11 de diciembre de 2014, rechazó la suspensión ejecutiva, si bien acordó el cumplimiento de dicha responsabilidad en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad, fijándose, a tal efecto, el cumplimiento de 180 jornadas de trabajos;

1.6.- en fecha 15 de junio de 2016, el Servicio Vasco de Gestión de Penas comunicó al Juzgado la incomparecencia del penado al objeto de elaborar el oportuno plan de ejecución.

Esta comunicación motivó la citación del penado para justificar dicha ausencia, manifestando éste en comparecencia efectuada el día 8 de julio que ignoraba la obligación de comparecer ante dicho Servicio. En el mismo acto, fue citado para que acudiera al mismo en un plazo de 5 días con apercibimiento de que, de no comparecer, incurriría en un delito de desobediencia, del mismo modo en que el incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad podría dar lugar al cumplimiento de la pena inicialmente impuesta;

1.7.- en fecha 2 de agosto de 2016, se remitió al Juzgado el plan de cumplimiento cuyo inicio se fijó el día 5 de septiembre de 2016;

1.8.- en fecha 25 de noviembre de 2016, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pronunció un auto en el que tras exponer que el penado, después de realizar 7 jornadas, había abandonado el cumplimiento, desconociendo los motivos y circunstancias, se acordó la obligación del penado de comparecer ante aquel Servicio para elaborar un nuevo plan de ejecución, bajo apercibimiento de decretar que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena y de decretar el incumplimiento de la pena.

1.9.- el penado incumplió la obligación de comparecer que se le impuso por lo que el mismo Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, estimando que se habían practicado todas las diligencias oportunas y siendo imposible la realización de las 173 jornadas que restaban por cumplir, acordó declarar incumplida por parte del Sr. J.L. la pena de 173 días de trabajos en beneficio de la comunidad, de las 180 impuestas.

En dicho auto se acordó también lo siguiente: “siendo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sustitutiva de la pena de prisión, dese traslado al Juzgado o Tribunal que acordó la sustitución de la pena a los efectos que se estimen oportunos”;

1.10.- recibida dicha comunicación, el Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia pronunció un auto en fecha 6 de octubre de 2017 en el que, después de transcribir literalmente el contenido del artículo 53 del Código Penal y de afirmar el incumplimiento por parte del penado de los trabajos en beneficio de la comunidad que le fueron impuestos, deja sin efecto “el beneficio de que el condenado D. J.L. cumpla la pena impuesta de 180 días de privación de libertad, como responsabilidad personal subsidiaria en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad (...) acordando “ejecutar en prisión los 173 días subsistentes de responsabilidad personal subsidiaria (...)”.

2.- El artículo 53.1 del Código Penal establece que si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. Estipula, también, que el juez o tribunal podrá, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

Sin embargo este precepto no prevé que la consecuencia del incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, cuando se ha decidido que ésta se cumpla mediante la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, conlleve la posibilidad de optar por su cumplimiento en régimen penitenciario. Por lo tanto, habrá de estarse a las disposiciones que, con carácter general, regulan el incumplimiento por parte del penado de los trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49.6ª del Código Penal).

No estamos, pues, como parece entenderse, ante el incumplimiento de una pena sustitutiva que hace pervivir el cumplimiento de la pena original (artículo 88.2 del Código Penal antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015), que en este caso, por cierto, era la pena de multa, sino ante el incumplimiento de una de las modalidades de realización de la responsabilidad personal subsidiaria declarada por impago de multa, de las dos que autoriza el artículo 53 del Código Penal.

En el presente caso, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, tras acordar la comparecencia del penado ante el Servicio Vasco de Gestión de Penas para elaborar un nuevo plan de ejecución, bajo apercibimiento de decretar que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena y de decretar el incumplimiento de la pena y después de constatar que el penado incumplió dicha obligación de comparecer, mediante auto de 23 de junio de 2017, declaró incumplida por parte del recurrente la pena de 173 jornadas de las 180 que le habían sido impuestas.

Pues bien, la consecuencia de dicho incumplimiento ya judicialmente declarado, con el apercibimiento oportuno, no puede ser, como hace el Juzgado de Ejecución Penal, optar por un nuevo régimen de cumplimiento de dicha responsabilidad ante el fracaso del primeramente decidido, sino, en su caso y si así lo estima oportuno, actuar conforme previene el artículo 468 del Código Penal (artículo 49.6ª del Código Penal) para el caso de incumplimiento.

En razón a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. J.L. contra el auto del Juzgado de lo Penal nº

4 de Donostia de fecha 6 de octubre de 2016, el cual se revoca para dejar sin efecto el cumplimiento en régimen penitenciario de la responsabilidad personal declarada por impago de multa.

97.- AUTO 232/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA SECCIÓN 1ª DE FECHA 26/03/18

El incumplimiento del plan de ejecución como alternativa al impago de la responsabilidad personal subsidiaria, determina la pena privativa de libertad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 10 dictó auto de fecha 1-9-2017 que revoca la responsabilidad personal subsidiaria por trabajos en beneficio de la comunidad.

SEGUNDO.- La representación de O. interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, y desestimado por auto de 13 de diciembre de 2017 se tramitó el de apelación dándose traslado al Ministerio Fiscal que ha interesado su desestimación. Seguidos los correspondientes trámites se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo completándose el mismo incorporando la hoja histórico penal al no obrar copia de la misma en la pieza, y se turnó para la resolución del recurso, designándose Ponente por reasignación de Ponencias a la Ilma. Sra. Magistrada, quien expresa el parecer el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 10 dictó auto de fecha 1 de septiembre de 2017 por el que se acuerda el cumplimiento de la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria como consecuencia del impago de la multa impuesta de ocho meses, y ante la concesión de cumplir los 120 días de privación de libertad en la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad.

Alegando la defensa que el penado no efectuó la pena de trabajos por cuanto el mismo considera que el trabajo de limpieza de las calles de la localidad no podía afrontarlo al tener una dolencia que le impide estar de pie. No se ha acreditado documentalmente esa dolencia e impedimento para realizar los trabajos en beneficio de la comunidad, constando solo que el penado no compareció a su realización.

Como quiera que dicho cumplimiento alternativo a la prisión de los días de privación de libertad por medio de trabajos en beneficio de la comunidad, debe ser objeto de consentimiento y realización por parte del penado.

SEGUNDO.- Como ya tiene declarado esta Sala la suspensión o sustitución de la ejecución de la pena no es un derecho del penado en sentido propio, sino que se trata de facultades discrecionales que el ordenamiento reconoce al Juez o Tribunal sentenciador, como excepción al principio general conforme al cual las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, tal como señalan los artículos 988 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El artículo 53 del Código Penal regula las consecuencias jurídicas de la falta de abono de la multa impuesta estableciendo que el penado quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, previendo también la posibilidad de que el juez o tribunal, previa conformidad del penado, pueda acordar que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, facultad discrecional que si bien no significa que la resolución que se adopte no sea susceptible de recurso y que el órgano encargado de resolverlo no pueda adoptar una decisión contraria, sí significa que el recurso ha de resolverse mediante la utilización de las técnicas jurídicas de control de las facultades discrecionales. De este modo, se podrá controlar en vía de recurso, y de modo primario, si concurren o no los elementos reglados a los que, de modo inexcusable, ha de ajustarse la decisión; también podrá controlarse si se ha seguido el procedimiento establecido para su adopción y la adecuación de la decisión adoptada a los principios generales o su eventual apartamiento de la finalidad contemplada en la norma jurídica que reconoce la facultad discrecional, pero sin que este control pueda implicar la sustitución pura y simple del criterio adoptado.

TERCERO.- En el caso de autos, se acuerda que el cumplimiento de los cuatro meses de privación de libertad por el impago de la multa previa insolvencia acreditada se deba cumplir en centro penitenciario, pues, dada la posibilidad de cumplir la privación de libertad cumpliendo unos trabajos en beneficio de la comunidad, sin embargo, el penado no ha llegado a dar inicio al cumplimiento del plan de ejecución, alegando ahora, y no antes de realizar el plan de ejecución, la imposibilidad de realizar el trabajo encomendado.

Se solicita por la defensa que se mantenga el beneficio de la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad en otro puesto de trabajo compatible con su minusvalía.

El cumplimiento de las penas deben ser ejecutadas bajo los principios fijados por el legislador, y no pueden quedar al albur de las partes la forma y modo de cumplimiento. Por lo que la alegación que ahora interesa la parte defensora, se estima, que es un alegato en términos de defensa pero carece de sustento probatorio.

Lo que tenemos acreditado es que ha incumplido unos trabajos que se le concedieron vía recurso, y ese incumplimiento, fue voluntario, como voluntaria debe ser la aceptación de la realización e intención de cumplirlos.

El no haber justificado los motivos de su incumplimiento, de no acudir a realizar los trabajos en beneficio de la comunidad, consideramos, con el Juzgado de lo Penal, ha de merecer, el retornar al cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria originaria.

En este punto, vuelve a solicitar, la defensa, el pago fraccionado de la multa, sin embargo, dicho impago de multa, ya fue incumplido por el penado, pues, desde la fecha de firmeza de la sentencia el 28 de junio de 2014 sabía que debía abonarla, y sin embargo, no la ha efectuado. Razón por la que el día 20 de marzo de 2015, se dicta la resolución dando por incumplida la pena de multa. Y pese, al tiempo transcurrido, pasados los dos años después de la firmeza, plazo máximo exigido por el Código Penal para afrontar de forma fraccionada la multa (artículo 50.6 del Código Penal), no cabe concederle nuevos pagos fraccionados, tal como ha indicado el Juzgado de lo Penal. Otra cosa, será que antes de su ingreso en prisión pueda efectuar el pago total de la multa en la Cuenta de Consignaciones del Juzgado ejecutor, por sí o por tercera persona en su nombre.

Por último, el auto que se recurre, vuelve a las razones que indicó en su día para cumplir en prisión los días de responsabilidad personal subsidiaria. Razones, que se expuso en el auto de 18 de junio de 2015, en el sentido que a la vista de la hoja de antecedentes penales no concurrían en el penado los presupuestos para concederle el beneficio que interesaba la defensa, al constar antecedentes penales por delitos de la misma naturaleza, de hecho había sido condenado por delito de similar cometido, después de los hechos por los fue condenado en la presente causa, que ponía de manifiesto su escaso propósito de corregir su conducta delictiva.

Efectivamente, si se examina, la hoja de antecedentes penales incorporada a la pieza remitida a esta Audiencia, el penado cuenta con una reiteración delictiva continuada en el tiempo, que ni su tratamiento por consumo de drogas, ni el apoyo familiar, al que alude la defensa, han impedido que siga cometiendo nuevos hechos delictivos, pese a la concesión de beneficios otorgados, tanto por el Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla en la presente ejecutoria, como en otras ejecutorias, y así, el delito, que se ejecuta en esta causa, fue cometido el 23 de abril de 2014, cuando anteriormente había sido condenado por sentencia firme del 6 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Sevilla, y pese a otorgarle el beneficio de suspensión de la pena no impidió que siguiera cometiendo nuevos delitos, y así, consta, que fue condenado por sentencia firme del 2 de julio de 2014 por delito cometido, por igual delito del artículo 384 del Código Penal, el 6 de mayo de 2014 condenado por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla. Continuó cometiendo nuevo delito el 27 de marzo de 2015 condenado por sentencia firme del 30 de marzo de 2015 por delito del artículo 384 del Código Penal, a pena de multa; Volvió a cometer nuevo delito el 28 de octubre de 2015, condenado por sentencia firme del 28 de abril de 2016 por delito de resistencia; vuelve a cometer otro delito el 17 de julio de 2016, por delito del artículo 384 del Código Penal, condenado por sentencia firme del 16 de agosto de 2016, así como vuelve a cometer nuevo delito el 31 de julio de 2016 por igual delito, condenado por sentencia firme del 18 de octubre de 2016. Condenas todas ellas, que denota una peligrosidad criminal en palabras del anterior Código Penal, o no se descarta la comisión futura por el penado de nuevos delitos, en palabras del actual legislador.

Por todo lo expuesto, debemos confirmar el auto que se recurre y desestimar el recurso, sin perjuicio que antes de proceder al ingreso en prisión, el penado pueda efectuar el pago inmediato de la multa impuesta en su día.

Teniendo en cuenta lo expuesto, dada la trayectoria delictiva del penado no podemos considerar injustificada la valoración efectuada dado el nulo efecto resocializador, y de prevención general y especial, no es acreedor de la modalidad de cumplimiento de la pena solicitada, ni tampoco, procede otorgar otro pago fraccionado de la multa, dado que ya se le concedió en su día y ha transcurrido el plazo máximo que para abonarla.

CUARTO.- En atención a la desestimación del recurso, procede declarar de oficio las costas de esta alzada al no apreciarse motivos de temeridad o mala fe en el recurrente.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por O. contra el auto de 1 de septiembre de 2017 que ordena el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria y el auto de 13 de diciembre de 2017 que desestima la reforma, confirmando todos sus pronunciamientos.

98.- AUTO DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 4 HUELVA DE FECHA 28/11/18

Desestimación de recurso de apelación por considerar incumplida la pena por ausencias injustificadas.

HECHOS

PRIMERO.- Por el, en defensa de D.A.V.R., se presentó con fecha 2 de noviembre de 2018 recurso de apelación contra el Auto de 26 de septiembre de 2013 por el que se desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 16 de julio de 2018 por el que se daba por incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al recurrente como responsabilidad personal subsidiaria ante el impago de la multa impuesta en sentencia.

SEGUNDO.- Dado traslado del citado recurso al Ministerio Fiscal y a las demás partes, aquél interesó la desestimación del mismo en base a las argumentaciones contenidas en su escrito de 9 de noviembre de 2018, remitiendo a continuación testimonio de las actuaciones a este Juzgado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte recurrente expone varios motivos para sustentar su recurso, siendo el primero de ellos la falta de voluntariedad en el penado para incumplir los trabajos en beneficio de la comunidad, al haber tenido que ausentarse de los mismos por encontrarse trabajando en actividades mercantiles en dichas fechas o por motivos de salud. Respecto de las ausencias por motivos de salud ocurridos en los tres últimos meses del año 2017, pueden entenderse justificadas mediante los documentos aportados por el penado, pero no podemos afirmar lo mismo respecto de las ausencias producidas en los tres primeros meses del año 2018 por supuestos motivos laborales. El recurrente afirma que no le hicieron contrato de trabajo, presentando un certificado de la empresa para la que habría, prestado sus servicios. Dicho documento sólo indica que el penado ha estado prestando servicios mediante contrato mercantil para la entidad Cidca Consultores SL, consistente en la captación de inmuebles para su venta, entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2018. No se indica el horario del desempeño de dicha labor, y tal y como indica el penado, se trata de un trabajo sin horario definido, por lo que era perfectamente compatible con el horario de la prestación de los trabajos en beneficio de la comunidad, de lunes a sábado de 9:30 a 13:30. En todo caso, si hubiera concurrido dicha incompatibilidad, podría haberlo puesto en conocimiento del CIS para modificar el horario de prestación de los trabajos en beneficio de la comunidad, como ya consta en el expediente remitido que hizo anteriormente para excluir los domingos de dicho horario.

Ante esta falta de prueba en relación a las alegaciones mostradas, no podemos entender acreditada justificación ninguna, por lo que no cabría aplicar el apartado 7º del artículo 49 del Código Penal, y procede declarar justificada la resolución recurrida al dar por incumplidos los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos al recurrente, al haberse ausentado durante 17 días sin justificación durante los meses de enero a marzo de 2018.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Letrado, en defensa de D.A.V.R. frente al Auto de 16 de julio de 2018, confirmado por el Auto de 25 de septiembre de 2018, manteniéndose el mismo en la integridad de su tenor literal.

CAPÍTULO XIX

TRASLADOS

99.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 25/05/18

Desestimación de recurso de apelación en solicitud de cumplimiento en país de origen por incompetencia del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente al margen reseñado dictó Auto de fecha 27 de febrero de 2018 por el que se inadmitía a trámite la solicitud formulada por el interno F.D.I.S. del Centro Penitenciario de Córdoba, consistente en el cumplimiento del resto de la pena en su país (Argentina).

SEGUNDO.- Por la Letrado Doña B.G.C. en nombre del interno F.D.I.S., mediante escrito presentado en fecha 7 de marzo de 2018, formuló recurso de apelación contra la mentada resolución.

TERCERO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, por éste se emitió informe en resolución recurrida.

CUARTO.- Seguidamente fueron remitidas las actuaciones a este Tribunal, una vez recibidas se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa del interno se interpone recurso de apelación contra la decisión del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

que inadmite a trámite la solicitud del interno en la que se pedía cumplir el resto de la pena que le queda por cumplir en su país de origen, Argentina, todo ello a la vista de lo que dispone el Tratado entre España y ese país sobre traslado de condenados de fecha 29 de octubre de 1987, publicado en el BOE de 27 de mayo de 1992.

Procede la desestimación del recurso por cuanto que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria no es el competente para decidir acerca de la solicitud del interno, cosa que efectivamente es así por cuanto que en el Tratado Internacional sobre traslado de personas condenadas celebrado entre España y Argentina no prevé que la autorización para ello deba hacerla dicho Juzgado Central de Vigilancia, puesto que nada dice sobre ello, sino que en el artículo 3, apartado segundo se dice que cada Estado designará una autoridad que se encargará de ejercer las funciones de dicho Tratado, estableciéndose la comunicación por vía diplomática. Por su parte el artículo 6 de dicho Tratado señala que el condenado puede presentar su petición de traslado al Estado de condena o al Estado de cumplimiento, añadiendo el párrafo segundo que cualquiera de los Estados que hubiere recibido una solicitud de traslado por parte del condenado lo comunicará al Estado a la mayor brevedad posible.

En España la autoridad competente para la tramitación de la solicitud del interno no es una autoridad judicial sino una autoridad gubernativa dependiente del Ministerio de Justicia, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, que es el organismo a quien ha de dirigirse el interno para su solicitud.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Letrado en nombre del interno F.D.I.S., debiendo confirmarse los autos de fecha 27 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el expediente reseñado.

100.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/02/18

Desestimación de queja sobre traslado al Centro Penitenciario solicitado por el interno.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno G.V.A. del Centro Penitenciario Córdoba formulando queja relativa a denegación de traslado al Centro Penitenciario solicitado.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno contra la decisión de Instituciones Penitenciarias de no trasladarle al Centro Penitenciario que solicitó (Zaballa), procede, como primera cuestión, realizar las siguientes consideraciones sobre la competencia de este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

1º) Según resulta de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31 del Reglamento Penitenciario, corresponde a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, en exclusiva, la competencia para designar el Centro Penitenciario de destino y traslado de los

internos(R.D. 190/96 de 28 de julio de estructura orgánica básica del Ministerio del Interior).

2º) En relación a dicha cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 138/86 de 7 de noviembre, al señalar que no se atribuye al Juez de Vigilancia la competencia para conocer de los recursos centra las Resoluciones de la Dirección General que afecten al traslado de los penados de un Establecimiento a otro; traslado que es atribución de ese organismo, por lo que deberá, en su caso, dilucidarse por la vía administrativa y agotada ésta, por les correspondientes recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3º) Del mismo modo, también, se ha pronunciado sobre dicha cuestión el Tribunal Supremo en Sentencia de 5-12-1906, al señalar que lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica General Penitenciaria “no es sino la ineludible consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios, pues si les corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria y fijar la ubicación de los establecimientos, lógicamente debe serles reconocida como función propia la distribución de los penados entre aquéllos, máxime cuando habrán de ser especialmente tenidos en cuenta, tanto la naturaleza de los Centros, como el número de plazas existentes; circunstancias que no podrá realmente ponderar el órgano jurisdiccional, debiendo, además, añadirse que respecto de esta concreta actividad penitenciaria, de naturaleza administrativa, no tiene atribuida específica competencia el Juzgado de Vigilancia”.

4º) Finalmente, existen diversas Sentencias dictadas por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que se pronuncian en el mismo sentido, entre las que cabe destacar:

- Sentencias 16 y 17 de 1986, en relación a conflicto planteado entre el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Barcelona, que establecen que el destino de la interna se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo, consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios de la organización de las instituciones, gestión de la total actividad penitenciaria y de fijar la situación de los Centros.
- Sentencia 4/2004, en relación a conflicto planteado entre la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Ceuta y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Ceuta, que señala que el traslado de

un penado a un establecimiento compete a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en exclusiva, siendo atribución del Juez de Vigilancia Penitenciaria la de controlar la corrección del acuerdo de regresión de grado (es decir, únicamente en lo relativo a la clasificación penitenciaria).

En parecidos términos cabe citar/ entre otras, las Sentencias del citado Tribunal de Conflictos 5/88, 2/91, 4/95, 18/98, 3/02 y 10/12.

TERCERO.- En definitiva, constituye cuestión clara e indiscutible que la competencia exclusiva para decidir sobre el destino o traslado de los internos en los diferentes Centros Penitenciarios está residenciada en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y se trata de dilucidar si la resolución administrativa de traslado o denegatoria del mismo está o no sujeta al control del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y, en su caso, en qué supuestos o en qué términos puede estarlo.

A tales efectos, debe tenerse presente que:

1º. Que, en todo caso, la decisión administrativa sobre traslado o destino en Centro Penitenciario se encuentra sometida a control judicial, si bien, atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, y

2º. Que, no obstante lo anterior, el artículo 76.1 y 76.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la función de salvaguarda de los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse y, especialmente, acordar lo que preceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

Por tanto, cabe concluir que la posibilidad de control de la decisión de traslade de Centro Penitenciario por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es ciertamente excepcional, en cuanto que el control judicial establecido al respecto es el de la jurisdicción contencioso-administrativa (previo agotamiento de la vía administrativa), de modo que el mismo sólo puede operar, previa acreditación o constancia de que la referida resolución administrativa ha producido una clara vulneración de los derechos fundamentales y penitenciarios del interno susceptible de ser corregida per la vía de traslado de Centro Penitenciario.

A tales efectos, el interno formulante de la queja alega dificultades en las comunicaciones por razón de lejanía del Centro Penitenciario al domicilio familiar, pero lo cierto es que no consta en autos una vulneración de derechos y tampoco cabe considerar trato inhumano ni degradante en sí mismo el hecho del cumplimiento de la condena en Centro Penitenciario distinto del que solicita el interno como de su preferencia.

De hecho, tal y como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-10-2011 (Sec. 3ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo), y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18-10-11 (Sec. 9ª Sala de lo Contencioso-Administrativo), el artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria no recoge un mandato dirigido a la Administración, sino que presenta un carácter orientativo para la Administración Penitenciaria, sin que se configure derecho subjetivo alguno de los internos a cumplir condena en Centros Penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual.

Es más, el cumplimiento de las penas privativas de libertad está orientado a la reinserción social de conformidad con los principios constitucionales, y sólo cabe un tratamiento individualizado orientado a la reinserción, de modo que, sólo si el cumplimiento en Centro Penitenciario próximo favorece la reinserción de determinado interno, será preciso que la autoridad competente (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) adopte la medida correspondiente; pero puede suceder lo contrario, es decir, que la finalidad de reinserción sea incompatible con el cumplimiento en el Centro Penitenciario solicitado.

CUARTO.- Finalmente, recientemente se ha pronunciado sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional por medio de Auto de fecha 11 de marzo de 2017 (Auto 377/2016), que establece en su fundamento jurídico 4º: “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 con la experiencia vital de un ciudadano. En este punto se ha de recordar que los estreñimientos 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 autóno-

mo 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 Penitenciaria conforme al artículo 76.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria en supuestos verdaderamente excepcionales en los que fuera detestable un ejercicio desviado de las potestades administrativas indicativo de una arbitrariedad constitucionalmente proscrita (v. gr., el traslado de Centro como canción 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos 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 22 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 (Rodzevilic c. Ucrania 84)).”

Y más adelante señala que “Desde esta perspectiva, las restricciones que el demandante dice sufrir en el libre desenvolviendo de sus relaciones familiares en razón de la distancia geográfica de Centro Penitenciario en el que se encuentra interno respecto del lugar de residencia de sus familiares no carecen 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)”.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno G.V.A. del Centro Penitenciario Córdoba, sobre traslado de Centro Penitenciario en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución, y sin perjuicio del derecho del interno a formular recurso en vía administrativa contra la decisión sobre traslado y agotada ésta, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

101.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/07/18

Desestimación de queja por denegación de traslado a centro cercano a su domicilio.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno I.M.A. del Centro Penitenciario Córdoba formulando queja relativa a la denegación de traslado al Centro Penitenciario cercano a su domicilio.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno contra la decisión de Instituciones Penitenciarias de denegarle el traslado al Centro Penitenciario cercano a su domicilio, procede, como primera cuestión, realizar las siguientes consideraciones sobre la competencia de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria:

1º) Según resulta de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 31 del Reglamento Penitenciario, corresponde a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, en exclusiva, la competencia para designar el Centro Penitenciario de destino y traslado de los internos. (Real Decreto 190/96 de 23 de julio de estructura orgánica básica del Ministerio del Interior).

2º) En relación a dicha cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 133/8 6 de 7 de noviembre, al señalar que no se atribuye al Juez de Vigilancia la competencia para conocer de los recursos contra las Resoluciones de la Dirección General que afecten al traslado de los penados de un Establecimiento a otro; traslado que es atribución de ese organismo, por lo que deberá, en su caso, dilucidarse por la vía administrativa y agotada ésta, por los correspondientes recursos ante la jurisdicción Contencioso-administrativa.

3º) Del mismo modo, también, se ha pronunciado sobre dicha cuestión el Tribunal Supremo en Sentencia de 5-12-1986, al señalar que lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica General Penitenciaria “no es sino la ineludible consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios, pues si les corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria y fijar la ubicación de los establecimientos, lógicamente debe serles reconocida como función propia la distribución de los penados entre aquéllos, máxime cuando habrán de ser especialmente tenidos en cuenta, tanto la naturaleza de los Centros, como el número de plazas existentes; circunstancias que no podrá realmente ponderar el órgano jurisdiccional, debiendo, además, añadirse que respecto de esta concreta actividad penitenciaria, de naturaleza administrativa, no tiene atribuida específica competencia el Juzgado de Vigilancia”.

4º) Finalmente, existen diversas Sentencias dictadas por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que se pronuncian en el mismo sentido, entre las que cabe destacar:

– Sentencias 16 y 17 de 1986, en relación a conflicto planteado entre el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Barcelona, que establecen que el destino de la interna se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo, consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios de la organización de las instituciones, gestión de la total actividad penitenciaria y de fijar la situación de los Centros.

– Sentencia 4/2004, en relación a conflicto planteado entre la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Ceuta y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Ceuta, que señala que el traslado de un penado a un establecimiento compete a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en exclusiva, siendo atribución del Juez de Vigilancia Penitenciaria la de controlar la corrección del acuerdo de regresión de grado (es decir, únicamente en lo relativo a la clasificación penitenciaria).

En parecidos términos cabe citar, entre otras, las Sentencias del citado Tribunal de Conflictos 5/83, 2/91, 4/88, 18/38, 3/02 y 10/12.

TERCERO.- En definitiva, constituye cuestión clara e indiscutible que la competencia exclusiva para decidir sobre el destino o traslado de los internos en los diferentes Centros Penitenciarios está residenciada en la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, por lo que se trata de dilucidar si la resolución administrativa de traslado o denegatoria del mismo está o no sujeta al control del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y, en su caso, en qué supuestos o en qué términos puede estarlo.

A tales efectos, debe tenerse presente que:

1º. Que, en todo caso, la decisión administrativa sobre traslado o destino en Centro Penitenciario se encuentra sometida a control judicial, si bien, atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, y;

2º. Que, no obstante lo anterior, el artículo 76.1 y 75.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la función de salvaguarda de los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse y, especialmente, acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

Por tanto, cabe concluir que la posibilidad de control de la decisión de traslado de Centro Penitenciario por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es ciertamente excepcional, en cuanto que el control judicial establecido al respecto es el de la jurisdicción contencioso-administrativa (previo agotamiento de la vía administrativa), de modo que el mismo sólo puede operar, previa acreditación o constancia de que la referida resolución administrativa 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.

CUARTO.- En el presente caso, el interno formulante de la queja alega dificultades en las comunicaciones por razón de lejanía del Centro Penitenciario al domicilio familiar y por los problemas de salud de su esposa (hernia discal), y de donde concluye la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y de su derecho a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes.

A tales efectos, el informe y documentación adjuntas remitidos por el Centro Penitenciario, pone de manifiesto que el interno disfruta habitualmente de comunicaciones ordinarias y especiales con regularidad, con amigos, hermano, sobrina y cuñado y familiares, además de comunicaciones telefónicas y escritas con regularidad, por lo que no consta acreditada en autos una vulneración de derechos susceptible de corregirse por medio de un traslado, y tampoco cabe considerar trato inhumano ni degradante en sí mismo el hecho del cumplimiento de la condena en Centro Penitenciario distinto del que solicita el interno como de su preferencia.

De hecho, tal y como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-10-2011 (Sec. 3ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo), y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18-10-11 (Sec. 9ª Sala de lo Contencioso-Administrativo), el artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria no recoge un mandato dirigido a la Administración, sino que presenta un carácter orientativo para la Administración Penitenciaria, sin que se configure derecho subjetivo alguno de los internos a cumplir condena en Centros Penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual.

Es más, el cumplimiento de las penas privativas de libertad está orientado a la reinserción social de conformidad con los principios constitucionales, y sólo cabe un tratamiento individualizado orientado a la reinserción,

de modo que, sólo si el cumplimiento en Centro Penitenciario próximo favorece la reinserción de determinado interno, será preciso que la autoridad competente (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) adopte la medida correspondiente; pero puede suceder lo contrario; es decir, que la finalidad de reinserción sea incompatible con el cumplimiento en el Centro Penitenciario solicitado y, precisamente ésta situación se produce, respecto de los internos condenados por delitos de terrorismo o de colaboración con ETA, mientras no conste su desvinculación de la organización terrorista, en tanto en cuanto, esto último es lo que persigue la reinserción.

QUINTO.- Finalmente, recientemente se ha pronunciado sobre ésta cuestión el Tribunal Constitucional por medio de Auto de fecha 11 de marzo de 2017 (Auto 377/2016), que establece en su fundamento jurídico 4: “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 Penitenciaria 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 Derechos Humanos 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, 77-73), 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, 69), y de 14 de febrero de 2016 (Rodzevillo c. Ucrania 84))”.

Y más adelante señala que “Desde esta perspectiva, las restricciones que el demandante dice sufrir en el libre desenvolvimiento de sus relaciones familiares en razón de la distancia geográfica de 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)”.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno I.M.A. del Centro Penitenciario Córdoba sobre traslado de Centro Penitenciario en los términos que se recogen en los razonamientos jurídicos de esta resolución, y sin perjuicio de su derecho a recurrir la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre traslado en la vía contencioso-administrativa.

CAPÍTULO XX

OTROS

102.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 09/02/18

Denegación de adquisición de libro electrónico.

HECHOS

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno A.O.E. del Centro Penitenciario de Almería formulando queja sobre denegación de adquisición de un libro electrónico.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

TERCERO.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tendrá, atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada sobre denegación de adquisición de un libro electrónico en el Centro Penitenciario, procede tener presente como antecedentes:

1.- Que por Auto de 11-9-14 la Sección 1a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, autorizó a un interno la tenencia de lector digital de libros con determinadas condiciones (adquisición por demandadero y aparato sin WIFI, sin puerto USB, ni grabadora de voz).

2.- Que, en consecuencia, este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dictó diversos Autos en que se autorizó dicha adquisición, en las condiciones fijadas por la Sala, además de la exigencia de que la carga de libros sólo podría ser realizada a través del fondo digital de libros, si la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias procedía a constituir dicho fondo digital en la Biblioteca de los Centros Penitenciarios.

3.- Se ha constatado en expedientes anteriores sobre la misma cuestión, que no existen en el mercado lectores digitales de libros con las características y señaladas, y, por otra parte, debe tenerse presente que la constitución o no de fondos digitales en las Bibliotecas, entra en el marco organizativo corresponde en exclusiva la Administración Penitenciaria.

TERCERO.- Por tanto, y aplicando el criterio expresado por la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en Auto 117/16 de 2 de febrero, procede la desestimación de la queja formulada pues según se señala en el mismo “Este tribunal en una anterior resolución ha propiciado facilitar el acceso de los presos a la lectura mediante la utilización de libros electrónicos, estableciendo las precauciones para que dicha utilización no sirviese para la recepción o emisión de información por los presos que no pudiese ser controlada por los funcionarios del establecimiento. Sin embargo, como alega el Ministerio Fiscal, no fue posible su ejecución pues hoy no es técnicamente posible. Los libros electrónicos disponen de sistemas de carga de información que no pueden ser anulados sin privarles de su utilidad y no es posible, si se tiene en cuenta que una memoria puede contener decenas de miles de páginas de información, controlar su contenido por los funcionarios antes de su entrega a los internos; también resulta extremadamente difícil controlar la entrada en los centros penitenciarios de microtarjetas SD que pueden contener información no controlada y que pueden ser leídas en los libros electrónicos cuya autorización para su utilización se pide.

Finalmente, debe valorarse que el interno conforme al artículo 128 del Reglamento Penitenciario puede recibir publicaciones o libros en papel, legalmente editados, por lo que la prohibición de introducir tarjetas SD

no le impide la lectura de los libros y publicaciones legales que estime conveniente y que en su formato papel puede ser introducido en el centro.

Por todo ello debe estimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y dejar sin efecto una autorización cuyas condiciones impiden su aplicación.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la queja del interno A.O.E. del Centro Penitenciario de Almería.

103.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 27/06/18

Autorización para comprar una calculadora electrónica.

HECHOS

I.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J.J.O.C. del Centro Penitenciario Madrid V formulando queja.

II.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, en orden a esclarecer los motivos de queja.

III.- Se remitió queja al Ministerio Fiscal que emitió informe.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos,

salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

SEGUNDO.- En el presente caso, y examinada la queja formulada por el interno J.J.O.C. por no autorizarle la compra de una calculadora científica para proseguir sus estudios, y atendido lo dispuesto en el artículo 51.1 del Reglamento Penitenciario y el catálogo de objetos prohibidos del Anexo II de la Instrucción 3/10 sobre Protocolo de Actuación en motivos de Seguridad, dónde no se recoge la prohibición de tenencia de calculadoras y no aportándose justificación suficiente por el Centro Penitenciario, en tanto que el interno acredita cursar formación profesional, no cabe sino la estimación de la queja formulada.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima la queja del interno J.J.O.C. del Centro Penitenciario de Soria en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.

104.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 14/11/18

Desestimación de queja sobre adquisición de pasta dental blanqueante.

HECHOS

PRIMERO.- El interno del Centro Penitenciario de Soria, J.J.R.V., presenta queja porque no le permiten la entrada en el Centro de pasta dental Lacer Blanc y esta marca no la venden en el economato del Centro.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido de interesar la desestimación de la queja del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Asimismo, según dispone el artículo 76.2-g de la Ley Orgánica General Penitenciaria corresponde, al Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

El interno presenta queja porque no le permiten la entrada en el Centro con pasta dental Lacer Blanc y tampoco la venden en el economato del Centro. La queja del interno, como ya se le ha expuesto en otras ocasiones, no se puede incluir en las previstas en el artículo 76.2-g indicado en el párrafo precedente, toda vez que para mantener la salud dental es precisa la higiene pero no la utilización de productos blanqueantes de marca específica, cuya finalidad es estética, por tanto, si el centro no le permite la entrada con la pasta de la marca que él quiere, no se está vulnerando su derecho a la salud y, en consecuencia, este Juzgado no ha de intervenir.

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

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA la queja del interno J.J.R.V. por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

105.- AUTO DE AUDIENCIA NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 1ª DE FECHA 03/12/18

Se desestima el recurso sobre autorización de tenencia de flexo en la celda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el Expediente al margen reseñado dictó Auto de fecha 3 de septiembre de 2018 por el que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 19 de junio de 2018, que a su vez denegaba la queja formulada por el interno I.M.A., contra el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Córdoba denegando el poder tener un flexo en la celda.

SEGUNDO.- Por la Letrado en nombre del interno I.M.A., mediante escrito presentado en fecha 14 de septiembre de 2018, formuló recurso de apelación contra la meritada resolución.

TERCERO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, por éste se omitió informe en el sentido de impugnar el recurso interpuesto y solicitar la CONFIRMACIÓN de la resolución recurrida.

CUARTO.- Seguidamente fueron remitidas las actuaciones a este Tribunal, una vez recibidas se incoó el correspondiente rollo que se turnó de ponencia y, previa deliberación y votación de la misma, se ha adoptado la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa del interno reproduce las alegaciones que figura en la queja elevada por aquel frente a la decisión del Centro Penitenciario, alegando que el hecho de que no figure matriculado en ningún curso o estudio universitario no quiere decir que no necesite el flexo para leer o escribir dado que en su celda tiene un muro a cinco metros delante de su ventana. El interno, añade el recurso, está clasificado en primer grado y suele estar escribiendo o leyendo desde las 14 horas hasta las 22 horas, es decir, prácticamente todo el tiempo.

Entiende esta Sala que el recurso ha de ser desestimado de forma íntegra. La Instrucción 3/2010 de Instituciones penitenciarias es clara al respecto, y si bien no constituye una norma vinculante para este Tribunal, si ha de tenerse en cuenta en el sentido de que las Instrucciones que la Administración Penitenciaria, concretamente la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, son normas que regulan muchos aspectos de la convivencia, de la estancia, etc., de los internos en el Centro penitenciario, así como a determinados aspectos prácticos que han de seguirse por aquellos durante su periodo en prisión debiéndose adecuar dichas Instrucciones a lo que establecen la Ley y el Reglamento penitenciario. Esta Sala podrá entrar a conocer y analizar aquellos aspectos de la Instrucción que supongan en definitiva una colisión con los derechos fundamentales de los internos, pero no en aquellas otras cuestiones que supongan la regulación de aspectos de funcionamiento práctico del Centro.

En el caso que nos ocupa, la petición del interno que deduce en su escrito inicial lo es para poder tener un flexo en su celda y así poder leer y escribir cuanto quiera, ya que está clasificado en primer grado y esta tarea la suele hacer durante un periodo largo de tiempo al día. El Centro da una explicación que, a juicio de esta Sala es razonable, y que se basa en la Instrucción 3/2010 que aprueba, entre otros aspectos, aquellos utensilios y objetos que les está permitidos tener a los internos, figurando en el Anexo II, los flexos, los cuales solamente estarán permitidos cuando se acredite que el interno está realizando algún tipo de estudios o cualquier otra tarea de formación, en cuyo caso si resulta razonable y lógico, máxime si se está en primer grado, que se facilite al interno un flexo. En el presente caso no consta acreditado que el interno esté matriculado en ningún estudio o curso de formación, tal y como consta en la documentación que obra en el expediente, por lo que no es imprescindible ni necesario, y, por otro lado, también se certifica que su celda, como las demás del Centro, tiene las mismas condiciones de luminosidad que las demás celdas, por lo que tampoco es atendible, como circunstancia determinante para acoger la pretensión del interno, que la celda donde está ingresado tenga un muro a cinco metros de distancia. Por todo ello, y entendiendo que no se está vulnerando ningún derecho fundamental del recurrente, es por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y mantener la resolución dictada al efecto.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Letrado en nombre del interno I.M.A., debiendo confirmar el auto de fecha 19 de junio de 2010 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en el expediente reseñado.

ÍNDICE ANALÍTICO

ACUMULACIÓN

Admisión de la acumulación de ejecutorias con responsabilidad personal subsidiaria, de forma condicionada: § 2

Estimación de recurso de casación por error en la fecha de comisión de los hechos en una de las ejecutorias sin alteración del tiempo de las condenas acumuladas: § 3

Fijación de criterios del Tribunal Supremo en casos de acumulación de condenas: § 1

CLASIFICACIÓN

Denegación de progresión a tercer grado por falta de factores favorables: § 8

Estimación de recurso de alzada concediendo el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario a un interno clasificado en segundo grado: § 5

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal denegando la progresión a tercer grado: § 7

No concesión del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, por falta de concurrencia de los requisitos exigidos: § 6

Progresión a tercer grado ratificada, por no considerar insuficiente la cantidad pagada hasta el momento por el penado en concepto de responsabilidad civil: § 4

Regresión a régimen cerrado por inadaptación manifiesta al régimen ordinario: § 9

COMUNICACIONES

Autorización de comunicaciones de convivencia entre un interno, su pareja sentimental y la hija menor de ésta: § 16

Autorización de comunicaciones familiares entre una interna y los familiares de su pareja sentimental: § 15

Autorización de comunicaciones vis a vis con allegada: § 13

Autorización para tomar fotos durante comunicación vis a vis familiar (con voto particular): § 22

Comisión de delito contra la salud pública, cometido por padre de interno al ir a comunicar con él: § 24

Confirmación de restricción temporal de comunicaciones a familiar que pretendía introducir objetos prohibidos: § 19

Denegación de comunicación con amigo del interno al que no se puede considerar como allegado: § 14

Desestimación de queja sobre llamadas telefónicas de abogado al no estar acreditado debidamente: § 18

Desestimación de recurso de apelación sobre renovación de la intervención de comunicaciones a interno perteneciente a la organización terrorista ETA: § 11

Estimación de queja por retención de carta con lemas favorables a la agrupación de presos en el País Vasco: § 10

Estimación de queja sobre restricción de las llamadas del abogado del interno: § 17

Estimación de recurso de apelación del Ministerio Fiscal denegando autorización de cámara fotográfica en una comunicación: § 23

Estimación de recurso de apelación denegando comunicaciones con una persona vinculada al interno por militar en la organización terrorista GRAPO: § 21

Permanencia en el FIES con levantamiento de intervención de las comunicaciones: § 20

Revocación de autorización de intervención de comunicaciones por tiempo transcurrido e innecesariedad: § 12

DERECHOS

Denegación de realización de exámenes de euskera en las condiciones previstas para los estudios universitarios: § 25

Desestimación de queja por falta de cortinas en la ducha de la celda: § 27

Desestimación de queja por presunta sustracción de un anillo: § 31

Desestimación de queja sobre denegación para acudir a la piscina del centro durante el cumplimiento de sanción disciplinaria: § 30

Desestimación de queja sobre horario de recepción de instancias: § 28

Desestimación recurso de apelación denegando la autorización para hacer fotos a hijo y familia: § 26

Estimación de queja determinando que el Centro Penitenciario asuma los gastos del traslado de su televisor: § 33

Estimación de queja por ausencia de respuesta del Centro Penitenciario a interno solicitante de salida programada: § 29

Se desestima redención extraordinaria por estudios universitarios, a interno de organización terrorista por falta de arrepentimiento: § 32

EXPULSIÓN

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al acordar el cumplimiento de dos tercios de la pena y sustitución por expulsión del resto, sin audiencia previa del condenado: § 35

Estimación de recurso de casación admitiendo la sustitución de la pena impuesta por expulsión a ciudadano estadounidense, con residencia en la Unión Europea: § 34

JUEZ DE VIGILANCIA

Control con exploración radiológica: El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria se inhibe, considerando competente para autorizarlo al Juzgado de Instrucción: § 36

Estimación parcial de recurso de apelación sobre cumplimiento de medida de internamiento psiquiátrico: § 37

LIBERTAD CONDICIONAL

Admisión de refundición de nueva pena recaída para computarla a efectos de libertad condicional: § 51

Admisión de régimen normativo anterior a la Ley Orgánica 1/2015 de libertad condicional por resultar más favorable: § 47

Aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario a interno que no respeta las normas de higiene y limpieza: § 53

Auto del Juzgado de Guardia decretando la suspensión de la pena y concesión de la libertad condicional por enfermedad grave: § 41

Concesión de la libertad condicional con el establecimiento de varias reglas de conducta: § 40

Concesión de libertad condicional minimizando el requisito de satisfacción de la responsabilidad civil: § 39

Denegación de la libertad condicional a la mitad de la condena por falta de pago de la responsabilidad civil: § 42

Denegación de libertad condicional por falta de satisfacción de la responsabilidad civil: § 43

Denegación de propuesta para comprobar factores tales como abstinencia en el consumo de alcohol: § 44

Desestimación de recurso de apelación denegando libertad condicional a septuagenario por considerarla prematura: § 45

Desestimación de recurso de apelación denegando libertad condicional por escasa motivación en la búsqueda de empleo: § 46

Estimación de queja sobre aplicación de la regulación de la libertad condicional anterior a la Ley Orgánica 1/2015: § 48

Estimación de recurso de apelación autorizando un viaje a México de interno en libertad condicional: § 49

Estimación de recurso de casación para unificación de doctrina admitiendo que a los liberados condicionales no se les podrá exigir el pago de la responsabilidad civil cuando sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional: § 38

Modificación de reglas de conducta durante la libertad condicional: § 50

Resolución de cese inmediato del régimen del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario en supuestos de continuidad en la clasificación: § 55

Resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acerca de la indebida aplicación del artículo 75.1 del Reglamento Penitenciario: § 54

Se desestima recurso de apelación contra resolución de aumento de la cantidad a pagar por responsabilidad civil: § 52

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Cumplimiento de medida de internamiento en Centro Médico Público o Privado pero no en Centro Penitenciario: § 56

PERMISOS

Autorización de disfrute de permiso en Alemania por motivos humanitarios: § 57

Autorización de permiso extraordinario para asistencia al bautizo de su hija: § 63

Autorización de salida programada, a torneo de fútbol, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, tras denegación del Centro Directivo: § 65

Concesión de permiso por la Audiencia Provincial frente a la denegación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por concurrir circunstancias favorables: § 60

Concesión de permiso tras comisión de delito cometido en otro permiso hace 20 años: § 58

Concesión de un segundo permiso a interno que no hizo mal uso del primero disfrutado: § 59

Denegación de permiso extraordinario a político en prisión provisional para ejercer funciones de diputado autonómico: § 64

Denegación por concurrencia de varios factores desfavorables: § 62

Desestimación de acuerdo de suspensión provisional por imposibilidad de practicar prueba solicitada: § 67

Desestimación de solicitud de audiencia con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre futuros permisos: § 66

Estimación de recurso de apelación concediendo un permiso por no considerar suficiente motivo de denegación el insuficiente pago de la responsabilidad civil: § 61

PRISIÓN PROVISIONAL

Denegación de la libertad provisional a fin de asumir cargo de consejero en el gobierno autonómico de Cataluña: § 70

Estimación de recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad al mantenerse la prisión provisional durante la tramitación del recurso de casación, cuando se había ordenado el ingreso en una Unidad Psiquiátrica: § 72

Estimación de recurso de apelación admitiendo el abono de un periodo de prisión preventiva tras sobreseimiento provisional: § 68

Inadmisión de demanda de indemnización por posible error judicial en la prisión preventiva decretada: § 69

Prórroga de prisión preventiva eludible mediante fianza en causa de abusos sexuales continuados con prevalimiento. Voto particular de prórroga de prisión preventiva incondicionada: § 71

RECONOCIMIENTO MUTUO RESOLUCIONES PENALES

Estimación de recurso de apelación admitiendo iniciación de procedimiento de transmisión de resolución: § 73

No procedencia de solicitud de traslado tras incumplimiento de orden de no reingreso tras expulsión: § 74

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Anulación de sanción en un caso de agresión a otro interno, por falta de pruebas: § 78

Ausencia de responsabilidad de la Administración Penitenciaria por fallecimiento de interno en un Centro Penitenciario tras consumir droga: § 80

Estimación de recurso de alzada dejando sin efecto la sanción en caso de agresión recibida por un interno: § 76

No concurrencia de responsabilidad del Estado en caso de agresión a otro interno en un Centro Penitenciario, mediante el uso de la propia fuerza: § 81

Se aprueba recurso de reforma dejando sin efecto sanción impuesta por falta de prueba suficiente: § 77

Se deja sin efecto una de las dos sanciones impuestas, por considerar que hay unidad de acto en la acción punible: § 75

Se deja sin efecto una sanción por hechos cometidos en un furgón policial, al considerar que los hechos rebasan el ámbito disciplinario: § 79

SANITARIA

Admisión de prestación de terapia a interno por su psicóloga privada, con condiciones: § 83

Autorización de ingreso hospitalario a un interno aun en contra de su voluntad, para tratarle una posible infección: § 85

Autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a los servicios médicos del Centro Penitenciario para que se realicen las pruebas de embarazo a una interna: § 82

Desestimación de queja de interno sobre la asistencia sanitaria dispensada: § 86

Desestimación de queja por analítica positiva de consumo: § 87

Desestimación de recurso de apelación, no autorizando traslado en ambulancia al hospital para consulta: § 84

SEGURIDAD DEL ESTABLECIMIENTO

Desestimación de queja del interno sobre necesidad de pasar el recuento de pie: § 88

SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

Acuerdo de suspensión de ejecución de una pena de dos años y dos meses impuesta al condenado que delinquiró como consecuencia de su drogadicción: § 89

Concesión de la suspensión en consideración a la gravedad de las enfermedades que padece el interno: § 90

Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad en torno a la trascendencia del pago de la responsabilidad civil para la concesión de la suspensión de la ejecución: § 93

No procede la suspensión de la pena dada la concurrencia de múltiples condenas tanto anteriores como posteriores: § 92

Se acuerda suspender la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y recabar consentimiento al penado para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad: § 94

Se concede la suspensión de la condena durante un año, o antes si se resuelve la petición de indulto tramitada: § 91

TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Desestimación de recurso de apelación por considerar incumplida la pena por ausencias injustificadas: § 98

El incumplimiento del plan de ejecución como alternativa al impago de la responsabilidad personal subsidiaria, determina la pena privativa de libertad: § 97

Estimación de recurso de casación al no considerar la falta de presentación del penado para elaborar el plan de cumplimiento como quebrantamiento de condena: § 95

Tras su imposición como sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la falta de cumplimiento de las jornadas determina un quebrantamiento de condena: § 96

TRASLADOS

Desestimación de queja por denegación de traslado a centro cercano a su domicilio: § 101

Desestimación de queja sobre traslado al Centro Penitenciario solicitado por el interno: § 100

Desestimación de recurso de apelación en solicitud de cumplimiento en país de origen por incompetencia del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria: § 99

OTROS

Autorización para comprar una calculadora electrónica: § 103

Denegación de adquisición de libro electrónico: § 102

Desestimación de queja sobre adquisición de pasta dental blanqueante: § 104

Se desestima el recurso sobre autorización de tenencia de flexo en la celda: § 105



<http://www.institucionpenitenciaria.es>



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS