

# JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2022



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL  
DE INSTITUCIONES  
PENITENCIARIAS



**JURISPRUDENCIA  
PENITENCIARIA  
2022**



# **JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2022**

I.<sup>a</sup> edición  
Noviembre de 2023



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL  
DE INSTITUCIONES  
PENITENCIARIAS

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

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

## **Coordinación y supervisión:**

Petra Mínguez Pérez

Coordinadora del Equipo Técnico de la Central Penitenciaria de Observación

## **Elaboración y Comentarios:**

Antonio Marqués Haro

Jurista de la Central Penitenciaria de Observación

## **Tratamiento Informático:**

Jorge Menéndez Otero

Jefe de Sección de la Central Penitenciaria de Observación

## **Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado**

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

## **Edita:**

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica



## **Producción encomendada a:**

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y  
Formación para el Empleo



## **Diseño y Maquetación:**

Taller de Artes Gráficas

Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



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

**NIPO Web:** 126-15-040-2

**ISSN (ed. en línea):** 2661-1899

# PRÓLOGO





*La Central Penitenciaria de Observación, un año más y, como viene siendo habitual, a través de la presente publicación de “JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA”, ha procedido a recopilar aquellas resoluciones judiciales que más trascendencia han podido tener en el ámbito del cumplimiento de la condena. En esta recopilación es preciso destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-05-2022, que confirmando los fundamentos jurídicos de la STS 349/2014, en materia de acumulación, sentó las bases de este instituto jurídico, cuya interpretación jurisprudencial sobre regla de la “conexidad”, ha ido variando en los últimos años en función de muy distintos criterios: el procesal, el sustantivo y el puramente temporal o cronológico, que es el aplicado actualmente, aunque también este criterio ha ido variando en los Acuerdos del Tribunal Supremo adoptados en los Plenos no jurisdicciones de su Sala 2ª, si bien el complejo cálculo para llevar a cabo esta acumulación jurídica se ha visto facilitado por un programa informático denominado “CALCULADORA 988”, desarrollado por el Ministerio de Justicia que permite hacer los cálculos relativos a las acumulaciones jurídicas de forma automatizada.*

*Mención destacada merece, también, otra Sentencia del Tribunal Supremo de 15-12-22 (dictada para unificación de doctrina) que interpreta el apartado 5º de la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que quizás sea de una de las normas con una redacción más imprecisa de las que existen en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente, en lo referente al contenido de sus apartados n.º 2, n.º 3, n.º 5 y n.º 6, lo que ha llevado al propio Tribunal Constitucional a calificarla de norma “**poco clara e insatisfactoria**”, siendo hasta cinco las cuestiones más polémicas*

*sobre las que la imprecisa redacción genera problemas interpretativos: las materias penitenciarias objeto de fiscalización judicial, los órganos judiciales que son competentes para proceder a tal fiscalización, la forma en la que el Juez de Vigilancia Penitenciaria toma conocimiento de la decisión administrativa objeto de fiscalización, el tipo de recurso que procede contra las actuaciones penitenciarias objeto de fiscalización y la legitimación para recurrir.*

*Como en pasadas ediciones de “JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA”, en esta edición de 2022, se sigue en su estructura la referencia a las materias penitenciarias que han sido objeto de pronunciamiento por los distintos órganos judiciales, particularmente, por los Juzgados de Vigilancia penitencia, como órganos judiciales especializados en la fiscalización y control de la administración penitenciaria, pero también por las correspondientes salas de las Audiencias Provinciales, en algunos casos, también, por los Tribunales sentenciadores y, como hemos referenciado, incluso por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Estas materias han sido, en concreto:*

*La acumulación jurídica a la que ya hemos hecho referencia y, muy relacionado con la misma, la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 78 del CP, cuyo régimen de cumplimiento no siempre es fácil de determinar; sobre todo en aquellos casos en los que existe una dualidad punitiva antes y después de la reforma del Código penal del año 2015.*

*La clasificación penitenciaria en grado, que siendo como es la decisión administrativa más importante, porque es la base sobre la que se asienta nuestro modelo penitenciario de cumplimiento de la condena, denominado de “individualización científica” (art. 72.1 LOGP) es objeto de atención frecuente por los órganos fiscalizadores de la actividad penitenciaria.*

*Las comunicaciones y vistas, que aparecen reguladas en nuestro derecho penitenciario como un elemento esencial para favorecer ese proceso de inserción social que tiene asignado la pena de pri-*

*sión, como objetivo preferente en el propio marco normativo constitucional (art. 25.2 CE) y que cumplen una misión importante para dar contenido a esa consideración de que la persona privada de libertad no es un ser excluido de la sociedad, sino que sigue formando parte de la misma, porque a ella ha de volver cuando termine de cumplir su condena, en lo términos que relata la propia Exposición de Motivos de nuestra Ley orgánica general penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre.*

*La relación laboral especial penitenciaria, especialmente la de naturaleza productiva y remunerada, que es una relación que se desarrolla entre la “Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo” (organismo dependiente del Ministerio del Interior) y los internos, generadora de derechos de deberes para ambas partes de la misma, cuyo incumplimiento es exigible ante los órganos jurisdiccionales y su regulación normativa se encuentra, exclusivamente y a todos los efectos, en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, de tal forma, que las demás normas de la legislación laboral común no son de aplicación, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni siquiera de forma subsidiaria, dado que esa normativa laboral común sólo sería aplicable en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto 782/2001 de 6 de julio, tal y como, expresamente se indica en el punto cuatro de su artículo primero.*

*La expulsión, una materia realmente compleja en la que se mezclan procedimientos según de trate de expulsión administrativa, judicial o cuasi-judicial, además de las consideraciones diferentes, que, en todas ellas, tienen los ciudadanos que son comunitarios, particularmente tras la entrada en vigor de la Ley 23/2014.*

*La libertad condicional, que desde que su naturaleza jurídica se transmutó con la reforma del Código Penal del año 2015, convirtiéndose en una supresión de la condena no ha dejado de dar problemas interpretativos, como así era de prever.*

*La liquidación de condena, donde algunas cuestiones relativas a la denominada refundición de condenas siguen planteando problemas interpretativos, en aquellos casos de condenas ya licenciadas y que podrían ser objeto de esa ejecución única en la que consiste este instituto jurídico, que no se debe confundir, como habitualmente se hace, con la acumulación jurídica.*

*Las medidas de seguridad, un campo especialmente difícil de darle una respuesta adecuada en el medio penitenciario, particularmente con la medida de seguridad no privativa de libertad de la “libertad vigilada postpenitenciaria”, pero también con las medidas de seguridad privativas de libertad, especialmente, la de internamiento en un centro psiquiátrico, que la mayoría de las veces se convierte en un “cajón de sastre” al que van a parar personas que no les corresponde por su situación de inimputabilidad este centro de internamiento, sin mencionar los muchos casos de medidas de seguridad que se cumplen en centros penitenciarios ordinarios, cuyo régimen de vida está diseñado en la normativa penitenciaria para dar respuesta a las penas privativas de libertad impuestas a personas imputables.*

*Los permisos de salida, que también constituyen una pieza básica en el proceso de resocialización del penado y un instrumento imprescindible para baremar la evolución positiva de éste con vistas a una posible progresión de grado, que le permita acceder al régimen de vida de semilibertad y, posteriormente, a la suspensión de la condena para el disfrute de la libertad condicional.*

*El régimen disciplinario, que sigue siendo la materia que más quejas y recursos genera ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. No cabe duda que la convivencia ordenada y pacífica en las cárceles se conforma como “el cimiento” sobre el que se sustenta el “edificio” de nuestro modelo penitenciario de ejecución penal, siendo el régimen disciplinario de uno de los instrumentos para conseguir dicha convivencia ordenada, aunque no debemos olvidar el importante papel de la “mediación penitenciaria”.*


*La responsabilidad patrimonial como medio más rápido e idóneo para que quienes hayan sufrido algún daño, que no tienen el deber de soportar, puedan ser compensados económicamente por ello, tanto los internos como los propios funcionarios para quienes esta indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial se conforma como una manera de dar cumplimiento a ese denominado principio de indemnidad que tienen reconocido legalmente los funcionarios públicos.*

*Todas las decisiones judiciales dictadas sobre estas materias penitenciarias que aparecen desarrolladas y comentadas en esta nueva edición de la “JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA” van a permitir a los estudiosos del derecho penitenciario profundizar en el conocimiento científico de esta rama del derecho y, a los abogados y a otros operadores jurídicos disponer de una valiosa información para el desarrollo de su trabajo.*

*Para finalizar, quiero agradecer el esfuerzo del trabajo realizado por la Central Penitenciaria de Observación en la preparación de esta publicación, en particular, al autor de la presente edición, ANTONIO MARQUÉS HARO, haciendo extensivo este agradecimiento a los distintos profesionales de los Centros penitenciarios, que han aportado las resoluciones judiciales que en esta edición se comentan.*

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

*Madrid, 17 de enero de 2024*



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



# SUMARIO





## SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo .....	7
Comentarios .....	19
Capítulo I: Acumulación .....	41
Capítulo II: Clasificación .....	75
Capítulo III: Comunicaciones .....	149
Capítulo IV: Derechos .....	173
Capítulo V: Expulsión .....	203
Capítulo VI: Libertad Condicional .....	217
Capítulo VII: Limitaciones Regimentales .....	227
Capítulo VIII: Liquidaciones de Condena .....	239
Capítulo IX: Medidas de Seguridad .....	245
Capítulo X: Permisos .....	251
Capítulo XI: Régimen Disciplinario .....	283
Capítulo XII: Responsabilidad Patrimonial .....	311
Capítulo XIII: Sanitaria .....	327
Capítulo XIV: Suspensión de Condena .....	335
Capítulo XV: Otros .....	343
Capítulo XVI: Índice analítico .....	347



# COMENTARIOS



## INTRODUCCIÓN

La recopilación de jurisprudencia del año 2022 como viene siendo tradicional intenta poner de manifiesto las principales resoluciones jurisdiccionales en materia penitenciaria que se han dictado en este periodo temporal, y que consideramos que son interesantes tanto para los profesionales, como para otros estudiosos interesados en el tema.

Conforme con ello, en primer lugar destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-05-2022, que confirmando los fundamentos jurídicos de la STS 349/2014, en materia de acumulación, sentó las bases de este instituto jurídico indicando que “no existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la impunidad de los delitos cometidos cuando ya ha sido fijado un límite máximo de cumplimiento como consecuencia de la acumulación de condenas practicada con arreglo a aquel precepto”, concluyendo que “fuera de los supuestos previstos en el artículo 76 del CP las limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad no operarían”. De esta forma no admite el recurso de casación mediante el que se pretendía limitar el cumplimiento máximo de la condena a 30 años, cuando no existía esta posibilidad de acumulación, ya que se trata de delitos no acumulables al haber sido cometidos con posterioridad a las fechas de las sentencias. La finalidad no es otra que evitar “la expectativa de impunidad que implica el saber que alcanzado el límite máximo de cumplimiento, todas las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad quedarían absorbidos por la susodicha acumulación y, en consecuencia, no habrían de cumplirse”. Junto al fallo a la Sentencia, concurren varios votos particulares que examinan además otras cuestiones relacionadas que como veremos más abajo también concitan interés.

Mención destacada merece otra Sentencia del Tribunal Supremo de 15-12-22, que interpretando el apartado 5º de la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableció el efecto suspensi-

vo del recurso del Ministerio Fiscal en los casos de progresión de grado que conlleven excarcelación en el caso de delitos graves. De esta forma, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada por el órgano administrativo o por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano “*ad quem*”, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.

El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria resolvió en un Auto de 7-10-22 la controvertida cuestión de considerar como primera clasificación a la clasificación inicial del interno, sentando que la siguiente clasificación se considerará como reiteración de la primera realizada, y por tanto cumplir el requisito que exige la normativa a efectos de poder ser revisado por la Central de Observación.

En materia de comunicaciones, traemos a colación el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 14-03-22, que trata el controvertido asunto de con quién tiene derecho un interno a mantener comunicaciones íntimas, cuando –como sucede en este caso– el interesado solicita mantenerlas con su pareja actual, sin haber dado de baja a la anterior, que es su ex mujer.

En relación al modo de cumplimiento de la condena, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-12-22 en el supuesto de distintas refundiciones de condena señala que en el caso de que ya se hubiese fijado el modo de cumplimiento que prevé el artículo 78 del CP, en la siguiente o subsiguientes refundiciones no puede ser modificado el citado modo por el Juez o Tribunal posterior, ya que tal modificación corresponde al Juez de Vigilancia, tras oír a las instituciones que prevé la norma.

También se ha recogido en materia de sustitución de pena por expulsión, el Auto de la Audiencia Provincial de Santander de 31-10-22, que deja sin efecto dicha sustitución al considerarla desproporcionada para el condenado, el cual había mantenido durante mucho tiempo residencia continuada en España.

## ACUMULACIÓN

Como señalamos antes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-05-2022, realiza una expresa llamada de atención frente “a la posibilidad de comisión de graves delitos en el establecimiento penitenciario en el que se extingue la condena de 30 años que, conforme al criterio interpretativo que anima el recurso, nunca podrían ser objeto de cumplimiento. Se frustrarían con ello las exigencias inherentes a los principios de prevención general y especial”. “La sentencia pretende neutralizar lo que ha venido a denominarse, reiteradamente, como “patrimonio punitivo”. Es decir, una suerte de privilegio que se ofrecería a la persona que sabedor de que las penas ya impuestas han cubierto el límite máximo de cumplimiento previsto en la norma podría cometer nuevos delitos sin consecuencia punitiva alguna.”

Adicionalmente a la Sentencia común o troncal, aparecen adicionalmente varios votos particulares ciertamente interesantes:

- a) Voto concurrente que formulan los magistrados Martínez Arrieta, Palomo del Arco, Ferrer García, Polo García, Puente Segura y Hernández García. Que concluyen que “La suma aritmética de periodos de penas no acumulables para su cumplimiento sucesivo puede comportar una respuesta desmedida, “un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal (STC 169/2021)”, privando a la persona condenada de expectativas reales y efectivas de libertad. Dicho resultado obliga a introducir algún tipo de reajuste de reductibilidad que neutralice el resultado de perpetuación prohibido por el artículo 3 CEDH.”
- b) Voto particular que emite el magistrado Llarena Conde: Que afirma que “no es axiológicamente admisible que a una persona condenada por delitos de especial gravedad a penas de prisión permanente revisable se le reconozca un mecanismo de reductibilidad “*de iure*” tras 25 años de prisión y que otra persona condenada por delitos de menor gravedad pueda permanecer en prisión sin dicha expectativa por un tiempo superior”. “Debe concluirse que son constitucionalmente válidos los plazos extraordinarios para la concesión de la libertad condicional en todos aquellos supuestos en los que, sin estar prevista la pena de prisión permanente revisable, las penas privativas de libertad que se imponen reclaman un periodo de seguridad superior a 25 años en consideración a la extraordinaria gravedad de los delitos

perpetrados y el perfil de reiteración delictiva que se aprecia en el penado.“ “La nueva actuación delictiva patentiza el fracaso del tratamiento penitenciario y del proyecto de resocialización del penado. Son supuestos en los que los nuevos comportamientos delictivos se ejecutan después de que el sistema penal haya reprochado al sujeto activo su comportamiento previo y después de que el autor haya estado sometido a un largo tratamiento penitenciario orientado a su formación. Para estos supuestos, ni existen razones constitucionales que exoneren de un cumplimiento que sí es plenamente exigible al resto de partícipes, ni puede sostenerse (como hace el voto particular al final de punto 15), que se prive a la persona condenada de expectativas reales y efectivas de libertad. La expectativa se materializó en cada permiso o durante el periodo de régimen abierto o de libertad condicional que se otorgó al penado para evaluar su vida en libertad y que el sujeto aprovechó para la comisión de nuevos delitos. O incluso por perpetrarlos después de haberse agotado –por cumplimiento de la pena– el tratamiento penitenciario orientado a la corrección de su comportamiento anterior. Y en estos supuestos, la comisión de nuevos delitos no puede conducir a una acrítica suspensión de la ejecución de la pena respecto de las nuevas responsabilidades, menos aún cuando el legislador contempla esta circunstancia como elemento sustantivo y primordial para la posible revocación de la suspensión (arts. 86 y 90.5 CP).“

## **CLASIFICACIÓN**

Por su importancia en la materia, abrimos este capítulo con la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de 15-12-22, que sienta el efecto suspensivo de uno de los recursos que afectan a la clasificación de los internos. Según argumenta “La expresión excarcelación, en el apartado 5º de la DA Quinta, referida a los recursos en materia de clasificación, pretende excluir el efecto suspensivo del recurso cuando de clasificación en primer o segundo grado; pero sistemática y teleológicamente pretende mantener ese efecto suspensivo, cuando la resolución conlleve la posibilidad de salir de prisión, como sucede con la clasificación en tercer grado o con la resolución de libertad condicional.” De esta forma, sigue diciendo “la conse-



cuencia de la suspensión es un efecto previsto en la ley, no en la voluntad del Ministerio Fiscal; y sobre todo y muy especialmente porque los recursos que producen efecto suspensivo se tramitarán con carácter preferente y urgente, por lo que la dilación en el tiempo debe ser lo más breve posible”. Concluyendo que “debe estimarse el recurso formulado por el Ministerio Fiscal y establecer como doctrina legal unificada la siguiente que en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada por el órgano administrativo o por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano “*ad quem*”, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.”

También es esclarecedor en materia clasificatoria el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 17-10-22, que aclara que se debe tener en cuenta la clasificación inicial como una primera clasificación a la hora de considerarla como reiterada dos veces para poder ser revisado un interno por la Central de Observación. Tal Auto estudia la queja formulada por el interno por la denegación de ser revisado su grado de clasificación por la Central Penitenciaria de Observación, visto lo dispuesto en el artículo 105.3 del R. P., y que en el momento de la solicitud del interesado, éste tenía extinguida la mitad de la condena, y había sido reiterada su clasificación dos veces consecutivas en segundo grado por la misma Junta de Tratamiento, en fechas 6-05-2021 (clasificación inicial) y 8-11-2021, –y posteriormente el 7-04-2022–. Con lo cual considera que procede la estimación de la queja, dado que interno sí cumplía los requisitos exigidos en el precepto.

A continuación, ordenamos como viene siendo habitual, las distintas resoluciones sobre clasificaciones según tengan carácter denegatorio o estimatorio.

### **DENEGATORIOS**

El Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de fecha 31-01-22, inadmite recurso de alzada del interno por concurrir factores desfavorables de inadaptación tales como reincidencia delictiva, ausencia de posibilidades de empleo u ocupación, y falta de resistencia a los estímulos criminógenos.

El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 14-02-22, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el penado –en especial

el delito cometido (agresión sexual)–, no solo cabe atender a criterios de reinserción, sino que también que es importante la finalidad retributiva de la pena y sobre todo evitar la reincidencia.

La misma Audiencia en Auto de 31-01-22 resuelve el recurso del Ministerio Fiscal solicitando la revocación del Auto impugnado y la clasificación del interno en segundo grado de tratamiento o alternativamente la nulidad del Auto y de la resolución administrativa por no razonar suficientemente el cumplimiento por el interno del requisito de pago de la responsabilidad civil, alegando que la progresión a tercer grado de tratamiento del interno resulta prematura e improcedente, entre otros factores, porque no ha realizado un esfuerzo reparador por haber abonado únicamente la cantidad de 2.550 euros del total de 110.000 euros de indemnización a cuyo pago fue condenado.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 14-02-22 razona que el apelante si bien evoluciona de manera correcta, ha disfrutado en dos ocasiones del tercer grado, en la segunda de ellas cometió diversos hechos delictivos; que en el momento actual, fruto de la adecuada evolución, disfruta de permisos, pero que dada la duración de la pena, el lapso temporal restante hasta el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, ha de consolidarse la evolución mediante el disfrute de permisos, ya que en de la trayectoria del mismo se observan factores de inadaptación, de riesgo para la vida en semilibertad, por lo que deberá confirmarse la resolución recurrida en segundo grado.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31-03-22, estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la que se otorgó al interno el régimen de cumplimiento del tercer grado del artículo 84.4º RP, resolviendo que siga cumpliendo bajo el régimen normal de cumplimiento del tercer grado. Alega el Mº Fiscal que la administración penitenciaria no aporta ninguna razón como incompatibilidad del horario laboral del trabajo que desarrolla ni otra razón excepcional.

En el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 6 de Andalucía (Huelva) de 19-04-22, se deniega la clasificación inicial en tercer grado manteniéndolo en 2º grado, pues el interno ingresó directamente en el Centro de Inserción Social, sin que el escasísimo tiempo transcurrido desde su ingreso hasta la propuesta de clasificación, pueda estimarse suficiente

para llevar a cabo el adecuado conocimiento exigido para su clasificación en tercer grado. Consta que, en el momento de su ingreso, arrojó resultado positivo a cocaína, y asimismo hay que tener en cuenta que no asume la responsabilidad en los hechos delictivos. Por otra parte, también carece de planteamientos de futuro claros, en cuanto por un lado manifestó estar de baja por un accidente laboral (por el que manifestó encontrarse cobrando una pensión por incapacidad temporal) mientras que, por otro lado, manifestó querer presentar un contrato de trabajo a efectos de clasificación. Así mismo, hay que tener en cuenta la naturaleza del delito por el que ha sido condenado, delito contra la salud pública.

El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 6 de Andalucía (Huelva) de 13-06-22, desestima la queja del interno tras retirársele la clasificación en 3º, 86.4 e imponerse el tercer grado ordinario, tras dar un positivo a tóxicos.

Concluimos la serie de resoluciones desestimatorias con el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 23-06-22, que no estimó el recurso de apelación por el que se le mantiene en segundo grado, fundamentándolo en que lo más relevante es la no realización del curso para la prevención de la agresión sexual, justificándose en que el interno tiene una minusvalía del 64% con enfermedad mental, y que no ha disfrutado de permisos de salida, que es lo verdaderamente relevante.

### **ESTIMATORIOS**

A continuación recogemos las resoluciones favorables en materia de clasificación comenzando por el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 22-02-22, que aprueba la progresión a tercer grado porque el interno además de tener próximo el cumplimiento de las  $\frac{3}{4}$  partes, durante el cumplimiento de la pena se ha sometido con éxito a un programa de deshabitación del consumo de drogas, está en el módulo de respeto, cumple los trabajos encomendados, y ha disfrutado de varios permisos de salida sin incidencia alguna.

El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de la Comunidad Valenciana (Villena) de 14-05-22 estima parcialmente una solicitud sobre resolución de clasificación, dado que el Centro Directivo no emitió la resolución citada tras la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, al producirse en el ínterin una progresión por parte del Juez de

Vigilancia Penitenciaria, el cual insta al Centro Directivo a que, a la mayor brevedad posible, dicte resolución definitiva.

## COMUNICACIONES

### COMUNICACIONES ÍNTIMAS

Se admite el recurso del interno al constar las reiteradas ocasiones en que traslada su petición de mantener comunicación íntima con la que es su pareja actual desde hace ocho años, M., y la sistemática negativa que recibe por respuesta, basada en que les consta otra pareja –su exmujer a la que no ha dado de baja en el registro– y al hecho de que el interno no ha acreditado documentalmente la relación de pareja con la citada M. Es entendible el hecho de que no haya dado de baja a su ex mujer, ya que ésta es la madre del hijo que tienen en común, y respecto del que ella actúa como mera representante legal, al acompañarle. Y el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Andalucía (Granada) de 14-03-22 termina fundamentando que es al propio interno y no a la Administración Penitenciaria a quien corresponde designar aquellas personas con las que desea mantener la comunicación familiar y de allegados (y, por ende, íntima) pues a él compete calificar la relación que mantiene con las personas designadas como de íntima.

Asimismo, se estima el recurso interpuesto por un interno que había comunicado de forma íntima con su pareja seis veces durante seis meses, lo cual no se podía comprobar por el centro penitenciario, al haber tenido lugar las citadas comunicaciones fuera de Cataluña. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28-04-22 indica que “la acreditación deberá hacerla la propia administración penitenciaria sin que las discordancia entre esa exigencia de acreditación y la posibilidad de acceso a bases de datos de la propia administración penitenciaria pueda ser a cargo del interno, por lo que deberá adecuarse la normativa o procurarse la administración penitenciaria los medios para tener la información necesaria de los internos, siendo que la desconexión de bases de datos no impide otras formas de comunicación igualmente inmediatas.”

Por su parte, tras interponer el interno una queja por un supuesto cacheo integral a que fue sometida la persona que iba a comunicar con él de forma

íntima, el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 14-06-22 resuelve que “el cacheo realizado a la pareja del recurrente, que según informe del Centro Penitenciario no fue integral, estaba justificado por los problemas de adicción que presenta el interno, el cual se ha negado reiteradamente a ingresar en la UTE, por lo que para evitar la posibilidad de que en las visitas familiares se introduzca algún tipo de sustancia, se dieron instrucciones de cacheos a los visitantes, medida que estaba plenamente justificada, por lo que no existe motivo para la queja planteada”.

### **INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES**

En el supuesto estudiado el interno se queja porque no se ha abierto la carta que recibió en su presencia, y no conoce de nada a la supuesta remitente de la carta, ni había recibido comunicaciones anteriores de la remitente. En este caso “La Directora del Centro remitió oficio al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en el sentido de que en base al artículo 46.5 del RP, y por razones de seguridad y del buen orden del establecimiento se ha procedido a la intervención y retención de una carta enviada al interno J. A., cuyo remitente es P. , y la causa de la retención es que se ha encontrado una sustancia marrón en polvo de 0,57 gramos aproximadamente escondida la cual se ha remitido para su análisis, y el Ministerio Fiscal interesó posteriormente la ratificación de la intervención.” Por ello, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16-03-22 desestimó el recurso.

De igual forma el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Andalucía (Granada) de 16-05-22 desestima el recurso interpuesto por la suspensión de las comunicaciones del interno con su hermano, al detectarle a este último la unidad canina sustancias ilegales, considerando que la medida adoptada “resultó proporcionada y ajustada a derecho sin que por ello quede afectado el derecho al honor familiar, ni quedan imposibilitadas las visitas en el futuro en tiempo y en forma.”

Y en el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 13-09-22 desestima un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia por un delito de quebrantamiento de condena, cometido por el interno al intentar remitir una carta a su ex pareja respecto de la que tenía vigente prohibición judicial de comunicación, siendo intervenida la carta por el departamento de seguridad del centro penitenciario, y no llegando por tanto, a manos de la destinataria.

## **DERECHOS**

### **APLICACIÓN ART. 78 DEL CÓDIGO PENAL**

Como avanzamos en la introducción, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-12-22 desestima el recurso de casación interpuesto contra un recurso de súplica de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, la cual si bien no es por su naturaleza susceptible de recurso, su análisis se muestra pertinente –conforme razona el TS– en la medida en que se trata de un Auto dictado en ejecución de sentencia, y en la medida en que de la decisión depende un endurecimiento de las condiciones de ejecución de la pena.

Desde la dualidad normativa ofrecida por el artículo 78 del CPI, antes y después de la reforma de 2015, el escrito del Centro Penitenciario reclamaba una aclaración sobre la posible aplicación del artículo 78 en relación con el interno, a quien se había practicado una acumulación de penas de 40 años, cuando la suma total de ellas ascendía a 107 años.

La Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante Auto de 11 de noviembre de 2021, en el que declaró que los beneficios penitenciarios habían de aplicarse sobre el límite de cumplimiento del total de las penas impuestas en las diferentes sentencias acumuladas, esto es sobre los 107 años. Contra dicha resolución se interpuso recurso de súplica por la representación del penado, que fue íntegramente desestimado por la Sala de lo Penal en Auto de 21 de enero de 2022, dando lugar a este recurso de casación.

El recurrente argumenta que las resoluciones del TS han proclamado que, cuando un Tribunal decide aplicar el régimen de cumplimiento del artículo 78 del Código Penal, debe motivar suficientemente su decisión, expresando los aspectos que justifican un retraso en la concesión de los permisos, en la progresión al tercer grado o en el acortamiento de la condena.

En el caso concreto en que se refundieron condenas anteriores y posteriores a la L.O. 1/2015, resuelve el TS diciendo que “en aquellos supuestos en los que se aborda la refundición de una pluralidad de sentencias condenatorias emitidas en diversos procedimientos, si en alguna de esas sentencias anteriores, por acumular distintas condenas en la misma sentencia, el correspondiente órgano de enjuiciamiento ya hubiere fijado el modo de cumplimiento del art. 78 del CP, la decisión no puede ser modificada por el

Juez o Tribunal referido en el art. 988 de la LECRIM. En estos supuestos, el órgano jurisdiccional que dicta el título final de cumplimiento conjunto no puede dejar sin efecto el modo de cumplimiento del art. 78 que venía impuesto por un órgano de enjuiciamiento anterior, dado que esta decisión se apoyó en un conjunto de circunstancias de las que aquel no tiene ningún conocimiento inmediato. En estos casos, la decisión para que el modo de cumplimiento minore definitivamente su rigor, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que lo hará, en todo caso, tras oír al Ministerio Fiscal, a Instituciones Penitenciarias y a las demás partes personadas, sobre la evolución del tratamiento reeducador del penado.

### **OTROS DERECHOS**

El Juzgado de Vigilancia de Granada en un Auto de 14-03-22 estima la queja planteada por un interno despojado de su trabajo remunerado debido a que, como razona el Auto, la baja en el puesto debe ser decretado por la Junta de Tratamiento, pero en este caso se desconoce quién efectúa el cese y las motivaciones que han llevado a realizarlo. Todo lo cual convierte en irregular el proceso por el que se le da de baja en el trabajo remunerado y, en su consecuencia, conlleva la estimación de la queja, cuyo efecto principal es la reposición del interno en el destino que venía desempeñando.

El Juzgado de Vigilancia de Villena en Auto de 11-05-22 resuelve un recurso del Mº Fiscal, afirmando la competencia para conocer de las quejas de los internos por pérdida, extravío o deterioro de sus objetos o enseres personales durante el traslado, o en solicitud de devolución de los gastos del transporte de aquéllos cuando ya han sido cargados en la cuenta de peculio del recluso, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria bajo cuya jurisdicción se encuentre el Centro de procedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27-07-22 desestima el recurso de apelación interpuesto, por quejarse un interno de no ser entrevistado por los miembros del Equipo Técnico, cuando en efecto, no está establecido en la LOGP ni el Reglamento Penitenciario que el interno tenga que ser entrevistado con ocasión de cada petición de permiso ordinario de salida o con ocasión de cada revisión de grado. Y entra también a estudiar el fondo de una segunda queja no planteada ante el JVP, en relación a la solicitud de entrega del protocolo, donde el tribunal diferencia y acota claramente el contenido del derecho de los internos a obtener información, por un lado, sobre su situación procesal y penitenciaria y, por otro

lado, sobre su protocolo de personalidad. Volviendo a reafirmar –una vez más– que “en ningún momento se habla en la LOGP ni el Reglamento de desarrollo del derecho específico del interno a acceder al protocolo de personalidad de forma directa”, y razonándolo en que “la información que en el Protocolo puede contenerse es claro que el conocimiento por el interno de opiniones u observaciones afectantes a su personalidad, de múltiples y variadas imbricaciones, puede resultar contraproducente a los fines propios del tratamiento, cuando no, la necesidad de no verse afectada la seguridad de los profesionales que intervienen en su elaboración o no poner en riesgo el acercamiento terapéutico.”

El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 6 de Andalucía (Huelva) de 02-08-22 desestima la queja de un interno del CIS de Huelva, al que se le suspende una salida de fin de semana por falta de cumplimiento de las condiciones establecidas respecto al horario, y a la injustificada razón expuesta por su retraso, al decir que asistió a una entrevista de trabajo, cuando se comprobó que tal entrevista se realizó por teléfono.

El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Andalucía (Granada) de 08-09-22 también desestima la queja interpuesta por un interno al que se le practican cinco cacheos integrales en ocho meses, tras celebrar comunicaciones vis a vis, entendiendo que no se aprecia extralimitación alguna o apartamiento de la norma, conducta vejatoria o que el cacheo fuese más allá de lo estrictamente necesario en orden a conseguir el fin pretendido, esto es, salvaguardar el orden y seguridad del establecimiento, evitando en todo caso la introducción en el mismo de cualesquiera sustancias u objetos prohibidos.

## **EXPULSIÓN**

En primer lugar, el Auto de la Audiencia Provincial de Santander de 31-10-22 aplica la reversibilidad de las resoluciones judiciales de sustitución de pena por expulsión a un caso, sentenciado a una condena de 15 meses por un delito de hurto, impuesta sobre una persona extranjera que llevaba 19 años residiendo en España. Insta que se compruebe efectivamente si su residencia es mayor de diez años, y atendiendo a, como excluye el artículo 89.4 del C.P. la sustitución de pena por expulsión, cuando “a la vis-



ta de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada”. Resolviendo en consecuencia que debe dejarse sin efecto la expulsión decretada por el Juzgado de lo Penal.

En otro caso la Audiencia Provincial de Barcelona, en Auto de 14-11-22 desestima el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que establecía que la expulsión se llevaría a cabo cuando se cumplan las tres cuartas partes de la pena de prisión impuesta, y la cual había sido aprobada por conformidad del condenado. Alega la representación legal del recurrente que éste sólo prestó conformidad a una sustitución por expulsión total, cuando el Juez sentenciador se limitó a transcribir en la sentencia de conformidad el acuerdo alcanzado, donde el Ministerio Fiscal proponía explícitamente la sustitución por expulsión al alcanzar las mencionadas  $\frac{3}{4}$  partes de la pena.

## **LIBERTAD CONDICIONAL**

Comenzamos con la renuncia de un interno a la libertad condicional concedida por el JVP de Pontevedra trece días antes, lo cual es admitido por dicho Juzgado en Auto de 4-02-22, ya que se trata de la renuncia de un derecho subjetivo que no contraría al interés u orden público ni perjudica a terceros, pero a la vez lo pone en relación a que la renuncia no dé lugar a un fraude de ley, por lo que la equipara a la revocación, resolviendo que el interno deberá volver al centro penitenciario, para cumplir el resto de la pena que le quedaba por cumplir desde que se puso en libertad condicional hasta el cumplimiento definitivo de su condena.

Hemos recogido también la concesión de la libertad condicional por enfermedad muy grave con peligro patente para la vida a un interno clasificado en primer grado que, tras quemar su celda, sufrió graves quemaduras que le produjeron dicho estado de enfermo terminal. El JVP de Villena en su Auto de 13-06-22 le concede la libertad condicional en atención a dicha circunstancia siempre y cuando permanezca ingresado en el hospital.

En sentido contrario, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Huelva de 17-06-22 deniega la libertad condicional a un interno que, tras haber estado desempeñando destinos retribuidos durante ocho años, ha pa-

gado una cantidad ínfima en concepto de responsabilidad civil, lo cual considera la JVP más un intento de justificación del cumplimiento del requisito legal con una clara intención finalista de obtención de beneficios tales como la libertad condicional. Ello unido a que el interno no ha cumplido todos los objetivos específicos de la intervención respecto al desarrollo de la empatía hacia la víctima, hace que no se apruebe la propuesta de libertad condicional.

### **LIMITACIONES REGIMENTALES**

Traemos a colación dos Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona. El primero de 5-05-22 desestima el recurso de apelación respecto a la aplicación del medio coercitivo de aislamiento en un episodio de agresión física de un interno a otro, por considerarlo aplicado con prudencia y proporción, sin apreciar exceso alguno.

El segundo Auto (de la misma fecha) desestima el recurso de apelación interpuesto por el interno en relación a la aplicación del régimen del artículo 10 LOGP por apreciarse una conducta violenta reiterada, que, además afecta directamente a otros internos y al régimen de funcionamiento general del establecimiento penitenciario lo que determina su extrema peligrosidad ya anticipada en uno de los expedientes disciplinarios en que trataba de incitar a los internos a un motín. Y confirma la resolución adoptada ya que la Sala no aprecia razones para corregir lo resuelto por la administración penitenciaria ni por el órgano *a quo*.

### **LIQUIDACIONES DE CONDENA**

El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena de 13-05-22 admite la refundición de dos condenas ya licenciadas con las que está cumpliendo en la actualidad, entendiendo que el presupuesto excepcional de mantenimiento de la relación de sujeción especial debe justificar también en este caso la interpretación extensiva del artículo 193.2 del RP, y siendo todos los hechos de las ejecutorias anteriores a la fecha de su ingreso en prisión, procede estimar la petición del interno y acordar la inclusión en la

refundición de las condenas que cumple actualmente la de las dos ejecutorias ya licenciadas en 2018.

### **MEDIDAS DE SEGURIDAD**

La Audiencia Provincial de Santander en su Auto de 1-07-22 desestima el recurso de reposición interpuesto por interno condenado a una medida de seguridad, en la que tras estar ingresado en un centro hospitalario, y poner de manifiesto los responsables del mismo la falta de condiciones para su cumplimiento, el Juez de lo Penal ordena que se le traslade al centro penitenciario de El Dueso, para que a su vez, se le destine o bien en un centro penitenciario que disponga de unidad psiquiátrica o bien en un centro penitenciario psiquiátrico. El Auto resuelve asimismo que es procedente la abstención de la magistrada de lo Penal en relación con la solicitud de remoción de la tutela impuesta al recurrente y la eventual revisión de su declaración de incapacidad, cuestiones ambas de índole civil, cuyo tratamiento pertenece a la esta jurisdicción y no a la penal.

### **PERMISOS**

Hemos deslindado los casos de concesión de permiso respecto de los de denegación de los mismos.

### **CONCESIÓN**

En el Auto de 20-01-22, la Audiencia Provincial de Barcelona, que había desestimado ya un anterior recurso sobre un permiso al mismo interno, considera que en este caso concurren factores que invitan a la estimación, tales como que ha disfrutado un permiso de 48 horas, que manifiesta una evolución satisfactoria a todos los niveles y entre otros “que es preciso continuar con la aproximación al medio externo como parte que es del tratamiento”.

También estima un recurso la Audiencia Provincial de Almería (Auto de 15-02-22) al entender que la justificación aportada en los informes técnicos de que el interno no ha terminado el tratamiento penitenciario, no

es suficiente para no darle permisos, sobre todo en este caso, en que ya ha cumplido sobradamente la mitad de la condena y tiene próximas las tres cuartas partes y la extinción de la misma, “pues nada permite inferir que vaya a tener una repercusión negativa sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.”

En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Gerona confirma el Auto del JVP que concede un permiso, desestimando en su Auto de 8-06-22 un recurso del Ministerio Fiscal, alegando el grado avanzado del cumplimiento de la pena, las condiciones mínimas de tratamiento, y “la cercanía de la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, mucho más inmediato que nosotros para afrontar la problemática de interno, permiten adoptar la presente resolución.”

### **DENEGACIÓN**

En sentido contrario, comenzamos con el Auto de 3-02-22 que, partiendo de la desestimación por el JVP de la concesión de un permiso de tres días a un interno condenado por abusos sexuales a menores, basándose principalmente en el riesgo moderado de reincidencia en este tipo de delitos, y la Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso de apelación, ratificando el criterio de la primera instancia. Cabe significar la existencia de un voto particular al criterio mayoritario, que entiende que el único factor desfavorable esgrimido de riesgo moderado de reincidencia delictiva, según los informes técnicos del centro penitenciario, aparece “modulado” por los buenos resultados del tratamiento penitenciario por lo que no puede sino estimarse “insuficientemente justificado y desproporcionado el retraso y denegación del disfrute del permiso propuesto por la Junta de tratamiento y reclamado por el interno”.

Tampoco es favorable a conceder un permiso a un interno condenado por corrupción de menores en su modalidad de tenencia y distribución de pornografía infantil el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 20-07-22 basándose en que no ha realizado programa tratamental específico respecto a la tipología delictiva referida. Reseña también, como hace el JVP, que el interno no ha adquirido “concienciación de la gravedad y elevada reprochabilidad de su conducta delictiva, lo que dificulta el abordaje de los factores criminógenos y, con ello, su reinserción.”

## **QUEJAS POR RETRASO EN LA TRAMITACIÓN**

En el Auto del Juzgado de Vigilancia de Algeciras de 20-04-22 se estima la queja de un permiso que no fue informado a su debido tiempo, indicando que “el aplazamiento, se trata de una práctica, que carece de apoyo legal y reglamentaria y priva al penado del derecho a disfrutar del número máximo de días de permiso y del derecho a recurrir en queja ante el Juzgado de Vigilancia, dada la ausencia de una resolución previa de la Administración Penitenciaria.”

## **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

### **ACUMULACIÓN DE SANCIONES**

Se aprueba una acumulación de sanciones siguiendo jurisprudencia aplicada ya en 2017 por la Audiencia Provincial de Zaragoza y la propia del Tribunal Supremo en materia de acumulación. Contempla el Auto del Juzgado de Vigilancia de Villena de 28-10-21 el caso de cinco expedientes disciplinarios diferentes donde concurren tanto sanciones de aislamiento como de privación de paseos y actos recreativos, y aprovecha también para equipararlas los criterios aprobados por los Juzgados de Vigilancia en 2018, que determinaron que tres días de privación de paseos equivalían a un día de aislamiento.

Con el resto de las resoluciones, las volvemos a clasificar según su sentido estimatorio o desestimatorio.

### **RESOLUCIONES ESTIMATORIAS**

Iniciamos esta subclasificación con el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria de 21-03-22 que determina que el hecho de llegar tarde de permiso (nueve horas), no tiene virtualidad para ser calificado como susceptible de sanción, debiendo de valorarse, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, para la concesión o no de nuevos permisos. Apela al principio “*in dubio pro reo*” el cual determina que no quede acreditado el hecho de la desobediencia al no concurrir orden expresa distinta del cumplimiento de horarios y, en consecuencia, deja sin efecto la sanción.

El Juzgado de Vigilancia de Villena estima parcialmente en su Auto de 24-11-22, un recurso contra la sanción impuesta de siete días de aisla-

miento, por entender que no se puede aplicar la agravación por reincidencia que previene el artículo 235 del Reglamento Penitenciario, dado que los otros hechos por los que también fue sancionado el interno, lo fueron por acuerdos sancionadores posteriores, dejando la sanción reducida a cinco días.

### **RESOLUCIONES DESESTIMATORIAS**

En sentido contrario, la misma Audiencia Provincial de Vitoria desestima en Auto de 21-03-22 un recurso de apelación, pues las diversas sanciones impuestas no suponen ningún posible defecto de tramitación administrativa referida al artículo 247 d) del Reglamento Penitenciario, ni tampoco una duplicidad de expedientes disciplinarios por los mismos hechos, motivos que hacen que no prospere.

Desestima también la Audiencia Provincial de Castellón (Auto de 5-04-22) el recurso de apelación que interpone el interno, por carecer de televisor en la celda donde está cumpliendo la sanción de aislamiento, entendiendo que “la ausencia de televisión en las celdas habilitadas para el cumplimiento de sanciones de aislamiento pueda calificarse como cumplimiento de una pena inhumana y degradante pues no se atisban los problemas que para la salud mental del interno pueden derivarse de carecer de televisión”.

### **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13-04-22 estima un recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la resolución del Juzgado Penal 4 de Málaga, en la que se condenaba a un interno clasificado en primer grado por agresiones físicas a dos funcionarios penitenciarios por un delito de atentado en concurso con lesiones, y señalando una indemnización en concepto de responsabilidad civil de 80.430 € y 1.580 € respectivamente. Indicando, asimismo, que “de ambas indemnizaciones responde el Estado, al amparo del art. 120.3 del CP como responsable civil subsidiario”.

La defensa del recurso se basa en que existió infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha

infracción. Lo cual no admite el Tribunal al entender que no hay prueba concreta alguna de la relación causal entre omisiones de deberes de previsibilidad y evitabilidad y el resultado acaecido.

El Tribunal concluye que no queda acreditado el nexo causal ya que “más allá de meras alegaciones genéricas y difusas, no se razona una relación de causalidad entre la omisión de deberes de vigilancia, que tampoco se concretan, y la acción agresora sorpresiva –puñetazo de un interno hacia el funcionario que entra en su celda–, y que pudiera haberse evitado y sin especificar, ni precisar cómo pudiera haberse evitado”, y en consecuencia deja sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria declarada a cargo de la Administración Penitenciaria.

## **SANITARIA**

La Audiencia Provincial de Madrid admite el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Instrucción número 4 (Mixto) de Aranjuez en la que se condenaba por lesiones leves a un interno del centro penitenciario de Madrid VI –que propinó un puñetazo en la zona del oído a otro–, a la pena de un mes de multa y a indemnizar a la víctima a razón de 120 euros por cada día de curación de las lesiones. El fallo de la sentencia (de 15-11-22) establece una indemnización de 120 euros, cuando fueron cuatro los días impositivos, incongruencia que da lugar a la admisión del recurso en este punto. Por otro lado, el informe forense presentado no es correcto, ya que, al no poder ser examinado el agredido por el médico forense al estar en tiempo de pandemia, el informe presentado sólo hace alusión a que este tipo de lesiones “suele curar en un periodo de cuatro (4) días, que no serían impositivos”, para señalarse después que la curación tuvo lugar presumiblemente sin secuelas, lo que no sucedió así, ya que el agredido sí sufrió dichas secuelas. Todo lo cual dio lugar a que el recurso anulase la sentencia recurrida por considerar que no se contó para la realización de la pericia médica con la historia clínica completa del lesionado que debería obrar en el establecimiento penitenciario.

## **SUSPENSIÓN DE CONDENA**

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10-10-22 contempla el recurso por no conceder la suspensión de la ejecución de una condena por un delito de estafa, fundamentándolo en que no se cumplen los requisitos del art. 80.2 del CP, pues el condenado no es delincuente primario, habiendo sido condenado previamente por la comisión de otros delitos de estafa y en que no se ha satisfecho la responsabilidad civil ni consta esfuerzo reparador; no pudiendo tampoco concederse por los otros apartados del art. 80 del CP. La parte recurrente apela a que el condenado está llevando a cabo en prisión un programa de deshabitación de drogas y se podría conceder la suspensión en base al art. 80.5 del C.P., lo cual tampoco admite la Audiencia, que no considera que la causa de la comisión de los delitos radicara en la toxicomanía del autor de los mismos, indicando también que siga realizando el programa citado a los efectos de la rehabilitación de éste.

## **OTROS**

En este último apartado incluimos otras resoluciones que por su singularidad no son encuadrables en capítulos específicos. Éste es el caso del Auto del JVP n.º 6 de Andalucía (Huelva) que despacha la queja de un interno al que no se le autoriza en el centro penitenciario el uso de un vapeador, con el archivo de la misma, al considerar que la misma no entra dentro de las competencias que atribuye la LOGP al Juez de Vigilancia.



# **CAPÍTULO I**

## ***ACUMULACIÓN***



## **1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 15/05/22**

### **Inaplicabilidad de los límites del art. 76.1 CP a otras condenas no acumuladas ni acumulables.**

En Madrid, a 15 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10742/2020 interpuesto por D. F. M. R. representado por el procurador D. J., bajo la dirección letrada de D. G. contra auto dictado en fecha 8 de junio de 2020, por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró, en la Ejecutoria Penal núm. 283/2019.

Intervine el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró en la Ejecutoria Penal núm. 283/2019 del penado D. F. M. R., dictó Auto en fecha 8 de junio de 2020, cuyos hechos son los siguientes:

«PRIMERO.- El penado F. M. R. ha interesado acumulación de condenas en virtud de lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Conferido el oportuno traslado, el Ministerio Fiscal, en fecha 20 de mayo de 2020 ha emitido informe en relación a dicha acumulación del tenor que consta en las actuaciones».

SEGUNDO.- Dicho Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento:

«SE ACUERDA: no proceder a la acumulación de la condena dimanante de la ejecutoria 1865/2019, Juzgado Penal n.º 5 de Madrid, por hechos de 12 de septiembre de 2011, sentencia de 16 de mayo de 2019 por considerar que la misma debe ser integrada en la acumulación ya acordada en su día por el Juzgado Penal n.º 5 de Getafe en su ejecutoria 269/2014.

La pena impuesta por el Juzgado Penal n.º 2 de Mataró en su ejecutoria 283/2019 por hechos de fecha 20 de noviembre de 2017, dictándose sentencia en fecha 8 de junio de 2019 condenando al penado a 4 meses de prisión, debe ser cumplida por separado».

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

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de Ley *ex art.* 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del art. 76.1 y 2 del CP y vulneración del art 24.2 de la CE, que ampara el derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de nuestros derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley *ex art.* 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del art. 78 del CP y vulneración del art 24.2 de la CE.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y el art. 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE en relación con el art. 53 del mismo texto constitucional.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim por vulneración del derecho a la libertad del art. 17 de la CE en relación con el art. 53 del mismo texto constitucional.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente.

te, la Sala admitió el recurso a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- La Sala declaró conclusos los autos para señalamiento de fallo con fijación de la deliberación día 1 de junio de 2021. Por providencia de 2 de junio se suspendió el señalamiento para su remisión a Pleno, celebrándose la votación y deliberación prevenida el día 3 de febrero de 2022.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. M.**

#### **ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS MOTIVOS FORMULADOS AL AMPARO DE LOS ARTÍCULOS 849.1° LECRIM Y 852, AMBOS, LECRIM.**

1. El recurrente denuncia, al tiempo, infracción de precepto constitucional y sustantivo. Considera que la decisión recurrida, mediante una interpretación restrictiva de los artículos 76 y 78 CP, lesiona los derechos a la tutela judicial y a la libertad, consagrados, respectivamente, en los artículos 24 y 17, ambos, CE, pues no toma en cuenta los límites temporales de cumplimiento de pena establecidos en el artículo 76.1 CP ni precisa, tampoco, qué penas deben considerarse ejecutables al no realizar la nueva acumulación a la que el órgano de instancia venía obligado. Al hilo de la concreta pretensión de acumulación de dos ejecutorias a las que ya acumuladas se están ejecutando, el recurrente cuestiona el objeto de la propia ejecución configurado por las diferentes resoluciones de acumulación adoptadas en el curso del proceso. Para el recurrente, resulta contrario a los límites absolutos de cumplimiento establecidos en la norma que con motivo de las sucesivas decisiones de acumulación se produzca un resultado de efectiva privación de libertad de más de 30 años. Sobre todo, si se atiende a que ninguna de las condenas impuestas lo ha sido por delitos contra la vida. Lo que contradice el sentido y alcance de la regla de acumulación especial cuando una, al menos, de las penas impuestas es de prisión permanente revisable. En este supuesto, insiste el recurrente, el propio artículo 78 bis CP previene limitaciones temporales de cumplimiento que, sin embargo, no serían aplicables al supuesto de acumulaciones sucesivas de penas mucho menos graves. Considera, por tanto, que procede un reajuste

del objeto de la ejecución de penas que sufre, fijándose el límite efectivo de cumplimiento en treinta años. Por lo que, y como consecuencia inmediata, debe ordenarse su excarcelación pues dicho término ha sido ampliamente superado.

2. El motivo no puede prosperar. La doctrina de esta Sala contenida en la STS 349/2014, no permite declarar extinguida una pena no jurídicamente acumulable ex artículo 76.2 CP por superación de los plazos previstos en el artículo 76. 1º CP. La referida sentencia avaló, por mayoría, la solución de que aquellas personas condenadas a penas que no son susceptibles de ser limitadas en virtud del art. 76.2 del CP, por no cumplir el criterio cronológico legalmente fijado, deban permanecer en prisión, aunque se hayan superado los límites previstos en el artículo 76.1 CP.

Como se precisa en la sentencia indicada “no existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la impunidad de los delitos cometidos cuando ya ha sido fijado un límite máximo de cumplimiento como consecuencia de la acumulación de condenas practicada con arreglo a aquel precepto”, concluyendo que “fuera de los supuestos previstos en el artículo 76 del CP, las limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad no operarían, y ello por cuanto, de lo contrario se estaría alentando la expectativa de impunidad que implica el saber que alcanzado el límite máximo de cumplimiento, todas las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad quedarían absorbidos por la susodicha acumulación y, en consecuencia, no habrían de cumplirse”.

La sentencia pretende neutralizar lo que ha venido a denominarse, reiteradamente, como “patrimonio punitivo”. Es decir, una suerte de privilegio que se ofrecería a la persona que sabedor de que las penas ya impuestas han cubierto el límite máximo de cumplimiento previsto en la norma podría cometer nuevos delitos sin consecuencia punitiva alguna. Para la sentencia 369/2104, “una cosa es la flexibilización absoluta del concepto de conexidad, desvinculándolo de su estricto significado procesal, y otra muy distinta admitir y alentar la impunidad de los delitos no susceptibles de acumulación (...)”.

La sentencia contiene una expresa llamada de atención frente “a la posibilidad de comisión de graves delitos en el establecimiento penitenciario en el que se extingue la condena de 30 años que, conforme al criterio interpretativo que anima el recurso, nunca podrían ser objeto de cumplimiento.

Se frustrarían con ello las exigencias inherentes a los principios de prevención general y especial que están en el fundamento mismo de la sanción penal”.

### **CLÁUSULA DE COSTAS**

3. Tal como previene el artículo 901 LECrim procede la condena en costas del recurrente.

### **FALLO**

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. M.R. contra el auto de 8 de junio de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. Dos de Mataró.

Condenando al recurrente al pago de las costas de esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULAN LAS EXCMAS SRAS. MAGISTRADAS Y LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, D<sup>a</sup> ANA FERRER GARCÍA, D<sup>a</sup>. SUSANA POLO GARCÍA, D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA Y D. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA.**

1. Sin perjuicio de compartir el fallo de la sentencia que desestima el recurso al no poderse reconocer efectos extintivos de las penas no acumulables que puedan superar los límites del artículo 76. 1º CP, el gravamen introduce una cuestión de especial relevancia constitucional que obliga a ser abordado en esta instancia casacional para identificar, a los fines nomofilácticos que nos incumben, una vía posible de reparación.

2. La Constitución, como no podía ser de otra manera, brinda al derecho a la libertad ambulatoria una vigorosa protección estableciendo significativas garantías institucionales. Entre estas, encontramos la de estricta

legalidad y tipicidad en la identificación de las causas y procedimientos de limitación y privación —vid. SSTC 19/1999, 92/2012, 84/2018—; la de interpretar de forma axiológicamente deferente hacia el propio valor libertad las normas reguladoras de la ejecución de la pena —vid. SSTC 57/2007—; la de exigir cualificados deberes de motivación en la fijación de la pena puntual —SSTC 75/2007, 25/2011—; la del *habeas corpus* como específico instrumento jurisdiccional de protección frente a privaciones ordenadas por agentes o autoridades no judiciales —vid 72/2019—; la del reconocimiento de acciones indemnizatorias frente al Estado, *ex* artículos 106 y 121 CE, en aquellos casos en los que la decisión privativa de libertad se hubiera basado en un error administrativo o judicial o en supuestos de prisión provisional cuando la persona que sufre la medida resulte finalmente absuelta y no concurren condiciones extintivas de la responsabilidad patrimonial de la administración —vid STC 85/2019—.

3. Garantías institucionales del derecho a la libertad entre las que también cabe incluir las fórmulas normativas que compensan medidas cautelares con penas privativas de libertad, como las previstas en los artículos 58 y 59, ambos, CP. Y aquellas como las contempladas en los artículos 76 y 78, ambos, CP, con fundamento en los principios de prohibición del exceso, interdicción de la arbitrariedad, dignidad humana y reinserción, que limitan el alcance temporal efectivo de las penas privativas de libertad. O las previsiones penitenciarias de refundición punitiva y tratamiento mediante fórmulas de progresión en grado.

4. Este grupo de garantías parten de un presupuesto común: la reacción del Estado frente al delito no puede cerrar definitivamente la puerta a que la persona condenada, pese a la gravedad o la cantidad de delitos cometidos, pueda recuperar su libertad y disfrutar con plenitud de su estatuto de ciudadanía. Los componentes retributivos de las penas o incluso los fines de prevención general y especial que puedan identificarse en su imposición deben ceder, dadas determinadas condiciones, ante intereses y valores que, como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la proporcionalidad, resultan más decisivos para conformar las bases de nuestro sistema político y de convivencia.

Dicha cesión constituye un imperativo axiológico de adecuación del poder de castigar a los valores que identifican al Estado como constitucional. Como afirmó el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia de 21 de junio de 1977 [BVerfGE, vol. 45, p. 187] —sobre la



pena de Cadena Perpetua [Lebenslange Freiheitsstrafe]–, «sería contrario a la disposición de la Ley Fundamental que prevé la dignidad humana que el Estado prive por la fuerza a una persona de su libertad sin que le dé la oportunidad concreta y realista de recuperarla». La rehabilitación, se afirma en la referida sentencia es «un imperativo constitucional para cualquier sociedad que tenga como pilar la dignidad humana». Doctrina que se reitera en la sentencia el 16 de enero de 2010 –BVerfG, 2 BvR 2299/09– en la que se aborda un caso de extradición en el que el autor se enfrentaba a una pena de “cadena perpetua agravada hasta la muerte” en Turquía. El Tribunal Constitucional Federal ante las vagas y residuales posibilidades de revisión –gracia presidencial, enfermedad, edad avanzada– negó la concesión de extradición «pues una condena que no ofrecía ninguna perspectiva concreta de liberación debía considerarse cruel y degradante y contraria a la dignidad humana, que el artículo 1 de la Ley Fundamental exige respetar».

5. Esta tensión entre ejecución penal y los límites axiológicos antes mencionados también ha sido objeto de especial atención por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al hilo de pronunciamientos alrededor de la pena a perpetuidad, el TEDH ha reiterado que, si bien el Convenio no prohíbe su imposición con relación a delitos especialmente graves, sin embargo, para que sea compatible con el artículo 3 –derecho a no sufrir trato inhumano y degradante–, el correspondiente sistema penal debe ofrecer perspectivas efectivas y reales de revisión que permitan la salida de prisión de la persona condenada –vid. SSTEDH (Gran Sala), caso Vinter y otros c. Reino Unido, de 9 de julio de 2013; caso Hutchinson c. Reino Unido, de 17 de octubre de 2017–. Reevaluación que ha de tomar en cuenta elementos como la retribución, la disuasión, la protección de la seguridad pública y, de forma destacada, la rehabilitación. El Tribunal de Estrasburgo ha subrayado la importancia del objetivo de la reinserción en el desarrollo de las políticas penales de los Estados –vid. STEDH (Gran Sala), Caso Khoroshenko c. Rusia de 15 de junio de 2015–. Como se destaca en el artículo 6 de las Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa, toda pena de prisión debe tener como finalidad facilitar la reintegración en la sociedad de la persona privada de libertad, precisándose en el artículo 102.1 que el régimen penitenciario de las personas condenadas “debe ser diseñado de tal manera que se les inculque una vida responsable y apartada de la delincuencia”.

6. También las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, en lógica concordancia con lo establecido en el artículo 10 §3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, obligan a las autoridades concernidas a utilizar todos los recursos disponibles para asegurar la reintegración de los delincuentes en la sociedad, estableciéndose específicamente que la principal finalidad de todo sistema penitenciario debe ser el cambio y la rehabilitación social de los reclusos. Finalidad que se enfatiza en la Observación General del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el referido artículo 10 del Pacto, cuando se afirma “que ningún sistema penitenciario puede basarse exclusivamente en una finalidad retributiva”. Presupuestos teleológicos que han sido también incorporados de forma expresa y sustancial en nuestra jurisprudencia constitucional –vid. SSTC 112/96, 9/203, 160/2012–.

7. Expectativa de libertad y de reinserción que ha sido identificada por el Tribunal Constitucional, en la reciente STC 169/2021, como condición basilar para validar constitucionalmente la pena de prisión permanente revisable –vid. fundamento jurídico 4º a). “el test de humanidad exige comprobar los siguientes puntos i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena, y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución”–.

8. Por su parte, la Recomendación (2003)22, relativa a la libertad condicional, adoptada del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 24 de septiembre de 2003 fija como principios generales en los apartados 3 y 4 que “la libertad condicional debe tener como objetivo ayudar a los presos a realizar una transición exitosa de la prisión a la vida en la comunidad de acuerdo con la ley, con condiciones y medidas de atención posterior a la liberación diseñadas para lograr este objetivo y para contribuir a la seguridad pública y a la reducción de la delincuencia en la sociedad. Para reducir los efectos nocivos del encarcelamiento y promover la reinserción de los reclusos en condiciones que garanticen la seguridad de la comunidad, la

legislación debe prever la posibilidad de la libertad condicional para todos los reclusos condenados, incluidos los que cumplen cadena perpetua. A los presos condenados a cadena perpetua no se les debe negar la esperanza de ser liberados. En primer lugar, porque no se puede argumentar razonablemente que todos los condenados a cadena perpetua seguirán siendo siempre peligrosos para la sociedad. En segundo lugar, porque la detención de personas que no tienen ninguna esperanza de salir en libertad plantea graves problemas de gestión, ya sea para fomentar la cooperación y frenar el comportamiento disruptivo, para ofrecer programas de desarrollo personal, para organizar la planificación de la condena o para garantizar la seguridad. Los países con cadena perpetua efectiva en su legislación deberían crear oportunidades para la revisión de la sentencia después de varios años y a intervalos regulares, para decidir si un condenado a cadena perpetua puede cumplir el resto de su condena en la comunidad y en qué condiciones y con qué medidas de cuidado”.

También debe destacarse en el ámbito de la Unión Europea, el apartado 2 del artículo 5 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 [2002/584/JAI], relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en el que se establece “que cuando la infracción en la que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad a perpetuidad, la ejecución de la orden podrá estar supeditada a que el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor prevea la revisión de la pena impuesta –a petición del interesado o, a más tardar, al cabo de veinte años– o la aplicación de las medidas de clemencia a las que tenga derecho la persona en virtud de la legislación o la práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida”.

9. Partiendo de lo anterior, y como apuntábamos, el mecanismo de la acumulación jurídica de penas del artículo 76 CP constituye, sin duda alguna, un instrumento decisivo de ajuste entre el resultado cuantitativo de las penas impuestas en el marco de fórmulas concursales de comisión y los fines de reinserción y rehabilitación. Dadas las condiciones tempo-procesales previstas en la norma, debe activarse una limitación penológica que parte de una suerte de regla presuntiva de merecimiento de pena por un injusto global conformado por todos los delitos que pudieron juzgarse en una misma causa y que se fija en el triple de la más grave de las concretas penas impuestas. Se intenta, de esta manera, corregir los excesos punitivos

que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática y cumplimiento sucesivo que se establece en los artículos 73 y 75 CP.

Como afirmábamos en la STS 367/2015, de 11 de abril, con relación al fundamento teleológico de la norma, “a diferencia de otros ordenamientos, que establecen una sola pena para diversos delitos enjuiciados en un mismo proceso, exasperando la pena del delito más grave, en el nuestro se sigue un sistema de acumulación matemática pura, que puede conducir en caso de multiplicidad de condenas a la vulneración del principio de proporcionalidad, alcanzando la suma de todas las penas legalmente correspondientes a los delitos cometidos, aun cuando fuesen delitos menos graves, cantidades desorbitadas, reñidas en su cumplimiento total y sucesivo con el principio constitucional de rehabilitación de las penas, e incluso con la duración de la vida del penado. En concreto, cuando se trata de una multiplicidad de delitos menores cometidos por el acusado en un determinado periodo de su juventud, en ocasiones vinculados al consumo de estupefacientes, o a otras circunstancias vitales, la regla general establecida en el art. 76 CP que limita el tiempo de cumplimiento efectivo al triple de la pena más grave, trata de evitar que quien solamente ha cometido delitos menores pueda sufrir, como consecuencia de la aplicación draconiana del sistema de acumulación matemática, una pena desproporcionada, que le mantenga en prisión durante un periodo tan prolongado de su vida que impida definitivamente su eventual rehabilitación. Y, al mismo tiempo, se trata de evitar que la acumulación de numerosos delitos menores acabe determinando el cumplimiento de una pena superior a la eventual comisión de delitos de mayor entidad, por ejemplo, contra la vida humana”.

10. Dicha finalidad ha justificado, precisamente, la progresiva desmaterialización de las decisiones de acumulación poniendo el acento casi exclusivamente en que dadas las condiciones temporales de producción de los distintos delitos pueda trazarse una posibilidad mínimamente razonable de enjuiciamiento conjunto –lo que ha tenido expreso reflejo en la regulación introducida por la reforma operada por la L.O 1/2015–. Lo que explica, en una lógica de consecuencias ajustadas a dicha finalidad, que se impusiera finalmente en la jurisprudencia de este Tribunal la oportunidad de revisar decisiones de acumulación jurídica por el conocimiento posterior de nuevas penas susceptibles de haber sido acumuladas –vid. SSTs 344/2014 de 24 de abril, 812/2014 de 2 de diciembre, 367/2015 de 11 de abril–. La

revisión, en estos casos, no debe limitarse a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el auto-fuente, incluidas aquellas que se descartó su acumulación por no considerarse entonces procedente, pero que, ahora, sí podrían ser acumulables con motivo de la nueva sentencia a incorporar, siempre que los hechos cometidos lo sean anterioridad a la fecha del primer enjuiciamiento de los que fueron objeto de acumulación –vid. SSTS 207/2014 de 11 de marzo, 214/2012 de 20 de marzo, 146/2010 de 4 de febrero, 181/2010 de 24 de febrero–.

11. De tal modo, la decidida interpretación a favor de reo determina el alcance de la reacumulación, como se precisa en la STS 707/2013, de 30 de septiembre, a dos supuestos: primero, cuando todas las penas puedan ser acumuladas, de manera que el límite máximo de cumplimiento así obtenido sea inferior a la suma de la nueva condena más el límite máximo resultante de la anterior acumulación; segundo, cuando, excepcionalmente, no todas las penas anteriores fuesen acumulables, pero alguna sí, en cuyo caso podrían formarse dos bloques, modificando la acumulación anterior, de manera que el resultado obtenido sea más favorable al reo. Es decir, cuando las penas que puedan acumularse en la nueva acumulación puedan ser extraídas de la acumulación anterior, determinando una rebaja de la misma. De modo que el resultado final de ambas acumulaciones, o dicho de otra manera la suma de los límites máximos fijados por ambas acumulaciones, sea inferior a la suma de la nueva condena más el límite máximo fijado en la acumulación anterior. Lo que excluye a aquellos supuestos en los que la nueva pena acumulable pudiera perjudicar retroactivamente a una acumulación jurídica ya practicada –vid. STS 258/2014, de 1 de abril–.

12. Sin embargo, el régimen legal de acumulación y su decidido tratamiento expansivo no excluye el riesgo de que, en supuestos de una actividad delictiva con una particular proyección en el tiempo, marcada por la reincidencia y la comisión sucesiva de delitos, se pueda configurar, por las sucesivas refundiciones, un objeto de ejecución que supere en mucho los límites absolutos de cumplimiento previstos en el artículo 76 CP. Lo que acontecerá cuando, atendidas las diversas condiciones tempo-procesales de producción y enjuiciamiento de los delitos sucesivos, no resulte posible la reacumulación jurídica de penas.

En estos casos no solo se pone a prueba la compatibilidad del objeto de ejecución con los fines de reinserción, sino que, además, pueden producirse resultados axiológicamente paradójicos pues personas condenadas

a cientos o miles de años por la comisión de gravísimos delitos –de terrorismo, por ejemplo–, se verán beneficiados por los topes máximos fijados en el artículo 76.1 CP mientras que otras, a pesar de estar condenadas a bastantes menos años y por delitos de muy inferior gravedad, al no poderse beneficiar de las señaladas limitaciones legales, se enfrentan a condenas, de facto, de mucha mayor duración.

Esta sala de casación, y como se indica en la sentencia del pleno, ha abordado esta delicada cuestión en la STS de 21 de enero de 2014, avalando, por mayoría, la solución de que aquellas personas condenadas a penas que no son susceptibles de ser limitadas en virtud del art. 76.2 del CP, por no cumplir el criterio cronológico legalmente fijado, deban permanecer en prisión, aunque se hayan superado los límites previstos en el artículo 76.1 CP. Las razones aparecen reflejadas en la sentencia de pleno a la que responde este voto concurrente y a ellas nos remitimos.

13. No obstante, la propia sentencia de 2014, incluido el voto particular discrepante que se formuló, patentiza la tensión axiológica entre la oportunidad de límites absolutos de pena para evitar indeseables marcos de pena perpetua y la también necesidad de neutralizar los riesgos de impunidad mediante fórmulas de saldo punitivo a futuro. Tensión que, a nuestro parecer, ha aumentado desde la entrada en vigor de la L.O 1/2015 por la que se introduce en nuestro sistema de penas la prisión permanente revisable.

Es obvio que dicha pena pasa a cumplir una función de indicador sistemático de proporcionalidad tanto del propio sistema de penas como de su modelo de ejecución. No resulta constitucionalmente asumible que una persona que ha cometido delitos de muy inferior gravedad, incluso de naturaleza no grave, pueda permanecer privada de libertad, sin expectativas de reductibilidad efectiva, más tiempo que aquella que, por haber cometido delitos de extremada gravedad, se ha hecho merecedora de una pena que extingue prima facie cualquier riesgo de patrimonio punitivo. La prisión permanente revisable además de introducir tensión axiológica sobre el modelo pone también al descubierto contradicciones sistemáticas.

14. En efecto, como se destaca en la STC 168/2021 –fdto. 7 apartado c)– que valida constitucionalmente dicha modalidad de pena, la proporcionalidad en sentido estricto de la misma queda salvaguardada en la medida en que se previenen mecanismos de acceso al tercer grado y a la suspensión del resto de pena en plazos, se afirma, “que no exceden el marco de la

pena de prisión de duración determinada en su expresión máxima (treinta años: art. 70.1.3 CP) por lo que puede afirmarse que no representan un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal”. Incluso, los pone en relación con los límites de cumplimiento derivados de la acumulación jurídica de penas previstos en el artículo 76.1 y con las condiciones precisadas en el artículo 78 CP de acceso, en estos casos, a permisos, tercer grado y libertad condicional, destacando que tanto los unos como las otras pueden resultar más gravosas.

15. En todo caso, lo que no parece cuestionable es que, si la prisión permanente exige limitaciones y ajustes de reductibilidad de iure y de facto que le permitan superar el control de convencionalidad y de constitucionalidad, también deberán activarse respecto a un régimen de acumulación sucesiva de penas que puede generar un resultado de privación de libertad que, en la práctica, puede considerarse igual de afflictivo.

En particular, en aquellos casos en los que, no dándose el presupuesto tempo-procesal de acumulación jurídica del artículo 76.2 CP, el resultado temporal de la acumulación sucesiva de penas genera, sin embargo, una pena refundida ex artículo 139 RP, que supera los límites previstos en el propio artículo 76.1 CP agravando, con ello, las condiciones para acceder al régimen general de suspensión del resto de pena previsto en el artículo 90 CP.

La suma aritmética de periodos de penas no acumulables para su cumplimiento sucesivo puede comportar una respuesta desmedida, “un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal (STC 169/2021)”, privando a la persona condenada de expectativas reales y efectivas de libertad. Dicho resultado obliga a introducir algún tipo de reajuste de reductibilidad que neutralice el resultado de perpetuación prohibido por el artículo 3 CEDH.

16. Así, en aquellos supuestos en los que, a consecuencia de la refundición de penas privativas de libertad determinada, el acceso al régimen suspensivo general del artículo 90.1 en relación con lo previsto en el artículo 78, ambos, CP, se sitúe por encima de los 25 años de prisión, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad estricta en el régimen de cumplimiento de penas –vid. STC 169/21–, se debería abrir, cumplido dicho término, un incidente *ad hoc* para la posible suspensión de ejecución del resto de la pena refundida, en aplicación analógica

del que se regula en el artículo 92 CP para la prisión permanente revisable. Incidente cuya finalidad sería la de determinar, atendido el grado penitenciario alcanzado y a la luz de las circunstancias relativas a la personalidad del penado, antecedentes, circunstancias de los delitos cometidos, relevancia de los bienes jurídicos afectados, conducta durante el cumplimiento de la pena, circunstancias familiares y sociales, si concurre un pronóstico favorable de reinserción social como presupuesto de la suspensión.

17. En supuestos en los que pueda identificarse una suerte de modelo delincencial en el que se repite la comisión de injustos no graves más o menos homogéneos, en condiciones de culpabilidad y motivacionales también similares, la limitación de la posible acumulación de penas por la razón tempo-procesal prevista en el artículo 76. 2 CP, no puede justificar, sin más, periodos de cumplimiento sucesivos de pena que desborden todos los límites materiales del artículo 70.4 CP. Estos indican con claridad que la pena superior a treinta años, salvo las circunstancias específicas, entra en el espacio de punición de prisión permanente revisable. Supuestos de refundición que pueden comportar que el penado supere, sin expectativas de revisabilidad, el tiempo de veinticinco años que permite a la persona condenada a prisión permanente revisable acceder al régimen de suspensión del resto de la pena.

18. Creemos que la fórmula suspensiva que propugnamos como de aplicación posible en modo alguno equivale a conceder un crédito punitivo al infractor. No se trata de extinguir las penas jurídicamente no acumulables sino, en su caso, de suspender su ejecución tomando en consideración las circunstancias socio-personales del penado y una evaluación normativa en conjunto de todos los delitos cometidos, tal como se precisa en el párrafo segundo del artículo 92.1 CP, fijando un régimen teleológicamente orientado de condiciones suspensivas.

Esta aproximación heurística a una trayectoria delictual jalonada por un número significativo de delitos no necesariamente graves pero que arroja un resultado punitivo draconiano, como se calificaba en la sentencia 367/2015, y que, en cierto sentido, pone en entredicho la propia eficacia del sistema penal como instrumento de reinserción, permitiría, mediante el establecimiento de las condiciones suspensivas que procedan, obtener un razonable equilibrio entre los fines de reinserción y los de seguridad, retribución y prevención. Evitando, al tiempo, que las penas de cumplimiento sucesivo, por la imposibilidad de una nueva reacumulación jurídica, no se



conviertan, *de facto*, en perpetuas. Ofreciendo de esta manera, como exigen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, una oportunidad a la vida en libertad de la persona penada sin descuidar otros fines de protección que también justifican la imposición de penas.

19. Insistimos. No es sistemática ni axiológicamente admisible que una persona condenada por delitos de especial gravedad a penas de prisión permanente revisable se le reconozca un mecanismo de reductibilidad de iure a los 25 años de prisión y a otra persona condenada por delitos de menor gravedad y a consecuencia de la refundición de penas no acumulables pueda permanecer en prisión sin dicha expectativa de reductibilidad por un tiempo superior. Por ello, creemos que, en aquellos supuestos en los que la pena refundida, integrada por penas privativas de libertad determinada, comporte que el periodo en el que el penado puede acceder al régimen general de suspensión del artículo 90 CP supere el límite del previsto para la suspensión del resto de la pena de la prisión permanente revisable, y por exigencias de interpretación sistemática, debería activarse el mecanismo del artículo 92 CP. incluyendo la fijación, en caso de denegación, del plazo para decidir de nuevo sobre la suspensión, en los términos precisados en el artículo 92.4 CP. Solución que, hasta que la cuestión sea abordada por el legislador, se ajusta, a nuestro parecer, a las exigencias de interpretación adecuada a la Constitución que impone la efectiva protección del derecho a la libertad.

20. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, el contenido del derecho fundamental a la libertad ambulatoria debe actuar, en todo proceso decisonal que pueda afectarlo, “como la clave lógica de la interpretación de la ley y no la interpretación de esta como el elemento definitorio del derecho fundamental” –vid. STC 57/2008–.

Nuestro sistema penal no puede generar, de facto, un régimen de cumplimiento en perpetuidad de penas privativas de libertad sin ofrecer una vía de revisabilidad que permita al penado, dadas las circunstancias concurrentes antes señaladas, cuando llegue a los 25 años de cumplimiento efectivo, acceder a la suspensión del resto de pena.

A nuestro parecer, el recurso ofrece la posibilidad de abrir esta vía interpretativa para activar el correspondiente incidente suspensivo ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y por ello creemos necesario hacerlo constar mediante este voto concurrente.

## **VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO SR. MAGISTRADO D. PABLO LLARENA CONDE**

### **PRIMERO.-**

1.1. El recurrente ha sido condenado en múltiples ocasiones y se ha beneficiado de dos refundiciones de penas que se ajustan a las previsiones del artículo 76 del CP:

- a. La primera acumulación, acordada por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de mayo del año 2.000, agrupó varias condenas para las que se estableció un límite de cumplimiento de 15 años.
- b. La segunda acumulación, realizada quince años después por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Getafe, refundió un conjunto de condenas que le habían sido impuestas por hechos perpetrados con posterioridad a los delitos contemplados en la primera acumulación.

Lo que el recurrente denuncia en el presente recurso es que se ha rechazado su pretensión de incorporar a esta segunda acumulación (acordada en junio de 2015), la pena de 4 meses de prisión que le ha sido impuesta por el Juzgado de lo penal n.º 2 de Mataró por un delito que el recurrente perpetró con posterioridad al enjuiciamiento de los delitos refundidos, en concreto el 20 de noviembre de 2017.

1.2. Su pretensión ha sido unánimemente rechazada en la actual Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al coincidir todos los Magistrados en que la acumulación que se pretende pugna con el criterio cronológico que, según la jurisprudencia y la actual redacción del artículo 76.2 del CP, rige la acumulación de penas privativas de libertad.

1.3. Pese a esa unanimidad, se ha emitido un voto particular que ofrece tres singularidades insólitas:

La primera, que el voto particular no se presenta para reforzar los argumentos de la decisión como correspondería a un voto particular concurrente, sino para emitir un parecer *obiter dictum*, esto es, una consideración jurídica tangencial que es ajena a la controversia.

La segunda, que esta reflexión jurídica no se comparte por la mayoría de la Sala, razón por el que el *obiter dictum* no se incorporó en el texto argumentativo de la Sentencia y por último, que el voto particular ni siquiera

responde a afirmaciones *obiter dictum* que, en sentido contrario, hayan sido sustentadas en la sentencia de la mayoría.

1.4. En esta dinámica de hacer visible una reflexión jurídica innecesaria para alcanzar el pronunciamiento adoptado por unanimidad y que carece del apoyo mayoritario de la Sala, un primer posicionamiento como Magistrado consistiría en confiar en la irrelevancia jurisprudencial de los votos particulares dictados en minoría y, por ello, eludir cualquier análisis de la cuestión doctrinal que ha introducido el voto reservado.

Sin embargo, personalmente considero que concurren razones que justifican que extienda mi reflexión al análisis de lo que el voto particular suscita pues, lejos de limitarse a plasmar un posicionamiento doctrinal, el voto particular invita expresamente a los penados a activar ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria un incidente procesal que evalúe si son merecedores de una suspensión de la ejecución de la pena o de concesión de la libertad condicional en un supuesto que no está previsto por el legislador. Con la singularidad de que la invitación se hace después de apelar, de manera expresa, a la función nomofiláctica que tiene la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que parece que escamotea que la posición de un órgano colegiado y deliberativo se conforma a partir de la disposición mayoritaria de sus miembros.

De ese modo, al ser una cuestión *obiter dictum* que cuenta con el apoyo de varios Magistrados, y puesto que el voto particular sustenta algo que la Sala no refleja ni contradice en la sentencia mayoritaria por ser tangencial a la decisión que se adopta, una lectura desatenta podría favorecer la creencia de que la actuación procesal impulsada en el voto particular concitará el apoyo mayoritario de la Sala cuando sea materia de recurso o cuando el Tribunal tenga que decidir realmente sobre ella.

En modo alguno resulta así. Como ya he adelantado, la reflexión tangencial que el voto particular recoge fue objeto de análisis en la deliberación de este caso y si no se recoge como *obiter dictum* en la sentencia que resuelve el recurso, fue porque la mayoría de los Magistrados del Tribunal rechazó la sugerencia.

De este modo, debe subrayarse que el leve valor orientativo que pueda tener un *obiter dictum* para la función nomofiláctica de la Sala, de operar en algún sentido, debe hacerlo en sentido inverso al que el voto particular refleja, esto es, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no contempla

que los penados puedan aspirar a obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por el mero hecho de que el cumplimiento sucesivo de sus penas haya llegado a rebasar el término de 25 años, si esta posibilidad de suspensión no se ajusta a las previsiones ofrecidas por el legislador y recogidas en el artículo 90 del CP.

SEGUNDO.- Los firmantes del voto particular admiten que las penas privativas de libertad impuestas al recurrente no son acumulables a efectos de fijar los límites de cumplimiento del artículo 76, pero entienden que existe un mecanismo legal que permite evitar la afflictividad de un cumplimiento sucesivo de los distintos bloques de penas impuestas.

Los Magistrados discrepantes comienzan su análisis recordando la inquestionable doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, en la que se remarca que toda persona que haya sido condenada a la privación de su libertad personal debe tener una oportunidad concreta y realista de obtener su liberación.

Desde esta doctrina, que toda la Sala comparte y que no se cuestiona, aducen que si la pena de prisión permanente revisable salvaguarda su constitucionalidad porque posibilita que el penado pueda acceder a la libertad condicional a los 25 años de haber iniciado el cumplimiento de la pena (art. 92 CP), no pueden aceptarse periodos de cumplimiento sucesivo de otras penas privativas de libertad que desborden ese límite en su conjunto.

Consideran que, tras 25 años de prisión efectiva, cualquier penado podría promover un procedimiento semejante al descrito en el artículo 92 del CP que permita suspender la ejecución del tiempo de prisión que le quede por cumplir. De este modo, dicen, la revisión para el otorgamiento de la libertad condicional prevista para la pena de prisión permanente revisable en el artículo 92 del CP, puede abordarse también: 1) Cuando la refundición de penas prevista en el artículo 76.1 del CP comporte un periodo de cumplimiento efectivo superior a los 25 años de prisión y 2) Cuando por no ser factible la acumulación de penas o de bloques de penas a la luz del artículo 76.2 del CP, el cumplimiento sucesivo haya obligado a un penado a estar más de 25 años en prisión, «en supuestos en los que pueda identificarse una suerte de modelo delincencial en el que se repite la comisión de injustos no graves más o menos homogéneos, en condiciones de culpabilidad y motivacionales también similares».

TERCERO.- El voto particular, tras acudir a valores y derechos constitucionales como la libertad, la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes, o la finalidad de la pena, proclama que no es axiológicamente admisible que a una persona condenada por delitos de especial gravedad a penas de prisión permanente revisable se le reconozca un mecanismo de reductibilidad *de iure* tras 25 años de prisión y que otra persona condenada por delitos de menor gravedad pueda permanecer en prisión sin dicha expectativa por un tiempo superior. Junto a ello se proclama la inadmisibilidad de cualquier interpretación sistemática del CP que excluya que pueda aplicarse el artículo 92 del CP a supuestos de cumplimiento de penas privativas de libertad que tienen un inferior rigor punitivo que la prisión permanente revisable que el precepto contempla.

3.1. Personalmente percibo que en la minuciosa argumentación del voto particular se desvanece la razón constitucional o de legalidad ordinaria que justifica el posicionamiento.

Sin embargo, puesto que el voto particular no apuesta por plantear la inconstitucionalidad de ningún precepto del CP actualmente vigente, sino que precisamente impulsa un comportamiento procesal concreto, lo que implícitamente se está defendiendo es: a) O bien que para aquellos supuestos específicos que no han sido contemplados por el legislador hay que integrar la regulación sobre el otorgamiento de la libertad condicional a partir de las exigencias constitucionales axiológicas que identifican en el voto o bien; b) Que existe una previsión legislativa que contempla todos los supuestos, pero para la que es precisa una lectura interpretativa de determinados extremos que resultan confusos.

3.2. Por otro lado, no sólo encuentro indefinición en las razones justificativas, sino también en los supuestos de hecho en los que consideran oportuno aplicar su tesis.

- a. De un lado, se habla de aplicarlo a todos los supuestos de refundición de penas del artículo 76.1 del CP, lo que obviamente remite a los casos de mayor gravedad del CP, esto es, a los supuestos de refundiciones de penas que se saldan con un deber de cumplimiento de 40 años, pues nuestro legislador ya admite que los sometidos a un cumplimiento de hasta 30 años de prisión puedan obtener su libertad condicional a los 22 años y 6 meses (art. 90.1 CP) o incluso a los 20 años si se dan las circunstancias de participación en el tratamiento

penitenciario que recoge el artículo 90.2 del CP. Hablamos así de los mayores perfiles criminales de nuestro país, incluso de aquellos que delincan con posterioridad a la implantación de la pena de prisión permanente revisable dado el estrecho espacio de tipos penales a los que esta pena se aplica.

- b. De otro, se amplía la aplicación a aquellos supuestos en los que el cumplimiento efectivo superior a 25 años de prisión surge de la comisión y del enjuiciamiento sucesivo de varios delitos, de modo que sus penas no han resultado acumulables (art. 76.2 CP).

Para estos casos no se determina con claridad quiénes serían los merecedores del beneficio, ni cuál sería el criterio concreto de aplicación.

Inicialmente parece acotarse la aplicación a aquellos supuestos en los que pueda identificarse una suerte de modelo delincencial en el que se repite la comisión de injustos no graves más o menos homogéneos, en condiciones de culpabilidad y motivacionales también similares.

Sin embargo, esta delimitación desaparece de facto, pues el voto particular invita a promover los expedientes de libertad condicional sin restricción ninguna. Los Magistrados no definen la antijuridicidad o la gravedad de los delitos merecedores del privilegio, tampoco la homogeneidad típica, temporal o circunstancial con la que deben estar engarzados. El voto particular no expresa las razones de culpabilidad que pueden justificar la limitación de tratamiento penitenciario o no esclarece qué impulsos motivacionales semejantes pueden llevar a renunciar atajarlos con el tratamiento penitenciario o incluso para qué delitos puede decaer el derecho a la seguridad colectiva cuando se evidencia que ha fracasado el tratamiento penitenciario aplicado entre las distintas actuaciones delictivas (art. 76.2 CP).

Y la razón de que esta acotación de supuestos sea meramente formal y se invite a todos los responsables penales a reclamar la libertad condicional sin definir los axiomas constitucionales y legales de política criminal y de funcionalidad punitiva que deben regirlo, es porque el voto particular se centra en otro aspecto. En realidad, lo que se objeta es que se exija un cumplimiento penitenciario superior a 25 años con independencia de cuál sea la gravedad y el número de los delitos cometidos, recogándose en el punto conclusivo n.º 18 que el sistema de cumplimiento del artículo 90 pone en entredicho la propia eficacia del sistema penal como instrumento de reinserción, afirmando que produce un efecto punitivo draconiano en

todos los supuestos de trayectoria delictual jalonada por un número significativo de delitos que convierte el cumplimiento en penas perpetuas. Esa es la razón que justificaría la libertad condicional y por la que la solución que proponen (incluso en supuestos de delitos graves) se equipara a la que también reclaman para los supuestos más graves del artículo 76.1 del CP.

#### CUARTO.-

4.1. Rechazo que la constitucionalidad del mecanismo de cumplimiento de las penas privativas de libertad exija, como criterio axiológico, que pueda suspenderse el cumplimiento de cualquier responsabilidad por el concreto y específico hecho de que el penado alcance un tiempo máximo de 25 años de estancia en prisión.

Así lo ha proclamado la doctrina constitucional que, antes incluso de la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro CP por la LO 1/2015 y respetando en todo caso el axioma proclamado por el TEDH (Vinter) de que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal que lo justifique, tenía ya expresado (STC 91/2000) que la calificación como inhumana o degradante de una pena no puede derivarse exclusivamente de su duración, sino que exige un contenido material que está asociado a su forma de ejecución y a sus modalidades, subrayando que nuestro sistema penitenciario de individualización científica satisface los estándares europeos de tratamiento a los penados que cumplen penas de prisión perpetuas o de larga duración mediante mecanismos progresivos de compensación de los efectos nocivos de la prisión prolongada; mecanismos que no se limitan a la concesión de la libertad condicional en un momento específico y para que opere como un resorte automático.

En el mismo sentido, la STC 41/2012, de 29 de marzo, FJ 10, en relación con penas acumuladas de larga duración (30 años por aplicación del art. 70.2 CP de 1973), estableció que las mismas no infringían el artículo 25.2 de la Constitución Española, aunque no pudieran verse reducidas por la aplicación de otros instrumentos normativos como la redención de penas del anterior CP (art. 100), porque «las previsiones de la legislación penitenciaria vigente, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad

condicional incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que [los penados] se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad». En parecidos términos se expresaba la STC 114/2012, de 24 de mayo, FJ 7.

4.2. Si con anterioridad a la introducción de la prisión permanente revisable no resultaba contrario a nuestras garantías constitucionales que determinados supuestos de cumplimiento conjunto de penas privativas de libertad tuvieran un plazo para la obtención de la libertad condicional superior a los 25 años, el adelanto del plazo constitucional de revisión a partir de una reforma de la legislación ordinaria solo puede resultar de las exigencias constitucionales de proporcionalidad y funcionalidad en la reacción punitiva ante el delito.

Ese es el posicionamiento del voto particular, que sintetiza que si la pena de prisión permanente se ha modulado por el legislador en el sentido de hacerla revisable a los 25 años, puesto que cualquier otra pena privativa de libertad se ubica en una posición inferior dentro de su misma escala gradual (arts. 33.2, 70.3 y 70.4 CP), no resulta constitucionalmente aceptable que el legislador considere cumplido el periodo de seguridad para el responsable del delito más grave y admita evaluar el grado de rehabilitación alcanzado a efectos de ser puesto en libertad pero, sin embargo, exija permanecer inexcusablemente en prisión a quien está condenado por una acción típica de inferior relevancia.

No obstante, la convicción del voto particular de que esa realidad rompe los axiomas constitucionales de proporcionalidad y de funcionalidad de la pena, creo que sólo es predicable desde el contraste asimétrico y simplificado que sus firmantes plantean. En mi opinión, los Magistrados defensores del voto particular realizan su comparación a partir de parámetros desiguales. Utilizan el patrón con que el legislador ordena evaluar la oportunidad de conceder la libertad condicional al autor de un único delito grave que está castigado con la pena de prisión permanente revisable, pero no para proyectarlo sobre cualquier otro delito de inferior gravedad e igualmente aislado (pues son conscientes que en estos delitos aislados la pena más grave es de 30 años y el legislador permite su revisión en un plazo inferior a 25 años), sino para acotar aquellos casos en los que la realidad criminal es bien distinta y está integrada por comportamientos criminales persistentes.



4.3. Considero que es la perspectiva de su observación la que les impide identificar los verdaderos axiomas constitucionales y la que conduce al error de su planteamiento.

Como ya he adelantado, para las penas privativas de libertad de duración inferior a la prisión permanente, el artículo 90.1 del CP establece unos plazos de concesión de la libertad condicional que son decrecientes en función de la menor duración de la pena. En concreto, la pena más grave que puede ser impuesta inmediatamente después de la de prisión permanente y por la perpetración de una actuación criminal aislada, es la de 30 años de prisión, a tenor del artículo 70.4 del CP. Para ella se establece un plazo de revisión de 22 años y 6 meses, lo que comporta un absoluto respeto del axioma constitucional que el voto particular subraya. De este modo, parece lógico presumir que el legislador sí ha contemplado el esquema más básico de revisión de penas que maneja el voto particular.

Sin embargo, es el voto particular el que no contempla las lógicas desviaciones que los principios constitucionales imponen para otros supuestos más complejos y que el legislador sí ha evaluado.

Una vez que la pena ha satisfecho su componente de proteger los bienes jurídicos mediante un primer tramo de cumplimiento en el que la reacción punitiva resulta disuasoria y coherente con el principio de culpabilidad o con la prevención general de respeto a la norma penal, el axioma constitucional de proporcionalidad y funcionalidad de la pena exige que exista una congruencia entre la duración de cumplimiento y la peligrosidad criminal del sujeto, adaptado también a los valores constitucionales de reinserción y de protección del grupo social.

Para alcanzar la congruencia en esos términos debe perfilarse la peligrosidad del sujeto activo, la cual no sólo se refleja por la gravedad del delito cometido, sino que fluye especialmente de la tendencia criminal de su autor y de la eficacia que el tratamiento penitenciario pueda tener para corregir sus comportamientos.

Son precisamente estos axiomas constitucionales los que impulsan al legislador a no proclamar un único periodo de seguridad para la prisión permanente revisable sino varios, estando estos periodos de revisión determinados precisamente por la naturaleza del comportamiento delictivo por el que se ha impuesto la prisión permanente revisable y, particularmente,

por el perfil de criminalidad del responsable y la peligrosidad de los comportamientos que añade.

Aun cuando la prisión permanente revisable establece la obligación de evaluar la resocialización del penado a los 25 años de su ingreso en prisión (art. 92 CP), no es este un tiempo que se profile como determinante de su salvaguarda constitucional. El legislador retrasa el plazo de evaluación en determinados supuestos en los que el sujeto ha sido condenado por más de una actuación delictiva. Para estos casos, el periodo de seguridad se fija en 30 años si el penado ha sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos están castigados con pena de prisión permanente revisable. También se establece el plazo de 30 años para revisar la condena por varios delitos cuando una de las infracciones penales que determina la responsabilidad está castigada con prisión permanente revisable y el resto de penas suman 25 años o más (art. 78 bis.2 CP). El plazo es de 28 años cuando hay pluralidad delictiva y los delitos han sido perpetrados en organizaciones y grupos terroristas, o cuando se trata de delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; recogiendo también, para esta tipología de delitos, una segunda especialidad si se trata de condenas por dos delitos castigados con pena de prisión permanente revisable o por otros delitos que sumen al menos 25 años de prisión, supuesto en el que se establece un periodo de seguridad de 35 años (art. 78 bis.3 CP).

Estas restricciones, fijadas en la legislación ordinaria para retrasar temporalmente el acceso a la libertad condicional en penados condenados a prisión permanente revisable, descansan en criterios de valoración de la persistencia en el delito y van más allá del mero análisis de la pena prevista en el CP para un tipo penal aislado. Y nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que el retraso de la posibilidad de acceder a la libertad condicional en esas condiciones, no solo refleja magnitudes homologables en el Derecho Comparado, sino que no comporta una anulación de la expectativa del penado de reincorporarse a la sociedad, ni entraña efectuar el juicio de su peligrosidad exclusivamente en virtud de la naturaleza del delito cometido, por lo que niega que la mayor dimensión de los plazos resulte constitucionalmente rechazable (STS 169/2021, de 6 de octubre).

4.4. Con todo lo expuesto, no puede sostenerse que una norma de legalidad ordinaria que establezca plazos de revisión superiores a los 25 años para penas privativas de libertad distintas de la prisión permanente revisa-

ble quebrante necesariamente las exigencias constitucionales porque sea de 25 años el plazo para la revisión de la pena de prisión permanente revisable que se haya impuesto aisladamente.

La doctrina constitucional sobre las normas que regulaban la acumulación o el cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015, no proclamó un vicio de inconstitucionalidad cuando se preveía que el cumplimiento o la posibilidad de otorgar la suspensión de la ejecución de las penas se posponía más allá de los 25 años. Y tras la entrada en vigor de la prisión permanente revisable, tampoco el Tribunal Constitucional ha aceptado que los axiomas de constitucionalidad excluyan que el cumplimiento o la posibilidad de otorgarse la libertad condicional puedan retrasarse más allá de los 25 años si el perfil criminal del sujeto, contemplado desde un pronóstico individual de reiteración en la comisión de los delitos más graves, así lo justifica.

Consecuentemente, debe concluirse que son constitucionalmente válidos los plazos extraordinarios para la concesión de la libertad condicional en todos aquellos supuestos en los que, sin estar prevista la pena de prisión permanente revisable, las penas privativas de libertad que se imponen reclaman un periodo de seguridad superior a 25 años en consideración a la extraordinaria gravedad de los delitos perpetrados y el perfil de reiteración delictiva que se aprecia en el penado.

QUINTO.- Evaluando el plano de legalidad ordinaria, lo primero que resalta es que el legislador ha previsto con claridad el momento en que puede acordarse la concesión de la libertad condicional en todos los supuestos contemplados en el voto particular, de modo que la propuesta que analizo, lejos responder a una labor de integración del vacío normativo o de pretender interpretar normas regulatorias oscuras, lo que directamente realiza es abrogar la previsión parlamentaria y sustituirla por las que los Magistrados contemplan.

5.1. No se cuestiona en el voto particular que para actuaciones delictivas aisladas que estén sancionadas con pena de prisión permanente revisable, la revisión de la pena y la concesión de la libertad condicional está contemplada en el artículo 92.1 del CP, fijando un periodo de cumplimiento de 25 años. Tampoco se cuestiona que para otras penas privativas de libertad que se impongan por un delito aislado, la concesión de la libertad condicional se ajusta a unos plazos que se van reduciendo en el artículo 90 del CP en

función de la menor extensión de la pena. Y siendo la pena de prisión por 30 años la inmediatamente inferior a la pena de prisión permanente revisable (art. 70.4 CP), la revisión ajustada a la previsión del artículo 90.1 del CP no genera discrepancia, pues la concesión de la libertad condicional, en el peor de los supuestos, podrá tener lugar a partir de los 22 años y 6 meses de cumplimiento.

5.2. El primer supuesto que aborda el voto particular viene referido (punto 16) «a los que, a consecuencia de la refundición de penas privativas de libertad determinada, el acceso al régimen suspensivo general del artículo 90.1 en relación con lo previsto en el artículo 78, ambos del CP, se sitúe por encima de los 25 años de prisión».

Para estos casos el voto particular propone un régimen de revisión a los 25 años por aplicación analógica de lo dispuesto para la pena de prisión permanente revisable en el artículo 92 del CP, pero lo que se denomina aplicación analógica no es sino dejar de aplicar el artículo 90 que les incumbe y trasladar unas previsiones legales –las del artículo 92– a presupuestos distintos que el legislador decidió tratar de manera diferenciada.

Del mismo modo que el artículo 78 bis del CP establece unos plazos especiales para la revisión de la pena de prisión permanente revisable cuando a esta pena se le acumulan condenas por otros delitos, para el supuesto equivalente en el que se acumulen un conjunto de delitos todos ellos castigados con penas privativas de libertad de duración limitada, el legislador agrava el plazo de revisión respecto del que resultaría aplicable para una actuación criminal aislada. En estos supuestos dispone que el momento en que podrá concederse la libertad condicional debe calcularse a partir de la pena global resultante (arts. 90 y 78 CP).

El posicionamiento legislativo responde al desvalor del comportamiento y al perfil de criminalidad del sujeto, sin que pueda desconocerse tampoco que el plazo de revisión superior a los 25 años solo opera en aquellos supuestos en los que la pluralidad delictiva corresponde a actividades terroristas y alguno de los delitos perpetrados tiene prevista una pena privativa de libertad superior a 20 años, o cuando el autor ha perpetrado al menos dos delitos castigados con pena superior a los 20 años. Supuestos de extraordinaria gravedad plenamente homologables a aquellos en los que, por existir una pena de prisión permanente revisable y actividad terrorista

u otras penas graves, el artículo 78 bis impone un periodo de seguridad superior a 25 años.

Debe observarse, por último, que la previsión del artículo 78 del CP, no resulta realmente afectada por la previsión del voto particular. El régimen de agravación del periodo de seguridad que recoge el artículo 78 del CP no es sino de imposición facultativa y, por otro lado, el legislador ya contempla que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda eliminar la agravación en la eventualidad de que el tratamiento penitenciario lo justifique, esto es, permite realizar la modulación que el propio voto particular propone.

5.3. En el segundo supuesto se reclama la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad en todos aquellos casos en los que las condenas no sean acumulables conforme al artículo 76.1 del CP, siempre que el tiempo de privación de libertad supere los 25 años de prisión.

La oferta del voto particular nuevamente comporta una salida que abroga la previsión legislativa recogida en los artículos 76.2 y 90 del CP, resultando además contraria a los fundamentos constitucionales que se enarbolan.

Puesto que el artículo 76.2 del CP establece el criterio cronológico como el único factor que impide que se acumulen las penas impuestas por delitos cometidos con posterioridad a otras por las que el responsable ya fue también juzgado y condenado, y puesto que se constata en el planteamiento del voto particular que esas penas previas de prisión se han ido cumpliendo total o parcialmente durante años, la nueva actuación delictiva patentiza el fracaso del tratamiento penitenciario y del proyecto de resocialización del penado. Son supuestos en los que los nuevos comportamientos delictivos se ejecutan después de que el sistema penal haya reprochado al sujeto activo su comportamiento previo y después de que el autor haya estado sometido a un largo tratamiento penitenciario orientado a su formación.

Para estos supuestos, ni existen razones constitucionales que exoneren de un cumplimiento que sí es plenamente exigible al resto de partícipes, ni puede sostenerse (como hace el voto particular al final de punto 15), que se prive a la persona condenada de expectativas reales y efectivas de libertad. La expectativa se materializó en cada permiso o durante el periodo de régimen abierto o de libertad condicional que se otorgó al penado para evaluar su vida en libertad y que el sujeto aprovechó para la comisión de nuevos

delitos. O incluso por perpetrarlos después de haberse agotado –por cumplimiento de la pena– el tratamiento penitenciario orientado a la corrección de su comportamiento anterior. Y en estos supuestos, la comisión de nuevos delitos no puede conducir a una acrítica suspensión de la ejecución de la pena respecto de las nuevas responsabilidades, menos aún cuando el legislador contempla esta circunstancia como elemento sustantivo y primordial para la posible revocación de la suspensión (arts. 86 y 90.5 CP).

### **VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA.**

#### **I.**

Un voto particular en ocasiones constituye un complemento que incluso puede enriquecer la sentencia reflejando de forma más transparente el discurso cruzado que ha conducido a conformar la opinión mayoritaria. Encierra también siempre algo de fracaso del proceso deliberativo: no se ha alcanzado a una solución que concite unanimidad. Por eso no pocas veces es aconsejable la autocontención huyendo de traducir toda discrepancia –grande o pequeña, determinante o colateral, sobre temas nucleares o accesorios– en un voto particular. Así lo entiendo sinceramente, aunque con la mala conciencia de no ser el más autorizado para consideraciones de este tenor como viene a corroborar este voto.

Lo particular se opone a lo colegial; y en un Tribunal la colegialidad es uno de sus más preciados valores, concebida no como mera suma de opiniones individuales, sino como solución surgida de un debate deliberativo con un diálogo fecundo que no es puramente interno, sino que se nutre de las aportaciones de las partes dando lugar a un producto coral que es mucho más que la yuxtaposición o amalgama de criterios solitarios.

En una primera aproximación un tercer voto concurrente a una sentencia aprobada ¡por unanimidad! puede aparecer como el paradigma del voto particular inútil; muestra de un ejercicio especulativo autista.

Pero me siento obligado a dejar constancia no solo de mi posición personal -como jurista, que no como magistrado-, sobre el tema abordado en los dos votos concurrentes que preceden a éste; sino, sobre todo, de las razones por las que no considero adecuado ni armónico con lo que espera de un magistrado la ley, el justiciable y la comunidad jurídica, exployarme exponiendo cuál es la tesis que reputo más ajustada a derecho de las dos

que han fragmentado al Tribunal en relación a un simple obiter dicta que no aparece, ni tácita ni expresamente, en la sentencia y que, además, gira alrededor de un punto que ni fue objeto de recurso, ni es necesario abordar para resolverlo (la prueba es que la sentencia ha recibido el respaldo unánime de todos los magistrados que integrábamos la Sala), ni había sido planteado por el recurrente, ni debatido por las partes.

## II.

Del primer voto concurrente se deduce que varios componentes de la Sala –sin llegar a conformar una mayoría suficiente–, mostrando su conformidad con la decisión desestimatoria, propusieron añadir un *obiter dictum* sugiriendo la posibilidad de aplicación analógica de la libertad condicional anticipada del art. 92.1.a) CP a casos de varias acumulaciones que supieran enlazadas penitenciarmente el término a partir del cual se permite acceder a ese beneficio a un condenado a prisión permanente revisable (25 años).

Por contraste, se colige que la mayoría se opuso a esa exégesis. Lo corrobora el segundo voto concurrente que se hacía casi imprescindible para evitar el absurdo de un voto particular construido sobre la nada. Acoge esa segunda opinión razonamientos, que rivalizan en solidez y manejo de la técnica jurídica con los volcados en el otro voto que, sin ese contrapunto, quedaría cojo: un discurso en paralelo que vendría a replicar a unos argumentos desconocidos que permanecerían tapados por el velo impuesto por el secreto de las deliberaciones. Eso explica que ese segundo voto concurrente aparezca como un curioso voto particular a un no menos curioso voto concurrente a una sentencia unánime. Un tercer voto concurrente –éste– pareciera rebasar el plano de lo curioso para adentrarse en lo patológico: un debate cruzado, con forma de tres votos particulares adosados a una sentencia unánime que resuelve de forma plena y sin fisuras el asunto planteado y en la que no se encontrará ni una palabra sobre el punto abordado en la tríada de votos que conforman un debate paralelo, abierto al margen del asunto resuelto, aunque guarde relación con él. La sentencia no pierde un ápice de consistencia si amputamos estas tres opiniones concurrentes que constituyen respecto de la ella no solo un punto y aparte; sino un auténtico nuevo capítulo diferente, con cambio de guión: solucionado ya el problema planteado por el recurso, sin ninguna dificultad, vamos a hablar de este otro problema. Es un problema no menor; pero no nos apodera la ley para solventar dudas exegéticas más que cuando nos

son propuestas por el cauce procesal correcto, y tras sopesar los argumentos de las partes.

No quiero que mi silencio se interprete como adscripción a la postura mayoritaria sobre ese tema colateral que se suscitó y debatió. Solo encuentro este mecanismo –un voto concurrente– para alcanzar ese propósito.

### III.

Tengo formada opinión sobre ese punto, aunque no propiamente como Magistrado que ejerce su función jurisdiccional. Incluso he tenido ocasión de exponerla en foros extraprocesales. No es difícil para cualquier estudioso interesado averiguarla (no creo que le aporte demasiado). Entiendo que quizás fuera un argumento –jamás definitivo o decisorio–, que, de forma marginal, podría avalar o reforzar el criterio de la sentencia saliendo al paso de eventuales objeciones. Pero, no creo que, una vez descartado por la mayoría, tenga sentido alguno exteriorizarlo haciendo pública y oficial una divergencia que carece de la más mínima repercusión en el asunto sometido a nuestra decisión jurisdiccional.

a) Primeramente, porque se presta un flaco servicio al recurrente. Pedía que se le acumulasen todas las penas fijando un máximo común de cumplimiento. Le denegamos su petición y, además, implícitamente, le comunicamos que la mayoría del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es contraria a una interpretación de la libertad condicional que podría beneficiarle (y que no había pedido).

b) No se entiende por qué en ninguna de las frecuentes sentencias relativas a acumulación que dicta periódicamente este Tribunal aflora esa discrepancia en forma de voto concurrente y sí en esta. En las próximas sentencias con acumulaciones superiores a veinticinco años ¿habría que entender que se ha producido un aquietamiento interpretándose los sucesivos silencios como prevalencia del criterio de la mayoría? O ¿será necesario reproducir en cascada estos votos concurrentes?

c) Nos inmiscuimos de alguna forma en competencias que no son nuestras. Esa duda interpretativa, ha de ser solventada, con vocación decisoria y no a efectos puramente retóricos o argumentales, por la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Es perturbador y distorsiona el ejercicio de la jurisdicción lanzar, de forma innecesaria y sin debate procesal previo, el



mensaje de que la mayoría de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no reputa viable la tesis que defiende el primer voto concurrente.

d) El criterio del voto concurrente –y por contraste el de la mayoría opuesta al mismo– ha cristalizado sin escuchar ni al Fiscal, ni al recurrente; es decir en un debate *ad intra* y un tanto *solipsista* sin audiencia de las partes, sin escuchar otros posibles argumentos.

e) Resuelto el objeto del recurso con la conformidad de todos los componentes de la Sala de Justicia, carece de sentido dirigir nuestra función jurisdiccional a debatir –publicitando la divergencia– sobre problemas jurídicos no suscitados. Nótese que nada aporta a la sentencia ¡unánime! lo que se expone en los votos particulares. Se convierten en mera especulación que *de facto* empeora la situación del recurrente. Si acude a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria –que puede hacerlo, con votos y sin votos– lo hará con el lastre de un texto jurisdiccional que pone de manifiesto que la mayoría de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo repudia la vía, imaginativa y sólida a mi parecer, que propugna el primer voto particular concurrente; que hacía necesario el segundo y que genera el escenario para este tercer voto que, quizás equivocadamente –el silencio es a veces lo más ecuánime–, me siento obligado a emitir.

El asunto, en mi opinión, debiera haberse zanjado, como muchos otros similares, con la sentencia unánime dictada, sin adornarla con debates anticipados, cerrados en falso, e infecundos. Tal cuestión debe quedar confiada a la libertad de criterio de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria que es la llamada a resolver en primera instancia jurisdiccionalmente, lo que no obsta a previas decisiones de la Administración Penitenciaria ahora casi vedadas involuntariamente ante la constancia, que innecesariamente se hace pública, de que una primera aproximación y aunque no sea en rigor decidiendo jurisdiccionalmente, la mayoría de integrantes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo consideran incompatible con la ley esa posibilidad. Deberíamos huir de condicionarla sin perjuicio de que si la cuestión debatida acaba llegando a casación (Disposición Adicional 5ª LOPL) sea solventada escuchando las opiniones y argumentos del afectado y del Ministerio Público; no en un debate *cuasi* clandestino en su origen y luego fragmentaria e innecesariamente publicitado.



# **CAPÍTULO II**

## ***CLASIFICACIÓN***



## **2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE FECHA 15/12/22**

### **Efecto suspensivo del recurso del Ministerio Fiscal relativo a progresión de grado.**

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación núm. 20212/2022 por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA DE VIGILANCIA PENITENCIARIA contra el Auto n.º 82/2022, de 20 de enero, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, en el Rollo de Apelación n.º 1894/21, respecto del interno.

Como parte recurrida interviene el interno, representado por la Procuradora Dª I. bajo la dirección letrada de Dª M.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2 de Catalunya dictó el 19 de noviembre de 2021, en la causa E.P. 4544, auto de 19 de noviembre de 2021 respecto del penado, en el que consta los siguientes Hechos y Parte Dispositiva:

### **HECHOS**

«PRIMERO.- Que, por el Ministerio Fiscal se ha interpuesto recurso de alzada contra la progresión en tercer grado del interno; y en Otrosí Digo

de su escrito de recurso se ha interesado la suspensión cautelar del tercer grado por extensión interpretativa analógica de la Disposición Adicional Quinta, apartado 5 ° de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo al efecto suspensivo del auto objeto de recurso de apelación, al tratarse de una pena grave que pueda representar la excarcelación del penado, solicitando así mismo que se dé al recurso una tramitación preferente y urgente.

SEGUNDO.- Abierta la correspondiente pieza separada para la tramitación de la medida cautelar interesada, se dio traslado a la letrada del interno por plazo de tres días para alegaciones, habiendo presentado en tiempo y forma escrito de oposición a la solicitud instada por el Ministerio Fiscal.

## **PARTE DISPOSITIVA**

«No ha lugar a la suspensión cautelar de los efectos de la resolución de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima de fecha 6 de octubre de 2021 estándose al pronunciamiento definitivo del recurso contra la clasificación en tercer grado.

Contra esta resolución puede interponerse recurso de reforma en el plazo de tres días (artículo 211 Ley de Enjuiciamiento Criminal), o de apelación que se admitirá en un solo efecto y podrá interponerse bien en forma subsidiaria en el mismo plazo, bien directamente en el plazo de cinco días de acuerdo con lo establecido en el art. 766 del texto legal citado, mediante escrito con firma de letrado y si no lo tuviera se le designará de oficio. El recurso debe presentarse en este Juzgado.

La presente resolución es ejecutable»

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el auto anterior, dictando la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª en la causa Rollo de Apelación 1894/21, Expediente n.º 45.424, auto con fecha 20 de enero de 2022 (con voto particular), cuyos Hechos y Parte Dispositiva, son del siguiente tenor literal:

## **HECHOS**

“PRIMERO.- En fecha 19 de noviembre de 2022 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Cataluña dicto resolución por la que dispuso que

no había lugar a la suspensión de la ejecución de la resolución de fecha 6 de octubre de 2021 de la Secretaría de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima que clasificaba en tercer grado de tratamiento al penado, contra dicha resolución interpuso el Ministerio Fiscal recurso de apelación. Admitido a trámite el recurso y previos los tramites procedentes se elevaron los particulares necesarios a esta Sección.

El letrado del interno ha presentado escrito oponiéndose al recurso el 30 de noviembre de 2021.

SEGUNDO.- Tras ello se remitió testimonio de las actuaciones a esta Sección, se formó el correspondiente Rollo de Apelación que se registró con los de su clase, y en el que se tuvo por parte, como recurrente, al Ministerio Fiscal y seguido por sus trámites quedó el Rollo sobre la mesa para su resolución, habiendo sido Ponente, la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Isabel Gallardo Hernández, que expresa el criterio mayoritario del Tribunal”.

## **PARTE DISPOSITIVA**

“LA SALA RESUELVE DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 19 de noviembre de 2021 en el que se denegaban efectos suspensivos (suspensión cautelar) de los efectos de la resolución de la Secretaría de Mesures Penals Reinserció i Atenció a la víctima de fecha 6 de octubre de 2021, CONFIRMANDO dicha resolución.

Notifíquese esta resolución al ministerio fiscal y al resto de las partes advirtiéndoles que ES FIRME. En consecuencia, no procede interponer recurso ordinario alguno”.

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, el Ministerio Fiscal anunció recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal, formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Único.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la Disposición Adicional Quinta, apartado 5 de la LOPJ.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal del penado presentó escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal presenta escrito dándose por instruido y reitera el informe de formalización del recurso de casación.

SEXTO.- Por providencia de 14 de junio de 2022 se acordó señalar para deliberación y fallo, el 27 de septiembre de 2022, lo que se llevó a efecto, continuándose la deliberación hasta el día de la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Interpone el Ministerio Fiscal recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, contra el Auto n.º 82/2022, de 20 de enero, Rollo de Apelación n.º1894/21, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, por el que se acordó desestimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y denegar efecto suspensivo al recurso.

En el referido Auto, se disponía la clasificación en tercer grado de tratamiento al interno, condenado a pena de 20 años y 1 día de prisión por un delito de asesinato y que en el momento en que se le progresó a tercer grado por parte de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Victima, la mitad de la condena no estaba aún cumplida.

Al denegar el efecto suspensivo, indica el recurrente, la Audiencia se aparta del del criterio de otros autos de contraste, produciéndose una disparidad interpretativa puesto que en los Autos de contraste se reconoce efecto suspensivo en tales supuestos.

El recurso se contrae a un solo motivo, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, de la LOPJ.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, introducido en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 (ya recogido en la STS 1097/2004, de 30 de septiembre), tiene como finalidad, concorde reiterada jurisprudencia de esta Sala Segunda (SSTS 660/2021, de 8 de septiembre; ó 73/2021, de 28 de



enero y todas que a su vez cita), procurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en la referida materia, supervisando la aplicación de las normas con el propósito de cimentar el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos frente a las mismas. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en defensa de sus pretensiones una previa doble instancia judicial, teniendo allí ocasión de depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran la controversia, de modo que en este trance casacional únicamente será dable someter a la consideración de este Tribunal la corrección de la doctrina legal aplicable, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales materias. Por eso, exige este recurso la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, –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 debe ser corregida o unificada por esta Sala. 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. 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 ol-

vidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito se refiere a la existencia cierta de una contradicción en la aplicación normativa, o lo que es lo mismo, a la comprobación de que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha realizado 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, al menos, 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. 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.

Desde el plano negativo, –igualmente como advierte la resolución ya citada–, 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 puede finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

En coherencia con todo ello, al formalizarse el recurso ante esta Sala, en puridad, no se satisface únicamente en motivos vinculados a la estricta infracción de ley ni en el quebrantamiento de forma, sino que precisa la infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción en la aplicada por distintos órganos jurisdiccionales. La infracción constitucional que siempre es alegable como motivo casacional, únicamente tendrá relevancia en

este recurso como manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica.

Como expresa el propio recurrente en seguimiento de esta jurisprudencia, el fin perseguido en este recurso penitenciario -por todas, SSTS 105/2016, de 18 de febrero, y 541/2016, de 17 de junio-, no es otro que cumplir con un cometido nomofiláctico de la norma jurídica para, en última y superior instancia, proporcionar un trato igualitario a los internos. Es decir, velar por la lineal interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria con el objetivo de evitar, frente a idénticas situaciones, que se llegue a conclusiones dispares.

TERCERO.- El recurso del Ministerio Fiscal, cumplimenta esas exigencias:

1. Expone que el recurso trae causa y, se explica por la necesidad de establecer unas pautas estables, y para todo el territorio nacional, sobre si la interposición de recurso contra la clasificación en tercer grado de condenados por delitos graves tiene efecto suspensivo por aplicación de la Disposición Adicional Quinta apartado 5 de la LOPJ y, por tanto, la interpretación que se ha de dar a tal precepto, con determinación de con qué significado se utiliza el término “excarcelación”, así como si el efecto suspensivo se predica única y exclusivamente del recurso interpuesto contra las resoluciones judiciales o también respecto del recurso inicial contra la resolución administrativa.

2. Expone los antecedentes procesales, al igual que la parte recurrida:

i) Con fecha 6/10/21 la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima, pese a la previa propuesta desfavorable de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Brians 2 de fecha 29/4/21, acordó la progresión a tercer grado prevista en el art. 74.2º y 82 del Reglamento Penitenciario al interno, condenado a pena de 20 años y 1 día de prisión por un delito de asesinato, pena que tiene la consideración de grave conforme a lo establecido por el art. 33 del C.P.

ii) Dicho penado tenía previsto el cumplimiento de las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena para el 16/12/26 y el licenciamiento definitivo el 15/12/31, habiendo cumplido  $\frac{1}{2}$  de la condena el 1/11/21, por lo que en el momento en que se le progresó a tercer grado por parte de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima la mitad de la condena no estaba cumplida.

iii) El Fiscal recurrió dicha clasificación, interesando en el Otrosí I), de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, que se procediera a la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa que se impugnaba.

iv) Por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Catalunya se incoó expediente penitenciario, registrado como Expediente del interno n.º 45.424, y tras admitir a trámite el recurso se incoo pieza separada dándose traslado a la representación del interno, para posteriormente mediante Auto de 19/11/21 denegar la suspensión de la ejecutividad del tercer grado recurrido.

v) Contra tal Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2, acordando denegar el efecto suspensivo, se interpuso por parte del Ministerio Fiscal recurso de apelación.

vi) Mediante el Auto n.º 88/22, de 20 de enero de 2022 - rollo de apelación n91894/21- dictado por la Sección 21ª de la A.P. de Barcelona se acordó desestimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal. Auto que cuenta con un voto particular.

3. Es precisamente contra este último Auto 88/2022, contra el que se recurre para unificación de doctrina, resolución que argumenta así, para desestimar el recurso de apelación:

“la conexión que pretende hacer el Ministerio Fiscal entre los n.º 2º y 5º para entender que la resolución a la que se refiere el n.º 5 es la resolución de la Administración penitenciaria (y no la judicial dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) frente a la que se interpone el recurso de “apelación” entendiéndose alzada, queja, reforma) y que, concurriendo los presupuestos señalados anteriormente, producen efecto suspensivo, encuentra su quiebra en que dicho n.º 5º no puede estar refiriéndose a resoluciones administrativas pues si bien es cierto que en el caso de la clasificación si se dicta una resolución por la Administración penitenciaria susceptible de recurso (ex art. 76.2.f LOGP), en el caso de la libertad condicional no existe tal resolución sino que la Administración eleva propuesta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (ex. art. 76.2.b LOGP), es decir, no existe posibilidad de interponer “alzada, queja, reforma o apelación” o ninguna impugnación frente a ello porque no es una resolución lo que dicta la Administración penitenciaria, sino una propuesta, siendo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el que sí dicta resolución aprobando o no la propuesta

elevada y por tanto, frente a este resolución judicial), sí cabe recurso de apelación con efecto suspensivo al que se refiere el referido n.º 5.

4. A su vez, aporta cuatro Autos de contraste, donde se admite el efecto suspensivo que el Auto recurrido deniega:

i) Auto n.º 368/2021, de 7 de enero de 2021, de la Sección 21ª de la A.P. de Barcelona, rollo de apelación 1432/2020, que cuenta con un voto particular.

Auto de instancia de fecha 9 de octubre de 2020, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Catalunya, expediente 31848, interno J.

ii) Auto n.º 476/2021, de 18 de febrero de 2021, de la Sección 21ª de la A.P. de Barcelona, rollo de apelación 156/2021 dictado por unanimidad.

Auto de instancia de fecha 5 de enero de 2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Catalunya, expediente 32061, interno D.

iii) Auto n.º 496/2021, de 13 de agosto de 2021, de la Sala de Vacaciones de la A.P. de Girona, rollo de apelación 640/2021.

Auto de instancia de fecha 8 de julio de 2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Catalunya, expediente 43462, interno F.

iv) Auto n.º 411/21, de 7 de octubre de 2021, de la Sección 1ª de la A.P. de Guadalajara, rollo de apelación 605/2021.

Auto de instancia de fecha 27 de agosto de 2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Catalunya, expediente 33279, interno S.

5. Efectivamente, de la lectura de todos ellos, resulta:

i) La identidad del supuesto legal de hecho.

Así el interno, implicado en la resolución controvertida se hallaba en una situación legal de hecho idéntica a las de los otros internos a los que se refieren las resoluciones de contraste, puesto que se trata de un interno condenado por delito grave (está condenado a una pena de 20 años y 1 día de prisión por la comisión de un delito de asesinato) al que se le concede el tercer grado y al que, a diferencia de lo establecido en las resoluciones de contraste, no se le declara el efecto suspensivo del recurso interpuesto contra la clasificación y ello a pesar de que las normas jurídicas aplicadas fueron siempre las mismas, concretamente el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ.

Así como que además, en ninguno de los casos se valora ninguna circunstancia, dato, reseña o informe, de carácter particular, personal o individual en los respectivos asuntos penitenciarios, sino que en todas ellas se parte de un dato objetivo, la clasificación en tercer grado de un interno condenado por delito grave, no teniéndose en cuenta ninguna otra circunstancia particular del mismo.

ii) Identidad de la norma jurídica aplicada.

La norma aplicada en el Auto recurrido y en las resoluciones de contraste es siempre la misma, el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ:

Quando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

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

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

De donde resulta imprescindible, determinar la interpretación que se ha de dar a la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, de la LOPJ, a fin de asegurar la unidad del orden normativo jurídico penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garantice el derecho fundamental de igualdad del art. 14 de la CE.

6. Sin embargo la parte recurrida, cuestiona la debida cumplimentación de estos requisitos:

i) En primer lugar, la identidad del supuesto legal de hecho; es decir que los Autos, presentados como resoluciones de contraste, efectivamente resuelvan sobre la misma materia, es decir, que el recurso de apelación se produjera contra resolución judicial que resolvía impugnación de resolución administrativa de clasificación en tercer grado.

Pese a sus reticencias basta leer las resoluciones aportadas para concluir dicha identidad:

a) Auto n.º 368/2021, de 7 de enero, de la de la A.P. de Barcelona, Sección 21ª, rollo de apelación 1432/2020, que cuenta con un voto particular. Donde se indica que el recurso es contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 de Catalunya, que desestimaba la solicitud formulada en el otrosí del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Resolución de la Secretaría de Mesures Penals, Reinserció y Atenció a la Víctima, de fecha 1/10/.2019, por la que se disponía la clasificación en el tercer grado de tratamiento del interno J. Además de describir como objeto del recurso que “se alza el Ministerio Fiscal alegando que la suspensión de los efectos del acuerdo sobre clasificación del tercer grado, mientras penda la resolución del recurso interpuesto, se halla prevista en la DA 5 LOPJ, sin que el mal llamado recurso dealzada deba quedar excluido de tal previsión por más que se refiera literalmente al recurso de apelación”.

En favor de la suspensión, señala que, si tal efecto se halla previsto para el caso de los recursos de apelación interpuestos contra los autos judiciales que controlan la legalidad de los acuerdos de la Administración Penitenciaria, la ejecución inmediata de los acuerdos que conllevan la excarcelación. en caso de delitos graves, mientras pende la sustanciación del recurso interpuesto ante el JVP, comportaría un régimen normativo procesal privilegiado.

b) Auto n.º 476/2021, de 18 de febrero de 2021, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª de la A.P., rollo de apelación 156/2021, donde igualmente el motivo del recurso es la denegación de la suspensión de la ejecución resolución dictada por la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima acordando la progresión al tercer grado de tratamiento en el régimen abierto restringido del art 82 del Reglamento Penitenciario al interno D., mientras pende la resolución del recurso contra la progresión acordada.

c) Auto n.º 496/2021, de 13 de agosto de 2021, de la Sala de Vacaciones de la A.P. de Girona, rollo de apelación 640/2021. La cuestión suscitada y argumentación es la misma, si bien el interno en este caso, difiere, es F. Donde expone la Sala que “no comparte el criterio de la Jueza de Vigilancia Penitencia según el cual esta previsión, la de evitar la puesta en

libertad de un condenado por delito grave, hasta garantizar la firmeza de su clasificación en grado, mediante el efecto suspensivo del recurso, opere exclusivamente cuando el indicado recurso contra la clasificación se ha interpuesto por el condenado. Con independencia de la mayor o menor fortuna de la regulación de la materia y de la ejecución, propiamente dicha, la vía interpretativa sugerida por el Ministerio Fiscal, resulta lógica, sistemáticamente adecuada y teleológicamente ajustada a las finalidades expresas del legislador, por lo que la Sala no considera que constituyan una aplicación analógica contra reo, que afecte el principio de legalidad, sino que a través de la solicitud de la suspensión cautelar de la clasificación y mediante el presente recurso, al serle denegada la misma, no sólo respeta la legalidad sino que cumple con las finalidades en ella establecidas.

d) Auto n.º 411/21, de 7 de octubre de 2021, de la Sección 1ª de la A.P. de Guadalajara, rollo de apelación 605/2021. Al expresar el contenido de los motivos del recurso, indica la Sala: “para la adecuada comprensión de los motivos de recurso hemos de decir que, en el caso de autos, el Ministerio Fiscal interpuso recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria frente a la resolución de fecha 5/8/21 de la Secretaría de Mesuras Penales por la que se acordaba la progresión en tratamiento del interno al tercer grado, y mediante otrosí solicitaba la suspensión cautelar de la medida. Ante la solicitud de suspensión se acordó abrir pieza separada dictándose resolución por la que se denegaba tal suspensión y frente a la misma se interpone recurso de apelación.

Absoluta identidad del hecho, sin incidencia alguna en la cuestión debatida de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales; y en materia donde lo que se niega es precisamente la posibilidad de discrecionalidad alguna, sino si la norma, la propia ley establece o no para estos supuestos la suspensión de la ejecución de la resolución de clasificación (en el caso de delitos graves), por la mera interposición del recurso.

Otrora cuestión es que suspendida su ejecución como consecuencia del recurso por el órgano a quo, ulteriormente, el órgano ad quem, pueda en cualquier momento posterior, una vez le sea remitida la pieza sobre la suspensión o el procedimiento para resolver sobre el fondo, decidir si alza o no dicha suspensión.



ii) También afirma que es más que plausible y obvio el uso, por parte del Ministerio Fiscal, del presente recurso de casación como una tercera instancia.

Es pacífico que ni el recurso de casación, ni esta concreta modalidad es una tercera instancia jurisdiccional; pues efectivamente, ya ha existido la oportunidad de agotar en una previa doble instancia judicial en pro de sus pretensiones; y la finalidad de este recurso es controlar por el Tribunal Supremo que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo discrepancias interpretativas. En este sentido se pronuncia la STS 780/2015, de 9 de diciembre y la STS 42/2016, de 3 de febrero.

Como expresa la STS 105/2016, de 18 de febrero (con cita de varios precedentes), no se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal. De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Hasta el extremo, que “al decidir este recurso de unificación de doctrina –añadíamos–, 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 ésta es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable. El resultado será la unificación de tal doctrina, que es el objeto del recurso y la misión de esta Sala al resolverlo. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal.”

De ahí que en autos, adecuadamente, el objeto y las consideraciones vienen referidas al recto alcance de la norma, el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, en cuanto resulta interpretada de forma contradictoria por los órganos jurisdiccionales.

CUARTO.- En el desarrollo argumentativo, el Ministerio Fiscal, resalta como cuestiones nucleares a resolver: a) el significado que debe de darse al término “excarcelación” recogido en el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ; y b) si, cuando dicha disposición se refiere al efecto suspensivo del recurso de apelación, debe considerarse que dicho efecto suspensivo alcanza únicamente al recurso de apelación contra la resolución judicial o si alcanza también al previo recurso interpuesto contra la resolución administrativa de clasificación en tercer grado.

La cuestión hemos de advertir, no presenta una fácil solución, como otras tantas que suscita la Disposición Adicional Quinta; señalado incluso con reiteración por el propio Tribunal Constitucional (SSTC 54/1992 ó 169/1996).

Indica el recurrente que, aunque aparentemente la cuestión primordial resulta esclarecer la locución “resolución objeto del recurso de apelación”; el alcance del término “excarcelación”, coadyuva a desentrañar el anterior, e integra su sentido.

1. El auto recurrido, entiende que, “...ese efecto suspensivo derivado de la presentación del recurso por el Ministerio público establecido en el n.º 5º DA 5ª sí puede impedir la puesta en libertad del penado que ocasionaría la resolución judicial dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria siempre que se tratara de delitos graves y supusiera excarcelación, lo que no sucede si se entendiera que el citado apartado se está refiriendo a “resolución administrativa”, de un lado, porque la resolución administrativa penitenciaria de clasificación o progresión a tercer grado es inmediatamente ejecutiva (ex arts. 38 y 39 Ley 39/2015, de 1 de octubre en relación con arts. 103 y 106 RP) por lo que el interno pasa al nuevo grado de forma inmediata sin tener que esperar a la notificación al Ministerio Fiscal, de suerte que cuando éste quisiera, en su caso, recurrir la “excarcelación” ésta ya se habría producido hace días; de otro lado, porque en el caso de la libertad condicional, como se ha señalado, la Administración penitenciaria no dicta resolución alguna, sino que formula sólo una propuesta, por lo que no se produce excarcelación alguna derivada de dicha propuesta, y así la libertad condicional no podrá ejecutarse hasta que no sea, en su caso, aprobada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria a través de la oportuna resolución judicial (que sí puede ser objeto de impugnación)”.

Es decir, que el efecto suspensivo sólo operaría cuando como consecuencia de la resolución recurrida se produzca la excarcelación del penado en sentido “físico” y no cuando la excarcelación se ha producido con anterioridad, de lo que se deriva que tal efecto suspensivo sólo puede referirse al supuesto en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, vía estimación del recurso del interno, acordare la progresión a tercer grado y en caso de la libertad condicional cuando esta última es aprobada judicialmente.

2. Sin embargo, esta Sala Segunda, ya se ha expresado en sentido contrario, si bien no en un recurso de casación, sino como Tribunal de ejecución, al haber dictado sentencia en primera y única instancia en procedimiento contra aforados, causa especial 20907/2017, en cuyo curso dictamos el Auto de 22 de julio de 2020, donde en relación con la aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, decíamos:

Nuestro acuerdo de Pleno de fecha 28 de junio de 2002, que interpreta el art. 82.1 3º LOPJ (en su redacción procedente de la LO 7/1988, de 28 de diciembre), en relación con la Disposición adicional 5ª, apartado 2, de la LOPJ y el artículo 72.1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), señala: “Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena”.

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

Se trata de una disposición que permite flexibilizar el modelo de ejecución de la pena al prever la combinación de elementos de los distintos grados de clasificación en relación –añade el precepto– a cada penado individualmente considerado. Es una fórmula que permite modular el grado en el que se halle el penado, mediante la introducción de elementos que no son propios de ese grado, cuando sea merecedor de la aplicación de este principio de flexibilización.

No es preciso determinar ahora si estamos ante un grado diferente de los previstos en el artículo 72 LOGP. Lo relevante es fijar si la facultad que recoge el precepto puede ser considerada o no una actividad de clasificación. Ello determinará el régimen de recursos aplicable.

El artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la “clasificación de los penados”, que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, y parte de una premisa: supone un modelo de ejecución que combina aspectos de cada uno de los grados indicados en el número 1 del artículo 100 RP (primero, segundo y tercero). Si la combinación de grados es elemento nuclear, no cabe sostener que el precepto sea ajeno a la actividad de clasificación. No hay duda alguna de que valorar la inclusión de un interno en uno de esos tres grados es una actividad de clasificación (“tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados”, dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no “combinar aspectos característicos” de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.

La referencia del artículo 100.2 del RP a “que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado” no obstaculiza esta conclusión. La previsión del artículo 100.2 del RP va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado, quien inicia a través de su aplicación una “cierta progresión” tras valorar que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena –como lo hacen las clasificaciones en grado– y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente –reiteramos– a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdic-

cional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asienta la prisión.

En conclusión, esta Sala es competente para conocer del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 28 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lleida. La decisión que ahora adoptamos proyecta un doble efecto. De una parte, decide con carácter definitivo qué órgano jurisdiccional ha de asumir la competencia funcional para resolver los recursos que se susciten –o se hayan suscitado– respecto de la aplicación del art. 100.2 del RP. Por otro lado, provoca la aplicación del efecto suspensivo que el apartado 5º de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ proclama para aquellos casos en los que “... la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno”.

3. Resulta relevante porque la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP deriva de una propuesta de la Junta de Tratamiento, propuesta que si bien necesita de la ulterior aprobación por parte del Juez de Vigilancia correspondiente al igual que la libertad condicional, a diferencia de esta última la propuesta es inmediatamente ejecutiva, como su propio tenor establece; es decir, aunque necesaria la ulterior aprobación por el Juez de Vigilancia correspondiente, lo es, “sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”, de modo que la excarcelación “física” es consecuencia de la propuesta de la Junta de Tratamiento y no del auto del Juzgado de Vigilancia que aprueba su aplicación y que fue objeto de recurso, habiéndose por tanto producido la excarcelación con anterioridad, pero ello no impide y así lo establece la Sala, que la interposición del recurso de apelación tenga efecto suspensivo.

La expresión excarcelación, en el apartado 5º de la DA Quinta, referida a los recursos en materia de clasificación, pretende excluir el efecto suspensivo del recurso cuando de clasificación en primer o segundo grado; pero sistemática y teleológicamente pretende mantener ese efecto suspensivo, cuando la resolución conlleve la posibilidad de salir de prisión, como sucede con la clasificación en tercer grado o con la resolución de libertad condicional.

QUINTO.- Resta aún por determinar si el efecto suspensivo respecto a la excarcelación, entendida como consecuencia propia del tercer grado, materialmente se haya llevado a cabo o no, únicamente se proyecta sobre el recurso interpuesto contra la resolución judicial (el examinado por el transcrito Auto de 22 de julio de 2020 de esta Sala de lo Penal) o también al recurso inicial que se interpone contra la resolución administrativa de clasificación.

1. El sentido literal de la norma: cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo..., depende del sentido que el legislador otorga en la norma al vocablo “apelación”; que precisamente en este caso, desentraña una necesaria interpretación sistemática; y así, desde el examen de los diversos apartados de la DA 5ª, resulta indubitado que el legislador, también denomina recurso de apelación al recurso que se interpone contra la resolución administrativa de clasificación.

Concretamente el apartado 2 de la DA 5ª, expresa que las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. En directa alusión al recurso interpuesto por el interno contra la resolución administrativa que le sanciona [art. 76.2.e) LOGP].

Del mismo modo en el apartado 3 de la DA 5ª, reitera: las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa.

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

Por tanto, la DA 5ª, LOPJ emplea el término “recurso de apelación” con dos significados distintos. Así lo utiliza en sentido “propio” cuando se refiere a las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia o por el Juzgado Central de Vigilancia y en sentido “impropio” cuando establece “excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa”.

La doctrina con frecuencia, en vez de utilizar esa denominación para el recurso contra resolución administrativa, que conoce el Juez de Vigilancia Penitenciaria, usan diversas denominaciones, e incluso el propio Tribunal Constitucional, lo denomina recurso de alzada (SSTC 167/2003, 77/2008, 10/2009, 20/2009, 156/2009, 59/2011, 107/2012, 230/2012, 161/2016 ó 18/2020, entre otras muchas).

Esa interpretación lingüística comprensiva de su doble significado procesal, resulta refrendada, por la propia finalidad de la norma, evitar el vaciamiento del contenido del resultado del recurso, a través de una excarcelación cuestionada, decidida sin intervención del Tribunal de ejecución.

A ello no obsta, que existan otras posibilidades de excarcelación, donde el recurso contra su adopción carezca de efecto suspensivo alguno, como los permisos concedidos por la administración penitenciaria, de hasta dos días (arts. 47 LOGP y 154 y 161 RP) y los concedidos por el Juez de Vigilancia por tiempo superior; en cuanto no se trata de materia propia de ejecución como la clasificación (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 28-06-2002 y STS 671/2002, de 9 de julio) sino de régimen (SSTC 129/1996, 169/1996, 155/2007, etc.); y en segundo lugar, por cuanto el término de excarcelación, no lo hemos identificado con una mera externalización del recinto penitenciario, sino con una situación jurídica que posibilite su continuidad y mantenimiento fuera de prisión, en los términos más o menos amplios que se fijen.

2. Abunda en el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que modifica la referida DA 5ª:

Se introduce un nuevo apartado en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional para evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional «ad quem», en los casos de delitos graves, para evitar que una excarcelación inmediata por una decisión de libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

No se desconoce con esta previsión la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las resoluciones que acuerdan la libertad provisional. Sin embargo, el supuesto normado es distinto, pues no se parte de una situación de libertad que ha quedado interrumpida por una decisión judicial que no ha recaído sobre el fondo, sino de una situación de cumplimiento de pena por resolución judicial de condena que puede verse interrumpida por un cambio en el régimen de aplicación de la pena. La diferencia es que en este caso la falta de libertad es la consecuencia inherente a la pena impuesta y la libertad supone una excarcelación anticipada como consecuencia de una progresión de grado o un acuerdo de libertad condicional. Por otro lado, con el fin de asegurar que el efecto suspensivo del recurso dure lo menos posible, se prevé que el órgano «ad quem» pueda pronunciarse sobre la puesta en libertad y que la tramitación del recurso sea preferente y urgente.

3. La parte recurrente, el Ministerio Público, en su muy meritada argumentación, añade otra razón en pro de la conclusión del efecto suspensivo, cual es que si acompaña a la impugnación del Ministerio Fiscal respecto de una resolución judicial, carece de sentido que no se realice una comprensión de la norma con la comprensión de dicho efecto frente a la resolución administrativa que otorga el tercer grado de clasificación penitenciaria; tal como concluyeron, por unanimidad, los Fiscales especialistas de Vigilancia Penitenciaria en las Jornadas de 2011, donde al motivar su vigésimo quinta conclusión razonaron:

si conforme al apartado 5º de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ el recurso de apelación del Fiscal contra el auto del Juez de Vigilancia produce efectos suspensivos e impide la puesta en libertad del sentenciado, la interposición antecedente del propio recurso debe producirlo.



SEXTO.- En definitiva, la interpretación de la norma realizada por las resoluciones de contraste, otorgándose el efecto suspensivo cuando concurren los requisitos establecidos en la propia ley (clasificación, excarcelación y delito grave), es la adecuada; la que mejor se ajusta a su enunciado. No implica interpretación extensiva o analógica, sino que desentraña su esencia con criterios sistemáticos y teleológicos, que a su vez desde una integradora lectura, también posibilita el criterio literal; no sólo por la polisemia con que legislador abraza esas dos impugnaciones o recursos, sino por su sentido integrador derivado de la funcionalidad y finalidad de la norma.

No requiere esa conclusión suspensiva, complementación de normas procedentes de otras jurisdicciones o diversa institucionalidad; la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, inserta en la jurisdicción penal y el Juzgado de Vigilancia en materia de ejecución, aunque con jurisdicción propia actúa en lugar del Tribunal sentenciador; no cabe remisión a normativa propia de otras jurisdicciones, si resulta suficiente con atender a su específica regulación, la Disposición Adicional Quinta, que no establece remisión alguna a la normativa administrativa, sino que en su apartado 8, recoge que “el recurso de apelación al que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento para el procedimiento abreviado” y la LECrim dispone en sus arts. 217 y 766.1 que los recursos sólo tendrán efectos suspensivos cuando, expresamente lo establezca la ley, con lo que “a priori” el derecho procesal penal establece de forma objetiva qué recursos tienen virtualidad suspensiva, recogándose expresamente en la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, que el recurso tendrá efecto suspensivo cuando se refiera a materia de clasificación o concesión de libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre que se trate de condenado por delitos graves.

Mientras que la mayor objeción a esta intelección de la norma, como es que resta en manos del Ministerio Fiscal, sin control judicial, la capacidad de postergar una excarcelación, debe ser matizada desde varias perspectivas, la primera que la privación de libertad del penado se ha producido por un título legítimo previo cual es la imposición de una sentencia penal condenatoria a privación de libertad; y en su consecuencia la potencial afectación a la libertad, que no vulneración, se inserta en los supuestos en que la Constitución española permite la afectación del valor superior “libertad” y por ello “reconducible” a los supuestos constitucionalmente lícitos de evitación de la excarcelación (STC 167/2003, FJ 5º, en relación con los

permisos de salida, pero que comparte eadem ratio con otras limitaciones de libertad del penado). Especialmente en cuanto existe riesgo de que la ejecución de la pena reste vaciada, eludiendo la exclusiva competencia del tribunal sentenciador, ex 117.3 CE.

Además, la consecuencia de la suspensión es un efecto previsto en la ley, no en la voluntad del Ministerio Fiscal; y sobre todo y muy especialmente porque los recursos que producen efecto suspensivo se tramitarán con carácter preferente y urgente, por lo que la dilación en el tiempo debe ser lo más breve posible y así lo establece expresamente la Ley; y además, el último inciso del párrafo primero del apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ establece que el efecto suspensivo impedirá la libertad de condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión, que lógicamente puede ser en cualquier momento con anterioridad a la decisión sobre el fondo.

Es decir, una vez interpuesto recurso contra la clasificación en tercer grado del interno condenado por delito grave en el que, por aplicación de la Disposición Adicional Quinta 5, se solicitara el efecto suspensivo, el órgano a “quo” formará pieza separada, y sin esperar a la tramitación completa del recurso remitirá tal pieza separada al órgano “ad quem” a fin de que se pronuncie sobre la necesidad de mantener o alzar la suspensión acordada, ya que si la tramitación del recurso tiene carácter preferente y urgente según lo dispuesto por el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta, el pronunciamiento por el órgano “ad quem” sobre si se mantiene o no la suspensión gozará de mayor preferencia aún, atendiendo a tal envío inmediato de la pieza separada, cumpliéndose así la voluntad del legislador manifestada en la reforma de que la puesta en libertad de condenados peligrosos no se produzca sin la intervención del Tribunal sentenciador.

Tramitación que los Jueces de Vigilancia, han aprobado en sus criterios establecidos en este 2022, en todos los casos en que el efecto suspensivo en los recursos contra sus resoluciones se haya adoptado; incluso con las condenas por delito no grave, donde no resulta preceptivo, por entender, que debe ser el criterio general, con excepción de los casos en que la inmediata ejecución de lo resuelto prive de virtualidad al recurso o puede alterar o distorsionar una línea de tratamiento.

Y que en el caso de la apelación (alzada) contra las resoluciones administrativas de clasificación en tercer grado, dada la sencillez de trámite e inmediatez con que deben resolver los jueces de vigilancia, la remisión de la pieza de suspensión, tras la formulación del eventual recurso de apelación contra fallo que mantenga esa clasificación, no debe demorar significativamente el tiempo de tramitación a si el recurso fuere interpuesto contra resolución inicial de clasificación por parte del Juez de Vigilancia.

Recurso, que sería siempre interpuesto por el Ministerio Fiscal, el interno en principio, carecería de gravamen para recurrir estas resoluciones en el apartado que posibilita su excarcelación y en ningún caso, la acusación particular ni las víctimas en general, resultarían legitimadas para su interposición (vid. art. 13 del Estatuto de la Víctima).

SÉPTIMO.- La interpretación apegada a una literalidad ajena a la interpretación sistemática y teleológica de la norma, conlleva grietas sistemáticas en su aplicación, soluciones divergentes para supuestos donde la fundamentación es idéntica, distorsiona su finalidad y resta en mera desconfianza de las resoluciones judiciales ante una supuesta bondad apriorística de la administración.

Esa interpretación denominada “literal”, pese a que incluso lingüísticamente, cupieren diversos significados, supondría diversas e injustificadas soluciones sobre el efecto suspensivo del recurso, según los diversos avatares procedimentales, en materia de clasificación de condenados por delitos graves, que pudiera dar lugar a la libertad del interno (con excepción de condena a pena de prisión permanente revisable, donde el art. 92 CP, deja al margen al JVP), principalmente pues, la clasificación en tercer grado.

Así, no solo ya en relación con el recurso contra la resolución administrativa, sino también, respecto de los recursos contra las propias resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria; conllevaría que, si la decisión del Juez de Vigilancia de mantener o clasificar al penado en tercer grado, es recurrida en reforma conforme el criterio que se proclama estrictamente literal del apartado quinto de la DA 5ª, no tendría efecto suspensivo; incluso con este criterio sería cuestionable si se formula reforma y subsidiariamente apelación, que el efecto suspensivo operara desde el inicio y no desde que, desestimada la reforma, se formularan las alegaciones de apelación; y solo operaría claramente dicho efecto suspensivo cuando se recurriera en

apelación contra la denegación de reforma o se planteara, como es habitual, directamente apelación.

OCTAVO.- En cuya consecuencia debe estimarse el recurso formulado por el Ministerio Fiscal y establecer como doctrina legal unificada la siguiente que en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada por el órgano administrativo o por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano ad quem, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.

## FALLO

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

1º) Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal para unificación de doctrina en materia de Vigilancia Penitenciaria contra el Auto n.º 82/2022, de 20 de enero, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, en el Rollo de Apelación 1894/21.

2º) Establecer como doctrina legal unificada que en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada ya sea por el órgano administrativo o ya sea por el JVP, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano *ad quem*, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.

3º) Declarar de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso de casación para unificación de doctrina.

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

Así se acuerda y firma.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMO. SR. DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y EXCMA. SRA. DOÑA CARMEN LAMELA DÍAZ A LA SENTENCIA N.º 966/22 de FECHA 15 DE DICIEMBRE**

**I.-**

Estamos persuadidos de enfrentarnos a una cuestión oscura necesitada de aclaración legislativa. El criterio de la mayoría no puede ser tachado, ni de lejos, de infundado. Antes bien, cuenta con poderosos argumentos a su favor. Son expuestos brillantemente en la resolución que firmamos y asumimos para lo sucesivo como tesis mayoritaria. Nos decantamos en la deliberación, no obstante, por la solución opuesta: entendemos más robustas las razones que avalan la otra opción interpretativa a la que empuja, por otra parte, el principio *pro libertate*, pauta que invita a inclinarse por la solución menos restrictiva de derechos de las varias posibles razonables y fundadas en derecho, cuando otras herramientas exegéticas no son concluyentes.

El tema implicado está bien expuesto tanto en la resolución mayoritaria, como en el muy elaborado recurso del Fiscal, que se nutre del no menos exhaustivo informe elevado desde la Fiscalía de procedencia, así como en el auto impugnado y los de contraste que se aportan.

**II.-**

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio añadió a la DA 5.ª LOPJ esta previsión (núm. 5):

“Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión”.

La regulación es tan fragmentaria como confusa. Se focaliza en un único punto; ignorando la riqueza de la problemática, prolija y variopinta en matices, supuestos y encrucijadas. La innovación legislativa probablemente estuvo condicionada por objetivos demasiado coyunturales. Eso lastra

su interpretación. La norma, justamente por ello, provoca más dudas de las que resuelve; y las que resuelve, las resuelve de forma nada clara:

a) Al tratarse de la única previsión expresa sobre el efecto suspensivo de los recursos sugiere que es el único caso en que procedería. Sería un craso error llegar a esa conclusión.

b) No especifica si la apelación aludida es la que se interpone contra la resolución del juez de vigilancia o abarca también los recursos frente a decisiones de la Administración Penitenciaria. El contexto coyuntural en que se produjo la reforma hace pensar que venía animada por cierta, aunque sin duda injusta, desconfianza no hacia la Administración Penitenciaria, sino hacia las decisiones de órganos unipersonales de la jurisdicción penitenciaria.

c) La locución “pueda dar lugar a la excarcelación” es oscura: ¿y si se ha producido ya la excarcelación? ¿qué es excarcelación?

### III.-

La eventual eficacia suspensiva del recurso contra una resolución del juez de Vigilancia o un recurso ante él no debe rechazarse con base en una interpretación literal de los arts. 217 o 766.1 LECrim.

La norma analizada (DA 5ª:5) podría operar como argumento a contrario avalando esa disfuncional tesis restrictiva. Anudar o no a un recurso el efecto suspensivo, empero, debe confiarse al buen criterio del Juzgador. Al resolver sobre la admisión deberá decidir sobre este punto, sin que sea conveniente por vía de principio establecer criterios tasados apriorísticos. En principio, si la ejecución inmediata de la decisión impugnada vaciaría de contenido e interés la eventual estimación del recurso, hay que convenir que será factible la suspensión, previa evaluación provisionalísima de su prosperabilidad.

Tratándose de un acuerdo de la Administración parece lógico acudir a la normativa de la jurisdicción contenciosa como supletoria.

Sería deseable una previsión legal global. La muy puntual que ha provocado la disparidad de criterios entre los órganos de esa singular jurisdicción, disparidad que zanja esta sentencia, no basta. Es manifiestamente insuficiente y, aparentemente, demasiado rígida.

Su lectura da a entender, en el reverso, que no puede acordarse la suspensión de la ejecución si se trata de delitos menos graves o en otras materias, como permisos. La respuesta a esos casos, se ve condicionada por esa extraña regulación: no se encaran de igual forma si la laguna fuese total, que con la presencia de esa norma que alienta el entendimiento de que el contemplado será el único supuesto en que sería admisible el efecto suspensivo. Es perturbador llegar a esa conclusión.

#### IV.-

En ese marasmo de dudas y perplejidades se trata ahora de dilucidar si esa previsión impone la suspensión automática de acuerdos de la Administración Penitenciaria de progresión al tercer grado por virtud de su impugnación ante el Juez de Vigilancia.

Las opiniones han sido dispares. Se ha sostenido que carece de eficacia suspensiva automática el recurso del Fiscal contra el acuerdo de clasificación o progresión al tercer grado. El Fiscal podría solicitar del JVP la suspensión, pero la decisión queda a criterio del juzgador (Conclusiones 24 y 25 de las Jornadas de Fiscales de vigilancia penitenciaria de 2011 trasladadas a las Conclusiones sistematizadas -2011/2018- 7ª y 8ª).

Una suspensión imperativa, sin posibilidad de revisión hasta que se decida el recurso, por más que en la mayoría de casos no tendría por qué dilatarse en exceso, no es de recibo. Pone en manos del Ministerio Fiscal, sin control judicial, la capacidad de postergar una excarcelación (o, mejor, salida: luego veremos), algo que nuestro Tribunal Constitucional en el caso de una privación de libertad preventiva consideró disconforme con la Constitución. Somos conscientes de que aquí se trata de cumplimiento de una pena de prisión impuesta judicialmente. Es un factor diferencial de fuste como enfatiza la sentencia mayoritaria. No pueden asimilarse plenamente ambas situaciones. De cualquier forma, el paralelismo entre el supuesto que contemplaba la STC 71/1994 y un sistema de suspensión de la excarcelación indiscriminado, inmune a la revisión judicial, no puede ocultarse. Genera alguna duda de constitucionalidad. La sentencia mayoritaria trata de disiparla.

El automatismo en la suspensión de una decisión que implica la libertad (o una considerable relajación de la privación de libertad) ante la mera interposición de un recurso suscita recelo. La eficacia de la salida de prisión no debiera quedar al albur del criterio de una parte, que en la actualidad,

además, puede ser una acusación particular, según se desprende del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito (solo para la libertad condicional).

Esa decisión ha de estar supervisada por un órgano judicial. Es ésta, premisa irrenunciable. Debe ser el órgano judicial quien, al tener conocimiento del recurso y decidir sobre su admisión a trámite, pueda acordar, si se le ha solicitado, la suspensión de la eficacia del acuerdo administrativo. Consideramos no proyectable a este momento el apriorismo que ha cristalizado en el núm. 5 de la citada Disposición Adicional 5ª que entendemos opera solo frente a recursos contra resoluciones del JVP.

Cosa diferente es que el Juez pueda acordar la suspensión de la eficacia de la decisión administrativa si estima que concurren razones fundadas para ello. Debe decidir un órgano judicial; y ha de hacerlo contando con ciertos márgenes y sin quedar atado por la actuación de una parte, aunque se trate de una parte imparcial como es el Fiscal cuya actuación se guía por intereses públicos.

Otra regla puede derivar indirectamente en un efecto colateral perverso. No se prevé que el recurrente pueda renunciar a la eficacia suspensiva. Eventualmente puede generar retraimiento en el Fiscal cuando su pronóstico sobre la prosperabilidad de su recurso es dudoso. La desmedida eficacia anudada a la mera interposición del recurso le invitaría a abstenerse de impugnar.

#### V.-

Una decisión de la Administración Penitenciaria recurrida ante la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria no es lo que contempla esa norma. Piensa en exclusiva en decisiones del Juez de vigilancia y, más en concreto, en acuerdos de libertad condicional, únicos que imponen la excarcelación en sentido estricto:

a) La resolución de la Administración -clasificación en tercer grado- no comporta una excarcelación en sentido legal. Ni siquiera, aunque eso exigiría mayores razonamientos que ahora estarían fuera de lugar, en el caso del art. 86.4 RP. Los arts 17.3 LOGP y 24 RP abonan esta idea.

En la normativa penitenciaria el término excarcelación se reserva para la salida del recinto carcelario con visos de permanencia (vid arts. 23, 86 o 199 RP). El clasificado en tercer grado continúa siendo un interno, que está



ingresado en un centro penitenciario, aunque con un régimen dulcificado. El articulado del RP sobre tercer grado habla reiteradamente de salidas, vocablo que solo tiene sentido referido a quien se considera ingresado. Solo puede salir quien está dentro. En rigor no puede hablarse de excarcelación cuando se aplica un tercer grado. Es un problema conceptual; no de cuántas horas se está dentro y cuántas fuera.

Es verdad que esta afirmación provoca alguna perplejidad en relación a la mención a la materia de clasificación, al lado de la libertad condicional. Pero es obvio que el precepto no se caracteriza por el rigor.

b) Las referencias a la Audiencia provincial o Audiencia Nacional evidencian que se está pensando solo en recursos contra decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, aunque puede convenirse con la mayoría que el término apelación no es determinante en ese sentido.

c) No es incoherente, ceñida la previsión a la excarcelación en sentido estricto, que el efecto suspensivo juegue solo en caso de decisiones del Juez de Vigilancia.

d) Además, la suspensión *ope legis* podrá ser levantada en brevísimo plazo (hay mecanismos procedimentales) por el Tribunal llamado a resolver el fondo.

Estas razones nos hicieron inclinarnos por la interpretación restrictiva que postulamos en cordial discrepancia con nuestros colegas.

### **3.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER DE FECHA 11/01/22**

#### **Desestimación de recurso de progresión de grado.**

En Santander, a 11 de enero de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 1 DE CANTABRIA, se dictó en fecha 2 de agosto de 2021, Auto por el que se acordaba desestimar el recurso de alzada interpuesto por el interno D. A. contra la resolución de la Junta de tratamiento del Centro Penitenciario El Dueso de fecha 12 de mayo de 2021 que acordaba la continuidad en segundo grado del interno.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto, por dicho interno se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación interesando que se dejase sin efecto la citada resolución y se procediera a acordar su progresión al tercer grado penitenciario, dictándose en fecha 23 de septiembre 2021 auto desestimatorio del recurso de reforma, y tramitándose el recurso apelación que ha dado lugar a la incoación del presente rollo.

TERCERO.- Oído el Ministerio Fiscal, el mismo informó en el sentido que consta en autos, interesando la desestimación del recurso.

Ha sido Ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección D.<sup>a</sup> María Almudena Congil Díez, que expresa el parecer de la Sala.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Recurre el interno la resolución dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria contraria a concederle la progresión al tercer grado penitenciario que interesa, ello al afirmar que ha disfrutado de seis permisos sin delinquir, habiendo observado siempre buena conducta y cumplido más de un cuarto de la condena, alegando que disfruta además de la garantía de la organización “Nueva Vida”.

SEGUNDO.- La Legislación penitenciaria, establece las condiciones mínimas que deben concurrir para que se produzca una clasificación en tercer grado, disponiendo el artículo 76 de la LOGP y el 102 del RP que la clasificación inicial 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, debiendo ponderar separa determinar la clasificación, 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.

De igual modo, el artículo 106 del RP dispone que la evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno, con la correspondiente propuesta de traslado al Centro penitenciario adecuado o, dentro del mismo Centro, a otro departamento con diferente modalidad de vida, así como que la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad, 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 del interno. De igual modo, el artículo 104.3 del RP dispone que para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

Así pues, conforme a la legislación penitenciaria de referencia, serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad, y en tercer grado aquellos internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del RP,

la clasificación en segundo grado implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los establecimientos, mientras que la clasificación en tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.

De igual modo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del RP, “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”, disponiendo a su vez el artículo 102 de dicho Reglamento, 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, ponderando la concurrencia de factores tales como:

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

TERCERO.- Descendiendo al caso que nos ocupa, el examen detenido de las presentes actuaciones permite concluir a la sala que el interno no reúne los requisitos exigidos para la progresión en grado que interesa, ello

por cuanto pese a que el día 10 de agosto de 2021 cumplió la mitad de su condena, ha hecho un buen uso de los permisos penitenciarios, y presenta buena conducta penitenciaria, entre otros factores de adaptación, lo cierto es que según criterio unánime de la Junta de tratamiento, y en relación con su pronóstico de reincidencia, presenta factores desfavorables de inadaptación tales como reincidencia delictiva, ausencia de posibilidades de empleo u ocupación, y falta de resistencia a los estímulos criminógenos, siendo su pronóstico actual de reincidencia medio-alto.

Por todo ello, la sala considera prematuro su acceso al régimen de semilibertad que interesa, ello habida cuenta su reincidencia y el hecho de que su condena no se extinguirá sino hasta el 25 de diciembre del año 2025, entendiéndose que aún debe de consolidar los numerosos factores de adaptación positivos que presenta; encontrándonos con que su evolución en este momento aún no es lo suficientemente favorable como para poder concluir que el mismo esté capacitado para llevar un adecuado régimen de vida en semilibertad.

Por todo ello, la sala comparte la decisión recurrida entendiéndose que el interno deberá continuar en segundo grado penitenciario con la mira de seguir trabajando sobre aquellos factores de inadaptación que actualmente determinan que su pronóstico de reincidencia sea calificado como de medio-alto, no estando por el momento preparado para realizar una vida en semilibertad.

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

## **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala ACUERDA: Desestimar íntegramente el recurso de APELACIÓN interpuesto por D. A. contra el Auto de fecha 2 de agosto de 2021 dictado por JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA NÚMERO 1 DE CANTABRIA, desestimatorio del recurso de alzada contra el acuerdo de la junta de tratamiento del Centro Penitenciario El Dueso de 12 de mayo de 2021, resolución que se CONFIRMA en su integridad, declarando de oficio las costas de la alzada.

#### **4.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA DE FECHA 31/01/22**

##### **Estimación de recurso del Ministerio Fiscal manteniendo clasificación en segundo grado**

En la ciudad de Lleida, a treinta y uno de enero de dos mil veintidós.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores/as indicados al margen, han visto el presente recurso de apelación contra auto de 21/12/2021, dictada en Expediente número 45311, seguidas ante el Juzgado Vigilancia Penitenciaria 2 Catalunya.

Es apelante el MINISTERIO FISCAL, siendo apelado J., representado y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. J.

Es Ponente de esta resolución el Magistrado Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel García Navascués.

##### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado se dictó auto acordando desestimar el recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima de fecha 26 de octubre de 2021, auto que fue recurrido por el Ministerio Fiscal en apelación, del que se dio traslado a las partes para alegaciones, evacuando dicho trámite en el sentido de impugnarlo y de solicitar la desestimación del recurso y la íntegra confirmación del Auto recurrido.

SEGUNDO.- Elevada la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Primera, la Sala acordó formar rollo y se designó Magistrado ponente al que se entregaron los autos con señalamiento de día y hora para deliberación y votación.

##### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La resolución dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestima el recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Aten-

ció a la Víctima de fecha 26 de octubre de 2021, que acordó progresar al penado a tercer grado de tratamiento en el régimen abierto común previsto en el artículo 82 del Reglamento Penitenciario, argumentando que no es posible apreciar elementos objetivos que permitan dudar de un pronóstico favorable de que el penado pueda llevar una vida en semilibertad alejada del delito, ya que ha realizado favorablemente el programa específico de tratamiento en violencia de género y ha disfrutado de permisos judiciales de salida de forma habitual y sin incidencias, encontrándose disfrutando del régimen de vida del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario desde el 6 de junio hasta el mes de noviembre de 2021, sin que se haya comunicado ninguna incidencia, a lo que añade finalmente que el penado no ha podido satisfacer la responsabilidad civil fijada en la Sentencia si bien, a pesar de haber sido declarado insolvente, ha realizado pagos parciales de forma continuada con los ingresos que obtiene de su trabajo en el centro penitenciario, lo que evidencia su esfuerzo reparador.

Reurre el Ministerio Fiscal solicitando la revocación del Auto impugnado y la clasificación del interno en segundo grado de tratamiento o alternativamente la nulidad del Auto y de la resolución administrativa por no razonar suficientemente el cumplimiento por el interno del requisito de pago de la responsabilidad civil, alegando que la progresión a tercer grado de tratamiento del interno resulta prematura e improcedente atendiendo a los delitos por los que fue condenado, a la pena que debe cumplir, a la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, a que si bien ha disfrutado de siete salidas programadas lo que ha hecho con actitud reticente y escasa participación, a que a pesar de que ha experimentado un aumento leve de la autocritica continúa mostrando frialdad emocional y a que no ha realizado un esfuerzo reparador por haber abonado únicamente la cantidad de 2.550 euros del total de 110.000 euros de indemnización a cuyo pago fue condenado.

La representación procesal del penado solicita la confirmación de la resolución recurrida alegando que el penado cumple los requisitos para la progresión a tercer grado de tratamiento ya que ha superado favorablemente los programas específicos de su tratamiento, ha asumido el delito, muestra arrepentimiento y empatía hacia la víctima y está motivado para cambiar, habiendo cumplido su función el efecto intimidatorio de la condena, además no existe riesgo de reincidencia, ha disfrutado de diversas salidas programadas y de cuarenta y ocho horas así como de varios permisos

sos judiciales sin incidencias, cuenta con un núcleo familiar externo y ha realizado un esfuerzo reparador abonando mensualmente la cantidad que sus ingresos le permiten en concepto de responsabilidad civil.

SEGUNDO.- Conforme al artículo 72.1. 2 y 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal, sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedora su progresión.

Según los artículos 59 y siguientes de la LOGP, el tratamiento penitenciario consiste en un conjunto de actividades directamente dirigidas a esa reeducación y reinserción social, que se basa en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad. Para la individualización del tratamiento, tras la observación del penado, se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se haya señalado y, siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado incluso desde el primer momento en grado superior.

Los grados son nominados correlativamente, de manera que el primer grado corresponde a un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más restrictivas (régimen cerrado), el segundo grado se corresponde con el régimen ordinario y el tercer grado coincide con el régimen abierto, en cualquiera de sus modalidades.

Conforme al artículo 65 LOGP, “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.

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.”



El tercer grado resulta un mecanismo indispensable en un sistema penal orientado a la resocialización, por cuanto, como ha puesto de manifiesto la doctrina, mantiene las ventajas del ingreso (con la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento) sin participar de sus inconvenientes, especialmente el efecto desocializador de la prisión, permitiendo el contacto del penado con el mundo laboral y con la sociedad.

Partiendo de todo ello, la clasificación en tercer grado de tratamiento está prevista en el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario, debiendo ser aplicada a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, y toda clasificación viene determinada (artículo 102.2) por la ponderación de: a) la personalidad del penado; b) su historial individual, familiar, social y delictivo; c) la duración de las penas; d) el medio social al que retorne el interno, y e) los recursos, facilidades y dificultades existentes en el caso y momento para el buen éxito del tratamiento, teniendo en cuenta además que, conforme al artículo 106.2 RP, “la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo, que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad.”

Finalmente, conforme al artículo 72.5 LOGP, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

TERCERO.- Aplicando todas estas previsiones legales y consideraciones al supuesto que ahora nos ocupa, la Sala no puede compartir la decisión adoptada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, considerando prematura

e improcedente la progresión del penado al tercer grado de tratamiento penitenciario.

Nos encontramos en el presente supuesto con un interno que cumple una condena total de 23 años de prisión por la comisión de un delito de asesinato, con la concurrencia de la agravante de parentesco, un delito de maltrato y otro de amenazas en el ámbito de la violencia de género, ambos con la agravante de reincidencia, y un delito de tenencia ilícita de armas, debiendo indemnizar además a los familiares de la víctima en la cantidad global de 110.000; el interno cumplió la mitad de la condena en fecha 9 de julio de 2018, tiene previsto el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena en fecha 6 de abril de 2024 y el licenciamiento definitivo para el día 4 de enero de 2030.

Los hechos por los que el interno fue condenado son en síntesis que acabó con la vida de su pareja sentimental disparándole con una pistola y ello en un contexto en el que, desde el inicio de la relación, dio muestras de su carácter irascible, violento y dominador hacia ella, habiendo procedido en una ocasión a agarrarla por el cuello y las muñecas causándole lesiones y en otra a decirle, esgrimiendo una pistola que colocó encima de la mesa, que si no era para él no sería para nadie, constándole una condena anterior como autor de un delito de maltrato de obra y /o amenazas en el ámbito familiar respecto a una anterior pareja sentimental.

La resolución que acordó la progresión a tercer grado del interno recoge que fue clasificado inicialmente en segundo grado de tratamiento, que ha realizado pagos periódicos en concepto de responsabilidad civil, que ha participado con una evolución y valoración general favorable en los programas relacionados con la violencia de género incluidos en su tratamiento, que ha realizado cuatro salidas programadas y permisos de salida judiciales, que cuenta con el soporte externo de su hija mayor y que ha realizado un adecuado análisis de su conducta delictiva, ha identificado el mecanismo defensivo de culpabilización a la víctima y ha detectado y modificado sus creencias y pensamientos distorsionados que influyeron en la conducta violenta, aumentando levemente su autocrítica y el sentido de la responsabilidad, aunque continua mostrando frialdad emocional y observándose un efecto intimidatorio de la condena.

El examen de los informes emitidos por los técnicos del centro penitenciario pone de manifiesto los graves y arraigados déficits cognitivos del

interno directamente relacionados con la comisión de los delitos por los que fue condenado, identificándose como etiología y motivación delictiva su incapacidad para resolver los conflictos de pareja, la existencia de valores machistas y la inadecuada gestión de las emociones, presentando ira, frustración y celos, lo que ya constaba como probado en la Sentencia, al indicar que desde el inicio de la relación sentimental con la víctima dio muestras de su carácter irascible, violento y dominador hacia ella; el interno reconoce haber asesinado a su pareja sentimental con un arma de fuego ante la decisión unilateral de ella de romper la relación, negando haberla maltratado anteriormente y banalizando la tenencia ilícita del arma sugiriendo que todo se debió a un arrebato y sintiéndose objeto de escarnio ante la traición y engaño de su pareja, siendo una persona con rasgos narcisistas de la personalidad, sobre todo en referencia a su afectación emocional, el concepto de sí mismo y su consciencia crítica, evidenciándose un estilo relacional egocéntrico, arrogante y prepotente que dificulta la interacción y la comunicación con los profesionales y el resto de los internos, siendo una persona distante, presuntuosa, vanidosa, indulgente con sus errores y desconsiderada y muy crítica con las acciones de los demás, rígida, exigente y reivindicativa con el cumplimiento de sus deberes así como benévolo y extremadamente tolerante con sus obligaciones.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos negativos inherentes a su personalidad, y si bien su participación en los programas relacionados con la violencia de género le ha permitido avanzar en la detección y gestión de sus déficits, detectando y modificando creencias y pensamientos distorsionados que influían en la conducta violenta y realizando un adecuado análisis funcional del delito, identificando sus causas y las consecuencias de sus actos, lo cierto es que no es posible apreciar, por el momento y sin perjuicio de su evolución favorable, una modificación positiva relevante de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva que justifique la progresión al tercer grado de tratamiento y que permita considerar que está plenamente capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, pues no sólo se aprecian importantes deficiencias de carácter cognitivo íntimamente vinculadas con la comisión del delito que no pueden considerarse suficientemente superadas ni mejoradas con la realización de los programas incluidos en su tratamiento, pues por más que su valoración sea favorable es necesario esperar a la evolución que presenta en un periodo de tiempo más prolongado, sino que además concurren otras variables negativas que afectan, en este momento y sin perjuicio de su evolución, a

su progresión de grado, ya que el interno realizó las salidas vinculadas a los programas de tratamiento con actitud reticente, escasa participación y colaboración con los profesionales del centro y el resto de los internos, ha identificado el mecanismo defensivo de culpabilización a la víctima pero continúa considerando que ella quería hacerle daño y que disfrutó viéndole sufrir por la ruptura de la pareja y sigue mostrando frialdad emocional al hablar de los perjuicios que ocasionó, siendo leve el aumento de su autocrítica y del sentido de la responsabilidad y mucho más sensible a sus daños personales que a los infligidos a la víctima y a su entorno próximo; finalmente, debemos tener en cuenta también que, estando desarrollando el interno las prácticas vinculadas a los estudios de integración social que realiza dentro del régimen de vida previsto en el artículo 100.2 RP, y después de ser avisado en fecha 28 de julio de 2021 por parte del centro de prácticas de que no fuera a consecuencia de un resultado positivo por Covid de un usuario, el interno no comunicó tal circunstancia a su equipo de referencia y continuó saliendo del centro durante los días siguientes simulando que iba a las prácticas.

Así las cosas, sin perjuicio de la positiva valoración del comportamiento penitenciario del interno, de su buena predisposición en la participación en el programa individual de tratamiento, de que ha disfrutado de salidas programadas y de permisos judiciales, así como del régimen de vida previsto en el artículo 100.2 RP y de que cuenta con el apoyo exterior de su hija mayor, no resulta posible apreciar una modificación sustancial de los sectores o rasgos de la personalidad del interno directamente relacionados con la actividad delictiva que justifiquen una progresión de grado, atendiendo a su conducta global y penitenciaria y también a la lejanía del cumplimiento de la pena, puesto que aún no ha cumplido las dos terceras partes y tiene previsto el licenciamiento definitivo para dentro ocho años, no estimándose que sea acreedor de un acrecentamiento de la confianza ni de una más importante atribución de responsabilidades en aras a una mayor libertad, pues no es posible obviar la presencia de importantes déficits cognitivos y conductuales que conducen a considerar que la progresión a tercer grado de tratamiento resulta prematura, no constando ni la efectiva consolidación de los conocimientos adquiridos a partir de la observación y seguimiento posterior durante un periodo más largo de tiempo ni la superación de dichas carencias, configurando todo ello un conjunto de variables cualitativas desfavorables que imponen una exigencia reforzada de prudencia a la hora de conceder la progresión a tercer grado de tratamiento,

precisando su evolución positiva de una mayor consolidación en aras a disipar dudas sobre la concurrencia de la citada modificación relevante de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva, de forma que, si transcurrido un mayor periodo de tiempo, la citada evolución se mantiene, resultará justificado que el recurrente pueda acceder al tercer grado de tratamiento, algo que, en este momento, resulta precipitado, sin perjuicio de la aplicación de otros regímenes igualmente previstos en la legislación penitenciaria.

En definitiva, procede estimar el recurso de apelación, revocando la resolución recurrida y acordando mantener al interno en segundo grado de tratamiento, lo que ya implica que no procede entrar a resolver sobre la pretensión alternativa, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

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

### **PARTE DISPOSITIVA**

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 21 de diciembre de 2021, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Cataluña, en el Expediente Personal núm. 45311, que REVOCAMOS, acordando en su lugar mantener al interno J. en segundo grado de tratamiento penitenciario, con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

## **5.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ DE FECHA 14/02/22**

### **Desestimación de recurso denegando progresión a tercer grado.**

En Jerez de la Frontera, a 14 de febrero de 2022

Dada cuenta del anterior escrito, únase

La AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN 8ª CON SEDE EN JEREZ DE LA FRONTERA, integrada por la Magistrado indicada al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra auto dictado en las diligencias referenciadas, sobre progresión de grado, cuyo recurso fue interpuesto por el interno D. B. que está asistido de la letrada Sra. Y. Es parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

### **HECHOS**

ÚNICO. Por la defensa del penado D. B. se ha presentado recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 10 de Andalucía con sede en el Puerto de Santa María, de 1 de septiembre de 2021. Del mismo se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que lo ha impugnado. Seguidamente las actuaciones fueron remitidas a este Tribunal. Incoado el correspondiente rollo, el mismo ha quedado pendiente de deliberación, votación y decisión.

Ha sido designada ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. LOURDES MARÍN FERNÁNDEZ.

### **R AZONAMIENTOS JURÍDICOS**

ÚNICO: La defensa del penado D. B. impugna la resolución de fecha 1 de septiembre de 2021, en la que se mantiene la resolución denegatoria de la progresión a tercer grado penitenciario del penado. Destaca en su recurso que el penado como ya hiciera con anterioridad en anteriores recursos que durante su estancia en prisión su comportamiento ha sido correcto, que ya ha cumplido las tres cuartas partes de la pena, lleva 10 años en prisión y le quedan solo dos años, que es cierto que fue regresado de grado por consumo de alcohol y de incumplir el toque de queda pero fueron hechos

aislados, así mismo señala que el informe de la Junta de Tratamiento en el que se basa el auto es muy genérico; por ultimo alega la necesidad de trabajar para mantener a su familia.

El juez de vigilancia penitenciaria basa su decisión no solo en el grave delito cometido sino en que ya fue regresado de grado y en que según el informe de la Junta de Tratamiento presenta baja conciencia del daño causado y permisividad ante este tipo de conductas, siendo necesaria mayor intimación penal, así como la necesidad antes de la progresión del disfrute de permisos.

No podemos obviar la gravedad del delito cometido al tratarse de una agresión sexual a una menor lo que exige absoluta precaución para otorgarle un régimen de semilibertad y en atención al informe de la junta el hecho de que presente baja conciencia del daño si como permisividad del tipo penal, implica la concurrencia de unas circunstancias graves en el penado, que no pueden considerarse genéricas sino graves en atención al delito cometido, destacando que además ha cometido otros delitos. Así mismo y en lo que se refiere al pronóstico de reincidencia se informa como factor de inadaptación, mal uso del régimen abierto, y elevada probabilidad de consumo de drogas en la actualidad, destacando que el pronóstico actual de reincidencia es medio alto. Que es cierto que como factores de adaptación se alude al avanzado estado de cumplimiento de la condena y al apoyo familiar. En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el penado en especial el delito cometido, no solo cabe atender a criterios de reinserción, sino que también que es importante la finalidad retributiva de la pena y sobre todo evitar la reincidencia, siendo el pronóstico de la misma medio alto. Por ello, aunque efectivamente ha cumplido gran parte de la pena, en atención a la gravedad de los hechos y constando en informe de 28/04/21 que de la conducta global del interno no se desprende una evolución suficientemente favorable, por el momento, que permita inferir una capacidad para llevar a cabo en lo sucesivo un régimen de semilibertad, consideramos es procedente mantener el auto recurrido, sin perjuicio de que más adelante se pueda plantear lo solicitado por el recurrente.

Los razonamientos expuestos nos llevan a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la resolución apelada.

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

LA SALA DISPONE

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el letrado D. en defensa de D. B. contra el auto de fecha 1 de septiembre de 2021 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 10, y en consecuencia, CONFIRMAMOS la resolución apelada.

## **6.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SAN SEBASTIÁN DE FECHA 14/02/22**

### **Desestimación de recurso de progresión de grado.**

En Donostia/San Sebastián, a 14 de febrero de 2022.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

ÚNICO.- Recibido en esta Sala del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao recurso de apelación interpuesto contra el auto de 18 de octubre de 2021 por el penado D. E.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- En el recurso de apelación se señala que el apelante lleva en el Centro Penitenciario de Nanclares desde el 13/01/2003, que lleva 18 años y 6 meses de cumplimiento, que ha salido a disfrutar desde junio de 2020 de 10 permisos, ha renovado el carnet de conducir de camión, ha sacado el CAP, título de chófer de camiones, tráiler, grúas donde tiene amplia experiencia, está dado de alta para trabajar, tiene contacto con su familia, 21 años casado, con un hijo, con domicilio fijo.

No tiene sanciones disciplinarias, cuenta con una discapacidad del 39%, cumplió la mitad de la condena en mayo de 2019, está pagando la responsabilidad civil.

Cuenta con apoyos personales y sociales en el exterior, en centro Arrats, CCOO de Euskadi, Lanbide Irún y Katea Legaia, tiene un contrato



de trabajo aportado al centro penitenciario por lo que la resolución que se recurre quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva, art 24-1 de la C.E. en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos del apelante originando indefensión ,pues el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad es la individualización científica como recoge la Exposición de Motivos y el articulado de la Ley Penitenciaria, conseguir el tratamiento y que los motivos por los que se deniega la progresión de grado y que se aducen por el Centro Penitenciario y que asume el Juzgado de Vigilancia no se basan en estudios previsto en la Ley General Penitenciaria y que se ve privado de someter a contradicción los argumentos de la Junta de Régimen.

Por lo que se solicitan diversas diligencias de prueba y tras su práctica se estima el recurso y se apruebe la progresión a tercer grado.

SEGUNDO.- En relación a la petición de prueba señalar que no está prevista esta posibilidad de conformidad con el art 766 de la L.E.Criminal para las apelaciones de autos, por lo que no procede.

En los autos remitidos consta:

.- con fecha 27/04/2021 la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción ha acordado la continuidad en segundo grado.

.- en dicho acuerdo se menciona el art 31-1 del Reglamento Penitenciario que de su conducta global no se desprende una evolución suficientemente favorable, por el momento, que permita inferir una capacidad para llevar a cabo en lo sucesivo un régimen de vida en semilibertad. La naturaleza y gravedad de la actividad delictiva, reincidencia en actividades delictivas, tiempo de condena pendiente de cumplimiento y necesidad de consolidar un período mayor de intervención y disfrute de permisos de salida, aconsejan su mantenimiento en el mismo grado de tratamiento.

.- en folio 12 constan las causas que está cumpliendo el apelante y fechas de cumplimiento la mitad el 20/05/2019, 2/3 el 30-10-2024 , 3/4 el ..... y la totalidad el 25-09-2035. .- que se halla en prisión desde el 14-1-2.003 y en el centro desde el 10-04-2.015.

.- el pronóstico de reincidencia:

1.- factores de adaptación buena conducta penitenciaria, asunción correcta de la normativa institucional, buen uso de los permisos de salida, apoyo familiar y se encuentra abonando la responsabilidad civil impuesta.

2.- factores de inadaptación. Reincidencia delictiva, tipo de delito, especial gravedad de los hechos, pertenencia a organización criminal, cuantía de la pena impuesta y tiempo de condena pendiente de cumplimiento.

Pronóstico actual de reincidencia: medio alto.

.- consta el informe social en el que se concluye en el apartado de observaciones: “interno de nacionalidad española que cuenta con acogida familiar e institucional para el disfrute de permisos y posibilidades de inserción laboral, muestra evolución favorable al tratamiento penitenciario, habiendo disfrutado de varios permisos, aunque su trayectoria penal y cuantía de la condena impuesta hacen considerar oportuno su mantenimiento en segundo grado”.

.- el informe de la educadora en que se hace constar que en dos ocasiones ha disfrutado de segundo grado y ha sido regresado de grado.

.- informe psicológico en que consta que el consumo de estupefacientes está en relación con los hechos penales, si bien a lo largo de su evolución se aprecie dificultad en asumir ambos factores ( la gravedad delictiva y la inestabilidad en régimen de semilibertad y la necesidad de un proceso de deshabitación), que en la actualidad no se observan signos de consumo desde su ingreso.

.- auto de 29 de junio de 2.021 entendiendo que de los distintos informes se evidencia que ha de consolidar los avances llevados a cabo y acreditar mediante el disfrute de un mayor número de permisos que podría llevar un régimen de semilibertad.

.- auto de 18 de octubre de 2.021 en que se desestima el de reforma.

TERCERO.- La Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada a la misma por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo , dispone que:

“... 2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso

de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado...

3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

Ya con anterioridad a dicha previsión legal, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el Acuerdo de 28-6-2002, que declara que: “Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena”.

El Tribunal Supremo viene sentando desde entonces, de manera reiterada y pacífica la doctrina consistente en que los recursos de apelación contra resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre cuestiones referentes a clasificación en grado penitenciario han de ser resueltos por el Tribunal sentenciador, por tratarse de materia incluida en la ejecución de la pena impuesta. Por tanto, han de ser resueltos por el mismo Tribunal competente objetivamente para ejecutar dicha pena.

El art. 65.2 de la LOGP. indica, al igual que el art. 106.2 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD.190/1996, de 9 de febrero, 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”, estableciendo el art. 102.2 del RP., siguiendo la estela del art. 63 de la LOGP., que:

“para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

El artículo 102 del RP señala que “serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento en semilibertad”, y a continuación dispone que “la clasificación del tercer grado se aplicará a internos, que por sus circunstancias personales penitenciarias, están capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad” y ante la previsión legal contenida en el artículo 65 de la Ley y 106 .2 del Reglamento Penitenciario, en cuanto a la modificación positiva de los factores relacionados con la actividad delictiva, que entrañe un incremento de la confianza depositada en el interno y que permita atribuirle una esfera de mayor responsabilidad que implique mayor libertad, habrá de determinar la progresión en el grado penitenciario que conforme al artículo 72.4 de la Ley, habrá de llevarse a cabo, si el interno resulta merecedor de tal progresión.

La Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario regulan un sistema de cumplimiento de penas basado en la individualización científica y separación por grados, el último de los cuales será el de libertad condicional (art. 72 de la LOGP), siendo lo esencial en cada momento el pronóstico del penado, de tal manera que, conforme a aquél, 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». Los grados penitenciarios son a su vez los determinantes del régimen penitenciario.

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, incluso directamente en el tercer grado, que conllevará el régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.

Por tanto, 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 (art. 2 de la LOGP)– 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. Establece el art. 63 de la LOGP 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, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. El art. 102 del RP 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 3). 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 4). Por último, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada.

El art. 65 de la LOGP y el art. 106 RP 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.

La clasificación en tercer grado de tratamiento está prevista en el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario, y viene determinada (artículo 102.2) por la ponderación de: a) la personalidad del penado; b) su historial individual, familiar, social y delictivo; c) la duración de las penas; d) el medio social al que retorne el interno, y e) los recursos, facilidades y dificultades existentes en el caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Por tanto, el criterio único para la clasificación en tercer grado al interno que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, esté capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, y para determinar si tiene o no esta capacidad habrá que tener en cuenta, pues, la totalidad de los criterios que señala el mismo artículo 102 del Reglamento en su núm. 2 ya citado, en concordancia con los preceptos citados de la Ley Orgánica.

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 mayor libertad. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación con el tratamiento, una evolución negativa en el pro-

nóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno (arts. 65.2.3 de la LOGP y 106.3 del RP). Por ello, cualquier acuerdo de progresión o regresión de grado es reversible en función de los parámetros de conducta del interno.

En el supuesto de autos estos criterios han sido plenamente expuesto en los informes que se acompañan se ha atendido a las circunstancias personales, familiares y de tratamiento del apelante que, si bien, evoluciona de manera correcta, ha disfrutado en dos ocasiones del tercer grado, en la segunda de ellas cometió diversos hechos delictivos, que en el momento actual, fruto de la adecuada evolución, disfruta de permisos, pero que dada la duración de la pena, el lapso temporal restante hasta el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, han de consolidarse la evolución mediante el disfrute de permisos, ya que en de la trayectoria del mismo se observan factores de inadaptación, de riesgos para la vida en semilibertad, por lo que deberá confirmarse la resolución recurrida.

## **PARTE DISPOSITIVA**

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. E. contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de fecha 18 de octubre de 2021 y; debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin pronunciamiento en costas en la alzada.

## **7.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN DE FECHA 22/02/22**

### **Estimación de recurso concediendo progresión a tercer grado.**

Jaén a 22 de febrero de 2022

Visto, ante esta Audiencia Provincial, Sección Segunda, el recurso de apelación n.º 1745/2021, interpuesto por el interno C. en el Expediente de clasificación de grado n.º 1745/2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. SATURNINO REGIDOR MARTÍNEZ.

## HECHOS

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén se dictó Auto de fecha 2 de Agosto de 2021, por el que se acordó desestimar el recurso formulado por el interno C. contra el acuerdo de la DGIP de 27/5/2021 que acordaba mantener al interno en segundo grado penitenciario.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución, por el interno se interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de 26 de Noviembre de 2021, contra el que se articuló recurso de apelación que fue admitido a trámite con remisión de testimonio de las actuaciones a este Tribunal.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y turnadas a esta Sección, se acordó formar rollo y turnar de Ponente, quedando las actuaciones para resolver, previa deliberación y votación que tuvo lugar el día 21 de febrero de 2022.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El interno C. está clasificado en el segundo grado penitenciario. Con fecha 27 de mayo de 2021 por la DGIP se denegó su pretensión de ser clasificado en tercer grado penitenciario, acuerdo contra el que se interpuso el correspondiente recurso de apelación.

El artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria declara, de forma acorde con el indicado artículo de la Constitución, que 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 el mismo carácter de fin primordial también señala «la retención y custodia de detenidos, presos y penados». Lo que claramente deja constancia de la doble finalidad preventivo general y preventivo especial de la pena que asume el sistema penitenciario para la ejecución de las penas privativas de libertad. De esta manera, mientras la primera obliga a realizar la condena impuesta en el momento judicial como concreción de la conminación prevista por la ley, la segunda habrá de influir sobre todo en la forma de cumplimiento de la privación de libertad.

Para alcanzar las indicadas finalidades la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario regulan un sistema de cumplimien-

to de penas basado en la individualización científica y separación por grados, el último de los cuales será el de libertad condicional ( artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), siendo lo esencial en cada momento el pronóstico del penado, de tal manera que, conforme a aquél, 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». Los grados penitenciarios son a su vez los determinantes del régimen penitenciario.

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, incluso directamente en el tercer grado, que conllevará el régimen abierto en cualquier de sus modalidades.

Por tanto, 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. 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, 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 (párr. 3). 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 (párr. 4). Por último, se clasificarán en primer grado a los internos calificados



de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada.

El artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 106 del 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.

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 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 65.2.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.3 del Reglamento Penitenciario). Por ello, cualquier acuerdo de progresión o regresión de grado es reversible en función de los parámetros de conducta del interno.

Es de recordar que el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece en su número 4 un imperativo, que salvaguarda tanto el derecho del penado a encontrarse clasificado en todo momento en el grado más adecuado, como la correcta consecución del fin legalmente asignado a la pena: «En ningún caso se mantendrá a un interno en grado inferior cuando, por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión».

La clasificación en tercer grado de tratamiento está prevista en el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario, y viene determinada (artículo 102.2) por la ponderación de: a) la personalidad del penado; b) su historial individual, familiar, social y delictivo; c) la duración de las penas; d) el medio social al que retorne el interno, y e) los recursos, facilidades y dificultades existentes en el caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Por tanto, el criterio único para la clasificación en tercer grado al interno que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, esté capacitado para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, y para determinar si tiene o no esta capacidad habrá que tener en cuenta, pues, la totalidad de los criterios que señala el mismo artículo 102 del Reglamento

en su núm. 2 ya citado, en concordancia con los preceptos citados de la Ley Orgánica.

SEGUNDO.- En el caso de autos el interno cumple una condena de 3 años y 20 días de prisión por un delito contra la salud pública, habiendo cumplido los 2/3 partes de la pena el 18/2/2022 y estando previsto el cumplimiento total el 25/2/2023.

Lleva ingresado en el centro penitenciario por esta causa desde el 8 de febrero de 2020. Durante el cumplimiento de la pena se ha sometido con éxito a un programa de deshabitación del consumo de drogas, estando en el módulo de respeto y cumpliendo los trabajos encomendados, habiendo disfrutado de varios permisos de salida sin incidencia alguna.

Teniendo en cuenta tales circunstancias se considera conveniente conceder al recurrente el tercer grado penitenciario, estimando por tanto el recurso de apelación articulado.

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas de este recurso.

En consecuencia y por lo que antecede la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén.

**ACUERDA:**

Estimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 2 de agosto de 2021 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén en el Expediente N.º 1745/2021. Resolución que se deja sin efecto y en su lugar debemos de acordar y acordamos la clasificación del interno C. en el tercer grado penitenciario, con declaración de oficio las costas en esta alzada.

## **8.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 31/03/22**

### **Estimación de recurso del Ministerio Fiscal, revocando la aplicación del art. 86.4 RP y concediendo el tercer grado.**

En Barcelona, a 31 de marzo de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- En fecha 24 de enero de 2022, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de alzada contra la resolución de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil, de fecha 4 de enero de 2022, por la que se otorga al interno D. A. el régimen de cumplimiento del tercer grado del artículo 84.4º RP e interesó que se revoque su otorgamiento y que se acuerde su continuidad en el régimen normal de cumplimiento de tercer grado de tratamiento, con las obligatoriedad de permanecer en el centro penitenciario un mínimo de ocho horas diarias. Admitido a trámite, se dio traslado al interno, que formuló alegaciones a través de su representación letrada.

SEGUNDO.- Por auto de 2 de marzo de 2022, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Cataluña desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Con fecha 7 de marzo de 2022, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra la citada resolución. Admitido a trámite el recurso de apelación, se dio traslado a la defensa, que se opuso a su estimación.

TERCERO.- Una vez recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección, se formó el correspondiente rollo de apelación y se registró con los de su clase. Mediante providencia de 21 de marzo de 2022, se señaló el día de hoy para proceder a la correspondiente deliberación y votación. Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. D. Alberto Varona Jiménez, quien expresa el parecer unánime de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- FUNDAMENTO LEGAL. El Artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario establece el tiempo mínimo de permanencia de los internos en los establecimientos de régimen abierto, fijado con carácter general en ocho horas –debiendo pernoctarse en el establecimiento– y la excepción de un tiempo menor, el necesario para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales. La autorización de la excepción requiere la existencia y acreditación de razones especiales o particulares. Dichas razones deben ser de tal naturaleza que pongan de manifiesto la dificultad que pueda significar el tiempo general de permanencia antes referido, para el proceso de reinserción social del interno, en el que ha alcanzado un grado determinante de su situación en establecimiento de régimen abierto. Además, el precepto exige la adopción de medidas de control fuera del establecimiento penitenciario, aceptadas por el interno, que describe como control “... mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente...”.

No cabe, pues, identificar la previsión del Artículo 86.4 ni con un acortamiento de la condena –beneficio penitenciario–, ni con un premio a una determinada conducta o evolución, ni aún convertirse en la regla general no necesitada de justificación; pues de ser así, perdería su razón de ser y se desconectaría de lo que es propiamente tratamiento penitenciario, para constituir una suerte de “cuarto grado” de tratamiento no previsto ni legal, ni reglamentariamente. Y ello porque constituye un modo particular de cumplimiento en régimen de semilibertad y, en consecuencia, sólo para los internos que sean capaces de llevar una vida en dicho régimen (art. 102.4 del Reglamento Penitenciario), de acuerdo con la trayectoria personal y penitenciaria.

SEGUNDO.- RESOLUCIÓN DEL CASO. El juez *a quo* fundamenta su resolución de confirmar la resolución de instituciones penitenciarias de conceder al interno el art. 86.4 RP, en que el interno desarrolla la siguiente actividad laboral: repartidor de paquetería para las empresas Living 33 SL y Nacex, con contrato de trabajo y con horario que abarca desde las 9.30 a 17.00/18 o 10.00 a 20.00 horas, así como sábados y domingos horas extraordinarias. Por ello, considera necesario conceder el régimen excepcional del art. 86.4 RP a fin de que el interno pueda realizar una mejor

descanso y disponibilidad respecto del trabajo, facilitando con ello una adecuada estabilización laboral/personal, cumpliendo el interno con el resto de parámetros exigibles.

Frente a esta decisión, el Ministerio Fiscal alega que la administración penitenciaria no aporta ninguna razón como incompatibilidad del horario laboral del trabajo que desarrolla ni otra razón excepcional. Examinadas las actuaciones, tiene razón el Ministerio Fiscal. A los datos aportado por el juez *a quo* hay que añadir que el domicilio del interno radica en Sant Adrià del Besòs, que el lugar de recogida del reparto es en Badalona, la zona de reparto es el Barcelonés, Maresme y en ocasiones Vallés Oriental, y que el centro penitenciario se ubica en el barrio de La Trinitat Vella. No observamos una incompatibilidad de horario con la aplicación del régimen general del tercer grado, por lo que el recurso debe ser estimado.

### **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA RESUELVE ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 17 de febrero de 2022, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 6 de Barcelona, y REVOCAR la citada resolución por la que a su vez se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil, de fecha 4 de enero de 2022, por la que se otorga al interno D. A. el régimen de cumplimiento del tercer grado del artículo 84.4º RP.

## **9.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 6 DE ANDALUCÍA (HUELVA) DE FECHA 19/04/22**

### **Estimación de recurso del Ministerio Fiscal revocando la clasificación inicial en tercer grado.**

En HUELVA, a diecinueve de abril de dos mil veintidós.

#### **HECHOS**

PRIMERO: Que, por el Ministerio Fiscal, se formuló recurso contra el acuerdo tomado por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social en fecha 16/3/2022, por el cual se acuerda la clasificación inicial en tercer grado de tratamiento del interno M.

SEGUNDO: Que conferido traslado al interno, por el letrado don F. en representación del interno se presentó escrito de alegaciones oponiéndose al recurso.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO: Que según preceptúa el artº 76.2.f) de la L.O.G.P., 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 artº 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, disponiendo el artículo 102.4 que la clasificación en tercer grado de los penados se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Y en el presente supuesto, y como expone el Ministerio Fiscal en el recurso presentado, no concurren los elementos necesarios, conforme a dicho precepto; así, por una parte, el interno ingresó directamente en el Centro de Inserción Social de Huelva el 7 de marzo de 2022, sin que el escasísimo tiempo transcurrido desde su ingreso hasta la propuesta de clasificación el

9 de marzo de 2022, pueda estimarse suficiente para llevar a cabo el adecuado conocimiento exigido para su clasificación en tercer grado, siendo que, en el momento de su ingreso, arrojó resultado positivo a cocaína, lo que acredita que no ha superado la drogodependencia que según el informe psicológico padece desde los 22 años (cuenta actualmente con 48 años) siendo además que manifestó ante alguno de los profesionales del Centro (trabajadora social) no tener ningún tipo de adicción, conducta que además pone de manifiesto una escasa interiorización del efecto intimidatorio de la condena, a la vista del consumo, pese a tener conocimiento de que se debía presentar para el cumplimiento de la pena y su clasificación en el CIS de Huelva; y asimismo hay que tener en cuenta que no asume la responsabilidad en los hechos delictivos, con un *locus* de control externo manifestando que se produjeron por la acumulación de circunstancias personales negativas, que derivaron en la comisión delictiva. Por otra parte, también carece de planteamientos de futuro claros, en cuanto por un lado manifestó estar de baja por un accidente laboral (por el que manifestó encontrarse cobrando una pensión por incapacidad temporal) mientras que, por otro lado, manifestó querer presentar un contrato de trabajo a efectos de clasificación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la naturaleza del delito por el que ha sido condenado, delito contra la salud pública con una pena de tres años y cinco meses de prisión, de la que no ha cumplido siquiera la mitad (prevista para el 25 de septiembre de 2022), cometido además con falta de consideración absoluta de las responsabilidades económicas y sociales de su acción delictiva lo que determina un elevado índice de probabilidad de reincidencia en un delito de semejante naturaleza, máxime teniendo en cuenta que los factores que se pudieran valorarse como de adaptación (apoyo familiar) concurrían ya en el momento de la comisión delictiva, sin que ello afectase o impidiese la acción delictiva del interno, siendo por ello necesaria una mayor observación y valoración de las circunstancias concurrentes que pongan de manifiesto efectivamente los deseos de cambio y modificación conductual del interno y en especial la superación de su adicción.

Pero además, y fundamentalmente, hay que tener en cuenta que la finalidad de la pena privativa de libertad no es únicamente la reeducación y reinserción social, sino también la prevención tanto especial como general, Y en el presente supuesto, cabe claramente deducir que una estancia en prisión de menos de la mitad de la condena, cuando la misma es de 3 años

y 5 meses de prisión, y por un delito grave, hace del todo ineficaz el efecto intimidatorio de la pena, tanto para el propio condenado, como para la sociedad en general.

Por todo ello, estimamos procedente el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal considerando que el interno debe quedar clasificado en segundo grado de tratamiento, debiendo llevarse a cabo una adecuada y más detallada observación del mismo, a fin de valorar la concurrencia efectiva de la modificación positiva de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva (art. 106.2º), así como valorar si la pena ha cumplido el efecto intimidatorio pretendido, y en especial valorar situación de la adicción del interno a sustancias estupefacientes (cocaína), que puede ser un claro riesgo de reincidencia en delito de similar naturaleza.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: ESTIMAR el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de fecha 16 de marzo de 2022, por la que se acordaba la clasificación inicial de M. en tercer grado de tratamiento y en consecuencia deberá quedar el mismo clasificado en segundo grado de tratamiento, debiéndose remitir copia de esta resolución al Centro de Inserción Social de Huelva para su cumplimiento.



## **10.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (VILLENNA) DE FECHA 14/05/22**

### **Estimación parcial de solicitud sobre resolución de clasificación.**

En Villena, a 14 de mayo de 2022.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Por el interno D. J., del Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, se formula petición a este Juzgado, solicitando se requiera a la Junta de Administración y Régimen del Centro Penitenciario de Villena para que se pronuncie acerca de una eventual progresión a 3º GRADO a efectos de concesión de libertad condicional.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal ha emitido informe interesado que el Centro Directivo se pronuncie sobre la propuesta de la Junta de Tratamiento de Villena.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- Para una mayor claridad expositiva procede un análisis cronológico de los hechos:

– La Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción, a propuesta de la Junta de Tratamiento del CP de Alicante II-Villena, resolvió en fecha 19 de abril de 2021 mantener al interno en segundo grado.

– Esta resolución, recurrida por el interno, fue dejada sin efecto por auto de este Juzgado de fecha 10 de noviembre de 2021 (expediente 1752/21).

– Dicho auto dio lugar a la resolución de 23 de noviembre de 2021, asignando la Dirección General destino al interno en el CP de Alicante Cumplimiento.

– Como consecuencia del recurso de reforma interpuesto por la Fiscalía, el cual fue estimado por auto de 26 de noviembre de 2021, se dejó sin efecto dicha progresión, manteniendo al interno en segundo grado.

– Dicho auto, conocido por la Dirección General en fecha 29 de noviembre de 2021, dio lugar a la asignación de destino al interno por resolución de 2 de febrero de 2022 (CP de Villena).

– Mientras tanto el interno volvió a pasar por Junta de Tratamiento en Villena en fecha 4 de noviembre de 2021 (mantenimiento en segundo grado), quien elevó a la Dirección General su propuesta –la recepción se produjo el 15 de noviembre de 2021–, no emitiendo esta resolución definitiva al tener conocimiento en ese momento que el interno había sido progresado a tercer grado por este Juzgado (expediente 1752/21).

Hasta dicho momento todo se hizo correctamente, si bien, una vez que la Dirección General conoce que el interno vuelve a estar en segundo grado (29 de noviembre de 2021) debió emitir resolución definitiva frente a la propuesta de Villena de 4 de noviembre de 2021, lo que no hizo (archivó en fecha 14 de febrero de 2022), dejando en clara indefensión al interno –quien no puede acudir en recurso ante este Juzgado sin tener la resolución definitiva– e infringiendo lo dispuesto en el artículo 105.2 del RP.

Por todo ello, no resultando procedente lo solicitado por el interno (quien pasó por última vez por Junta para grado en fecha 4 de noviembre de 2021, de modo que no habían transcurrido aún los seis meses de plazo máximo que establece el artículo 105.1 del RP cuando formuló su solicitud -6 de enero de 2022-), pero debiendo ser restituido en su derecho a una resolución definitiva, se estima parcialmente su queja en el sentido que se expondrá más abajo.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación;

## **DISPONGO**

Estimando parcialmente la solicitud del interno D. J., DISPONGO:

– No ha lugar a requerir a la Junta de Tratamiento de Villena para que estudie nuevamente su progresión de grado, salvo que no se haya observado el plazo de seis meses que dispone el artículo 105.1 del RP tras la última Junta de 4 de noviembre de 2021.

– Se requiere al Centro Directivo para que, A LA MAYOR URGENCIA POSIBLE, emita resolución definitiva en relación a la propuesta del CP de Villena en materia de grado de fecha 4 de noviembre de 2021.

## **11.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 6 DE ANDALUCÍA (HUELVA) DE FECHA 13/06/22**

### **Desestimación de recurso sobre reingreso en el CIS.**

En HUELVA, a trece de junio de dos mil veintidós.

## **HECHOS**

PRIMERO.- Se ha llevado a cabo en este Juzgado comparecencia del interno del Centro de Inserción Social Francisco el día 31 de mayo de 2022 formulando queja por haber sido requerido por el CIS para el reingreso y entregar la pulsera.

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

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la desestimación de dicha queja.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

ÚNICO.- Que procede desestimar la queja formulada. Y ello porque el interno arrojó resultado positivo a cocaína y benzodiazepinas (estas últi-

mas prescritas) en el control toxicológico practicado a las 11 horas del día 31 de mayo de 2022 en el CIS de Huelva para el que había sido citado, así como en el contraanálisis que se realizó en presencia del interno, según el protocolo establecido, vertiendo la orina en otro bote de control de tóxicos con sistema diferente de detección, arrojando igualmente resultado positivo a ambas sustancias, interesándose por ello por el CIS, dentro de sus competencias, el reingreso del interno en el Centro, en el que se encontraba con medios telemáticos conforme al artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, con el aparato de medio telemático, medicación e informes médicos pertinentes, ropa y dinero para ser estudiado por la Junta de Tratamiento de 1 de junio de 2022, como así efectivamente se hizo, adoptándose a la vista de las circunstancias concurrentes y tras la valoración de las mismas por dicha Junta, propuesta razonada de revisión de modalidad (cambio de modalidad al tercer grado artículo 82.1 del Reglamento Penitenciario), que fue resuelta por el Director General de Ejecución Penal y Reinserción Social en fecha 7 de junio de 2022, resolución contra la que el interno puede interponer el pertinente recurso ante este Juzgado, como así expresamente consta en la misma, conforme lo previsto en el artículo 76.2 f de la LOGP.

Visto lo anteriormente expuesto y demás de general y pertinente aplicación.

### **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: Desestimar la queja del interno del Centro de inserción social de Huelva, F. por hacerle reingresar en el CIS de Huelva el 31 de mayo de 2022.

## **12.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE FECHA 23/06/22**

### **Estimación parcial de recurso denegando progresión a tercer grado.**

En Pamplona/Iruña, a 23 de junio del 2022.

Visto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, constituida por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que al margen se expresan, en grado de apelación el Rollo Penal n.º 514/2022, derivado del Expediente sobre recurso sobre clasificación en grado n.º 240/2022 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º 1 de Pamplona/Iruña: siendo parte apelante: D. C., asistido de la Letrada D.ª M.; y parte apelada: el MINISTERIO FISCAL.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª M..

### **I.-ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º 1 de Pamplona/Iruña en el Expediente sobre recurso sobre clasificación en grado n.º 240/2022 dictó auto con fecha 25 de mayo del 2022, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“Que debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto por D. C. frente a su continuidad en segundo grado acordada por resolución de 28 de diciembre de 2021.”

SEGUNDO.- El citado auto fue recurrido en apelación por la representación procesal de D. C., solicitándola revocación del auto y se conceda a C. el tercer grado solicitado, tercer grado restringido para búsqueda de empleo, revocando el mantenimiento en segundo grado acordado por el Centro Penitenciario de Pamplona.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, interesó la desestimación del recurso.

CUARTO.- Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Navarra para conocimiento del recurso de apelación, en donde, previo reparto, correspondió a esta Sección Primera incoándose el Rollo Penal n.º 514/2022, en el que se designó Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D.ª MA-

RÍA, señalándose el día 23 de junio de 2022 para deliberación, votación y resolución.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos de derecho del auto apelado en lo que no se opongan a esta resolución.

PRIMERO-. La representación procesal de C. interpone recurso de apelación contra el auto de 25 de mayo de 2022 que desestima el recurso interpuesto frente a su continuidad en segundo grado acordado por Resolución de 28 de diciembre de 2021.

Alega la parte recurrente que el citado auto, si bien recoge todos los factores positivos que concurren en el interno, como que lleva cumplidas las dos terceras partes de la condena de nueve años y 10 meses de prisión, que cuenta con apoyo familiar, participa de manera destacada en actividades de prisión, desempeña correctamente su trabajo en destino productivo, en concreto en panadería y no constando en la actualidad adicciones, sin embargo valora otros aspectos negativos que nada tienen que ver con la evolución penitenciaria. Pues la gravedad delictiva ya fue objeto de condena, y lleva ya cumplidos siete años de prisión, en concreto las dos terceras partes se cumplieron en agosto del año pasado. El verdadero tratamiento sería hacer un curso adecuado a sus circunstancias personales de discapacidad, en relación con la agresión sexual. No puede ser obstáculo su discapacidad para adaptar el curso de agresores sexuales al nivel intelectual del interno, dándole los apoyos necesarios para ejecutarlo. Nos consta que ya la Audiencia Provincial pidió esto mismo, sin embargo, la Administración ha hecho caso omiso, ni siquiera lo ha intentado, y sigue basando dicha falta para denegar los permisos de salida y la progresión de grado. Y dicha decisión infringe el artículo 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y aunque no tenga empleo, si tiene apoyo familiar.

Suplica la estimación del recurso, la revocación del auto y se conceda a C. el tercer grado solicitado, tercer grado restringido para búsqueda de empleo, revocando el mantenimiento en segundo grado acordado por el Centro Penitenciario de Pamplona.

SEGUNDO-. El auto de 25 de mayo de 2022 desestima el recurso interpuesto por el interno C. frente a su continuidad en segundo grado acordada

por resolución de 28 de diciembre de 2021, señalando el fundamento jurídico SEGUNDO: “El interno impugna la resolución del director general de ejecución penal y reinserción social de 28 de diciembre de 2021 que confirma la propuesta de la JT y determina su continuidad en segundo grado. Pues bien, teniendo en cuenta, como no puede ser de otro modo, las circunstancias personales y penitenciarias referidas en la normativa orgánica y reglamentaria antes mencionada y de manera particular la eventual modificación de los factores directamente relacionados con los delitos cometidos, todavía no concurren elementos que generen la suficiente confianza aludida en el art. 106,2 RP como para atribuirle ese mayor margen de responsabilidad y libertad que requiere la progresión de grado interesada por el interno. Al respecto debe recordarse que cumple pena de 9 años y diez meses en virtud de Ejecutoria 27/2015 de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1ª, por delito de agresión sexual a una menor de 13 años y amenazas, habiendo cumplido 2/3 de su condena el 3 agosto de 2021 y en los informes técnicos obrantes en autos consta todavía un pronóstico medio-alto de reincidencia.

Es cierto que hay elementos ahora positivos cara a un futuro cumplimiento de la pena en semilibertad, tales como que cuenta con apoyo familiar; participa de manera destacada en actividades; desempeña adecuadamente y con responsabilidad trabajo en destino productivo (panadería) y no constan en la actualidad adicciones. Pero a pesar de ello en el momento actual es todavía prematura una decisión de progresión de grado porque se trata de su tercer ingreso en prisión; el delito por el que cumple condena, cometido en 2013, es de indudable gravedad, pero es que además no es la primera condena por delitos contra la libertad e indemnidad sexual dado que en otras dos ocasiones anteriores lo fue por abuso sexual (en 2001 y 2003). Y a esto ha de añadirse antecedentes de otras seis ejecutorias más anteriores por delitos de robo, hurto, daños por incendio, etc. Por tanto, las anteriores condenas no tuvieron en él efecto disuasorio alguno. Padece deficiencia mental moderada y tiene por ello reconocido un grado de discapacidad del 60%, lo que le imposibilita, por ineptitud, para realizar programa PCAS. Y, por último, no ha comenzado todavía el disfrute de permisos de salidas por lo que no se dispone de elementos de constatación de avances en el exterior. Es necesario, por tanto, antes de una eventual progresión de grado que comience el disfrute de los permisos, con las debidas cautelas y garantías”.

TERCERO-. El tratamiento penitenciario es un conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, que se establece con base en un estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma, pronóstico del futuro, individualización, programación y continuidad.

El artículo 106 del Reglamento Penitenciario señala que 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 en un incremento de la confianza depositada en él, hasta el punto de permitir la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad, pero dicho precepto debe ser integrado con el artículo 102 del citado texto legal, que establece los criterios generales de clasificación de los internos, su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo del interno, duración de las penas, el medio social al que debe retornar, y los recursos y dificultades que concurren en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, pues la progresión a tercer grado implica la relajación de los mecanismos normales de control de la vida del interno en el régimen ordinario o segundo grado, mediante la concesión de un espacio más amplio de libertad, lo que debe hacerse con una cierta garantía de éxito en la utilización del mismo, y una perspectiva razonable de no utilización indebida de dicha confianza, tanto en orden a la comisión de nuevos delitos, como el quebrantamiento de la condena; por lo que la clasificación en tercer grado se aplicará únicamente a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad (art. 102.2 RP).

Tras la revisión del expediente se ratifican los datos fácticos contenidos en el auto de 7 de septiembre de 2020.

Y tras la revisión de lo actuado en el expediente, y de los informes emitidos a tal efecto, se constata que efectivamente su comportamiento en el Centro Penitenciario es bueno, tiene un buen rendimiento en actividades, con patrones de no consumir drogas, ha terminado la escuela en los niveles uno y dos en 2016, concluyó el programa del GAD en 2014, y ha realizado cursos de formación en diversas actividades, y actualmente se encuentra desarrollando trabajo remunerado en la panadería.



Lo más relevante es la no realización del curso para la prevención de la agresión sexual, justificándose en que el interno tiene una minusvalía del 64% con enfermedad mental, y que no ha disfrutado de permisos de salida, que es lo verdaderamente relevante y esencial para poder inferir, a través del desarrollo de los mismos, un mínimo de preparación para el desarrollo de su vida en semilibertad.

Tiene apoyo familiar, en concreto de su madre, y aunque no disponen de trabajo, lo cierto es que ha desarrollado en diversos cursos de formación profesional, incluso trabaja de panadero en el centro penitenciario, lo cual le ha permitido adquirir una experiencia laboral que, a pesar de su discapacidad, podría en un futuro acceder a desarrollar algún trabajo adecuado a la misma, a través de organizaciones de protección e integración de personas discapacitadas.

No obstante haber cumplido ya el recurrente las dos terceras partes de la condena sin haber disfrutado de permisos, ello no permite concluir que el interno esté en condiciones de pasar a desarrollar su vida en semilibertad con las garantías necesarias, siendo necesario una consolidación de factores positivos a través del disfrute de permisos de salida que permitan inferir dicha consolidación y atenuar el riesgo de quebrantamiento o reincidencia. Por ello, procede ratificar la resolución recurrida de mantenimiento en el segundo grado, sin perjuicio de que por el juzgado *a quo*, se contacte con los Servicios correspondientes de atención socio-laboral para facilitar al interno los recursos indispensables para prepararle hacia su libertad.

El recurso debe ser desestimado.

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

### **III.- PARTE DISPOSITIVA**

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Carlos contra el auto de 25 de mayo de 2022 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º 1 de Pamplona, lo confirmamos sin imposición de costas procesales de la segunda instancia, debiendo procederse por el Juzgado *a quo* a procurar al interno los recursos necesarios para promover su integración socio-laboral, en las condiciones adecuadas a su discapacidad.

### **13.- AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 17/10/22**

**Se tiene en cuenta la clasificación inicial como una primera clasificación a la hora de considerarla como reiterada dos veces para poder ser revisado por la Central Penitenciaria de Observación.**

En MADRID, a 17/10/2022.

Dada cuenta; y

#### **HECHOS**

I.- Se ha recibido en este Juzgado escrito del interno J. del Centro Penitenciario PEREIRO DE AGUIAR-ORENSE formulando queja por denegación de revisión de grado por el Equipo de la Central de Observación.

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 por denegación de ser revisado su grado de clasificación por la Central Penitenciaria de Observación y visto lo dispuesto en el artículo 105.3 del R. P., y que en el momento de la solicitud del interno, tenía extinguida la mitad de la condena, y había sido reiterada su clasificación dos veces consecutivas en segundo grado por la misma Junta de Tratamiento, en fechas 6/05/2021 y 8/11/2021, y posteriormente , el 7/04/2022, procede

su estimación, pues frente a lo expresado en resolución de 2/03/2022 dicho interno sí cumplía los requisitos exigidos en el precepto.

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

### **PARTE DISPOSITIVA**

Se estima la queja del interno J. del Centro Penitenciario PEREIRO DE AGUIAR-ORENSE en los términos de los razonamientos jurídicos de la presente resolución.



# **CAPÍTULO III**

## ***COMUNICACIONES***



## **14.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 5 DE ANDALUCÍA (GRANADA) DE FECHA 14/03/22**

### **Autorización de comunicaciones íntimas.**

En Granada, a 14/03/2022.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Se han recibido en este Juzgado de Vigilancia, diversos escritos del interno del C. Penitenciario de Albolote, C., interponiendo varias quejas contra la negativa del CP a autorizar comunicaciones telefónicas e íntimas con su actual pareja M.

SEGUNDO.- Interesados los pertinentes informes sobre las peticiones efectuadas por el mencionado interno, fueron remitidos por el Centro con el contenido que obra en las actuaciones, dando traslado de las mismas al Ministerio Fiscal, que mostró su conformidad con la denegación.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

I.- Estudiadas las peticiones que realiza el interno del CP de Albolote C. mediante el examen detenido del expediente al que se han ido incorporado los distintos escritos formulados por el mismo, y para una adecuada y ordenada resolución de las mismas, conviene precisar que la cuestión a resolver se centra únicamente en las comunicaciones íntimas que se le vienen denegando, toda vez que las telefónicas ya le han sido autorizadas (a partir del día 5 de enero de 2022, cumplidos los requisitos) y se vienen realizando con toda normalidad, tal como manifiesta el interno en uno de sus últimos escritos.

II.- Por lo tanto, y recurrida por el citado interno la resolución de la Dirección del Centro que le deniega la comunicación íntima que solicita mantener con su pareja, al amparo del artículo 45.4 del Reglamento Penitenciario, se hace necesario, al igual que en el caso anterior, analizar la documentación aportada por el Centro Penitenciario donde se observan las reiteradas ocasiones en que traslada su petición de mantener dicha comunicación con la que es su pareja desde hace ocho años, M. y la sistemática negativa que recibe por respuesta, basada en que les consta otra pareja -su mujer a la que no ha dado de baja en el registro y al hecho de que el interno no ha acreditado documentalmente la relación de pareja con la citada M.

En este sentido, y como el propio recurrente ya ha aclarado los motivos por los que no ha cursado la baja de la que era su mujer y madre del hijo en común que ambos tienen, se debe a que ésta acompaña siempre al menor en sus visitas, lo que es perfectamente comprensible al tratarse de la guardadora legal; sin que pese a dar a conocer dicha circunstancia se hayan adoptado mecanismos alternativos para facilitarle las comunicaciones íntimas con su actual pareja, limitando la presencia de su exmujer a mera acompañante como representante legal del menor, perfectamente compatible con la situación del interno.

Es verdad que el derecho contenido en el citado artículo 45.4 del R. Penitenciario en relación con la comunicación íntima de los internos no puede ser aplicado de forma arbitraria para su concesión, sino que debe inferirse de una serie de elementos tales como la frecuencia de las visitas, el interés que esa persona hubiere mostrado por su situación y otra serie de datos análogos que evidencien la relación, tal como aquí acontece, sin que se pueda trasladar al solicitante del mismo que sea él quien acredite dicha circunstancia, lo que no siempre es factible y puede llegar a convertirse en una prueba “diabólica”, por la dificultad de su obtención.

III.- Al respecto decir, que efectivamente y como ya señalara la AP 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 a quien corresponde designar aquellas personas con las que desea mantener la comunicación familiar y de allegados (y por ende, íntima) pues a él compete calificar la relación que mantiene con las personas designadas como de íntima, al objeto de permitir la celebración de la comunicación solicitada.

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



## **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: ESTIMAR el recurso de alzada interpuesto por el interno del Centro Penitenciario de Albolote, C., contra la resolución de la Dirección del Centro de no autorizar la realización de comunicaciones íntimas con Montserrat; y consecuentemente con lo acordado, AUTORIZAR tales comunicaciones, en la forma que reglamentariamente se establezca por el CP.

## **15.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA DE FECHA 16/03/22**

### **Desestimación de recurso sobre intervención de comunicaciones.**

En Zaragoza, a 16 de marzo de 2022.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 9/2/2022 la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Aragón, dictó auto por el que ratificaba el acuerdo del Centro Penitenciario de Zuera, indicado anteriormente respecto del interno J. A.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, por la letrada O., del SOP, en expediente de intervención comunicaciones 351/2022, en nombre del interno del Centro Penitenciario de Zuera, J. A., interpuso recurso de apelación, solicitando su estimación, y que se vuelva a conceder al interno el derecho a las comunicaciones sin restricción de su derecho fundamental.

Una vez admitido a trámite el citado recurso, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia, Sección Primera, donde se formó Rollo de Apelación n.º 224/2022, se nombró Magistrado Ponente a la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Josefà Gil Corredera, quien previa deliberación expresa el parecer del Tribunal.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El recurrente alegaba en su escrito que de conformidad con el artículo 46.4 del RP, “cuando se haga entrega de las comunicaciones y corres-

pondencia dirigidas a los internos en un Centro Penitenciario se procederá a la apertura por el funcionario en presencia del destinatario a fin de comprobar que no contiene objetos prohibidos”, y en este caso el recurrente ha planteado una reclamación porque tal actuación no ha tenido lugar, nadie ha abierto la carta en su presencia, y no conoce de nada a la supuesta remitente de la carta, ni había recibido comunicaciones anteriores de la remitente, y el granulado de la carta no se ha llegado a analizar, por lo que no se sabe su composición real, por lo que se está vulnerando un derecho fundamental, y la restricción de las comunicaciones sine die, es peligroso y agravado, ya que también recibe comunicaciones de otras personas, que también están afectadas por esta restricción, por lo que se solicita que se estime el recurso, y que se vuelva a conceder al interno el derecho a las comunicaciones sin restricción de su derecho fundamental.

El Ministerio Fiscal informó en el sentido de interesar la desestimación del recurso, ya que la resolución apelada es ajustada a derecho por sus propios fundamentos, entendiendo justificadas las razones ofrecidas por el Centro Penitenciario de Zaragoza, por entender que no ha existido desvío en el cumplimiento de la normativa penitenciaria.

La Directora del Centro remitió oficio con fecha 4/2/2022 al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Zaragoza, en el sentido de que en base al artículo 46.5 del RP, y por razones de seguridad y del buen orden del establecimiento se ha procedido a la intervención y retención de una carta enviada al interno J. A., cuyo remitente es P., el 1/2/2022, y la causa de la retención es que se ha encontrado una sustancia marrón en polvo de 0,57 gramos aproximadamente escondida dentro de la carta, y dicha sustancia se ha remitido al Servicio Provincial de Sanidad y Consumo para su análisis, y el Ministerio Fiscal interesó posteriormente la ratificación de la intervención por razones de seguridad y buen orden, por cuyo motivo se dictó por el juzgado la resolución impugnada.

En este sentido el Auto de fecha 19/11/2021 de la AP de Valladolid, establece entre otros extremos que estas restricciones se regulan en el apartado 5º del citado artículo 51 de la LOGP que establece que “las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”, indicándolas Sentencias del Tribunal Constitucional 175/97 de 27 de octubre, Sala Segunda, 27-10-1997 (STC 175/1997) y 200/97 de 24 de noviembre, que la dación de cuenta que realiza la Administración penitenciaria 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, añadiendo que ello es conforme con la competencias propias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues es éste quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados.

A tal fin el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ha de ponderar los derechos fundamentales del recluso y la proporcionalidad de la medida restrictiva de éstos en función de los fines perseguidos con la restricción y de la propia conformidad de estos últimos con la Constitución.

Es decir, pese a que la comunicación con la familia, amigos y representantes acreditados de organismo se instituciones de cooperación penitenciaria es un auténtico derecho del interno, la norma ampara la posibilidad de que el Director deniegue una comunicación con determinadas personas, o reduzca el número de comunicaciones o su duración, cuando se den estos supuestos legales justificativos, entre otros y en los que ahora nos ocupan, cuando razones de seguridad y/o buen orden del establecimiento lo aconsejen.

Por ello y a fin de que pueda revisarse la decisión administrativa, la jurisprudencia del tribunal Constitucional (SSTC192/2002 de 28/10/02, Sala Segunda, 28-10-2002 (STC 192/2002), 193/2002 de 20/10/2002, 194/2002 de 28/10/02, Sala Segunda, 28-10-2002 (STC 194/2002) exige como requisitos de la medida:

A) El acuerdo de restricción de las comunicaciones debe notificarse de forma motivada e inmediata al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a fin de posibilitar que dicho órgano judicial ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción de un derecho fundamental ( STC 106/2001 de 23 de abril, Sala Segunda, 23-04-2001 (STC 106/2001), constituyéndose como auténtica garantía en el que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes.

B) El acuerdo debe ser motivado, lo que impone una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos de derecho. Como indica la STC 194/2002 de 28 de octubre, “la exigencia de motivación de la medida no sólo se convierte *ex art.* 51.5 LOGP 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 lle-

var 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 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 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 (SSTC 170/1996 de 29 de octubre; 128/1997 de 14 de julio; 200/1997 de 24 de noviembre; 141/1999 de 22 de julio).

C) El acuerdo debe ser proporcional. Ello supone [STC 175/1997 Jurisprudencia citada STC, Sala Segunda, 27-10-1997 (STC 175/1997)], la idoneidad (que la medida de intervención sea adecuada para el fin que se ha decidido); la necesidad de la medida (en el sentido de que no se pueda acudir a otro medio menos gravoso que la limitación de un derecho fundamental) y que sea proporcional en el sentido

estricto (que exista una ponderación entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto).

D) El acuerdo de intervención debe ser limitado en el tiempo. La intervención de las comunicaciones no puede mantenerse indefinidamente (128/1997, de 14 de julio, 175/1997 de 27 de octubre, 200/1997, de 24 de noviembre, 188/1999, de 25 de octubre, 175/2000, de 26 de junio); y el acuerdo debe contener expresamente la duración de la medida de intervención (STC 175/1997, STC, Sala Segunda, 27-10-1997 (STC 175/1997)).

En nuestro caso se dan todos estos requisitos, ya que como consecuencia de encontrarse en el interior de una carta dirigida al recurrente una sustancia marrón, y mientras dicha sustancia se remite al Servicio de Sanidad y Consumo para su análisis, procede de forma limitada la intervención de las comunicaciones, por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, por tanto está motivado y se comunicó de forma inmediata al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a fin de posibilitar que dicho órgano judicial ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción de un derecho fundamental, por ello no se observa desvió en el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria penitenciaria, por lo que interesa la confirmación de la resolución impugnada.

El recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Las costas de esta alzada deben declararse de oficio.

VISTOS los preceptos legales aplicables.

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la letrada Olga, en nombre del interno del Centro Penitenciario de Zuera J. A., contra el auto fechado el 9/2/2022 dictado por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Aragón, CONFIRMÁNDOLO, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

## **16.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 28/04/22**

### **Estimación de recurso autorizando una comunicación íntima.**

En Barcelona, a 28 de abril de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- En el expediente personal de referencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 4 de Catalunya relativo al interno anotado al margen por auto de 24 de marzo de 2022 por el que se desestimaba la queja formulada por el interno en relación a las comunicaciones a las que estima tener derecho.

Contra tal resolución se interpuso por el interno recurso de apelación que fue admitido a trámite, elevándose los particulares necesarios a esta Sección, previos los trámites oportunos.

El Ministerio Fiscal ha presentado escrito oponiéndose al recurso.

SEGUNDO.- Que recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección, se formó el correspondiente rollo de apelación que se registró con los de su clase, y en el que se tuvo por parte como recurrente al interno y, seguido por sus trámites, quedó el rollo sobre la mesa para su resolución.

Ha sido ponente don Carlos Almeida Espallargas, quien expresa el parecer unánime del tribunal.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La letrada, doña L., en defensa de don B., mediante escrito de 29 de marzo de 2022 interpuso recurso de apelación contra el auto de 24 de marzo de 2022 por el que se desestimaba la queja formulada por el interno en relación a las comunicaciones a las que estima tener derecho al afirmar que el interno no puede aportar los justificantes de las comunicaciones anteriores que tuvo con su pareja aunque sí puede solicitarlas el Juzgado, añadiendo que la instancia que presentó al Director quedó sin respuesta así como que las visitas con familiares que pide son consecutivas y un poco más extensas dado que vienen desde Las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal mediante escrito de 31 de marzo de 2022 se opuso al recurso interpuesto en base a las razones que obran en autos.

TERCERO.- El art. 76.2, g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé la posibilidad de que cualquier interno se dirija al Juez de Vigilancia Penitenciaria para formular las peticiones o quejas sobre régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a derechos y beneficios penitenciarios, al igual que puede hacerlo, a tenor del art. 53 del Reglamento Penitenciario a la propia administración a través de un funcionario o el personal del centro. Dichas peticiones o quejas, como su propio nombre indica, son comunicaciones dirigidas al Juez para que adopte una determinada postura, pero no tienen naturaleza de recurso a los efectos de la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su finalidad no es otra que la de compeler al Juez de Vigilancia, al que mediante la misma se le pone en conocimiento una situación de hecho o de derecho, a fin de que realice una determinada actividad, que se traduce en averiguar la veracidad de la queja o petición, obligando a la Administración a que adopte una determinada actitud, emitiendo la correspondiente resolución, que en cuanto tal será recurrible ante el Juez de Vigilancia, por vía de apelación, y contra la que no cabrá recurso alguno (Disp. Adic. 5ª, LOPJ.), o para que el Juez de Vigilancia, en su caso, haga uso de la facultad que se le otorga en el art. 77, LOGP, en el caso de que no tuviere competencia directa para conocer del asunto o para corregir lo denunciado. En este caso hará una propuesta a la administración penitenciaria respecto de la que ésta deberá pronunciarse, dictando una resolución administrativa que sí sería recurrible.

CUARTO.- En el supuesto de autos la resolución recurrida declara que “[...] para las comunicaciones íntimas se exige relación de pareja que se acredite documentalmente, si no se puede, se ha de solicitar mediante instancia ante el Director [...] No consta que el interno haya realizado la correspondiente instancia [...] en el momento de ingreso el interno no designó ninguna pareja [...] *a posteriori* tiene que haber habido una comunicación con la persona por dos meses y un mínimo de seis comunicaciones [...] que aporte justificantes de visita [...] no consta que haya hecho [...] quiere ser visitado por sus primos, a lo que no pone objeción el centro, no pudiendo ser saltadas [...] dado que rige el comunicado interno 82/21 del comité de crisis, siendo preciso cita previa y respetando las franjas por módulos para no mezclar internos de diversas unidades”.

En el presente supuesto la Sala ha de tener en cuenta el informe del centro penitenciario que refiere que el interno no puede acreditar la relación de pareja como exige la orden de Dirección 08/2015 por lo que conforme a esta deberá haber

comunicado con quien afirma ser su pareja por 2 meses y con al menos 6 comunicaciones y si bien afirma que ha venido comunicando con ella con anterioridad no ha podido comprobarse al no tenerse acceso a las bases de datos de centros penitenciarios fuera de Catalunya. En cuanto a las visitas de sus primos se informa que basta con que se acredite el parentesco y en cuanto a que se realicen de forma consecutiva solo podrán realizarse respetando el Comunicado interno 82/21 para no mezclar los internos de diferentes unidades. Así, de lo expuesto resulta que las visitas de los primos podrán realizarse conforme a la normativa expuesta sin que conste que el recurrente haya acreditado el parentesco debiendo ser consecutivas siempre que dicha normativa lo posibilite, mientras que en cuanto a los vis a vis con su pareja no resulta justificado que el centro penitenciario reclame los justificantes de visitas anteriores desde el momento que no existe razón para que un interno los guarde y siendo evidente que la acreditación deberá hacerla la propia administración penitenciaria sin que las discordancia entre esa exigencia de acreditación y la posibilidad de acceso a bases de datos de la propia administración penitenciaria pueda ser a cargo del interno por lo que deberá adecuarse la normativa o procurarse la administración penitenciaria los medios para tener la información necesaria de los internos siendo que la desconexión de bases de datos no impide otras formas de comunicación igualmente inmediatas tales como una simple llamada telefónica o correo electrónico a los centros en los que hubiera estado con anterioridad el penado y recurrente, es en este sentido que la Sala deberá estimar parcialmente la queja.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de aplicación.

### **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA RESUELVE ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la letrada, doña L., en defensa de don B., mediante escrito de 29 de marzo de 2022 contra el auto de 24 de marzo de 2022 por el que se desestimaba la queja formulada por el interno en relación a las comunicaciones a las que estima tener derecho, y, en consecuencia, exigir a la administración penitenciaria un funcionamiento coordinado y reclamar, por cualquier medio, la identidad de las personas que han comunicado con el interno.



## **17.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 5 DE ANDALUCÍA (GRANADA) DE FECHA 16/05/22**

### **Desestimación de queja sobre restricción de comunicaciones.**

En GRANADA, 16/05/2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Por el interno del CP de Albolote, Ó., se interpone recurso queja contra el acuerdo de la Dirección del Centro de 24 de marzo de 2022 que decreta la restricción de comunicaciones especiales y ordinarias con J., hermano del interno al amparo de los artículos 51.5 de la LOGP y 44 RD 190/96.

SEGUNDO.- Informado el expediente, se dictó Auto el 28 de marzo de 2022 acordándose la incorrección y archivo definitivo del expediente. Dictándose DIO de su incoación a tenor del contenido del escrito de queja remitido por el interno recabándose la información necesaria y documentación del Centro penitenciario se acordaba oír al Ministerio fiscal, que interesa la desestimación del recurso por los propios fundamentos del auto. Dándose cuenta para su resolución judicial.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- El recurso/queja que interpone el interno del C.P. de Albolote, Ó., contra el acuerdo de la Dirección del Centro de fecha 24/03/2022 que decretó la restricción de comunicaciones especiales y ordinarias, con su hermano no puede encontrar favorable acogida.

SEGUNDO.- Sin duda todo interno tiene derecho a relacionarse con todas aquellas personas que forma parte de su entorno, familia, amigos, así como con miembro de instituciones de cooperación asistencia penitenciaria que de alguna manera puedan ayudarle, si bien quedando regladas por el Consejo de dirección.

Configuradas las comunicaciones como un derecho que asiste a los internos e internas (art. 51.1 de la LOGP y 41 .1 del RP) el mismo no tiene un carácter absoluto como parece desprenderse de las alegaciones que realiza el interno recurrente amparado por un principio de presunción de inocencia, pues tanto la propia LOGP como el RP autorizan la restricción e incluso la suspensión de las comunicaciones (arts.. 43 y 44 del RP) y ello por razones de seguridad, de interés

de tratamiento y de buen orden del Establecimiento. Precisamente esas fueron las razones que se tuvieron en cuenta por el Director del CP de Albolote para adoptar el acuerdo que ahora se recurre, pues tras examinar detenidamente el expediente y , concretamente el parte redactado por los funcionarios, el informe ampliatorio de la subdirección de seguridad y las propias manifestaciones del penado, se llega al convencimiento de la detección de sustancias ilegales en el familiar del interno a la vista de la detección por la unidad canina del centro penitenciario analizada la actitud y comportamiento del animal resultando intrascendente el análisis posterior de la sustancia detectada la presencia de la misma y ser acordada la suspensión de la comunicación no efectuándose la detención del visitante.

TERCERO.- Así las cosas, no puede afirmarse que las comunicaciones que el recurrente sostiene con sus familiares respondan al fin último de las penas privativas de libertad que no es otro que la reeducación y reinserción social (arts. 25.2 de la CE y 56 de la LOGP) sino más bien para facilitar al penado una sustancia prohibida por la normativa de régimen interior, extremo que como se afirma por la Dirección del CP, es público y notorio que está estrechamente relacionado con la producción de incidentes regimentales que alteran gravemente el orden y seguridad del Establecimiento.

CUARTO.- Es doctrina reiterada del TC que las limitaciones en materia de comunicaciones no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 52/1985), insistiendo el Supremo intérprete de nuestra Carta Magna que cada resolución que limita derechos fundamentales debe guardar siempre la debida proporcionalidad entre el beneficio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se impone (STC 57/1994).

En estas condiciones, se considera que la restricción de la comunicación ordinaria de dicho día entre dicho interno y su hermano identificado resultó proporcionada y ajustada a derecho sin que por ello quede afectado el derecho al honor familiar, ni quedan imposibilitadas las visitas en el futuro en tiempo y en forma.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

DISPONGO Que debo desestimar el y desestimo recurso/queja interpuesto por el interno del CP de Albolote, Ó. contra el acuerdo de la Dirección del Centro de fecha, que dispuso la suspensión de la visita ordinaria el 24 de marzo de 2022, entre dicho interno y su hermano J. por ser dicho acuerdo ajustado a derecho.

## **18.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN DE FECHA 14/06/22**

### **Desestimación de queja por cacheo integral a comunicante en vis a vis íntimo.**

En la ciudad de Jaén a 14 de junio de 2022.

Visto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, el recurso de apelación N.º 448/2022, interpuesto por C. contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén, de fecha 13 de enero de 2022, en el Expediente n.º 3242/2021. Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que por el Juzgado de referencia y en el procedimiento indicado se dictó auto con fecha 13 de Enero de 2022, cuya parte dispositiva dice: “ Se desestima la queja del interno C. del Centro Penitenciario de Jaén.”

SEGUNDO.- Que por la representación procesal del interno C., se interpuso en tiempo y forma, recurso de reforma que fue desestimado por auto de 29 de Marzo de 2022, frente al cual se articula recurso de apelación que fue impugnado por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, y tras su reparto a la Sección Segunda, se acordó la formación del correspondiente rollo de apelación, con designación de Ponente, quedando pendiente el recurso de resolución, tras la deliberación y votación que ha tenido lugar el día 13 de junio de 2022.

CUARTO.- Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. SATURNINO REGIDOR MARTÍNEZ.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Se articula recurso de apelación contra la desestimación de la queja formalizada por el interno sobre el cacheo integral al que fue sometido su pareja en una comunicación vis a vis.

El Reglamento penitenciario en su art. artículo 45 regula “Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia” al señalar:

1. Todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida.

2. Los Consejos de Dirección establecerán los horarios de celebración de estas visitas.

3. Los familiares o allegados que acudan a visitar a los internos en las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser portadores de bolsos o paquetes, ni llevar consigo a menores cuando se trate de comunicaciones íntimas.

4. Previa solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.

5. Previa solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una.

6. Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas.

7. En las comunicaciones previstas en los apartados anteriores se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes. Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito”.

En el caso de autos el cacheo realizado a la pareja del recurrente, que según informe del Centro Penitenciario no fue integral, estaba justificado por los problemas de adicción que presenta el interno, el cual se ha negado reiteradamente a ingresar en la UTE, por lo que para evitar la posibilidad de que en las visitas familiares se introduzca algún tipo de sustancia, se dieron instrucciones de cacheos a los visitantes, medida que estaba plenamente justificada, por lo que no existe motivo para la queja planteada.

Es por estas razones que se confirman los autos impugnados.

SEGUNDO.- Procede declarar de oficio las costas de este recurso.

En consecuencia y por lo que antecede la SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN,

ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del interno C. contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Jaén, de fecha 13 de enero de 2022, en el Expediente n.º 3242/2021. Resolución que se confirma en su integridad, con declaración de oficio de las costas de este recurso.

## **19.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 5 DE ANDALUCÍA (GRANADA) DE FECHA 08/09/22**

### **Desestimación de queja sobre un vis a vis extraordinario.**

Granada a 8 de septiembre de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno, H., del Centro Penitenciario ALBOLOTE, interponiendo queja por el no disfrute del vis a vis extraordinario concedido solicitando su permisión.

SEGUNDO.- Interesados los pertinentes informes que han sido remitidos por el subdirector de seguridad con el contenido que obra en las actuaciones, se dio traslado de las mismas al Ministerio Fiscal que interesa la desestimación de la queja. Dándose cuenta para su resolución judicial.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

ÚNICO.- Estudiado el contenido de la queja que interpone el interno del CP de Albolote, H., y a la vista del informe emitido por el Centro y por el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en los artículos en el artículo 76.2 apdo. g), 51 de la LOGP y 41 Y 45 del Reglamento Penitenciario procede su desestimación.

La cuestión a resolver no es otra que el disfrute por el interno/a del vis a vis extraordinario concedido en respuesta a las recompensas obtenidas por sus trabajos realizados. Ahora bien, el disfrute del mismo en atención a las causas organizativas y medios materiales con los que se dispone exigen una planificación para poder llevarlos a cabo y en este sentido en atención a las normas de régimen interno los vis a vis extraordinarios por dichas causas se les otorga un período para su disfrute de tres meses a contar desde la notificación de la recompensa al interno.

Condición para su disfrute que si no se cumple será perdido salvo casos excepcionales ajenos al mismo como puede ser motivos médicos, traslados a otro centro, etc. lo que no concurre en el supuesto del recurrente.

Dándose aclaración en dicho informe de que por parte del interno recurrente se han disfrutado sus vis a vis ordinarios, uno extraordinario en el mes de abril, más ante la falta de petición no se disfrutó el demás extraordinario en el mes de marzo y mayo, como tiempo hábil para ello.

Por tanto, son razones organizativas y de disponibilidad de medios y espacios lo que hace imposible dejar al libre arbitrio del interno el momento del disfrute, por ello no existe causa discriminatoria o arbitraria que pueda sustentar dicha queja conforme el informe del ministerio fiscal.

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

## **PARTE DISPOSITIVA**

Que desestimando la queja interpuesto por el interno HANNE del Centro Penitenciario ALBOLOTE con archivo del expediente.

## **20.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE FECHA 13/09/22**

### **Desestimación de recurso sobre intervención de carta.**

En la ciudad de Granada, a trece de septiembre de dos mil veintidós, la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial, formada por los Magistrados al margen relacionados, ha visto en trámite de apelación la Causa núm. 229/2021 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Motril, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 37/2020 del Juzgado de Instrucción núm. 5 y de Violencia sobre la Mujer de Motril, seguido por delito de quebrantamiento de condena contra el acusado D. C., apelante, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> E. y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> I., ejerciendo la acusación pública el MINISTERIO FISCAL, impugnante, representado por D. Jesús.

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

PRIMERO.- En el expresado procedimiento recayó sentencia con fecha 28 de enero de 2022 que declara probados los siguientes hechos:

“El procedimiento judicial se dirige contra C., mayor de edad y con antecedentes penales vigentes entre otros, en virtud de sentencia de 27 de septiembre de 2017 (firme el día 4 de diciembre de 2017) dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Motril en Juicio Rápido n.º 192/2017 en virtud de la cual C. fue condenado por un delito de lesiones del art. 153 y otro de amenazas del art. 174.4 y 5 del Código Penal a la pena, entre otras, de un total de 5 años de prohibición de aproximación y de prohibición de comunicación respecto de su ex pareja sentimental T. por cualquier medio, pena que extinguirá según liquidación de condena el 6 de enero de 2023 (ejecutoria 3/2018).

Posteriormente, mediante sentencia firme de fecha 11 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Motril, (Juicio Rápido 13/2020) C. fue condenado por un delito de quebrantamiento previsto en el art. 468 del Código Penal a la pena de prisión de seis meses con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El día 20 de mayo de 2020 el Departamento de Seguridad del Centro Penitenciario de Albolote, donde en esas fechas se encontraba interno el acusado, retuvo una carta de éste dirigida a su ex pareja, T., misiva remitida por el acusado a

sabiendas de la existencia y vigencia de aquella pena de prohibición de comunicación, y que finalmente no llegó a su destino por el correcto funcionamiento de los controles penitenciarios”, y contiene el siguiente FALLO:

“Debo condenar y condeno a C. como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento en grado de tentativa de los art. 16, 62 y 468.2 del Código Penal, pena de cinco años y quince días de prisión(sic) con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de costas procesales”.

El fallo fue aclarado posteriormente y rectificado en cuanto a la pena impuesta, quedando determinada en cinco meses y quince días de prisión.

SEGUNDO.- Interpuesto en legal forma recurso de apelación por la representación procesal del condenado, solicitó la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra absolutoria en su favor.

TERCERO.- En el trámite que previene el artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal impugnó el recurso y solicitó su desestimación con confirmación de la sentencia apelada.

CUARTO.- Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, se acordó, dentro de las posibilidades del Tribunal, quedaran para deliberación el día 12 de julio de 2022 al no estimar necesaria la celebración de vista.

QUINTO.- Se acepta íntegramente el relato de hechos probados que la sentencia apelada contiene.

SEXTO.- Se han observado las prescripciones legales del trámite, y es ponente la Magistrada D<sup>a</sup> Aurora González Niño.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

PRIMERO.- Frente al pronunciamiento condenatorio de la sentencia se alza en apelación el acusado Sr. C. con la única pretensión de que la Sala le absuelva libremente del delito de quebrantamiento de condena en tentativa que se le imputa conforme al tipo del art. 486-2 del CP por su intento de remitir una carta por correo postal a la mujer que fue su pareja sentimental, D<sup>a</sup> T., desde el Centro Penitenciario de Albolote donde se encontraba interno cumpliendo condena, obviando según se declara probado la larga prohibición de comunicar con ella que le había sido



impuesta como pena (entre otras) en sentencia firme precedente dictada en protección de dicha mujer como víctima de los delitos de violencia de género contra ella perpetrados por los que fue condenado, pena ésta que ya había comenzado a cumplir y se encontraba en vigor en el momento, 20 de mayo de 2020, en que la misiva fue interceptada y retenida por el Departamento de Seguridad del centro penitenciario al comprobar el nombre de la destinataria y la prohibición en cuestión, impidiendo así que la carta llegara a su destino.

Y alega como motivos de su impugnación el error del juzgador de instancia en la valoración de la prueba, la lesión de su derecho a la presunción de inocencia y la atipicidad penal de la conducta.

SEGUNDO.- Más allá de las consideraciones de carácter general que se alegan en el recurso en desarrollo de los motivos de apelación invocados, dos son los argumentos en que se sustentan previa aceptación por el recurrente de la autoría de la misiva manuscrita, tanto del texto de la carta misma como de la dirección y remite del sobre cerrado en que se encontraba, rendido ante la evidencia de la prueba pericial caligráfica practicada y ratificada en juicio que los señala fuera de toda duda como escritos de su puño y letra. Se alega, primero, que el acto de comunicación prohibido no se llegó a consumar al no llegar a su destinataria por impedirlo la retención e intervención de la carta por el centro penitenciario, y segundo y lo más importante según se resalta, que no consta la intención del acusado de remitir la carta el mismo día en que fue interceptada o en cualquier otro momento posterior, añadiendo que fue interceptada por un funcionario dentro de su mismo módulo; y decimos que “añade” este dato porque es la primera vez, con el recurso, que el acusado se digna a ofrecer alguna información sobre los hechos imputados al haberse acogido a lo largo de la Causa, también en el juicio oral, a su derecho a guardar silencio y no declarar.

Pero ninguno de los argumentos de descargo expuestos en el recurso sirve para justificar el pronunciamiento absolutorio que se reclama bajo la óptica de los motivos de apelación alegados.

La naturaleza del delito de quebrantamiento de condena cuando se trata del incumplimiento de una pena o medida cautelar de las contempladas en el art. 48 del CP, especialmente la prohibición de comunicación en protección de alguna de las personas a que se refiere el art. 173-2 (en el caso, la mujer con la que el acusado mantenía o había mantenido una relación sentimental de pareja), no impide que aparezca en la forma imperfecta de ejecución de la tentativa como así se ha valorado por el Ministerio Fiscal que acusa y el juzgador de instancia que así lo

considera en la sentencia apelada. El acto de comunicación prohibido cuando se perpetra mediante correo postal, atraviesa un *iter criminis* que se inicia con la confección de la misiva, pasa por la remisión de ésta a su destino utilizando el servicio de mensajería de que se trate –en este caso, el estatal de Correos– y se consume con la recepción por el destinatario. En el caso que nos ocupa, el resultado delictivo, la comunicación con la mujer protegida, no se llegó a perfeccionar porque la carta a ella dirigida, antes de llegar a su destino, había de sortear un obstáculo intermedio, la entrega al servicio postal por el centro penitenciario dado la condición de interno del remitente, y otro adicional por la situación especial que creaba la pena de prohibición de comunicación con D<sup>a</sup> T. ya que obligaba al Centro a revisar el destinatario de sus cartas antes de gestionar su remisión por el servicio de Correos, justo lo que permitió que se interceptara la correspondencia sólo al comprobar el nombre de la destinataria en el sobre, antes de darle curso.

Rechazamos igualmente que no estuviera en el propósito del acusado remitir la carta a su ex pareja “el día” que fue interceptada por el centro penitenciario u otro distinto, elemento temporal que en todo caso resulta indiferente porque de lo que no cabe duda es que la carta estaba preparada por el acusado para su remisión desde el propio centro penitenciario antes de cumplir la pena privativa de libertad que le tenía confinado en calidad de interno. Como consta en la Causa, el Sr. C. salió en libertad el 27 de agosto de 2020 (según comunicación oficial al folio 50 de los autos), y con ello contaba el acusado al escribir a T. preparándola para volver a reanudar su relación tan pronto fuera excarcelado según resulta del apasionado texto de la carta. A mayor abundamiento, la carta fue interceptada dentro de su sobre cerrado y con el sello ya puesto y pegado, y con un remite que no deja lugar a dudas sobre el propósito del acusado de mandarla desde el centro penitenciario, pues figura como dirección del remitente la del centro: Albolote, Carretera de Colomera, km. 6,5. Nada más expresivo de que la carta estaba ya preparada para su inmediata remisión a su destinataria desde el centro penitenciario en el momento en que fue intervenida no por un funcionario en la celda o “el módulo”, como ahora novedosa y tardíamente se alega en el recurso, sino por el Departamento de Seguridad como reza en el oficio por el que el Director de la prisión dio cuenta al Juzgado acompañando la carta dentro del sobre cerrado y timbrado (al folio 22 de los autos). Y en aquella fecha, mayo de 2020, todavía le quedaban por cumplir al acusado varios años para extinguir la prohibición de comunicación con la destinataria de la carta si nos atenemos a la liquidación de esta pena al folio 19 de la causa.

El hecho imputado al acusado es penalmente típico como una tentativa de delito de quebrantamiento de condena a tenor del art. 16 del CP, pues con la redacción de la carta dirigida a la mujer protegida con la que tenía prohibido comunicar como parte de una condena, su introducción en un sobre ya cerrado y timbrado donde figuraba ella como destinataria, y su entrega a los servicios del centro penitenciario para gestionar su remisión vía postal, dio principio por actos externos a la ejecución del delito, prácticamente todos los que estaban en su mano para generar el resultado ilícito proyectado (la recepción de la misiva por su ex pareja) que sin embargo no llegó a producirse por causas independientes de su voluntad al no contar seguramente con que el centro estaba avisado de la prohibición de comunicación que le incumbía.

Y como colofón a cuanto se ha dicho, se habrán igualmente de rechazar los demás motivos del recurso al no advertir ningún error, sino el acierto del juzgador de instancia en la valoración de la prueba de cargo superando con éxito cuantos criterios de racionalidad, lógica y experiencia son exigibles en el proceso ponderativo de los elementos probatorios presentados, y constatar que la prueba, por ser de cargo, lícitamente obtenida, válida en Derecho, aportada al juicio oral, de significado inequívocamente incriminatorio y no contrarrestada por prueba de descargo, cumple cuantas garantías demanda la protección constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia para destruirla con eficacia y en las condiciones de certeza requeridas, razón bastante para la desestimación del recurso deducido, con confirmación de la sentencia apelada.

TERCERO.- No se advierten motivos para hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales de esta alzada.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> E., en nombre y representación del acusado D. C., contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2022 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Motril en la Causa a que este rollo se contrae, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus extremos, sin pronunciamiento sobre las costas procesales de la segunda instancia.



# **CAPÍTULO IV**

## ***DERECHOS***



## **21.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 21/12/22**

### **Aplicación del régimen del artículo 78 de CP.**

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10137/2022 interpuesto por P. F., representado por el procurador don J., bajo la dirección letrada de doña O. y doña H., contra el auto dictado el 21 de enero de 2022 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Servicio Común de Ejecutorias (Sección Primera), en la Ejecutoria n.º 48/2017, correspondiente al Rollo de Sala 78/2011, en el que se desestimó el recurso de súplica formulado por la representación del recurrente contra el auto de 11 de noviembre de 2021, que acordaba aclarar que los beneficios penitenciarios referidos por la Secretaría de Instituciones Penitenciarias habían de aplicarse sobre el límite del cumplimiento total de las penas impuestas en las diferentes sentencias acumuladas.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, así como la Asociación Víctimas del Terrorismo, representada por la procuradora doña M. E., bajo la dirección letrada de doña M. C..

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Servicio Común de Ejecutorias, en la Ejecutoria n.º 48/2017, correspondiente al Rollo de Sala n.º 78/2011 (Sección Primera), procedente del Sumario 99/2008, del Juzgado Central de Instrucción n.º 6, relativa al penado Pedro Francisco, dictó auto con fecha 21 de enero de 2022, en el que se contienen los siguientes

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2021, se dictó Auto por el que se acordaba aplicar el art. 78.1 del CP al penado P. F. , sobre el límite de cumplimiento del total de las penas impuestas en las diferentes sentencias acumuladas, y no al límite máximo de 40 años de cumplimiento.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de P. F. se presentó escrito por el que se interpuso recurso de Súplica contra el citado Auto.”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

“Que debía DESESTIMAR el recurso de súplica interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don J. J. en nombre y representación de P. F., debiendo confirmar el auto de 11 de noviembre de 2021, manteniéndolo en todos sus extremos.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno”.

TERCERO.- Notificado el citado auto a las partes, la representación procesal de P. F. anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por P. F., se basó en los siguientes MOTIVOS DE

### **CASACIÓN:**

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 78.1 del CP, en relación al artículo 24.1 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del artículo 25.2 de la Constitución Española, en relación con los artículos 10 y 15.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal y la Asociación Víctimas del Terrorismo, en escritos con fecha de entrada el 13 de junio de 2022, solicitaron la inadmisión del recurso y,



subsidiariamente su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 20 de diciembre de 2022, prolongándose hasta el día de la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRELIMINAR.- 1. El Centro Penitenciario “La Moraleja”, sito en la localidad de Dueñas (Palencia), dirigió escrito a la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En el mismo se elevaba consulta sobre determinados aspectos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas al penado P. F., interno en dicho centro penitenciario en mérito del Procedimiento de Ejecución 48/2017 de dicho órgano jurisdiccional.

Expresaba que el interno cumplía condena por diversas penas que habían sido acumuladas por Auto de la Sala de lo Penal de 15 de febrero de 2018 y por las que se fijó el límite máximo de cumplimiento efectivo de 40 años de prisión. Una acumulación que, según el propio contenido explicativo de la resolución, respondía a la previsión del artículo 76.1.d) del CP vigente al momento de la comisión de los hechos.

La consulta no versaba sobre ese precepto, sino sobre la aplicación del artículo 78 del CP.

Destacaba el escrito que el redactado actualmente vigente del artículo 78 CP (ya en vigor cuando se acordó la acumulación de las penas que se están ejecutando) establece que, si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 del CP la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas (cual es el caso), el juez o tribunal sentenciador puede acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas, en lugar de aplicarse el régimen ordinario de cumplimiento, que supondría su aplicación a partir de la pena que debe ser objeto de cumplimiento efectivo.

Esta previsión legal no era la que se encontraba vigente a la fecha en que tuvieron lugar los hechos criminales por los que el interno cumplía condena. El redactado del artículo 78 entonces vigente fijaba que el régi-

men agravado de cumplimiento que se ha descrito, esto es, el que contempla la aplicación de los beneficios a partir del conjunto de penas impuestas, era de aplicación obligatoria en los casos de acumulación de penas previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76, siempre que la pena a cumplir resultara inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas.

Desde esta dualidad normativa, el escrito del Centro Penitenciario reclamaba una aclaración sobre la posible aplicación del artículo 78 en relación con el interno.

2. La Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tras oír a las partes y a la representación del penado, dictó un Auto el 11 de noviembre de 2021, en el que declaró que los beneficios penitenciarios a los que se refiere el oficio habían de aplicarse sobre el límite de cumplimiento del total de las penas impuestas en las diferentes sentencias acumuladas, esto es, sobre los 107 años impuestos al recurrente.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de súplica por la representación del penado, que fue íntegramente desestimado por la Sala de lo Penal en Auto de 21 de enero de 2022, objeto del presente recurso de casación. Y aunque el Ministerio Público se opone a su admisión aduciendo que la resolución no es por su naturaleza susceptible de recurso, su análisis se muestra pertinente en la medida en que se trata de un Auto dictado en ejecución de sentencia. Consecuentemente, si bien no tiene prevista, de manera expresa, la posibilidad del recurso extraordinario que nos corresponde, hemos proclamado su admisibilidad en la medida en que de la decisión depende un endurecimiento de las condiciones de ejecución de la pena (STS 336/2021, de 22 de abril).

PRIMERO.- 1.1. El primer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse infringido el artículo 78.1 del CP.

El recurrente inicia su alegato proclamando que el Auto impugnado está acertado cuando afirma que es aplicable al recurrente el vigente redactado del artículo 78.1 del CP, por retroactividad favorable al reo. En todo caso, considera que yerra cuando afirma que no resulta de aplicación al interno el régimen ordinario de cumplimiento de la pena en orden a la obtención de los beneficios penitenciarios, en su acepción más amplia.

Argumenta que las resoluciones de esta Sala han proclamado que, cuando un Tribunal decide aplicar el régimen de cumplimiento del artículo 78 del CP, debe motivar suficientemente su decisión, expresando los aspectos que justifican un retraso en la concesión de los permisos, en la progresión al tercer grado o en el acortamiento de la condena, esto es, significando cuáles son las circunstancias personales del penado y los elementos indicativos de alta probabilidad de comisión de nuevos actos delictivos que justifican que no sea oportuno aplicar el régimen general de cumplimiento.

Desde esta observación jurisprudencial, considera que la exigencia no se ha cumplido suficientemente en las resoluciones que impugna, pues han fundado su posicionamiento en la gravedad de los hechos y en la cuantía de la pena impuesta al penado, lo que puede ser válido para un pronunciamiento al momento de dictar sentencia, pero no cuando existe ya una larga evolución penitenciaria que la decisión no analiza.

Aduce, además, que es el Tribunal el que debería haber indagado la evolución del tratamiento penitenciario del penado para evaluar la oportunidad de establecer o excluir el régimen general de cumplimiento, sin que pueda denegarse la aplicación del régimen más favorable sin conocer el avance de su rehabilitación y, menos aún, que para la concesión de este régimen pueda exigirse a la defensa que pruebe la disminución de la peligrosidad del penado, pues tal modo de actuar comporta una inversión de la carga de la prueba.

1.2. Los dos primeros párrafos del artículo 78 del CP, en su redacción dada por LO 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015, expresan que “ Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 , la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento...”.

Con estas dos previsiones, la consulta efectuada por el Centro Penitenciario es si el recurrente está sometido al régimen agravado de cumplimiento expresado en el artículo 78.1 del CP. Cuestión que se plantea porque el redactado del precepto se encontraba ya en vigor cuando se acordó la presente acumulación de penas, mientras que al momento de perpetración de los delitos existía una regulación que no sujetaba el régimen agravado de cumplimiento a la decisión discrecional del Juez o del Tribunal sentenciador (podrá, dice hoy la ley), sino que lo imponía como ineludible.

En concreto, la redacción entonces vigente expresaba, en el artículo 78.2 del CP, que el régimen de cumplimiento agravado del artículo 78.1 “será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas”. Lo que no acontecía para aquellos supuestos en los que el máximo de cumplimiento efectivo se limitaba al triple del tiempo por el que se había impuesto la más grave de las penas acumuladas y con el límite último de 20 años pues, para este supuesto básico y general de refundición, se contemplaba que el régimen de cumplimiento sería el que impusiera el juez en ejercicio de su discrecionalidad, esto es, la opción facultativa que ahora se ha generalizado.

Por tanto, vista la confusión que puede derivarse de determinados argumentos de la resolución impugnada y del recurso, hemos de subrayar que la consulta resuelta por el Tribunal de enjuiciamiento y la cuestión que debe decidirse es si al acusado le es aplicable el régimen de cumplimiento especial del artículo 78.1 del CP.

Queda fuera del debate cualquier circunstancia relativa a la aplicación del actual artículo 78.2 del CP, que contempla la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda dejar sin efecto el régimen de cumplimiento agravado fijado inicialmente por el órgano sentenciador, a partir de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador. Es notorio que, en el presente caso, ni estamos ante una decisión adoptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, ni contemplamos un supuesto en el que se han evaluado circunstancias derivadas de tratamiento penitenciario que, como expresa el recurso, ni han sido aportadas por el Centro Penitenciario, ni han sido debatidas por las partes, ni tan siquiera resultarían de interés para la primera decisión sobre el régimen de cumplimiento de la condena.

1.3. Centrado el objeto de la cuestión en estos términos, resulta relevante contemplar cuál fue el alcance de las sentencias de condena cuyas penas se acumularon en el Auto de 15 de febrero de 2018.

Reclamado un testimonio conforme a las previsiones del artículo 899 de la LECRIM, se han identificado las siguientes condenas:

a. La sentencia más antigua de las que fueron refundidas, se emitió el 12 de enero de 2015, esto es, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, condenando al recurrente como autor de un delito de estragos terroristas, de los artículos 571 y 346 del CP vigente en la fecha en que los hechos tuvieron lugar.

Por este delito se le impuso una pena privativa de libertad de 15 años. Y habiéndose impuesto una pena privativa de libertad aislada, faltaba el presupuesto objetivo para que la sentencia pudiera pronunciarse sobre los aspectos contemplados en los artículos 76 y 78 del CP.

b. La segunda sentencia, de fecha 24 de junio de 2015 y también anterior a la entrada en vigor del actual redactado del artículo 78 del CP, condenó al recurrente por un delito de asesinato terrorista, por el que se le impuso la pena de prisión por 30 años. Añadió un delito de tenencia de armas de fuego con finalidad terrorista, imponiendo la pena de 2 años de prisión.

Tampoco aquí se dieron los presupuestos objetivos para que el Tribunal realizara ningún pronunciamiento sobre aspectos contemplados en los artículos 76 y 78 del CP pues, dado que el cumplimiento sucesivo de ambas penas no superaba el límite de cumplimiento fijado en el artículo 76.1.d) del CP, ni se aplicó este techo de penalidad, ni resultaba factible aplicar las previsiones del artículo 78 del texto punitivo.

c. La tercera condena se impuso por sentencia de 17 de julio de 2015, estando ya en vigor la actual previsión del artículo 78 del CP.

En ella se condenó al acusado a 8 años de prisión, por un delito de pertenencia a banda terrorista. Se le impuso, además, la pena de 6 años de prisión por un delito de daños, así como otros 8 años de prisión por el delito de tenencia de explosivos con fines terroristas. Por último, se le impusieron 25 penas de 15 años de prisión, por los distintos delitos intentados de asesinato terrorista que perpetró.

Debe tenerse en cuenta que las reglas relativas al cumplimiento de las penas (arts. 76 y 78 del CP), se desvinculan temporalmente de las normas sustantivas que les puedan ser coetáneas. Aun cuando la Disposición Transitoria Primera de la LO 1/1985 dispuso, en su punto 2, que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma opera por la presente Ley, tal previsión resulta oportuna para el juicio de subsunción y punición de cada hecho punible aislado, sin que las normas sustantivas de un código deban vincularse inseparablemente con sus reglas de acumulación de condenas o con las que fijan el régimen de cumplimiento, pues las condenas que se refunden en una misma sentencia, o por la acumulación de varios pronunciamientos, pueden responder a hechos perpetrados bajo la vigencia de códigos penales distintos, sin que ello impida su tratamiento unitario.

Lo expuesto muestra que la sentencia aplicó indebidamente el derogado artículo 78 del CP. Ninguna cabida tenía hablar del artículo 78.2 del CP actual (que establece la posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria transforme el régimen de cumplimiento agravado en un régimen general), cuando lo que se expresa es que “el cumplimiento efectivo de las penas de prisión impuestas no excederá del límite de 40 años, a tenor del art. 76.1.d), si bien, conforme al art. 78. 1 y 2 del CP, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se referirá a la totalidad de las penas de prisión impuestas”.

La argumentación de la sentencia trasluce claramente que, pese a haber entrado en vigor la LO 1/2015 y sus reglas de cumplimiento, se estaba evaluando la regulación derogada, en la que el artículo 78.1 establecía la posibilidad de fijar un régimen de cumplimiento especial y el artículo 78.2 proclamaba que este régimen era el imperativo para el supuesto enjuiciado.

En todo caso, más allá del soporte normativo que condujo a la decisión, resulta indiscutible que la sentencia estableció un límite de cumplimiento de 40 años y el régimen de cumplimiento especial del artículo 78 del CP, alcanzando firmeza la decisión e iniciándose el proceso de ejecución conforme al referido mandato.

d. La última de las sentencias acumuladas se dictó el 3 de mayo de 2017.

En ella se condenó al recurrente como autor de un delito de asesinato terrorista, imponiéndole una pena de prisión de 25 años. También como autor de un delito de detención ilegal terrorista, fijando la pena de 12 años de prisión. Por último, se le condenó como autor de un robo de vehículo de motor con fines terroristas, a la pena de prisión por tiempo de 4 años y 6 meses, así como a 2 años y 6 meses de prisión por otro delito de daños de naturaleza terrorista.

A la condena le resulta aplicable la limitación de cumplimiento de 40 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 76.1.d) del CP.

En todo caso, aun cuando entonces un régimen de cumplimiento agravado del artículo 78.1 ya exigía de un pronunciamiento expreso del Tribunal sentenciador, no se adoptó su aplicación por no concurrir el presupuesto objetivo que resultaría preciso, esto es, necesariamente había de procederse conforme al régimen general de cumplimiento, porque la pena a cumplir no era inferior a la mitad del conjunto de las penas impuestas.

SEGUNDO.- 2.1. La jurisprudencia de esta Sala, en interpretación del artículo 78.1 del CP, resalta que su aplicación supone una agravación de las condiciones de cumplimiento de la pena y que, por ello, es una facultad del Tribunal sentenciador que requiere de una motivación reforzada. Así lo expresamos en la STS 413/2018, así como en aquellas que indica el recurso, esto es, las SSTS 336/2021, de 22 de abril y 217/2021, de 10 de marzo.

Y hemos fijado también, que la decisión de activar estas prevenciones del artículo 78 del CP, necesariamente deben obedecer a consideraciones vinculadas a la peligrosidad del penado, entendida como la probabilidad, más o menos consistente, de la futura comisión de nuevos hechos delictivos. Pero manejadas las consideraciones en fase de declaración de la pena, esto es, cuando el Tribunal percibe la realidad y gravedad del hecho, así como a las circunstancias del sujeto al realizar su acción. En ese momento, como indicamos en nuestra STS 336/2021, de 22 de abril, el Tribunal tiene todos los elementos precisos para conformar la pena y el modo de ejecución, sin que pueda introducirse en la decisión cuál haya sido la evolución que, respecto a su perfil criminal, pueda haber aportado un tratamiento penitenciario que todavía no se ha iniciado y que, de surgir del cumplimiento de otras condenas, no ha podido observarse en el acto del enjuiciamiento.

La consideración de estas circunstancias posteriores se atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 78.2), que asume la facultad de corregir y modificar el modo de ejecución inicialmente impuesto hacia un régimen general, menos gravoso para la obtención de los beneficios penitenciarios, cuando el tratamiento formativo ha supuesto para el penado una evolución que mitiga el pronóstico de peligrosidad hacia la comisión de nuevos delitos y corrige su conducta.

Consecuentemente no existe limitación a que el último tribunal que haya condenado a un determinado acusado, en el ejercicio de su facultad de refundir su condena con otras impuestas en procedimientos anteriores (art. 988 LECRIM), como órgano de enjuiciamiento que es, pueda establecer el modo de cumplimiento para todas las condenas que se unifiquen en el nuevo título de ejecución, siempre que las sentencias anteriores carezcan de los presupuestos objetivos para que el órgano de enjuiciamiento se haya pronunciado sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento o el régimen agravado del art. 78 del CP.

Sin embargo, en aquellos supuestos en los que se aborda la refundición de una pluralidad de sentencias condenatorias emitidas en diversos procedimientos, si en alguna de esas sentencias anteriores, por acumular distintas condenas en la misma sentencia, el correspondiente órgano de enjuiciamiento ya hubiere fijado el modo de cumplimiento del art. 78 del CP, la decisión no puede ser modificada por el Juez o Tribunal referido en el art. 988 de la LECRIM. En estos supuestos, el órgano jurisdiccional que dicta el título final de cumplimiento conjunto no puede dejar sin efecto el modo de cumplimiento del art. 78 que venía impuesto por un órgano de enjuiciamiento anterior, dado que esta decisión se apoyó en un conjunto de circunstancias de las que aquel no tiene ningún conocimiento inmediato. En estos casos, la decisión para que el modo de cumplimiento minore definitivamente su rigor, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que lo hará, en todo caso, tras oír al Ministerio Fiscal, a Instituciones Penitenciarias y a las demás partes personadas, sobre la evolución del tratamiento reeducador del penado.

## 2.2. Lo expuesto determina la desestimación del motivo.

En el presente supuesto, aunque se reprocha que el Auto de acumulación de penas de 15 de febrero de 2018 no reflejaba nada sobre el modo de cumplimiento, debe observarse que, para una de las condenas impuestas,



ya se habían definido los términos de ejecución del artículo 78.1 del CP. Una condena que, casualmente en este caso, presentaba la misma extensión efectiva que la finalmente resultante de su acumulación con el resto de las condenas impuestas en otros procedimientos. Consecuentemente, la previsión no podía ser descompuesta o diluida por la orden de un Tribunal que, ni había contemplado las razones que sustentaron la decisión, ni dispuso de elementos que permitieran valorar el grado de reeducación del penado.

Con todo, como indica la resolución impugnada, resulta que los beneficios penitenciarios a los que se refiere el oficio remitido por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, han de aplicarse al penado en los términos expresados en el artículo 78.1 del CP, sin perjuicio de que la información que pueda aportar la Administración Penitenciaria en un futuro, una vez oídas las partes, permita al Juez de Vigilancia Penitenciaria reconducir el modo de cumplimiento al régimen general, si a ello hubiere lugar y se tuviere por conveniente.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

## **FALLO**

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de P. F., contra el Auto dictado el 21 de enero de 2022 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Servicio Común de Ejecutorias (Sección Primera), en la Ejecutoria n.º 48/2017, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

## **22.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N° 5 DE ANDALUCÍA (GRANADA) DE FECHA 14/03/22**

### **Estimación de petición de reposición en prestación personal.**

En Granada, a catorce de marzo de dos mil veintidós.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Se ha recibido en este Juzgado de Vigilancia, escrito del interno del C. Penitenciario de Albolote, E., interponiendo queja contra la decisión del Equipo Técnico de expulsarle de su puesto de trabajo y módulo de destino, solicitando ser reintegrado al mismo.

SEGUNDO.- Interesado el pertinente informe del Centro, se remitió con el contenido que obra en las actuaciones, dando traslado de las mismas al Ministerio Fiscal, que mostró su conformidad con lo acordado por el C. Penitenciario.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

I.- La pretensión que formula el interno del CP de Albolote, E., relativa la pérdida no justificada del trabajo remunerado que venía desempeñando en el Centro y destino en el Módulo 6, donde se encontraba, tiene que encontrar favorable acogida.

La adecuada resolución de la queja sometida hoy a nuestra consideración, la injustificada pérdida de destino del CP de Albolote, exige partir de la naturaleza jurídica del trabajo desarrollado por dicho interno, el cual presumimos ante la falta de una más detallada información proporcionada tanto por el interno como por el propio C. Penitenciario, que en su escrito de fecha 26 de enero de 2022, se limita a señalar que “ ... revisada la documentación y la insuficiente motivación para la incoación de expediente disciplinario y cambio de módulo, se dan indicaciones para el retorno del interno al módulo 6, y alta en el destino una vez se produzca la primera vacante”.

A la vista de lo establecido en los artículos 27.1.e y 29.2 in fine, ambos de la LOGP, en cuanto regulan las modalidades de trabajo y obligación de

su desempeño en el interior de los centros penitenciarios, parece estar fuera de toda duda que, los habitualmente denominados “destinos” desempeñados por los internos, se encuadran dentro de la modalidad de “prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento”. Por ello, se configura como un derecho-deber y, además, quedan excluidos del ámbito de la relación laboral especial penitenciaria, que es aquella que se establece entre el organismo autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico competente de un lado y los internos trabajadores, del otro. Ello, como consecuencia del desarrollo por estos últimos citados de actividades laborales de producción por cuenta ajena, y que no es otro –el trabajo– que aquel a que se refiere el apartado c) del punto I del artículo 27 ya citado.

Pues bien, establecida la naturaleza jurídica del trabajo que presumiblemente desempeña el interno –prestación personal en servicio auxiliar común del establecimiento–, se deberá analizar el proceso seguido para su designación y cese. Y, en tal punto, apreciamos que tal proceso en función de lo informado, se aparta de las previsiones reglamentarias pues, el artículo 273 apartado K del RP establece de forma clara y taxativa, que es competencia exclusiva de las Juntas de Tratamiento la designación, y por ende el cese, de aquellos internos que hayan de desempeñar las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento.

II.- En el caso analizado, huérfano de la documentación pertinente, se desconoce quién efectúa el cese y las motivaciones que han llevado a realizarlo. Todo lo cual convierte en irregular el proceso por el que se le da de baja en el trabajo remunerado y, en su consecuencia, conlleva la estimación de la queja, cuyo efecto principal es la reposición del interno en el destino que venía desempeñando, sin perjuicio de que eventualmente y seguido el proceso reglamentario correspondiente, pueda ser cesado en su desempeño por motivo justificado.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

## **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: estimar la petición formulada por el interno del CP de Albolote, E., y consecuentemente con ello, librar oficio al CP de Albolote a

fin de que el mismo sea repuesto en el destino que venía ostentando en el módulo Nº 6 del referido establecimiento penitenciario.

### **23.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIA (VILLENA) DE FECHA 11/05/22**

#### **Competencia territorial en supuestos de retención de peculio por traslado de pertenencias.**

En Villena, a 11 de mayo de 2022.

#### **HECHOS**

Primero.- En el presente Expediente se resolvió en auto de fecha 24 de noviembre de 2021 la inhibición del conocimiento de la queja interpuesta por el interno D. S. al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de la Comunidad, con sede en Castellón.

Segundo.- Contra dicho auto interpone el Ministerio Fiscal recurso de reforma.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

Primero.- Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformada por la Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo, el recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Segundo.- En el presente caso, examinado de nuevo el Expediente tramitado y la resolución objeto del actual recurso de reforma, procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución impugnada al resultar indiscutibles los motivos tenidos en cuenta para su adopción –en la misma ya se hace constar el supuesto al que se refieren las presentes actuaciones: ... y es el que cobra en la cuenta de peculio del interno el importe del traslado–.

En el mismo sentido cabe citar el criterio 57 de los acuerdos de los JVPs:

57.- Competencia para conocer de las que las quejas de los internos relacionadas con el transporte de sus enseres u objetos personales con motivo del traslado del interno de un Centro penitenciario a otro.

La competencia para conocer de las quejas de los internos por pérdida, extravío o deterioro de sus objetos o enseres personales durante el traslado, o por no haberse recibido en el Centro penitenciario de destino alguno o algunos de dichos objetos, retenidos en el Centro de procedencia, o en solicitud de devolución de los gastos del transporte de aquéllos cuando ya han sido cargados en la cuenta de peculio del recluso, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria bajo cuya jurisdicción se encuentre el Centro de procedencia. (Aprobado por unanimidad).

MOTIVACIÓN: Son varios los argumentos que respaldan la atribución de competencia territorial al Juez de Vigilancia Penitenciaria del Centro de procedencia: 1º) Es el Centro penitenciario de procedencia el que asume la obligación de trasladar las pertenencias del recluso hasta el Centro penitenciario de destino, por lo que ha de ser aquél el que asuma las consecuencias derivadas de fallos o incidencias (pérdida, extravío, deterioros, etc.) durante el transporte y hasta la llegada misma de las pertenencias a su destino. Así cabe deducirlo del tenor literal del artículo 318.1 del Reglamento Penitenciario, en el que se reconoce al recluso un derecho que ha de hacerse valer frente al Centro penitenciario de procedencia. 2º) Es el Centro penitenciario de procedencia el que suscribe con un tercero, transportista, el contrato de transporte de pertenencias, y es, por tanto el único, como parte del contrato, legitimado para reclamar indemnización al transportista por los daños causados en las mercancías transportadas. Es por ello, el Centro de procedencia el que ha de abonar al recluso los daños o desperfectos causados o el importe de los objetos extraviados, sin perjuicio de reclamar posteriormente esa suma al transportista en vía de regreso. Igualmente, al ser el Centro de procedencia el que ordena, en su caso, cargar en la cuenta de peculio del recluso los gastos de traslado de enseres, las quejas en solicitud de devolución de los mismos ha de resolverlas el Juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerza jurisdicción sobre aquél. De ser otro distinto, se dará el absurdo de que un Centro penitenciario cobraría al recluso los gastos del transporte de sus pertenencias y otro distinto (el de destino) vendría obligado a reintegrar su importe al interno en caso de prosperar

la reclamación. 3º) Por último, de no seguirse este criterio de atribución de competencia territorial, se conculcaría lo establecido en la disposición adicional 5ª.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al conocer de la queja en grado de apelación una Audiencia provincial distinta de aquella en cuya demarcación esté situada el Establecimiento penitenciario.

Así pues, y con independencia de que haya sido el CP de Villena quien haya retenido en la cuenta de peculio del interno los 100 euros para el traslado, la decisión de cargar el importe del mismo en la cuenta del interno corresponde a Castellón II, atrayendo por tanto la competencia del JVP ubicado en dicha Ciudad - (...) Igualmente, al ser el Centro de procedencia el que ordena, en su caso, cargar en la cuenta de peculio del recluso los gastos de traslado de enseres, las quejas en solicitud de devolución de los mismos ha de resolverlas el Juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerza jurisdicción sobre aquél. De ser otro distinto, se dará el absurdo de que un Centro penitenciario cobraría al recluso los gastos del transporte de sus pertenencias y otro distinto (el de destino) vendría obligado a reintegrar su importe al interno en caso de prosperar la reclamación. ( .. )-

En su virtud, vistos los artículos citados y demás de aplicación,

**DISPONGO:**

DESESTIMAR EL RECURSO DE REFORMA interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 24 de noviembre de 2021, confirmando en la totalidad de sus extremos.

**24.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ DE FECHA 27/07/22**

**Desestimación de recurso por falta de atención del Equipo Técnico y falta de acceso al Protocolo.**

En Cádiz a 27 de julio de 2022.

La Sección primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, integrada por los Ilmos. Srs. del margen, ha visto el Rollo de referencia, formado para

ver y fallar la Apelación formulada contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el expediente expresado.

En concepto de apelante, ha comparecido el interno S., representado y defendido por la letrada señora M.

Ha sido parte el Ministerio fiscal, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier Gracia Sanz.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO. Por auto de fecha 18 de febrero de 2022 el juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 10 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María desestimó la queja formulada por el interno, S., interno del Centro Penitenciario Puerto III, elevada en escrito de fecha 15 de noviembre de 2021, motivadora del expediente.

SEGUNDO. Formulado recurso de reforma, fue desestimado por auto de fecha 4 de abril de 2022 y contra el auto desestimatorio de la reforma se interpuso recurso de apelación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, previa designación de letrado de oficio y por el citado Juzgado en el Expediente número 3623/2021, se admitió el mismo y se dio traslado al Ministerio Fiscal, que impugnó el recurso solicitando la confirmación de la resolución impugnada, y se recibieron las actuaciones en la Audiencia Provincial, se formó el oportuno Rollo para conocer del recurso y se pasó al ponente para estudio, propuesta de deliberación y votación.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Dos cuestiones distintas fueron planteadas por parte del interno en su queja inicial netamente diferenciadas, merecedoras de un tratamiento independiente si bien que solamente una de ellas fue resuelta en la primera instancia, no así la segunda.

El primer motivo de la queja del interno consistía básicamente en la desatención, desamparo y abandono sufrido por el interno por parte de los miembros del equipo técnico (educador, psicólogo y trabajador social), quienes con ocasión del estudio de cada uno de los permisos ordinarios solicitados, como tampoco con ocasión de las revisiones de grado cada seis

meses, no procedieron en ningún caso a entrevistarse con el interno, ausencia de atención y seguimiento continuos en su evolución penitenciaria tratamental por parte del psicólogo, educador y trabajador social del módulo 11, privando así al interno del su derecho a la reeducación y reinserción social reconocido en artículo 25.2 de la Carta Magna.

El segundo motivo de la queja del interno, por más que esté relacionado con el primero es de naturaleza distinta y es que el interno se queja de que hasta en tres ocasiones ha solicitado al subdirector de tratamiento de Puerto III que se le facilite al interno los informes del psicólogo, educador y trabajador social de los años 2019, 2020 y 2021, con ocasión de todos los estudios que se han realizado en sus solicitudes de permiso a la junta de tratamiento, revisiones de grado o seguimiento continuo de su tratamiento penitenciario así como los registros anotados en los libros de visitas que tienen los miembros del equipo técnico y donde se anotan tanto el día y la hora como el motivo por el cual ha sido entrevistado el interno, quedando registrada dicha atención o entrevista tanto por la firma del profesional que la realiza como por la firma del interno . Se indicaba en la queja que la respuesta a estas tres solicitudes se ha limitado a aportar una hoja de cálculo de condena, dos informes médicos y dos analíticas de microbiología que se le realizó en el hospital Universitario de Puerto Real.

El interno considera que esta información resulta esencial toda vez que es la única forma que tiene para demostrar ante la jurisdicción penitenciaria que no está siendo entrevistado ni evaluado por los profesionales del equipo técnico en grado suficiente a cumplir las determinaciones de la LOGP y su reglamento de desarrollo de cara a su reinserción social.

Este segundo motivo de queja no ha sido objeto de atención alguna por parte de la JVP en la primera instancia. No obstante, en la medida en que en ningún momento se ha solicitado la declaración de nulidad de las actuaciones con retroacción al momento inmediatamente anterior a la comisión de la falta en orden a que exista un pronunciamiento en la instancia, y a pesar de la incongruencia omisiva en la que se ha incurrido por la juez a quo, en aplicación del artículo 240.2 fine de la LOPJ, la Sala entrará a resolver sobre el fondo del asunto.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, hemos de confirmar la resolución dictada en la primera instancia toda vez que frente a cuanto afirma el interno en el sentido de ser objeto de



un abandono y dejación inexcusables en su abordaje tratamental, debemos hacer nuestro cuanto se indica en los informes de los miembros del equipo técnico que obran en el expediente penitenciario y que dan contestación al motivo de dicha queja y es que, en efecto, no está establecido en la LOGP ni el RGP que el interno tenga que ser entrevistado con ocasión de cada petición de permiso ordinario de salida o con ocasión de cada revisión de grado y es que, en efecto, tal y como indican en su informe de 23 de diciembre de 2021 el psicólogo, el educador y el trabajador social, no tienen por qué coincidir las entrevistas con el momento de las evaluaciones de la junta de tratamiento a efectos de revisión de grado o permisos de salida y, por otra parte, la entrevista personal no es la única fuente de evaluación pudiendo obtenerse ésta también a través de otros recursos como los datos recogidos en el protocolo de personalidad, el expediente penitenciario, la información suministrada por otros profesionales, la observación directa, los resultados de evaluación de programas desarrollados por entidades externas, información aportada incluso por familiares, cuando no la participación del interno en determinadas actividades, salidas programadas al exterior y un largo etc.

A ello se añade que en el informe conjunto de 23 de diciembre de 2021 del psicólogo, educador y trabajador social se viene a negar la mayor, afirmando que el interno ha sido atendido en varias ocasiones por los distintos profesionales que componen el equipo técnico sin que la sala tenga motivo ninguno para cuestionar dicha afirmación.

TERCERO.- Por lo que concierne al segundo motivo de la queja, éste obliga a esta Sala a diferenciar y acotar claramente el contenido del derecho de los internos a obtener información, por un lado, sobre su situación procesal y penitenciaria y, por otro lado, sobre su protocolo de personalidad. En el protocolo de personalidad es donde se recoge –art. 62 A) y B) de la LOGP– cuantos datos, entrevistas e informes se realizan e incorporan para determinar el estudio del temperamento, carácter, aptitudes, evolución de su personalidad, sistema dinámico-motivacional, datos ambientales, individuales, sociales y familiares y cuantos datos sean relevantes para la clasificación del interno y, en general, cuanto afecte a su tratamiento –arts. 62 y 63 de la LOGP–. En el protocolo se contiene cuanta información solicitan y elaboran los profesionales que integran los Equipos Técnicos y las Juntas de Tratamiento, opiniones, informes y datos obtenidos a través del conocimiento directo y está a disposición de tales órganos.

La información que pretende obtener de forma directa el interno con su queja, recurso de reforma y ahora con el recurso de apelación, forma parte del protocolo de personalidad.

El art. 15.2 de la LOGP reconoce a los internos el derecho a ser informados de su expediente relativo a su situación procesal y penitenciaria. Este precepto dispone que se abrirá tanto un expediente personal relativo a la situación procesal y penitenciaria como un protocolo de personalidad. Sólo en relación al primero reconoce este precepto a los internos el derecho de información, en concreto, el derecho a ser informados (nada dice de la posibilidad de obtener copia íntegra o acceso directo). Calla el precepto, esto es ya significativo, en relación con el protocolo de personalidad. El art. 4.2 K del Reglamento Penitenciario vuelve a reconocer el derecho a recibir información personal y actualizada de la situación procesal y penitenciaria, pero vuelve a omitir el protocolo de personalidad. El protocolo de personalidad es un instrumento básico del diseño y evolución del tratamiento. El art. 61 de la LOGP dice que debe fomentarse en el interno la participación en la ejecución y planificación de su tratamiento debiendo estimularse el interés y colaboración del interno. Pero en ningún momento se habla en la LOGP ni el Reglamento de desarrollo del derecho específico del interno a acceder al protocolo de personalidad de forma directa. Es el art. 112.2 del RGP el que, con este fin participativo del interno, dice que el Equipo Técnico le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlo. La legislación penitenciaria no ha sido, consecuentemente, inespecífica o poco detallista en la regulación del derecho de información de los internos o, al menos, entenderlo así sería un juicio apresurado.

CUARTO.- Debe, ya lo avanzamos, distinguirse en esta materia en primer lugar el derecho de los internos a la obtención de información, por así decirlo, objetiva y de carácter no estrictamente tratamental: situación procesal y penitenciaria, sanciones que figuran anotadas en su expediente, méritos, permisos concedidos, etc. Este derecho de información sí está reconocido a los internos.

A este respecto, es preciso recordar que la situación de penado no priva de otros derechos que los específicamente afectados por la pena y aquellos otros que, por el contenido de la relación de sujeción especial, resulten modulados en su ejercicio (artículo 3 de la Ley General Penitenciaria), por lo que los derechos de los internos no pueden ser restringidos sino cuando

lo dispongan las leyes (artículo 3.2 del Reglamento). Por ello, en línea de principio, se ha de garantizar al interno en un Centro Penitenciario igual derecho a la información que a cualquier otro ciudadano, salvo que una norma legal lo impida o salvo que se impongan, en el ámbito penitenciario, razones de seguridad, orden público o por razones de tratamiento. Así, ante todo, el interno puede reclamar el derecho de acceso a los registros y archivos de la Administración (artículo 13 d) de la ley 39/2015 de 1 de octubre reguladora del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, derecho que puede ser limitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 y 18 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso la información pública y buen gobierno). El art. 18 de la Ley 19/2013 establece que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes a) que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general b) referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.

Tan amplia regulación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos se ve reforzada, necesariamente, cuando el contenido de ellos afecta directamente a la esfera jurídica del solicitante, pues en tal caso, ese derecho se convierte en instrumental o medial de otros derechos del titular, en cuanto el conocimiento del contenido de los archivos es medio de ejercicio de ese otro derecho, por ejemplo formular peticiones y quejas –art. 4.2 j) del RGP–.

Esta regulación general es perfectamente compatible con la establecida en el Reglamento Penitenciario, que en el artículo 4.2 k) reconoce el derecho del interno a recibir información personal y actualizada de su situación penitenciaria, a cuyo fin, según se infiere del artículo 18, se incoa, al ingresar en prisión, el correspondiente expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria “de la que tendrá derecho –se reitera– a ser informado.”

Es claro por tanto que el interno tiene derecho a ser informado de su situación procesal, penitenciaria, sanciones, cancelaciones, permisos, recompensas y beneficios penitenciarios de que haya gozado y sólo razones de eficacia en la gestión y prestación del servicio harán viable o no la obtención de copias o el acceso directo a la información que, en todo caso, ha de ser suministrada al interno.

QUINTO.- En materia de protocolo la cuestión es, sustancialmente, distinta. La elaboración de estos protocolos no se hace para conocimiento del interno sino para uso y conocimiento de los órganos colegiados que intervienen en materia de Tratamiento o en cualesquiera materias relacionadas con el Tratamiento. Las decisiones de estos órganos colegiados están motivadas y en la notificación de los acuerdos administrativos adoptados dicha motivación es transmitida, en mayor o menor grado, a los internos y la exteriorización de esa voluntad emanada del ente, que trasciende a la de sus miembros, sí es conocida y accesible. Pero nada tiene que ver con el acceso directo al Protocolo. Si la Ley o el Reglamento hubieran querido reconocer a los internos un derecho de información sobre el protocolo de personalidad, –no se olvide, instrumento básico en el diseño y ejecución del Tratamiento, multidisciplinar, progresivo y dinámico, por definición– o un derecho a obtener copia del mismo, así lo hubiera reconocido expresamente, pero no ha sido así y tampoco con ocasión de las últimas reformas introducidas en la materia. Y teniendo en cuenta la información que en el Protocolo puede contenerse es claro que el conocimiento por el interno de opiniones u observaciones afectantes a su personalidad, de múltiples y variadas imbricaciones, puede resultar contraproducente a los fines propios del tratamiento, cuando no, la necesidad de no verse afectada la seguridad de los profesionales que intervienen en su elaboración o no poner en riesgo el acercamiento terapéutico.

No existe, por tanto, un derecho del interno a obtener copia del Protocolo de personalidad ni un deber de informar sobre concretos y puntuales aspectos, datos, entrevistas o informes recogidos en dicho protocolo. Este es el criterio que nos parece más razonable y encaja sin dificultad en lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 19/2013.

La STC, Sala Segunda, STC nº 164/2021 de 4 de octubre en un recurso de amparo relacionado con esta materia indica que el acceso a la información integra el contenido de un derecho público subjetivo ejercitable frente a la administración (artículo 105 b) de la Constitución) que, no siendo absoluto, puede ser limitado por motivos predeterminados en la ley, en virtud de una previa ponderación de los intereses en juego, si bien que la posibilidad de limitar el acceso a la información no puede constituir una potestad discrecional de la administración.

Naturalmente, hay dos matizaciones que añadir:

1.- No existe un derecho de acceso directo al Protocolo o de información sobre aspectos puntuales del Protocolo en favor del interno pero, claro está, sin perjuicio del acceso a los informes técnicos preceptivos que obren en los procedimientos sustanciados o de futura sustanciación ante la Jurisdicción (v. gr. Informe del E.T. en permisos ordinarios de salida o propuesta de clasificación o revisión de la J.T. en materia de grado) pues así lo impone el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa –art. 24 de la CE (véase la STC Nº 164/12021 de 4 de octubre y STS , Sala Tercera nº 66/2021 de 25 de enero y en el mismo sentido el Auto de la AP de Huelva, sección segunda, Auto 51/2005 de 14 de febrero–.

2.- Sí existe un derecho del interno a recibir información en relación con el Tratamiento, esto es, los objetivos a alcanzar, los medios más eficaces de obtenerlos, en definitiva todo lo necesario para permitir al interno la colaboración y participación en el Tratamiento y su buen éxito –art. 112.2 del RGP–. Pero esto no significa acceso directo ni obtención de copia del Expediente ni derecho de información completa sobre datos, entrevistas, informes, etc concretos contenidos en el Protocolo.

SEXTO.- En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

No se hace especial imposición de costas, vista la clase y naturaleza de este tipo de recursos.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás aplicables.

### **III. LA SALA RESUELVE**

PRIMERO. Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por la letrada señora M. en nombre y representación del interno S. contra el Auto de fecha 4 de abril de 2022, confirmatorio del auto de 18 de febrero de 2022, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 10 de Andalucía con sede en El Puerto de Santa María en el Expediente número 3623/2021 y, en su consecuencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS DICHAS RESOLUCIONES.

SEGUNDO.- No hacemos especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

## **25.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N° 6 DE ANDALUCÍA (HUELVA) DE FECHA 02/08/22**

### **Desestimación de queja por suspensión de salidas de fin de semana.**

En HUELVA, a dos de agosto de dos mil veintidós,

**AUTO**

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Que el presente expediente se incoó en virtud de escrito del interno del Centro de Inserción Social de HUELVA D., formulando queja por haberle suspendido la salida de un fin de semana (5 a 7 de agosto de 2022).

SEGUNDO.- Recabados los informes pertinentes del Centro Penitenciario, Se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de interesar el archivo de dicha queja.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

ÚNICO.- Que valoradas en conjunto, las alegaciones contenidas en el escrito del interno y la información aportada por el Centro de Inserción Social Huelva, procede desestimar la queja planteada en cuanto el interno ha hecho reiteradamente mal uso de las salidas autorizadas, incumpliendo los horarios de las mismas y no solicitando mediante instancia dirigida a la Junta de Tratamiento (procedimiento perfectamente conocido por el interno, ya que ha sido advertido en numerosas ocasiones de la necesidad de hacerlo por tal vía) que se aprueben los pertinentes autogobiernos para llevar a cabo cualquier gestión o asistir a citas médicas o pruebas de trabajo, siendo que el interno en la salida a cura médica el día 6 de julio de 2022, incumplió el horario señalado, alegando haber asistido a una prueba de trabajo y ello pese a haber sido advertido previa y expresamente tanto por la trabajadora social del CIS el día 5 de julio, como por el coordinador de dicho Centro el día 6 de julio, que si deseaba realizar una prueba de trabajo tenía que solicitar la correspondiente ampliación de horario a la Junta de Tratamiento para que aprobara el pertinente autogobierno, no

presentando tampoco el interno documentación alguna que justificara la ampliación de horario sin pasar por Junta de Tratamiento. Siendo además que en la documentación aportada por el interno consta que compareció en las instalaciones de la obra en San Juan del Puerto, siendo que como manifestó la persona contratante el día 14 de julio en el CIS de Huelva y reconoce el interno en su escrito de recurso, éste no se presentó en la obra sino que la prueba de trabajo se realizó por teléfono y no presencial, por lo que aún queda menos justificada la ampliación de horario de salida del día 6 de julio pretendida por el interno y el retraso de éste en el horario autorizado de incorporación al Centro tras su cura médica.

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

### **PARTE DISPOSITIVA**

SS' ACUERDA: Desestimar la queja formulada por el interno del Centro de Inserción Social de HUELVA y el archivo del presente Expediente.

## **26.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 5 DE ANDALUCÍA (GRANADA) DE FECHA 08/09/22**

### **Desestimación de queja sobre práctica de cacheos integrales.**

En la ciudad de Granada a 8 de septiembre de 2022.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Se ha incoado en este Juzgado queja del interno del Centro Penitenciario ALBOLOTE Juan interponiendo queja sobre el carácter reiterado y sin razón de la realización sobre su persona de cacheos con desnudo integral sin ningún resultado positivo.

SEGUNDO.- Tramitada la oportuna queja, se practicaron cuantas diligencias se estimaron oportunas, recabándose informe del centro penitenciario el cual fue remitido dando aclaración a las alegaciones formuladas por el subdirector de seguridad.

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de oponerse a lo solicitado solicitando la desestimación de la queja. Dándose cuenta para su resolución judicial.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Estudiado el contenido de la queja presentada por el interno, y a la vista del informe emitido por el Centro penitenciario y el Ministerio Fiscal, procede acordar la desestimación de aquella.

En primer lugar y en lo que respecta al cacheo con desnudo integral no resulta ocioso recordar, que la STC nº 57/94 deja establecido, tras señalar la especial relación de sujeción que respecto de la administración tiene todo interno en un centro penitenciario, la responsabilidad que afecta a dicha administración de establecer los medios adecuados para preservar la seguridad y el orden del centro, aunque ello no implica que los internos deban quedar desamparados en sus derechos fundamentales, entre ellos la intimidad corporal como parte integrante del derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) que no siendo un derecho absoluto, no por ello cualquier intromisión en tal derecho como el único soporte del recurso a la seguridad y al orden, pueda ser considerado aceptable. Es preciso pues, que tal intromisión venga justificada y sea necesaria en atención a las circunstancias concretas del centro y a la conducta previa del interno, y en definitiva, a que se adopten medios adecuados y proporcionales para aminorar, en la medida de lo posible, los posibles efectos lesivos por la intromisión en tal derecho. Derecho conservado por el interno ya que, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la LOGP, la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena.

SEGUNDO.- En el caso analizado, y según informe remitido por el Subdirector de Seguridad dichas medidas son adoptadas de forma motivada en base a unas informaciones obtenidas por los funcionarios que llevan a sospechar y pensar que el interno puede ser portador de sustancias u objetos prohibidos en base a la propia observación, en base a las actividades que realiza a lo largo de la jornada y con quien se relaciona, por lo cual y descartadas dichas circunstancias en el interno recurrente es negado el carácter reiterado e injustificado de cacheos sobre su persona integrales para concluir que vistos los datos existentes en los registros se le han realizado



un total de cinco cacheos integrales desde el 1 de enero de 2022 hasta el 30 de agosto de 2022 tras la realización de comunicaciones vis a vis, llevadas a cabo de forma ajustada y en respuesta a la circunstancias concurrentes a juicio y valoración del Sr. Jefe de Servicios ante las sospechas existentes.

Dichas medidas se realizaron al amparo y bajo la legal cobertura de los artículos 23 de la LOGP y 68.2 del RP, sin que en su realización se denuncie, ni mucho menos se aprecie extralimitación alguna o apartamiento de la norma, conducta vejatoria o que el mismo fuese más allá de lo estrictamente necesario en orden a conseguir el fin pretendido, esto es, salvaguardar el orden y seguridad del establecimiento, evitando en todo caso la introducción en el mismo de cualesquiera sustancias u objetos prohibidos. Por todo ello, y en base a lo expuesto y razonado, la queja analizada en referido particular ha de ser desestimada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

**DISPONGO**

Que debo desestimar y desestimo la queja presentada por el interno del CP de Albolote, J., con archivo del expediente.



# **CAPÍTULO V**

## ***EXPULSIÓN***



## **27.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER DE FECHA 31/10/22**

### **Revocación de la sustitución de la pena por expulsión.**

En Santander a treinta y uno de octubre de dos mil veintidós.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Penal n.º de Santander, se dictó Auto de fecha 18 de noviembre del 2021, acordando la sustitución de la pena de 15 meses de prisión impuesta a M. por la expulsión del territorio nacional, al que no podrá regresar sino transcurridos 5 años contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

SEGUNDO: Contra dicho Auto por la Procuradora Sra. M., en nombre y representación de M., se presentó escrito formulando recurso de reforma y subsidiario de apelación, siendo desestimado el primero en el Auto de 14 de diciembre del 2021. Ratificado el subsidiario de apelación por el Ministerio Fiscal se solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO: Ha sido Ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Rosa María Gutiérrez Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO: El Juzgado Penal mantiene la sustitución por expulsión decretada en la sentencia recaída en autos al haber alcanzado firmeza, rechazando las meras alegaciones de arraigo del penado, que vincula al cumplimiento de condenas privativas de libertad. Se opone en el recurso,

la improcedencia de la misma, cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada, conforme al art. 89.4 del CP, alegando respecto al arraigo que el recurrente nació en Colombia en el año 1998, y llegó a España con 4 años, residiendo desde entonces con su madre, con la que convive, y depende económicamente, y hermanos, habiéndose cumplido 19 años desde su llegada, siendo inexistente la relación con su país, encontrándose en España su familia y amigos, no teniéndose en cuenta la condición de residente de larga duración del recurrente, ni su fuerte arraigo familiar. Se cita jurisprudencia el TS y del TEDH respecto al art. 8 del CEDH, en relación al derecho a la intimidad personal y familiar, a la vida privada y familiar, y los límites de la expulsión en función del tiempo de residencia y de asentamiento prolongado, de inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales. También las excepciones del art. 57.5 de la LO 4/2000, para los residentes de larga duración, impugnando que la resolución no explica ni motiva, si el condenado constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público, habiendo efectuado una aplicación automática del art. 89 del CP, sin valorar las circunstancias concurrentes, al haber llegado a territorio nacional siendo menor y su prolongada estancia, junto a su juventud, y las consecuencias personales y familiares, sin vínculos con su país, aludiendo a la falta de motivación, por desentendimiento de las condiciones en las que quedaría, entendiéndose vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, sin haberse tenido en cuenta las circunstancias concurrentes, instando la revocación de la resolución recurrida.

SEGUNDO: La expulsión recurrida figura acordada en la sentencia de 23-10-20, condenando al recurrente por delito de hurto del art. 234.1 del CP, con la agravante de reincidencia, a la pena de 15 meses de prisión, que alcanzó firmeza al ser desestimado el recurso de apelación interpuesto en la Sentencia n.º54/2021 de esta Sección de 21-6-21, en el que no fue impugnada aquella. No obstante, la reversibilidad de la decisión de expulsión, aparece jurisprudencialmente reconocida en el Auto de la AP Barcelona, sec. 3ª, de 11-06-2020, n.º 436/2020, rec. 312/2020, y en el de la AP Cádiz, sec. 6ª, A 06-06-2018, n.º49/2018, rec. 131/2018, cuando sedan circunstancias de tipo humanitario o excepcionales, citando la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 7/2015, según la cual:

“La resolución judicial que acuerda la expulsión no es inamovible, porque si una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la expulsión de un extranjero es que no resulte desproporcionada, las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar.

En el caso de los ciudadanos de la UE, la revisión es obligatoria en virtud del art. 33.2 de la Directiva 2004/38/CE, que dispone que “cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 (como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad) vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

La demora en la ejecución puede obedecer, simplemente, al tiempo invertido en el cumplimiento de la pena de prisión cuando la sustitución es parcial, o cuando la sentencia ha exigido el cumplimiento de toda la pena pero no ha excluido la operatividad de la expulsión por ministerio de la ley.

Para los extranjeros que no sean ciudadanos de la UE ni asimilados, la reconsideración de la decisión judicial debe ser también la regla a seguir, por idénticas razones que cabe extraer de la doctrina del TEDH, que subraya la importancia que el transcurso del tiempo puede tener en la decisión o en el cumplimiento de una orden de expulsión. A ello obedece, por ejemplo, que el TEDH exija que la valoración del comportamiento observado por el extranjero desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca), o la toma en consideración del tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH 18 de febrero de 1991, Moustaquim contra Bélgica)”.

TERCERO: En este caso además, las alegaciones del penado y de su defensa, versan sobre la residencia del recurrente durante más de 10 años, supuesto que aparece regulado y se incardina en el artículo 89.4 del CP, según el cual: No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

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.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundamentalmente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

La STS sec. 1ª, de 17-06-2021, n.º 530/2021, rec. 3535/2019, al respecto dispone: “Este Tribunal, como certeramente destaca el ahora recurrente, ha tenido múltiples oportunidades de reflexionar acerca del modo más idóneo para aplicar las prevenciones contenidas en el artículo 89 del CP. Por lo que ahora importa, sirva traer a colación lo proclamado en nuestra muy reciente sentencia número 214/2021, de 10 de marzo: «Ya hemos destacado en otras ocasiones que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el artículo 89 del CP imponía la expulsión a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, en los casos en que resultaran condenados con penas inferiores a 6 años de prisión. El precepto fue interpretado por esta Sala en reiteradas sentencias, suavizando su literalidad y adecuando su contenido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España ya la jurisprudencia que los interpreta. Y así, se vino argumentando sobre la necesidad de realizar una lectura enclave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que se ampliara la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto.



Esta doctrina, ha venido experimentado igualmente precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, y que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

Consecuentemente con esta doctrina, lo que ha pretendido corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique –aun cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado entonces vigente–, de forma automática y sin cumplirlos cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

Hemos destacado también que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, art. 89.1 CP, ha introducido dos importantes modificaciones para la aplicabilidad de la sustitución: En primer lugar, en cuanto a la extensión que debe tener la pena de prisión impuesta, precisando que debe ser de más de un año; en segundo, eliminándose el requisito de la residencia no legal del extranjero, de suerte que la sustitución puede hoy adoptarse respecto de cualquier extranjero. En todo caso, y con carácter general, se ha destacado que en el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada (SSTS 667/2016, de 14 de abril o 927/2016, de 14 diciembre).

No obstante, aunque siga dejándose en manos del arbitrio judicial (art. 89.3) que exista una adecuada correlación entre la carga que entraña la expulsión para el condenado y el gravamen que resulta inherente a la pena prevista para el injusto cometido, la libre ponderación se ha visto constreñida por el legislador para dos supuestos concretos:

1. El primero, cuando el extranjero sea ciudadano de la Unión Europea...

2. El segundo supuesto, cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores. En estos supuestos, se constata un asentamiento de tan singular importancia, que lleva al legislador, –preci-

samente por la regla de proporcionalidad rectora de esta cuestión- a exigir la concurrencia de un marcado interés de seguridad colectiva que lo justifique, bien porque concurra una responsabilidad criminal por delitos contra la vida, la libertad, la integridad física o la libertad e indemnidad sexual y que estén castigados con pena máxima superior a los cinco años de prisión (penalidad en abstracto) y en los que en todo caso (y este es el elemento definitorio de la previsión normativa) se aprecie un riesgo de reiteración delictiva; o bien cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Puede así concluirse que el régimen jurídico de sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros, fijado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, supone:

A. La imposibilidad de aplicar la sustitución por expulsión, a las penas privativas de libertad que no superen el año de duración.

B. Respecto de las penas privativas de libertad impuestas, que tuvieren una duración superior al año de prisión:

a. No podrán sustituirse las que hubieran sido impuestas a ciudadanos de la Unión Europea, salvo cuando represente una amenaza grave para el orden público o para la seguridad pública, en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales; evaluación que agrupará el juicio de proporcionalidad de la medida en función del arraigo.

b. No podrán sustituirse las penas que hubieran sido impuestas a extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores, salvo -y evaluando también el juicio de proporcionalidad con su arraigo-:

I. Que deriven de condenas por delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años, siempre que se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

II. Que hubiera sido condenado por delito de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”.

CUARTO: En este supuesto por lo tanto la circunstancia invocada de residencia durante más de 10 años, tampoco cuestionada en la resolución

impugnada, es de las excluyentes de la expulsión, dado que el recurrente se encuentra condenado en autos por delito de hurto de naturaleza patrimonial y cuya pena máxima no excede de 5 años, por lo que no se cumplen los requisitos al efecto exigidos en el art. 89.4.3° a) y b), lo que impediría la expulsión, sin que consten tampoco en ninguna otra de las condenas que le figuran en autos, y aunque no se ha aportado documentación justificativa del tiempo de residencia, encontrándose el penado cumpliendo sus condenas en centro penitenciario, su situación dificulta la disponibilidad o el acceso a la misma. Junto a ello no habiendo sido analizados dichos extremos y requisitos en la resolución recurrida, respecto a la proporcionalidad requerida y prescrita en los términos señalados, al objeto de evitar la infracción de dicho imperativo precepto, deviene aplicable la reversibilidad expuesta, debiendo confirmarse previamente el tiempo de residencia del recurrente en territorio nacional, puesto que de superar los 10 años, queda descartada la posibilidad de expulsión, debiendo encontrarse constatado antes de acordarse la misma, motivo por el que con estimación del recurso, debe dejarse sin efecto la expulsión decretada, para la verificación al efecto.

Por cuanto antecede.

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala acuerda: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Marcial, contra el Auto de 18 de noviembre del 2021, confirmado en el de 14 de diciembre del 2021, del Juzgado de lo Penal n.º de Santander, al que se contrae el presente Rollo que se REVOCA, dejando sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, debiendo comprobarse la invocada residencia del penado por más de 10 años, que impediría la misma, en los términos expuestos, conforme al art. 89.4.3° a) y b).

## **28.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 14/11/22**

### **Desestimación de recurso donde se deniega la suspensión y se acuerda la expulsión.**

En la ciudad de Barcelona, a catorce de noviembre de dos mil veintidós.

VISTO, en grado de apelación, ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, el presente Rollo de apelación n.º 241/2022, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 315/2022, procedente del Juzgado de lo Penal n.º 23 de Barcelona, seguidos por un delito de hurto y leve de estafa contra T., los cuales penden ante esta Audiencia Provincial en virtud del recurso de apelación interpuesto por las precitadas acusadas, contra la Sentencia de conformidad dictada en fecha 5/09/2022, por el Magistrado que sirve el expresado Juzgado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El fallo de la referida sentencia de conformidad es el siguiente: “Que CONDENO al acusado T. como coautor criminalmente responsable de un delito de robo con violencia, de menor entidad, penado en los artículos 237 , 242.1 y 4 del CP, concurriendo la circunstancias agravante de reincidencia del artículo 22.8 del CP , a la pena de 18 meses de prisión y al abono de la mitad de las costas del proceso y a A., como coautora criminalmente responsable de un delito de robo con violencia, de menor entidad, penado en los artículos 237, 242.1 y 4 del CP , no concurriendo circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año de prisión y al abono de la mitad de las costas del proceso.

Condeno a ambos acusados a que abonen de forma conjunta y solidaria al Sr. S. en la suma que se tase pericialmente, en ejecución de sentencia, la cadena de oro y el colgante sustraído y a C., en la suma en que se tase pericialmente, en fase de ejecución de sentencia, el colgante sustraído y no recuperado.

ACUERDO la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a A. por un período de 2 años y condicionado a que no delinca de nuevo en dicho plazo y a que abone la responsabilidad civil.

DENIEGO LA SUSPENSIÓN de la pena de prisión impuesta a T. y acuerdo la SUSTITUCIÓN de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional una vez cumpla las 2/3 partes de la pena en España, o cuando alcance la libertad condicional o sea clasificado en tercer grado penitenciario, con prohibición de entrada en España durante 7 años.

Hallándose el acusado T. en situación de prisión provisional por esta causa, por auto de 30 de junio de 2022, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º de Barcelona y habiendo recaído sentencia condenatoria firme, a pena de 18 meses de prisión, se deja sin efecto la situación de preso preventivo del mismo, pasando a ser penado por la presente causa”.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de T. se presentó frente a dicha sentencia recurso de apelación y admitido a trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 795.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha presentado escrito de oposición al mismo por el Ministerio Fiscal y posteriormente se elevaron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Barcelona, tramitándose el recurso conforme a Derecho, habiéndose señalado para la deliberación, votación y fallo el día de hoy y quedaron los autos encima de la mesa del ponente para resolver; sin haberse celebrado vista pública al no haberla solicitado la parte ni estimarla necesaria el Tribunal.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilmo. Sr. Magistrado Francisco Javier Molina Gimeno, quién expresa el parecer unánime del Tribunal.

## **HECHOS PROBADOS**

SE ACEPTA el relato de hechos probados de la Sentencia apelada, que se reproduce por celeridad y economía procesal.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- La parte recurrente combate únicamente el pronunciamiento de la sentencia de conformidad relativo al cumplimiento ordinario

y parcial de la pena de prisión impuesta hasta que cumpla las 2/3 partes de la pena o sea clasificado en tercer grado penitenciario, siendo que la recurrente manifiesta que solo prestó su conformidad con la expulsión directa y que el cumplimiento parcial requiere la motivación expresa respecto a los requisitos de excepcionalidad previsto en el art. 89.1 CP. El Ministerio Fiscal en su oposición al recurso enfatiza que la conformidad del acusado se prestó con el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal, siendo que la juzgadora se limitó a transcribir en la sentencia de conformidad el acuerdo alcanzado; siendo que en el escrito del Ministerio Fiscal constaba que la expulsión se llevaría a cabo cuando se cumplan las tres cuartas partes de la pena de prisión impuesta, siendo que en caso de desacuerdo con ello no debería haber prestado la conformidad con el escrito del Ministerio Fiscal, por lo que la firmeza de la sentencia alcanza también a dicha petición.

SEGUNDO.- Procede valorar en primer lugar el marco legalmente previsto para la apelación de sentencias de conformidad. El art. 787 LECRim prevé:

6. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

7. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada”.

Es manifiesto que el legislador previó un estrecho marco para la operatividad del recurso de apelación contra sentencias de conformidad que se circunscribe al control de los requisitos o términos de la conformidad, excluyendo razones de fondo. Es por ello manifiesto que el ámbito de control vía recurso se circunscribe esencialmente a que la sentencia de conformidad refleje fielmente los términos en que la misma se produjo.

Examinadas las actuaciones es de ver que en los Antecedentes de Hecho de la sentencia de conformidad, se recogen las modificaciones introducidas por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales

efectuada en trámite del cuestiones previas, para alcanzar el dictado de una sentencia de conformidad, manteniendo el resto sus conclusiones incólume, tal y como consta en la sentencia y no ha sido rebatido por la parte recurrente.

Consta al folio 71, que el Ministerio Fiscal desde su calificación provisional presentada en el Juzgado de Instrucción n.º10 de Barcelona en Servicio de Guardia de Detenidos, solicitó expresamente “ el efectivo cumplimiento de las 2/3 partes de la pena de prisión y la sustitución del resto de la pena por expulsión del territorio español”.

Es palmario que el acusado en el momento de prestar su conformidad asistido de su Letrada, conocía perfectamente los términos de la misma y las condiciones concretas de la sustitución por expulsión con cumplimiento parcial de la pena, por lo que la Magistrada se limitó a plasmar en la sentencia de conformidad en acuerdo alcanzado entre las partes previa supervisión de que el mismo se ajustaba a Derecho, conforme a la previsión del 787.2 LECrim. dictando sentencia *in voce* en el que se contiene el pronunciamiento sobre el cumplimiento parcial de la pena en los términos contenidos en el escrito del Ministerio Fiscal (a partir del 07.20 de la grabación audiovisual del acto del juicio) prestando todas las partes su conformidad con el contenido de dicha sentencia.

Es por todo ello que, habiendo prestado las partes su voluntad de no recurrir la sentencia, la misma devino firme, siendo que la misma no introduce ningún elemento *ex novo* que desborde la libre conformidad prestada en su día con asistencia letrada sobre las conclusiones modificadas previamente para ello por el Ministerio Fiscal.

Siendo la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes un baluarte del principio de seguridad jurídica (9.3 CE); conforme a la fiscalización legal limitada de las sentencias de conformidad prevista en el art. 787.7LE-Crim., el recurso es inviable y se desestima.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de la alzada, conforme a las previsiones del 123 CP y 240 LECr.

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

**FALLAMOS**

QUE, CON DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de T., contra la sentencia de conformidad dictada en fecha 5 de septiembre de 2022 por el Juzgado de lo Penal n.º 23 de Barcelona en su Procedimiento Abreviado n.º 315/2022 debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la resolución recurrida, declarando de oficio las costas de la alzada.



# **CAPÍTULO VI**

## ***LIBERTAD CONDICIONAL***



## **29.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 2 DE GALICIA (PONTEVEDRA) DE FECHA 04/02/22**

### **Renuncia del propio interno a la suspensión de la condena y al disfrute de la Libertad Condicional.**

PONTEVEDRA, a cuatro de febrero de dos mil veintidós.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- En este Juzgado se sigue Expediente LCO 776/21-01 sobre libertad condicional solicitada por la representación del interno R.. Cumplidos los trámites correspondientes con fecha 07/10/2021 se dictó por este Juzgado auto concediendo la libertad condicional y suspendiendo el resto de la pena que le quedaba por cumplir por plazo de dos años con las condiciones establecidas en dicha resolución.

SEGUNDO.- En fecha 20/10/2021 por el letrado del interno se presentó escrito renunciando a la libertad condicional.

Dado traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal se informa en el sentido de que es de ver en autos.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La petición formulada por el interno en el sentido de que se deje sin efecto la libertad condicional otorgada por auto de 07/10/2021, debe ser acogida, ya que, más allá de que pueda discutirse la naturaleza jurídica de la libertad condicional, compartimos la posición recogida en el auto 359/ 12 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional de que se trata de un derecho subjetivo condicionado al cumplimiento de determinados requisitos y por tanto renun-

ciable siempre que dicha renuncia no sea contraria al interés o el orden público ni perjudiquen a terceros (art. 6.2 de Código Civil), circunstancias que no se aprecian en el presente supuesto. Ahora bien, para evitar lo que podría suponer un fraude de ley prohibido por nuestro ordenamiento jurídico (art. 6.4 del Código Civil), el efecto de la renuncia deberá de ser similar a su revocación en lo que respecta al tiempo pasado en libertad condicional que no se computará para el cumplimiento de la condena, por lo que el interno deberá reingresar al centro penitenciario en el grado penitenciario que le corresponda, para cumplir el resto de la pena que le quedaba por cumplir desde que se puso en libertad condicional hasta el cumplimiento definitivo de su condena.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, S.S<sup>a</sup>.

## **PARTE DISPOSITIVA**

SE DEJA SIN EFECTO la suspensión del resto de la pena que le quedaba por cumplir y conceder el beneficio de la libertad condicional otorgada al interno R. por auto de 07/10/2021, por renuncia del mismo a ese beneficio, debiendo el interno reingresar al centro penitenciario, en el grado penitenciario que le corresponda, para cumplir el resto de la pena que le quedaba por cumplir desde que se puso en libertad condicional hasta el cumplimiento definitivo de su condena.

## **30.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (VILLENNA) DE FECHA 13/06/22**

### **Concesión de la Libertad Condicional por enfermedad muy grave.**

En Villena a 13 de junio de 2022.

## **HECHOS**

Primero.- En este juzgado se tramita expediente en el que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Alicante II Villena informa favorablemente la libertad condicional del penado M. por enfermedad grave, habiendo sido conce-

dido el tercer grado al amparo del art. 104.4 del Reglamento Penitenciario (RP) por acuerdo de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de 09/06/2022.

Segundo.- En el presente expediente consta el informe pronóstico final de la Junta de Tratamiento, el informe Médico emitido por el Centro Penitenciario e informe Médico Forense.

Tercero.- Evacuado el preceptivo traslado al Mº Fiscal, éste informó en el sentido de mostrarse conforme con la concesión de la libertad instada durante el tiempo que el interno permanezca ingresado en el hospital.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

Primero.- El art. 91 del CP –redacción LO 15/2003–, establece el régimen general para la concesión de la libertad condicional con el tenor siguiente:

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 regulado en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior.

Dicho precepto se remite por tanto al art. 90, apartados 4, 5, y 6 -redacción LO 1/2015 a la vista de la fecha de los hechos- objeto de la condena-, el cual establece un plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena entre 2 y 5 años, no pudiendo ser el mismo nunca inferior a la parte de la pena pendiente de cumplimiento.

Asimismo, el art. 104.4 RP, establece: Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

Segundo.- Dicho lo anterior se ha de precisar que nos encontramos ante un supuesto del art. 91.3 CP (el peligro para la vida del interno a causa de su enfermedad es patente). Así se acredita tanto por el dictamen del Médico Forense –estado de salud CRÍTICO, en relación a patología de naturaleza MUY GRAVE, pronóstico desfavorable a CORTO PLAZO, la patología constituye un PELIGRO PATENTE para la vida, no se descartan agravaciones o complicaciones que culminen en un empeoramiento rápido fatal/fulminante–, como por el del facultativo de los servicios Médicos de Alicante II quien calificó la evolución del penado como Terminal (informe de fecha 07/06/2022)-.

El interno, quien no cuenta con una red de apoyo en España (toda su familia reside en Marruecos, a excepción de un hermano en Francia) y pertenece a un entorno social de referencia drogo-delincuenciado, siendo calificado como un interno totalmente inadaptado y muy conflictivo –se encontraba en primer grado, siendo la causa de su estado actual haber prendido fuego de manera intencionada a su celda, poniendo en peligro con ello la seguridad del Centro y del resto de internos–, está actualmente ingresado hospitalariamente, encontrándose como consecuencia de

sus graves quemaduras su peligrosidad disminuida, de modo que se le concede la libertad condicional en atención a dicha circunstancia siempre y cuando permanezca ingresado en el hospital (el alta hospitalaria deberá ser comunicada con la SUFICIENTE ANTELACIÓN a este juzgado en aras de resolver sobre una modificación de las condiciones/revocación de su libertad condicional).

Teniendo a la vista las disposiciones citadas y de general aplicación.

## **PARTE DISPOSITIVA**

Concedo la suspensión de la ejecución del resto de la condena, así como la libertad condicional a M., por aplicación del beneficio del art. 91.3 CP, siempre que se mantenga la situación de peligro inminente para su vida y continúe ingresado hospitalariamente. Esta suspensión, la cual se fija en todo caso por el plazo máximo de 5 años, a contar desde la puesta en libertad del interno, quedará condicionada a:

- No delinquir durante el plazo de suspensión.
- El liberado condicional quedará tutelado y vigilado por el personal competente del Centro de Inserción Social de Alicante que participará a este juzgado, en su caso, las incidencias que puedan determinar la revocación de tal situación.
- Respetar las reglas de conducta y medidas de los art. 83 y 96.3 del CP que ulteriormente puedan serle impuestas.

Apercíbese al penado que este beneficio queda condicionado a que no vuelva a delinquir y al cumplimiento de las condiciones ahora impuestas, o que puedan imponérsele en el futuro.

## **31.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 6 DE ANDALUCÍA (HUELVA) DE FECHA 17/06/22**

### **No aprobación de la propuesta de Libertad Condicional.**

En HUELVA, a diecisiete de junio de dos mil veintidós.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Que por la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva elevó con fecha 5/05/2022 propuesta de concesión de libertad condicional al interno A.

SEGUNDO.- Incoado y tramitado el expediente penitenciario, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido de no oponerse a 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 haya clasificado en tercer grado de tratamiento y ha extinguido las dos terceras partes de su condena el día 01/02/2022, no concurre el requisito exigido por el art. 91 del Código Penal, según redacción de la L.O. 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 art. 72-5 y 6º., de la LOGP”, 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 haber desempeñado de manera continuada destinos retribuidos en el Centro Penitenciario, habiendo obtenido entre los años 2014 y 2022 unos ingresos de 29.702,66 € y carecer de cargas familiares de cualquier tipo, tan solo ha abonado 1.120 € de indemnización por los delitos cometidos, según extracto de la cuenta del órgano judicial aportado en el expediente, por lo que, no puede calificarse su actitud frente a los perjudicados, en especial, respecto a la víctima del delito



continuado de abuso sexual cometido, como “comprometida”, considerándose su actitud de abono de ciertas cantidades, 20€ mensuales que comenzó a satisfacer en septiembre de 2017 (pese a venir desempeñando destino retribuido desde el 2014) más un intento de justificación del cumplimiento del requisito antes mencionado con una clara intención finalista de obtención del tercer grado y la libertad condicional, que una verdadera conducta del interno destinada a la reparación de las víctimas; a ello debemos añadir que en el informe psicológico sobre tratamiento específico de agresores sexuales se pone de manifiesto que el interno no ha cumplido todos los objetivos específicos de la intervención y respecto al desarrollo de la empatía hacia la víctima, se observan únicamente ciertos acercamientos por intentar conocer y comprender las sensaciones, emociones y pensamientos de la víctima así como el dolor ocasionado por sus actos, quedando reflejada claramente esta falta de empatía en la falta de abono de la responsabilidad civil impuesta en sentencia; por todo ello, se considera por esta Juzgadora, que no concurre el pronóstico de reinserción favorable exigido por el art. 72.5º de la LOGP, procediendo en consecuencia, denegar la libertad condicional propuesta.

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

## **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: NO APROBAR LA PROPUESTA DE LIBERTAD CONDICIONAL, formulada por el Centro de Inserción Social de Huelva a favor del interno A., en la causa ejecutoria núm. 3/2013 de la Audiencia Provincial de Huelva sección 1ª refundidas.



# **CAPÍTULO VII**

## ***LIMITACIONES REGIMENTALES***



## **32.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 05/05/22**

### **Desestimación de recurso sobre uso de medios coercitivos.**

En Barcelona, a 5 de mayo de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- En fecha 3 de marzo de 2022 se comunicó por parte del centro penitenciario de Lledoners al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la aplicación de medidas coercitivas sobre el interno R.. Recibidas las actuaciones por el Juez de Vigilancia recabó informe del Ministerio Fiscal informo en el sentido de que *prima facie* se habían cumplido los requisitos establecidos legalmente. En fecha 7 de marzo de 2022 el Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Catalunya dictó auto ratificando las medidas.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por la abogada del interno. Desestimada la reforma por auto de 25 de marzo de 2022, se admitió a trámite la apelación y seguido el cauce procedente se elevaron los particulares necesarios a esta Sección.

El Ministerio Fiscal ha presentado escrito oponiéndose al recurso.

SEGUNDO.- Recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección, se formó el correspondiente rollo de apelación quedando sobre la mesa para resolución.

Ha sido ponente doña Roser Garriga Queralt, quien expresa el parecer unánime del tribunal.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 45 de la LO General Penitenciaria dispone:

1. Solo podrán utilizarse, con autorización del director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.

b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.

c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

2.- Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia.

3.- El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y solo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

4.- En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.”

Por su parte, el artículo 72.1 del Reglamento Penitenciario señala que “son medios coercitivos, a los efectos del art 45.1 de la LOGP, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y solo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.”

La Ley Orgánica 1/79 de 26 de septiembre General Penitenciaria recuerda a los internos que dentro de sus deberes se encuentran el acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario, colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del Centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, funcionarios, reclusos y demás personas, art. 5 del Reglamento.

Igualmente, de conformidad con el art. 71 del Reglamento “las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante

la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico.”

Hay que tener en cuenta también las indicaciones de la Guía de Buenas Prácticas en contención mecánica del Defensor del Pueblo, asumida por el CGPJ el 28 de septiembre de 2018. Esta guía a propuesta del Consejo Asesor del MNPT (Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura), tiene por objetivo difundir los criterios que, a juicio del Defensor del Pueblo, deben ser tenidos en consideración, en actuaciones que requieran el empleo de contenciones mecánicas. Y en este sentido se señala que las inmovilizaciones solo han de aplicarse excepcionalmente cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y han de durar el tiempo mínimo imprescindible, valorándose eventualmente, en algunos casos, maniobras previas de contención breve (engrillado) y diálogo, recordando que el engrillado no debe prolongarse durante más de 30 minutos.

SEGUNDO.- Del examen de los partes remitidos al juzgado de vigilancia por el director del centro consta que sobre las 19.20 horas del día 1 de febrero 2 de marzo de 2022 el interno Rb. estaba en el patio con los pies encima de un banco, recriminándole el interno R. esa actitud; Rb. se levanta e inicia una discusión, momento en el que R. le propina un puñetazo en la cara. Los internos son separados por los funcionarios. Acuden al lugar los cap de servei NÚM000 y NÚM001, quienes atendida la actitud del interno, para evitar actos de violencia y vencer su resistencia y vista la expectación generada en el módulo, ordenan su traslado al DERT en situación de aislamiento que cesa a las 21.00 horas.

El recurrente considera que este aislamiento no está justificado y ni es proporcional por cuanto se trata de una agresión, pero no es un acto desmedido y peligroso que sería el que podría justificar una medida de aislamiento como la acordada, sin que la situación pueda encuadrarse en ninguno de los supuestos del art. 45.1 de la LOGP.

En este caso, siempre en términos indiciarios ya que la cuestión de fondo no es objeto del presente recurso, se han aplicado los preceptos citados con prudencia y proporción, sin apreciar exceso alguno. Hubo una discusión entre los internos que acabó con agresión por parte del recurrente, fueron separados para vencer la resistencia del interno, así como para mantener el orden dada la situación de expectación generada en el módulo el cap de serveis acordó el aislamiento provisional que fue inmediato a los hechos y con una duración de 1 hora y media. A las 19.45 fue visitado el interno por el medico sin que presentara lesiones ni hubiera inconveniente médico para aplicar el medio coercitivo adoptado. Comparando la

actuación del interno, que fue el que propinó un puñetazo en la cara de otro preso, y la de los funcionarios la de estos fue una actuación conforme con la normativa del régimen penitenciario, al estar en conexión y proporción con la exclusiva finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario, no apreciando afectación de la dignidad del recluso, razón por la cual debe desestimarse el recurso y mantener la resolución recurrida en todos sus extremos.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación,

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala resuelve DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa de R. contra el auto de fecha de 7 de marzo de 2022 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Catalunya que ratificaba indiciariamente las medidas adoptadas por el centro penitenciario de Lledoners en fecha 2 de marzo de 2022 para el interno, CONFIRMANDO dicha resolución en todos sus extremos.

### **33.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 05/05/22**

#### **Desestimación de recurso por aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP).**

En Barcelona, a 5 de mayo de 2022.

### **HECHOS**

PRIMERO.- En el expediente personal de referencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Catalunya relativo al interno anotado al margen por auto de 25 de marzo de 2022 por el que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por el interno contra la resolución del Cap del Servei de Clasificació de 24 de febrero de 2022 por la que se aprobaba la propuesta del régimen del artículo 10 de la LOGP.

Contra tal resolución se interpuso por el interno recurso de apelación que fue admitido a trámite, elevándose los particulares necesarios a esta Sección, previos los trámites oportunos.



El Ministerio Fiscal ha presentado escrito oponiéndose al recurso.

SEGUNDO.- Que recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección, se formó el correspondiente rollo de apelación que se registró con los de su clase, y en el que se tuvo por parte como recurrente al interno y, seguido por sus trámites, quedó el rollo sobre la mesa para su resolución.

Ha sido ponente don Carlos Almeida Espallargas, quien expresa el parecer unánime del tribunal.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- El recurso de apelación se basa en que no concurren los requisitos que el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria establece que “Uno. No obstante, lo dispuesto en el número Uno del artículo anterior, 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.

Dos. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

Tres. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.”

La ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a la reinserción y reeducación (art. 25 C. E y art. 5 de la L. G. Penitenciaria.), debiendo ejecutarse tales penas según un sistema de individualización científica, separado en grados (art. 72.1 de la ley), sin que en ningún caso pueda mantenerse a un interno en un

grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión (art. 72.4), definiéndose precisamente el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1), el que se basará en los principios de estudio científico de la personalidad, diagnóstico de la misma y pronóstico de futuro, individualización, complejidad, programación y continuidad (art. 62).

En el caso de los internos en la condición de presos preventivos, se les aplicará el régimen ordinario con carácter general, con las limitaciones propias de dicha condición. No obstante, el art. 10.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria citado prevé que los internos preventivos puedan ser destinados a establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales cuando sean calificados de peligrosidad extrema o de inadaptación a su régimen propio.

En concreto en cuanto a la clasificación en primer grado, señala el artículo 89 del propio Reglamento Penitenciario que la clasificación en dicho grado se aplicará a los internos que, bien inicialmente, bien por una involución de su personalidad o de su conducta, sean extremadamente peligrosos o estén manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto. Conforme al art. 90 de citado Reglamento, dicho régimen su cumple en centros o módulos de régimen cerrado o en departamentos especiales en los establecimientos de régimen común, y supone, en todo caso, la absoluta separación del resto de población reclusa, y el sometimiento a un mayor control y vigilancia, exigiéndose, de manera especial, el acatamiento de cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento. En ningún caso, el régimen de vida para estos internos podrá establecer limitaciones regimentales iguales o superiores a las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda. El art. 91 del Reglamento prevé dos modalidades de vida en el ámbito del régimen cerrado. El del art. 91.2 en centros o módulos de régimen cerrado para internos que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes, que se rige por las normas del art. 94 del Reglamento Penitenciario. Y el art. 91.3 en departamentos especiales para aquellos internos que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema.” El art. 93 del Reglamento establece las normas a las que se sujetan los internos en departamentos especiales, al cual se remite la Resolución de la Secretaría de Serveis Penitenciaris hora impugnada.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa la resolución recurrida declara que “ingresado [...] como preventivo[...] por la presunta comisión de un delito de homicidio y un delito de lesiones [...] ingreso anterior [...] del 2015 al 2016, durante el cual cumplió en régimen de vida cerrado por diferentes incidentes disciplinarios [...]continua mostrando serias dificultades de adaptación a la normativa del régimen, con la incoación de diversos expedientes disciplinarios por desobediencia, resistencia y tenencia de objetos prohibidos, concretamente, se le han incoado los siguientes expedientes disciplinarios NÚM003, NÚM004, NÚM000, NÚM001 y NÚM005, lo que ha motivado que haya permanecido en régimen cerrado desde septiembre a 10.12.2021 [...] además [...]por el personal de prisión se ha detectado la pertenencia del interno a un grupo extorsionador del módulo 1 [...]se dedican a la extorsión de otros para conseguir la entrada de sustancias prohibidas y controlar la distribución por el centro [...] confirmado por los comentarios de internos que desean permanecer en el anonimato [...] y la observación, detectando agitación y nerviosismo en el módulo, observando a internos que intentan contactar con internos de otros módulos [...] el interno [...] se erige como el líder de este grupo de extorsión, seguido por otros internos [...] el día 22.2.2022 se realiza un registro en su celda y al abrir la puerta se le haya manipulando un teléfono móvil, que [...] reconoce es de su propiedad”.

La resolución recurrida de 24 de febrero de 2022 afirma que “[...] dificultats d’adaptació a la normativaregimental amb la incoació de diversos expedients disciplinaris per desobediències i resistències, agressions, possessió d’objectes prohibits, entre d’altres, que li han comportat restar en règim de vida tancat del17/09/2021 al 10/12/2021 [...] pertinença de l’intern a un grup extorsionador al mòdul 1 [...] els funcionaris vanbrebre informació de diversos interns sobre que cert grup d’interns del mòdul es dedicaven a extorsionar-ne a d’altres per a l’entrada de substàncies prohibides i manegar-ne la seva distribució en el centre. Els diferents professionals [...] han observat actituds i fets, tals com agitació i nerviosismo al mòdul o intents de contactaramb interns d’altres mòduls que coincideixen amb dita informació [...] l’intern s’erigia com a líder del grupsecudat per altres interns [...] escorcoll a la cel•la de l’intern i a l’obrir la porta observen que l’intern es trobavamaniplulant un telèfon mòbil que reconeix ser de la seva propietat”.

En cuanto a los informes que obran en autos consta que la aplicación del régimen cerrado en septiembre de 2021 obedeció a unos hechos de naturaleza eminentemente violenta consistentes en “no es pot obrir la porta del furgó degut als cops ocasionats [...] crits amenaçant i insultant de part de l’intern que resta a

l'interiordel furgó [...] el pany s'ha doblegat [...] continua donant cops de peu a la porta mostrant una actitud moltagressiva en tot momento [...] s'abalança conta un dels mossos caient a terra [...] és necessari fer-li la contencióamb la mínima força imprescindible al terra [...] Expedient disciplinari NUM003 [...] tres faltes [...] trasllat al'Audiència [...] molt alterat [...] va golpejar la porta de la furgoneta i es va treure les manilles [...] Expedientdisciplinari NUM004 [...] un altre intern tenia un televisor amb l'etiqueta i nom de l'informat [...] va dir que li havia deixat [...] Expediente disciplinari NUM000 [...] va agredir a un altre intern [...] Expe-diente disciplinariNUM001 [...] se li va confiscar objectes prohibits: un rellotge metàl·lic, arrecades daurades i auriculars ambmicròfon de mòvil [...] Expediente disciplinari NUM002 [...] va instigar a motí, plant o desordre col·lectiu [...]per-sonalitat amb trets de fredor emocional, mostra una gran impulsivitat i manca de empatia [...] resoluciónde problemes [...] utilització de la violència, no fa cap valoració ni preveu les conseqüències [...] justifica lesseves accions violentes [...] pertinència de l'informat a un grup extorsionador al mòdul 1 [...] els funcionaris vanbrebre informació de diversos interns [...] altres interns del mòdul [...] es dedi-carien a extorsionar interns pera l'entrada de substàncies prohibides [...] manegar la distribució de les mateixes i altres objectes prohibits [...]els diferents profes-sionals que treballen habitualment al mòdul hab observat actituds i fets que coinci-deixenplenament amb la informació rebuda [...] els interns que es dedicense a extorsionar són la majoria d'origenllatí, secundats per l'interns d'altres orígens o nacionalitats [...] s'erigia com a líder [...] passen gran part deltemps junts al pati o ocupant les mateixes taules a l'hora dels racionats [...] intentaven contactar amb interns d'altres mòduls (sobre tot, amb destins exteriors) [...] agitació al mòdul que no era habitual [...] escorcoll [...]estaba estirat al llit de baix i manipulava alguna cosa [...] mòvil [...] va manifestar que era de la seva propietat”.

El recurrente estima que no concurre la excepcionalidad y gravedad para la aplicación del régimen cerrado que reputa desproporcionado sin que se aprecien causas objetivas para su aplicación ni que la inadaptación al régimen ordinario sea manifiesta, permanente y grave.

En el supuesto de autos la Sala no puede estimar el recurso por cuanto del contenido de la resolución recurrida y de lo documentado en el expediente se evidencia que la conducta del interno que se expone evidencia su “peligrosidad extrema [...] inadaptación a los regímenes ordinario y abierto” siendo otra cuestión la realidad o no del contenido de dichos informes. En todo caso, en primer lugar, la conducta violenta del interno es reiterada, no ya en la presunta comisión de los hechos por los que se encuentra en prisión provisional, sino durante diversos

expedientes disciplinarios que se le han incoado desde que ingresó en prisión en marzo de 2019, todo ello al margen de los concretos hechos que determinan la aplicación del régimen impugnado, también de naturaleza violenta y que, además y más importantes, afectan directamente a otros internos y al régimen de funcionamiento general del establecimiento penitenciario lo que determina su extrema peligrosidad ya anticipada en uno de los expedientes disciplinarios en que trataba de incitar a los internos a un motín, plante o desorden colectivo. Al respecto, la Sala no puede dejar de coincidir en parte con el recurrente en relación a la objetivación de tales conductas pero no es menos cierto que no nos encontramos en la instrucción de una causa judicial ni en un juicio oral sino en el ámbito administrativo de cumplimiento de una medida cautelar personal bajo control judicial siendo que a los efectos de la medida de autos que tampoco supone la imposición efectiva de una sanción por lo que a los efectos de lo resuelto en autos los hechos (expedientes diversos por hechos violentos, tenencia de efectos prohibidos que sirven de instrumento al supuesto grupo de extorsión con introducción de sustancias y objetos prohibidos en el centro penitenciario y las observaciones de los funcionarios) así como las manifestaciones de presuntos supuestos testigos coincidentes han de ser estimados suficientes a los efectos de determinar la procedencia y necesidad de la medida acordada, todo ello con independencia de la subjetiva, parcial e interesada valoración que de los hechos y circunstancias realiza el recurrente y sin que la Sala aprecie razones para corregir lo resuelto por la administración penitenciaria ni el órgano *a quo* por lo que ha de desestimar el recurso.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de aplicación.

## **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA RESUELVE DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el letrado, don E., en defensa de don J., mediante escrito de 30 de marzo de 2002 contra el auto de 25 de marzo de 2022 por el que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por el interno contra la resolución del Cap del Servei de Classificació de 24 de febrero de 2022 por la que se aprobaba la propuesta del régimen del artículo 10 de la LOGP, CONFIRMANDO dicha resolución.



# **CAPÍTULO VIII**

## ***LIQUIDACIONES DE CONDENA***





### **34.- AUTO JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (VILLENNA) DE FECHA 13/05/22**

#### **Estimación de petición de nueva refundición de condena.**

En Villena, a 13 de mayo de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Por el interno D. E., del Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, se formula petición a este Juzgado interesando refundición de condena, a cuyo tenor literal me remito.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal informa en el sentido de estimar la misma.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO.- La reciente STS 685/20, la cual ha unificado esta cuestión, dispone lo siguiente:

El licenciamiento acordado en una ejecutoria no debe impedir, *per se*, su inclusión en un proyecto de refundición de condenas del art. 193.2 RP para su ejecución unificada con otras responsabilidades. Aunque lo procedente es que la anulación del licenciamiento se haga por el sentenciador

que lo acordó, ello no sería obstáculo para que el juez de vigilancia, a los solos efectos de ejecución unificada, acordase su inclusión en el proyecto de refundición.

Así, podrán incluirse en la refundición:

a) la sentencia firme ya existente cuando se produjo el licenciamiento indebido por otra responsabilidad, se haya acordado o no la revocación de dicho licenciamiento.

b) la sentencia dictada después del licenciamiento correctamente acordado, si el penado ha continuado en prisión como preventivo hasta la firmeza de la nueva resolución, siempre que aquélla se refiera a hechos anteriores al ingreso en prisión. Recurso N°: 20100/2020 16.

En los supuestos en que el licenciamiento supone la salida de prisión, estando pendiente el juicio o el recurso contra la sentencia por otra causa por la que se produce luego el reingreso, además de ser improcedente la revocación del licenciamiento, también lo es la refundición de condena conforme al arto 193.2 RP, por no haber en ese momento condenas a enlazar ni concurrir el presupuesto excepcional de mantenimiento de la relación de sujeción especial que justifica la interpretación extensiva del precepto realizada en el párrafo anterior.

TERCERO.- En el caso que nos ocupa no se da en puridad el supuesto b) de la STS antes citada dado que el penado, en situación de prisión preventiva por las DP 496/2017 del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Alzira desde el 2 de agosto de 2017) en el momento que tuvo lugar el licenciamiento de las dos ejecutorias (ejecutorias 2122/17 del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Valencia y ejecutoria 24/17 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Alzira) que pretende refundir con las que cumple actualmente, esto es, en fecha 27 de marzo de 2018, continuaba preventivo por las DP 496/17, si bien quedó en libertad por las mismas el 17 de julio de 2018, no siendo dictada sentencia (firme el mismo día por conformidad) en dicho procedimiento hasta el 22 de marzo de 2019 (ejecutoria 627/19 del Juzgado de lo Penal n.º 13 de Valencia-ejecuciones).

No obstante lo anterior, cabe tener en cuenta que, pese a quedar en libertad por las DP 496/17, la relación de sujeción especial con IIPP no se rompió al no abandonar el Centro Penitenciario, manteniéndose en el mismo como penado por las causas que cumple hasta el momento actual (la

primera de ellas, la ejecutoria 1998/2017 del Juzgado de lo Penal n.º 14 de Valencia ejecuciones, se recibió en fecha 9 de mayo de 2018, esto es, antes de dejarse sin efecto su prisión preventiva en las DP 496/17 que, como ya se ha expuesto, tuvo lugar el 17 de julio de 2018, dos meses más tarde).

Por todo ello, entendiendo que el presupuesto excepcional de mantenimiento de la relación de sujeción especial debe justificar también en este caso la interpretación extensiva del artículo 193.2 del RP, y siendo todos los hechos de las ejecutorias anteriores a la fecha de su ingreso en prisión, procede estimar la petición del interno y acordar la inclusión en la refundición de las condenas que cumple actualmente la de las ejecutorias 2122/17 del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Valencia y ejecutoria 24/17 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Alzira.

### **DISPONGO**

Estimando la petición del interno D. E., dispongo que el Centro Penitenciario proceda a elaborar un nuevo proyecto de refundición, en el cual deberán estar incluidas tanto las causas por la que actualmente cumple condena, como las ya licenciadas en fecha 27 de marzo de 2018 (ejecutorias 2122/17 del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Valencia y ejecutoria 24/17 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Alzira).



# **CAPÍTULO IX**

## ***MEDIDAS DE SEGURIDAD***



## **35.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER DE FECHA 01/07/22**

### **Procedencia de cumplimiento de medida de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario.**

En Santander, a 1 de julio de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 3 DE SANTANDER, se dictó en fecha 15 de marzo de 2022, auto por el que se acordaba “Mantener la medida de seguridad privativa de libertad mediante ingreso en centro adecuado para el tratamiento de su patología dual, impuesta en la sentencia de fecha 9 de febrero de 2022, pero decidiendo que su cumplimiento tenga lugar en una unidad psiquiátrica penitenciaria de centro penitenciario que cuente con la misma, o en el centro penitenciario de Fontcalet o de Sevilla propuesto por el Juez de vigilancia penitenciaria. A tal fin adóptense las medidas adecuadas para el traslado del penado desde el centro Padre Meni, al centro penitenciario el Dueso, donde una vez valorada la idoneidad de la unidad psiquiátrica de un centro penitenciario adecuado o del de Sevilla como más adecuados en su patología sea remitido a aquellos”.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto por la representación procesal de D. P. se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación. El recurso de reforma fue desestimado por auto de fecha 18 de abril de 2022, tramitándose el recurso apelación que ha motivado la incoación del presente rollo de Apelación.

TERCERO.- Oído el Ministerio Fiscal, el mismo informó en el sentido que consta en autos, interesando la desestimación del recurso.

Ha sido Ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección D.<sup>a</sup> María Almudena Congil Díez, que expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Alega el recurrente que el auto recurrido no respeta el acuerdo alcanzado con la fiscalía que dio lugar al dictado de la sentencia de conformidad recaída en la presente causa. Sostiene que pudiera existir un conflicto de intereses entre la Fundación Marqués de Valdecilla que tutela al recurrente y dicho tutelado que exigiría nombramiento de un defensor judicial, asimismo interesa el nombramiento de un abogado especial del turno de vigilancia penitenciaria. Por todo ello, interesa que se deje sin efecto el auto recurrido acordando que el penado siga cumpliendo su medida de seguridad en el centro Padre Meni, o subsidiariamente, que se retrotraigan las actuaciones al momento en el que el mismo prestó su conformidad en sede de instrucción, revocando el cargo de tutor de la Fundación Marqués de Valdecilla y revisando la capacidad del recurrente.

SEGUNDO.- El detenido examen de las presentes actuaciones evidencia que por sentencia de conformidad dictada el día 9 de febrero de 2022 por el Juzgado de instrucción número 1 de Santoña, se condenó al recurrente D. P. como autor de un delito de Quebrantamiento de condena con la concurrencia de la agravante de reincidencia y de la eximente incompleta de anomalía psíquica del artículo 21.1 en relación con el 20.1 y 68 del CP, a la pena de 100 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, imponiéndole la medida de seguridad consistente en “ingreso en centro adecuado para el tratamiento de su patología dual” por tiempo máximo de 1 año, de conformidad con lo dispuesto los artículos 104, 101.1 y 99 del CP, con ingreso en un centro especializado. De igual modo, basta leer los hechos probados de dicha sentencia para concluir que en la misma se consideró acreditado que “en el momento de los hechos, el acusado, tenía afectadas sus capacidades intelectivas, a causa de su patología psicótica crónica (esquizofrenia residual, con consumo perjudicial de tóxicos)”. Ni en dicha sentencia, ni en el acta levantada al efecto se hace constar en ningún momento que el acusado debiera de cumplir dicha medida de seguridad en ningún centro en concreto, no haciéndose mención alguna al cumplimiento de dicha medida en el centro Padre Meni como se sostiene por el recurrente, debiendo en este punto recordarse, como así se pone de manifiesto por la magistrada de lo penal, que la conformidad prestada por el acusado a tenor de lo dispuesto los artículos 787, 800 y 801 de la Ley de enjuiciamiento criminal vincula, única y



exclusivamente, en relación con los hechos, su calificación jurídica y las penas o medidas a imponer, sin afectar en modo alguno al modo de cumplimiento de las penas o medidas de seguridad impuestas, por cuanto tales decisiones, de ordinario, se acuerdan en la fase de ejecución, tal es el caso que nos ocupa.

Expuesto lo anterior, lo cierto es que, tras el dictado de dicha sentencia, y dado que en nuestra comunidad autónoma, según comunicación remitida por los Servicios sociales de Cantabria, no existía ningún centro psiquiátrico adecuado para llevar a cabo el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico y terapéutico impuesta al penado, se dictó en fecha 9 de febrero de 2022 auto acordando el ingreso del penado de la unidad penitenciaria del servicio de psiquiatría del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla en calidad de preso, hasta que el ICASS dispusiera de un centro adecuado a su patología donde pudiera cumplirla medida de seguridad impuesta. Tras lo anterior, en fecha 10 de febrero de 2022, se acordó el ingreso del penado en el centro hospitalario Padre Meni, donde quedó ingresado, si bien en fecha 25 de febrero de 2022, dicho centro remitió escrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria poniendo de manifiesto que dicho centro no era de régimen cerrado y que existía un riesgo de fuga, así como el riesgo de que el penado saliera y regresara con sustancias estupefacientes para su propio consumo o el de otros pacientes, poniendo de manifiesto que dicho penado había cumplido otras penas en el centro psiquiátrico penitenciario de Fontcalent, en Alicante.

Tras lo anterior, el Juzgado de vigilancia penitenciaria en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del CP, dictó auto proponiendo al Juzgado de lo penal que el penado cumpliera la medida de seguridad en el centro penitenciario de Fontcalent o de Sevilla, por ser dichos centros los únicos que disponen de un ala de psiquiatría, dictándose tras lo anterior por dicho juzgado de lo penal el auto de fecha 15 de marzo de 2022 que ahora se recurre, el cual a juicio de esta Sala se ajusta a derecho debiendo por ello ser íntegramente ratificado por esta Sala.

Tal conclusión se obtiene desde momento en que basta leer el recurso que aquí se analiza para concluir que, el recurrente en modo alguno ha acreditado, ni que se hayan vulnerado las condiciones en que se prestaba conformidad, ni que el centro Padre Meni sea el más adecuado para tratar la patología dual, tanto psiquiátrica como toxicológica que presenta el recurrente. De igual modo no puede olvidarse que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio por el que se establecen “las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la

suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas”, la competencia para la ejecución de la medida de seguridad de internamiento acordada en la presente causa, corresponde a la administración penitenciaria a tenor también de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General Penitenciaria y 183 y siguientes del Reglamento penitenciario a que el artículo 22 de dicho Real Decreto se remite; entendiéndose por ello la Sala que es correcta la decisión de la juez de lo penal de dejar en manos de la administración penitenciaria, en concreto del centro penitenciario El Dueso, la decisión acerca del centro más adecuado para el cumplimiento de dicha medida de seguridad privativa de libertad, constando por lo demás en la causa que el penado ha sido remitido al centro penitenciario de Fontcalent, Alicante.

Finalmente, la Sala también comparte los razonamientos expuestos por la magistrada de lo penal en relación con la solicitud de remoción de la tutela impuesta al recurrente y la eventual revisión de su declaración de incapacidad, por cuanto la jurisdicción penal carece de competencia para decidir sobre tales cuestiones, debiendo la parte recurrente, si a su derecho conviene, acudir ante el juzgado de primera instancia que resulte competente a dicho fin, no apreciándose en el presente caso ningún conflicto de intereses entre el tutelado y la fundación que en este momento tiene encomendada su tutela, de ahí que no se estime pertinente el nombramiento de ningún defensor judicial que le represente en la presente ejecutoria, siendo asimismo improcedente la designación en la ejecutoria seguida ante el juzgado de lo penal número 3, de un letrado del turno de vigilancia penitenciaria, por encontrarnos ante un recurso interpuesto frente a una resolución dictada por un juzgado de lo penal, y no por un juzgado de vigilancia penitenciaria.

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

## **PARTE DISPOSITIVA**

La sala acuerda: desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. P. contra el auto de fecha 15 de marzo de 2022 dictado por juzgado de lo penal número 3 de Santander, que se confirma en su integridad.

# **CAPÍTULO X**

## ***PERMISOS***



## **36.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 20/01/22**

### **Estimación de recurso concediendo un permiso.**

En Barcelona, a 20 de enero de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- En sesión de fecha 18 de noviembre de 2021 la Junta de Tratamiento informo favorablemente la concesión de un permiso ordinario al interno V.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Catalunya tras recibir la documentación formó pieza, oyó al Ministerio Fiscal que se opuso a la concesión del permiso, y en fecha 13 de diciembre de 2021 dictó auto no autorizando la concesión del permiso.

Contra dicha denegación se interpuso recurso de apelación por el letrado del interno, que se admitió a trámite, y previos los trámites procedentes se elevaron los particulares necesarios a esta Sección.

El Ministerio Fiscal ha presentado escrito oponiéndose al recurso.

SEGUNDO.- Recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección, se formó el correspondiente rollo de apelación quedando sobre la mesa para resolución.

Ha sido ponente doña Roser Garriga Queralt, quien expresa el parecer unánime del tribunal.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario en sus artículos 47.2 y 154.1 respectivamente, establecen y regulan la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. El art. 47.2 señala que se podrán conceder permisos de salida de hasta siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta; y el 154.1 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, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

En desarrollo de dicha previsión legal, el art. 156.1 del Reglamento añade que el Informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cuantitativas 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.

SEGUNDO.- El recurso se basa en que se cumplen todos los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión del permiso, y que el único motivo por el que se deniega es el Riscanvi, índice no previsto legalmente para denegar el permiso y que además no ha sido obstáculo para que la junta informe favorablemente.

La sala se ha pronunciado ya sobre este interno en resolución reciente de 25 de noviembre de 2021, rollo 1662/21, con ocasión de la junta de 30 de septiembre. En esa ocasión desestimamos el recurso y denegamos el permiso, diciendo “Decíamos en nuestro Auto de 28/10/21 dictado en el rollo de apelación 1497/21:

“Frente a la resolución desautorizando el permiso propuesto, en base a la etiología delictiva derivada de un consumo abusivo de alcohol, la dificultad para gestionar los conflictos y la existencia de riesgos altos en reincidencia violenta así como en la mayoría de los parámetros analizados mediante el Riscanvi, se alza el recurrente por entender que a la vista de la concurrencia de todos los requisitos exigidos para ello, se estima merecedor del permiso de salida propuesto, como así lo estiman también los distintos profesionales del centro.

Efectivamente el interno, cumple con los requisitos mínimos exigidos para el disfrute del permiso. Este condenado por diversos delitos contra el patrimonio, estafa y amenazas a la pena de 7 años y 12 meses de prisión. Cumplirá las 3/4 de condena en febrero de 2022 y alcanzará la libertad definitiva en febrero de 2024. En la base de la etiología delictiva se encuentra el consumo abusivo de alcohol, así como la inmadurez para gestionar los conflictos. Ha tenido diversos expedientes disciplinarios determinantes incluso de la aplicación del régimen de vida cerrado. Ha realizado el programa de Moral y Valores y el de Para y Pensa, y preparación de la vida en comunidad así como el relacionado con conductas violentas con buena evolución y asunción de los objetivos que le han sido pautados en su PIT. Se encuentra también en seguimiento psicológico de forma voluntaria.

No obstante, se detectan algunos factores de riesgo del contenido de los informes remitidos, tales como como las dificultades para identificar y controlar las situaciones de riesgo, y sobre todo la valoración de riesgos del Riscanvi que arroja un resultado alto en la mayoría de las áreas objeto de estudio y análisis. En este sentido, como pusimos de manifiesto en anteriores resoluciones (Rollo 1450 entre otros), “el protocolo de valoración del Riscanvi elaborado en 2011 señala que la vigencia de los resultados es de 6 meses a partir de la validación de la escala. Asimismo, debe consignarse que, si el Riscanvi alto no comporta los riesgos que se le suponen, el evaluador, con la colaboración del equipo, puede realizar una nueva valoración y modificarlo a lo que estime conveniente. Mientras dichos valores sean altos existe un dato objetivo de mal uso del permiso.” Por todo ello, resulta más conveniente, que el acercamiento al exterior se lleve a cabo de forma progresiva a través de permisos gubernativos de horas. Ello permitiría, la consolidación de los objetivos aprendidos a través del programa de tratamiento y permitía la constatación de dichos aprendizajes, mediante una supervisión paulatina.

En consecuencia, y coincidiendo con la valoración que se efectúa por la Ilma. Magistrado de instancia, entendemos que procede la desestimación del recurso interpuesto y la íntegra confirmación del auto impugnado”.

Seguimos constatando la existencia de riesgos ALTOS en reincidencia violenta, violencia auto-dirigida y violencia intra-institucional, solo se ha constatado una salida programada (de horas al servicio de alcohólicos anónimos -folio 7 vuelto-) que no ha servido para aminorar dichos riesgos, por lo que no habiendo variado sustancialmente las condiciones que se tuvieron en cuenta en nuestra anterior resolución, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida”.

Se trata de un interno de 24 años primario penal y penitenciario, que cumple condena de 7 años y 12 meses de prisión por tres delitos de robo con intimidación, estafa y amenazas. Ha participado en todos los programas pautados con resultado favorable. La conducta en el centro penitenciario ha sido inestable, estando en dos ocasiones en régimen cerrado, no obstante, desde julio de 2020 mantiene comportamiento estable sin expedientes disciplinarios. Al tiempo de la junta ha disfrutado de una salida programada y un permiso de 48 horas sin incidentes, teniendo previsto un segundo permiso de 48 horas. Consta que ha asistido a una jornada programada de alcohólicos anónimos con mucha motivación, excelente comportamiento y muy buena disposición treatmental. Asimismo, se hace referencia a que ha sido capaz de mejorar las reacciones impulsivas mediante el autocontrol y la reflexión, que ha madurado en el centro penitenciario asumiendo todas las responsabilidades que se le han pedido en su PIT. De igual modo ha iniciado de forma voluntaria un proceso de justicia restaurativa, contactando con el mediador y estando a la espera de un posible contacto con las víctimas. Se ha hecho responsable también del pago de la responsabilidad civil con aportaciones mensuales de 20 euros. Los resultados del Riscanvi son altos en violencia intrainstitucional y reincidencia violenta, y medios en los demás parámetros, explicando el psicólogo que existen unos ítems estáticos que no pueden ser modificados ni puede darse cabida a los aspectos en los que el interno ha evolucionado y madurado, en especial en los dos apartados referidos a la violencia, que no se podrán modificar. Nivel B en el SAM. Tiene un núcleo acogedor considerado estable, compuesto por la madre y la hermana en Lleida, con vivienda e ingresos estables. Tiene una relación de pareja incipiente.



Respecto a la anterior resolución ha rebajado uno de los parámetros del Riscanvi y ha disfrutado ya de un permiso de 48 horas y de otro aprobado, sin incidencias. La evolución del interno es satisfactoria a todos los niveles, siendo valorados y matizados los resultados de la escala Riscanvi por los integrantes de la junta, señalando que no responden a la mejora y maduración del interno en el centro así como la implicación del mismo en el tratamiento. Todo ello unido al hecho de que está próximo el cumplimiento ya de las 3/4 partes de la condena y que es preciso continuar con la aproximación al medio externo como parte que es del tratamiento, se considera procedente estimar el recurso y conceder el permiso en la forma propuesta por la junta de tratamiento.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación,

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala resuelve ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa de V. contra el auto de fecha de 13 de diciembre de 2021 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 4 de Catalunya, que no autorizaba la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Brians 2 de fecha 18 de noviembre de 2021 de concesión de permiso de salida, REVOCANDO dicha resolución y concediendo el permiso en la forma propuesta por la Junta de Tratamiento.

## **37.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 03/02/22**

### **Desestimación de recurso de un permiso con voto particular favorable.**

En Barcelona, a 3 de febrero de 2022.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Por auto de 29 de diciembre de 2021, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Cataluña no autorizó la propuesta de la

Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Brians 2, de fecha 18 de noviembre de 2021, sobre concesión de un permiso de salida de tres días al interno D. S. La resolución judicial se fundamenta en “la existencia de un riesgo MODERADO en el protocolo SRV-20 de reincidencia sexual, la reiteración en idéntica conducta delictiva (en referencia a que la condena que cumple lo fue por dos delitos de abusos sexuales a dos de sus sobrinas menores de 13 años durante tres años) que aconseja a un contacto muy progresivo con el exterior, habiendo disfrutado el interno de una sola salida programada y no constando que el interno haya disfrutado de permisos gubernativos, siendo estos excelentes instrumentos para prepararla vida en libertad”.

En fecha 12 de enero de 2021, la letrada del interno interpuso recurso de apelación contra la citada resolución. Admitido a trámite el recurso, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación.

SEGUNDO.- Una vez recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección el 20 de enero de 2022, se formó el correspondiente rollo de apelación y se registró con los de su clase. Mediante providencia de la misma fecha, se señaló el día de hoy para proceder a la correspondiente deliberación y votación.

Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. D. Alberto Varona Jiménez, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala. El Ilmo. Sr. D. C. ha anunciado la formulación de un voto particular.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- MOTIVOS DEL RECURSO. La defensa del interno solicita que se dicte resolución autorizando el permiso de salida. A tal efecto sostiene que el interno cumple todos los requisitos objetivos para la concesión del permiso y que la denegación se sustenta exclusivamente en la tipología delictiva objeto de la condena, siendo el riesgo esgrimido basado en factores puramente estáticos. El recurso esgrime distintas variables favorables: el interno presenta una conducta ejemplar; buenos niveles de SAM; ha realizado programas de tratamiento Creu en el canvi, Educación afectivo sexual, Sexe i Genere, Para i pensa y programa específica de violencia sexual subprograma intensivo sexual, con una correcta adherencia al tratamiento; reconoce los hechos y muestra arrepentimiento; desarrolla

una actividad laboral dentro del Centro Penitenciario, con posibilidad de incorporarse a un puesto de trabajo en el exterior; y la situación económica de su familia es muy delicada.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS LEGALES. El art. 25.2 CE determina que el cumplimiento de las penas privativas de libertad estará orientada a la rehabilitación y reinserción social. Se trata de un mandato dirigido a nuestro legislador y que tiene su reflejo en el diseño del sistema penitenciario, basado en un tratamiento individualiza doy progresivo, donde se huye de la mera neutralización de los condenados y se trata de perseguir el cumplimiento de la prevención especial en su esfera positiva. En este marco, los permisos penitenciarios son un instrumento esencial por cuanto permiten preparar a los internos para la vida en libertad y contribuyen a alcanzar aquella finalidad punitiva.

Su cobertura legal la encontramos en los arts. 47 LOGP y 154 RP, que establecen una serie de presupuestos para su concesión: a) el interno debe estar clasificado en segundo o tercer grado; b) el penado debe haber extinguido la cuarta parte de su condena; c) el interno no ha tenido que superar el límite máximo de permisos anuales de 36 días para los condenados clasificados en segundo grado o de 48 días para los clasificados en tercer grado; y d) no debe observarse en su comportamiento mala conducta. Ahora bien, el cumplimiento de estos requisitos no determina automáticamente la concesión del permiso. Y ello es así porque, como señala la STC 112/1996, de 24 de junio, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines de reinserción social señalados. Así resulta de la lectura del art. 156 RP, cuando establece que el informe del Equipo Técnico será desfavorable “cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento”.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL CASO. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la situación penitenciaria del interno en varias ocasiones precedentes. La última de ellas fue recientemente el auto de 23 de diciembre de 2021, en el que esta Sala confirmó la denegación de la

concesión de un permiso ordinario que había sido propuesto por la Junta de Tratamiento de Brians 2 en fecha 30 de septiembre de 2021.

Esta resolución reproducía en primer lugar lo acordado en un auto precedente en el que se analizaba la situación penitenciaria del interno a fecha del mes de junio de 2021:

“En el caso sometido a nuestra valoración el interno, de 50 años de edad, ecuatoriano de origen y nacionalizado español, primario penal y penitenciario, cumple una condena de 4 años y 1 día más 11 meses y 7 días en la Ejecutoria 68/19 Sección 21 APB, por la comisión durante más de tres años de sendos delitos de abuso sexual continuados sobre sus dos sobrinas menores de 13 años, una de ellas de 8 años de edad. Cumplió la 1/2 de la condena el 17/03/2022, cumplirá las 3/4 partes el 10/06/2023 y extinguirá el día 1/09/2024. Fue condenado al pago de 6.000 euros de responsabilidad civil, de los que ha abonado 730 euros. Mantiene buena conducta y ha realizado el programa de intervención en violencia sexual con valoración positiva, reconoce los hechos y empatiza con las víctimas, ya que antes presentaba distorsión cognitiva y no valoraba las consecuencias negativas. Presenta la letra A del SAM y los resultados en la escala Riscanvi son bajos, pero en el resultado del SVR-20, riesgo de violencia sexual, es moderado, y no ha disfrutado de salidas programadas ni permisos gubernativos. Refiere tener hábitos laborales y presenta soporte familiar en el exterior.

Pues bien, pese a los factores positivos que se destacan en su evolución tratamental y conductual durante el tiempo transcurrido en prisión, no podemos obviar que el horizonte de cumplimiento sigue siendo lejano ni que pese a la realización de los programas del PIT, el riesgo de violencia sexual SVR-20 es actualmente moderado, ni que pese a la referida empatía actual con las víctimas, pues anteriormente presentaba distorsiones cognitivas al respecto, de los 6.000 euros a que fue condenado en concepto de reparación del daño causado tan solo ha ingresado 550 o 730 euros –se indican datos contradictorios–, pese a que se informa que siempre ha trabajado en prisión y que tiene ingresos derivados de su actual trabajo en los talleres productivos.

A lo anterior debe añadirse que no consta ninguna aproximación al exterior, siendo ésta una circunstancia no baladí si tenemos presente que se trata de un interno condenado por abusos sexuales continuados a víctimas menores de 13 años, una de ellas de 8 años de edad, y sobrinas suyas.

En suma, estimamos prematura la concesión de un permiso ordinario de tres días, siendo necesario que, con carácter previo al otorgamiento de la confianza precisa para el disfrute de un permiso ordinario, realice un acercamiento al medio externo de manera progresiva mediante el disfrute de salidas programadas, si fuera el caso, o al menos de permisos gubernativo sin incidencias, que permitan contrastar mínimamente la consolidación de los objetivos del PIT fuera del entorno cerrado”.

Y a continuación, en relación con la situación existente en el mes de septiembre de 2021, el auto señalaba lo siguiente:

“Esta resolución se refería a una JT de julio de 2021, mientras que la presente se contrae a un permiso informado favorablemente por la JT de septiembre de 2021. Entre una y otra JT el interno seguía sin haber disfrutado de permisos gubernativos que permitieran valorar la asunción de los objetivos tratados en los programas, no habiéndose modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la desestimación del anterior permiso. Por ello, en coherencia con nuestra anterior resolución, no apreciamos motivos para revocar la resolución recurrida, lo que lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la denegación del permiso.”

**CUARTO.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO.** Examinadas las actuaciones, entendemos que las circunstancias que motivaron la anterior resolución denegando la concesión del permiso no han sido modificadas. No consta que el interno haya disfrutado de ningún permiso gubernativo en el periodo que estamos analizando entre el 30 de septiembre y el 18 de noviembre de 2021, tal como señalábamos en la resolución del 23 de diciembre de 2021, por lo que en coherencia con nuestra anterior resolución, no apreciamos motivos para revocar la resolución recurrida.

## **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA RESUELVE DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la defensa del interno, D. S. contra el auto de 29 de diciembre de 2021 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Cataluña; y CONFIRMAR la citada resolución por la que no se autorizaba la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Brians 2, de fecha 18 de noviembre de 2021, sobre concesión de un permiso ordinario de salida al citado interno.

## VOTO PARTICULAR

En Barcelona, a 3 de febrero de 2021

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente voto particular no comparte la decisión mayoritaria de la Sala en lo atinente a la denegación del disfrute de un primer permiso ordinario sobre la base de que el interno no ha disfrutado de permisos gubernativos que permitan valorar la asunción de los objetivos tratamentales y que ya se venía exigiendo en una resolución previa de la Sala.

La presente resolución recurre a un antecedente de la Sala que, a su vez se remitía a otro antecedente en el que se afirmaba que el horizonte de cumplimiento era lejano, la persistencia de un riesgo moderado en la escala SVR-20 y que no ha disfrutado de salidas programadas ni de permisos gubernativos así como que había abonado solo entre 550 o 730 euros de la condena total den concepto de responsabilidad civil de 6000 euros; por todo lo cual se consideró prematura la propuesta de permiso y se consideró necesario que previamente el interno disfrutara de un acercamiento progresivo al medio externo a través de permisos gubernativos previos.

SEGUNDO.- Prescindiendo del total de circunstancias personales y penitenciarias concurrentes en el interno a fecha de los antecedentes de esta Sala citados en la presente resolución lo cierto es que en el supuesto de autos tan solo se constata una circunstancia penitenciaria desfavorable a la concesión del permiso propuesto por la junta de tratamiento, es decir, la persistencia de un riesgo moderado en la escala SVR-20 para delincuentes sexuales.

En cuanto a esta y otras escalas de similar naturaleza, como el ordinario RISCANVI, lo cierto es que debería entenderse que el resultado que una y otra puedan arrojar sobre cualquier parámetro no puede por sí solo fundamentar el sentido de una decisión judicial salvo que ese resultado (moderado, alto, medio o bajo) pueda verse justificado o amparado en las circunstancias personales y penitenciarias de cada interno evidenciadas en el contenido de los informes de los técnicos de instituciones penitenciarias.

En el presente caso, resulta de especial relevancia el informe del psicólogo, además del de los demás profesionales, de donde resulta que el interno “[...] no presenta signos de trastorn psicològic [...] No consten evidències de trastorn mental greu [...] bona integració modular [...] ha realitzat el Progama d’Intervenció en violència sexual [...] amb participació plena i amb valoració positiva pel que fa a l’assistència i rendiment [...] ha estat capaç de reconèixer el delicte sense cap mecanisme de defensa i trobar els factors de risc [...] de fet maiels ha negat [...] així com elaborar l’anàlisi funcional del seu comportament delictiu [...] Mostra penediment pelsfets i empatitza amb les menors i els seus familiars [...] És conscient que ha d’estar alerta quan hagi menorsen el seu entorn i tenir presents els factors de risc [...] Riscanvi [...] Baix [...] La família d’intern ofereix un suport directe i emocional [...] Compromís i col\*laboració [...] té hàbits laborals consolidats [...] tenen una bebé de 2anys [...] Ha gaudit d’una sortida programada del programa SAC [...] Abonament parcial 810 euros”.

Finalmente, como únicos factores de riesgo que se recogen son “Proces de malaltia de la dóna [...] Economia ajustada”.

De todo lo expuesto, teniendo en cuenta además, que el informe de los técnicos de instituciones penitenciarias es favorable por unanimidad, no puede justificarse el retraso del acceso al disfrute del primer permiso ordinario del interno que ha cumplido sobradamente la cuarta parte de la condena y tiene buena conducta sobre la única base de un riesgo moderado de reincidencia en delitos de violencia sexual que resulta de la escala SVR-20 cuando además en relación a esta solo se refiere como justificación “Delicte continuat durant 3 anys a dosmenors, una d’elles de 8 anys. Presència d’estrès sors externs que hi eren presents durant la comissió del delicte. No obstant, l’intern ha desenvolupat estratègies per a la gestió de l’impuls, presente bona adherència al tractament i penediment. Hi ha efecte intimidatori de la pena que modula el risc”. Así pues, incluso los técnicos de instituciones penitenciarias reconocer y afirman que ese riesgo moderado aparece “modulado” por los buenos resultados del tratamiento penitenciario por lo que no puede sino estimarse insuficientemente justificado y desproporcionado el retraso y denegación del disfrute del permiso propuesto por la Junta de tratamiento y reclamado por el interno. Por otro lado, cabría añadir que, consultada la aplicación SIPC, puede constatarse que el interno ha avanzado en los contactos con la vida en libertad mediante el disfrute de dos permisos de 12 horas, ambos, de forma favorable con lo que se evi-

dencia la buena evolución regimental y tratamental ya constatada en todas en las resoluciones precitadas.

Vistos los anteriores argumentos, artículos citados y demás de general aplicación, se emite el presente VOTO PARTICULAR con el sentido de que se hubiera debido autorizar la propuesta favorable de permiso realizada por la junta de tratamiento de 30 de septiembre de 2020 y haber estimado el recurso con revocación de la resolución recurrida de 15 de noviembre de 2021.

Así, por este voto particular que se unirá a la sentencia del rollo de apelación para su constancia, lo pronuncio y firmo.

### **38.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA DE FECHA 15/02/22**

#### **Estimación de recurso concediendo un permiso.**

En la Ciudad de Almería, a 15 de febrero de 2022.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 7 de Andalucía, con sede en Almería, en su Expediente n.º 3333/2021, dictó auto con fecha de 10/01/2022 por el que desestimó el recurso interpuesto por la representación de J. contra el acuerdo de fecha 04/11/2021 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería, denegatorio de un permiso de salida de 3 días.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución interpuso la representación procesal del interno recurso de apelación que fue impugnado por el Ministerio Fiscal tras el preceptivo traslado.

TERCERO.- Seguidamente fueron elevadas las actuaciones a esta Audiencia, correspondiendo a la Sección Segunda de la misma, donde se formó el oportuno Rollo y, una vez turnado de ponencia, se señaló el día de la fecha para deliberación y votación.



Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Durbán Sicilia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Frente a la resolución por la que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria confirma el acuerdo de la Junta de Tratamiento denegatorio de un permiso de salida de 3 días se alza la representación del penado alegando, en síntesis, que concurren los requisitos necesarios para la concesión del mismo y que no hay razón objetiva para denegarlo.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso.

SEGUNDO.- Los permisos de salida a los condenados que cumplen prisión en centros penitenciarios obedecen a una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), al contribuir a la “corrección y readaptación del penado” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 7). Tales permisos se integran en el denominado “sistema progresivo”, formando parte del tratamiento.

El art. 47.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria prevé que “se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta”.

Por su parte, el art. 154 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario establece: “1. Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta. 2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente. 3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se

regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente”.

Por tanto, los requisitos objetivos para la concesión del permiso de salida son: estar clasificado en segundo o tercer grado de tratamiento, haber extinguido la cuarta parte de la condena y no observar mala conducta. No obstante, el cumplimiento de los mismos no tiene por qué conducir de manera automática a la concesión del permiso. Es preciso, además, que no se den otras circunstancias que lo desaconsejen a la vista de la perturbación que pudiera ocasionar en relación con los fines antes expresados (STC 109/2000, de 7 de junio, y, en igual sentido, entre otras, SSTC 81/1997, de 22 de abril, 204/1994, de 11 de julio, y 137/2000, de 29 de mayo). En particular, el art. 156 del Reglamento Penitenciario prevé que “el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento”.

TERCERO.- El interno fue condenado por sendos delitos de robo, hurto y robo y hurto de uso de vehículo a motor a un total de 3 años, 18 meses y 52 días. Se halla clasificado en segundo grado y alcanzó 1/4 de la condena el 09/11/2019, por lo que cumple holgadamente los requisitos objetivos.

El acuerdo denegatorio se basa en la “insuficiente consolidación de factores positivos”. Integrando esta escueta motivación con el expediente, entendemos que se refiere a los aspectos consignados en el informe psicológico, que habla de dificultad para afrontar situaciones problemáticas de forma adaptada, disminución del autocontrol en situaciones de frustración, tendencia a la inestabilidad y a distorsionar el sistema de valores en función de sus intereses.

El auto del Juzgado, que constituye el verdadero objeto del presente recurso, alude a la gravedad de la tipología delictiva, la larga extensión de la condena en relación con el tiempo de cumplimiento y la lejanía de los 3/4, circunstancias que desdibujan el elemento teleológico de la preparación para la vida en semilibertad.

Revisado el expediente del interno, no podemos compartir la decisión ni las razones que la avalan. Si bien es cierto que el informe psicológico

reseña las expresadas circunstancias, también lo es que destaca otras muchas que son positivas, al igual que el informe del Educador y el informe social. Constatamos, por el informe psicológico al que parece aferrarse el Centro, que el tratamiento penitenciario aplicado al penado no puede darse por terminado, pero ello no significa que se encuentra en situación no idónea para disfrutar del permiso. Existe consenso en que su comportamiento es adecuado y su evolución positiva. De modo que, teniendo en cuenta el alto porcentaje de condena cumplido (llegó a 1/2 el 04/01/21) y la cercanía no sólo de los 3/4 (02/03/2022) sino también de la extinción (28/04/2023), no podemos sino concluir que se hace merecedor del permiso, pues nada permite inferir que vaya a tener una repercusión negativa sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

Por tales razones el recurso merece ser estimado.

CUARTO.- Procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

En virtud de lo expuesto,

**LA SALA ACUERDA:**

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la defensa letrada de J. y, en consecuencia:

1. Se revoca el auto dictado en fecha 10/01/22 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 7 de Andalucía, con sede en Almería, en el expediente del que deriva la presente alzada, junto con el acuerdo denegatorio de permiso de salida de 3 días de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Almería en sesión ordinaria de 04/11/2021.

2. En su lugar, se autoriza la concesión del referido permiso.

## **39.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 31/03/22**

### **Estimación de recurso concediendo un permiso.**

En Barcelona, a 31 de marzo de 2022.

### **HECHOS**

PRIMERO.- En sesión de fecha 30 de septiembre de 2021 la Junta de Tratamiento informo favorablemente la concesión de un primer permiso ordinario de tres días a la interna G.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Catalunya tras recibir la documentación formo pieza, oyó al Ministerio Fiscal que se opuso a la concesión del permiso, y en fecha 19 de octubre de 2021 dicto auto no autorizando la propuesta de concesión del permiso.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por el abogado de la interna. Desestimada la reforma por auto de 19 de noviembre de 2021 se admitió a trámite la apelación, y previos los cauces procedentes se elevaron los particulares necesarios a esta Sección.

El Ministerio Fiscal ha presentado escrito oponiéndose al recurso.

SEGUNDO.- Recibido el testimonio de particulares del expediente en esta Sección, se formó el correspondiente rollo de apelación quedando sobre la mesa para resolución.

Ha sido ponente doña Roser Garriga Queralt, quien expresa el parecer unánime del tribunal.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario en sus artículos 47.2 y 154.1 respectivamente, establecen y regulan la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. El art 47.2 señala que se podrán conceder permisos de salida de hasta siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta

y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta; y el 154.1 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, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

En desarrollo de dicha previsión legal, el art. 156.1 del Reglamento añade que el Informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cuantitativas 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.

SEGUNDO.- La recurrente alega que la interna ha cumplido ya las 3/4 partes de la condena, estando la libertad definitiva prevista para octubre de 2022; que la propuesta de permiso ha sido unánime por la junta de tratamiento; que desde su regresión del tercer grado en abril de 2016 ha realizado diferentes programas con resultado satisfactorio; que el riesgo de quebrantamiento que se alega se ve disminuido por el hecho de haber disfrutado de hasta 4 permisos de 48 horas sin incidencias; incluso ha disfrutado del régimen del 100.2 también sin incidencias. Presenta evolución favorable, total implicación en los programas de tratamiento, entorno familiar adecuado, sin problemática toxicológica, sin causas pendientes y con licenciamiento definitivo en pocos meses, razones por las que se le debe conceder el permiso.

La sala se ha pronunciado sobre esta interna en varias ocasiones, la última por auto de 30 de septiembre de 2021, rollo 1371/21, con ocasión de la junta de 27 de mayo de 2021. En esa ocasión denegamos el permiso diciendo que: “Esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a un permiso de salida de la interna, mediante el auto de fecha 23 de agosto de 2021 recaído en el Rollo 1296/21, en el que decíamos: “En el caso que nos ocupa, debemos destacar que el recurso, en esencia, hace hincapié en que la interna se encuentra a solo un año del cumplimiento definitivo, ha

disfrutado de un permiso de 48 horas y que presenta una evolución favorable en su conducta.

Revisadas las actuaciones se evidencia que la interna, la cual cumple una condena de 6 años y 3 meses de prisión, así como de 22 días de responsabilidad personal subsidiaria por la comisión de cinco delitos de robo con intimidación y otros seis delitos de hurto, cometió un nuevo delito durante el disfrute de su tercer grado penitenciario, lo cual motiva que tenga pendiente una nueva causa por robo con fuerza en casa habitada.

En adición es acreedora de una valoración de riesgo alto en quebrantamiento de condena, habiendo disfrutado hasta la fecha únicamente de tan solo una salida programada y de un permiso de horas y habiéndosele incoado diversos expedientes disciplinarios, elementos todos ellos que determinan que, en el momento actual, debemos confirmar la resolución de instancia al no existir garantías bastantes que hagan asumible el riesgo que el permiso significa, razón por la que confirmamos la resolución recurrida a la espera de una mayor consolidación de la evolución de la interna.

En esta ocasión las circunstancias no ha variado esencialmente en sentido favorable para la interna, pues es cierto que a la fecha de la JT de 27/05/2021 ya ha disfrutado de 3 permisos inferiores a 48 horas sin incidencias, y que en los últimos tiempos ha realizado los programa de su PIT y se mantiene estable, pero según afirma el Letrado hay que sumar una nueva condena de 6 meses impuesta mediante sentencia de conformidad en la causa que se hallaba pendiente, y sigue presentando riesgo medios en violencia auto-dirigida, en violencia intra-institucional y alto en quebrantamiento de condena. Estimamos, pues, que las aproximaciones al exterior han sido insuficientes hasta la fecha, siendo aconsejable que disfrute de permisos gubernativos de 48 horas a finde contrastar en el exterior la consolidación de los objetivos del PIT, por lo que en coherencia con las razones expuestas en la anterior resolución, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto impugnado, reputándolo ajustado a Derecho y motivado correctamente desde una perspectiva racional”.

En este momento las circunstancias han variado. Ha disfrutado de hasta 6 permisos de 48 horas, todos ellos sin incidencias; y del régimen del 100.2 desde septiembre de 2021 para trabajar, de lunes a viernes, también sin incidencias. Los riesgos del Riscanvi son bajos en todos los paráme-

tros excepto en reincidencia general y quebrantamiento que son medios, evidenciando con ello una mejora sustancial en comparación con nuestra última resolución. Ha desarrollado múltiples programas tratamentales con resultado favorable, y respecto a su PIT ha pagado la totalidad de la responsabilidad civil, ha finalizado los estudios secundarios obligatorios y ha reanudado la actividad laboral. Consta que tiene un núcleo familiar acogedor adecuado. No consta que tenga expedientes disciplinarios abiertos de forma reciente como se menciona en el auto recurrido, ni tampoco causas pendientes, siendo la última la que amplió el licenciamiento de abril de 2022 a octubre de 2022. Por todo ello no existe motivo alguno para no conceder el permiso solicitado, debiendo en consecuencia estimarse el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación,

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala resuelve estimar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de G. contra el auto de fecha de 19 de octubre de 2021 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Catalunya que no autorizaba la concesión de un permiso de salida, revocando dicha resolución y concediendo el permiso solicitado por la interna en la forma propuesta por la Junta de Tratamiento.

## **40.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 1 DE ANDALUCÍA (ALGECIRAS) DE FECHA 20/04/22**

### **Estimación de queja por retraso en el estudio de un permiso por parte del centro penitenciario.**

En Algeciras, 20 de abril de 2022.

Dada cuenta, visto el estado de las presentes actuaciones, y atendiendo a los siguientes:

#### **HECHOS**

PRIMERO: El interno del Establecimiento Penitenciario de Algeciras A. en escrito presentado el día 4 de enero de 2022 formula queja relativa al no estudio del permiso en la fecha prevista.

SEGUNDO: Incoado el presente expediente se recabó informe del Centro Penitenciario, y a su recepción se dio traslado al Ministerio Fiscal que solicita la desestimación de la queja y el archivo del expediente.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO: Según el artículo 76.2.g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde al Juez de Vigilancia acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

SEGUNDO: El artículo 47 de la LOGP relativo a los permisos de salida, establece en su apartado 2 que serán de hasta 7 días, y con un total anual de 36 días al año para los internos clasificados en 2º grado y de 48 días al año para los penados clasificados en 3º grado. En el mismo sentido el artículo 154 del RP que añade que ese número máximo de días se distribuye en dos semestres de modo que no se podrán conceder más de 18 días o 24 días en cada uno de ellos dependiendo de que el interno esté en 2º o 3º grado. El procedimiento de concesión del permiso de salida se contempla en los artículos 160,161 y 162 del RP. No hay mandato legal ni reglamentario sobre el tiempo que debe mediar entre la concesión o estudio



de un permiso y el siguiente y tampoco cabe inferirlo del número de días de permisos al año, pues se trata de un número máximo. De otra parte cabe significar que aunque la frecuencia en la concesión del permiso, dentro de los límites cuantitativos establecidos en la LOGP, es competencia de las Administraciones Penitenciarias, por afectar al régimen y tratamiento penitenciario, nada cabe decir respecto, no de la concesión, sino de la periodicidad en la que el interno deba solicitar los permisos, por lo que en principio existiendo solicitud de permiso, el Centro Penitenciario deberá proceder a tramitarlo, sin perjuicio de su concesión o denegación.

En el caso concreto, queda acreditado en autos, lo siguiente:

- Estaba previsto el estudio de un permiso de salida ordinario para el penado por el Equipo Técnico el 14 de diciembre y posteriormente por la Junta de Tratamiento el 16 de diciembre.

- No existió pronunciamiento administrativo sobre el permiso. Tampoco se le notificó resolución sobre aplazamiento de estudio, frente al que pudiera formular recurso ante este JVP.

- La razón que justificó el aplazamiento, explicada únicamente a este Juzgado, previa petición, que no al interno, es que “el equipo técnico no pudo hacer una valoración del disfrute del permiso previo del interno”.

Como consecuencia de lo expuesto es preciso declarar que, el aplazamiento, se trata de una práctica, que carece de apoyo legal y reglamentaria y priva al penado del derecho a disfrutar del número máximo de días de permiso y del derecho a recurrir en queja ante el Juzgado de Vigilancia, dada la ausencia de una resolución previa de la Administración Penitenciaria.

Por tanto, en base a lo expuesto, la queja del interno, debe ser estimada:

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto,

DISPONGO: Estimar la queja formulada por el interno A., en el sentido de declarar no ajustada a derecho la demora en el estudio del permiso del penado, a quien se le ha privado del derecho a disfrutar el número máximo de días de permiso y del derecho a recurrir en queja ante el Juzgado de Vigilancia.

## **41.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA DE FECHA 08/06/22**

### **Desestimación de recurso del Ministerio Fiscal confirmando la concesión de un permiso.**

En Girona a 8 de junio de 2022

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

ÚNICO: Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Catalunya en el Expediente Personal n.º 40393/22, se dictó auto en fecha 26-4-22 por el que se autorizaba un permiso de salida de tres días propuesto por la resolución de 23-3-22 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Puig de les Basses; contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el MINISTERIO FISCAL, al que expresamente se opuso el interno R., representado y asistido por la letrada D<sup>a</sup>. Y., remitiendo las actuaciones ante este tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO: Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base del error en las condiciones personales del interno que le hacen merecedor de la concesión de un permiso penitenciario.

El recurso no merece prosperar.

Del tenor literal del art. 154 del Reglamento Penitenciario se deduce que los requisitos necesarios para que pueda ser concedido un permiso al condenado son, primero, que se encuentre en segundo o tercer grado penitenciario, segundo, que haya extinguido la cuarta parte de la condena, y tercero, que no observe mala conducta, siendo los dos primeros de naturaleza objetiva, pues ha de constatarse la clasificación actual del penado y el tiempo transcurrido en prisión, y el segundo de naturaleza subjetiva, pues exige una valoración y ponderación de circunstancias que no admiten automatismo alguno; por otro lado la concesión del permiso no es obligatoria si

se cumplen los anteriores requisitos dado que el precepto emplea un matiz lingüístico al usar el término de “se podrán conceder”.

Ahora bien, el hecho de que la pena de prisión este orientada filosóficamente hacia las funciones ideales de reinserción y rehabilitación de los internos y que los permisos ordinarios sean un medio de preparación para la vida en libertad, hace que el beneficio sólo debiera ser denegado si concurren circunstancias constatables que nos permiten presumir bien que no será utilizado correctamente para la formación de la futura libertad, bien que existe riesgo de fuga por fundadas posibilidades de no reingreso en el Centro de Penitenciario de cumplimiento, bien que existe peligro para la persona del interno o para terceras personas por el reproche social del delito cometido, o bien que concurre cualquier otra circunstancia de análoga significación.

En el caso que nos ocupa el recurrente se halla cumpliendo una condena de 2 años y 10 meses de prisión derivada de la comisión de un delito de robo con violencia en local abierto al público, agravado por reincidencia y atenuado por drogadicción. Los datos de cumplimiento nos indican que en la actualidad estamos en una fase avanzada, en las tres cuartas partes, estando previsto el licenciamiento definitivo para febrero de 2023. Por ello se verifica con claridad que, la cuarta parte de la pena, que es el límite desde el que parte la ley para la concesión de permisos, la tiene ya saldada.

Las razones que nos ofrece el MINISTERIO FISCAL son relativas a que el condenado disfrutando de una situación de libertad condicional por anteriores delitos, cometió el de cuya pena ahora nos ocupa, así como la situación negativa del RISCANVI y la falta de recursos emocionales. No podemos negar ni la realidad de los alegatos del MINISTERIO FISCAL ni la situación límite en la que se encuentra la concesión del permiso que ha sido autorizado. El condenado cometió un delito durante un plazo de libertad condicionada, carece de recursos emocionales fuertes y la medida de sus riesgos se sitúa en el nivel medio/alto.

Ahora bien, lo que no podemos olvidar es que el interno, en unos 8 meses aproximadamente, saldrá definitivamente de prisión con la pena cumplida, sin que dicha situación pueda ser paralizada por altos que sean los riesgos anudados a su personalidad e historia penal o por carente que sea de recursos emocionales.

Es cierto que el interno cometió un delito durante un periodo de confianza, cuando tenía concedida la libertad condicional por otras causas anteriores, lo que supuso un regreso a su situación anterior de privación de libertad. Eso provocó además un mal comportamiento, con apertura de expedientes disciplinarios, y una cierta crisis emocional. Sin embargo, no podemos olvidar que el delito cometido, que supuso prisión preventiva y pérdida de los beneficios del cumplimiento de las penas anteriores, data de febrero de 2018, es decir de hace más de cuatro años, de suerte y manera que se ha renovado completamente la situación deteriorada que pudo dar origen al delito.

Los propios servicios penitenciarios nos informan de que la lectura del RISCANVI, sometida a parámetros inamovibles, carece de relación con la realidad, dado que los dos riesgos que se indica que son altos, están inflados por situaciones estáticas de difícil corrección sistemática.

Por lo demás, el interno tiene familia externa acogedora para disfrutar del permiso de salida, se condiciona su disfrute a ciertas medidas analíticas de control, ha pasado programas de tipo emocional y de control del consumo de drogas, que, pese a no tener un aprovechamiento óptimo, han sido superados con cierta disciplina por el interno.

Reiteramos que somos conscientes de la situación límite del permiso que a través de este recurso de apelación confirmamos, pero pensamos que tanto el grado avanzado del cumplimiento de la pena como las condiciones mínimas de tratamiento, como la cercanía de la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, mucho más inmediato que nosotros para afrontar la problemática de interno, permiten adoptar la presente resolución.

Por todas las razones expuestas procede la desestimación del recurso de apelación.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA: siendo ponente el magistrado D. Adolfo García Morales, DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado en fecha 26-4-22 por el Juzgado de

Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Catalunya en el Expediente Personal n.º 40393/22, en el que se autorizaba un permiso de salida de tres días propuesto por la resolución de 23-3-22 de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Puig de les Basses, del que este rollo dimana, CONFIRMANDO la meritada resolución, y todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

## **42.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 6 DE ANDALUCÍA (HUELVA) DE FECHA 16/06/22**

### **Desestimación de queja sobre las condiciones de un permiso.**

EN HUELVA a dieciséis de junio de dos mil veintidós.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno R. del Centro de Inserción Social de Huelva (CIS), formulando queja por no ampliarle el horario del permiso durante los días 2 al 8 de junio.

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

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la desestimación de dicha queja.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

ÚNICO.- Que procede desestimar la queja formulada; y ello sin perjuicio de que actualmente carece de objeto, en cuanto ha transcurrido la fecha de disfrute del permiso cuyo horario ampliado solicitaba, debiéndose tener en cuenta sin embargo por el interno que se encuentra en 3<sup>er</sup> grado en la modalidad prevista en el artículo 86.4 RP por motivos sanitarios, por lo que el desempeño de actividades laborales no entra en su modalidad de cumplimiento ni por tanto puede tenerse en cuenta para el horario previsto, siendo que si desea trabajar habrá que estudiarse su situación en Junta de

Tratamiento y modificar en su caso las condiciones y horarios de su modalidad el cumplimiento, esto es, adaptar su medio telemático a trabajo en medio abierto, debiendo efectuar en su caso la pertinente solicitud ante la Junta de Tratamiento del CIS de Huelva.

Visto lo anteriormente expuesto y demás de general y pertinente aplicación.

### **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: Desestimar la queja del interno R. del Centro de Inserción Social Huelva, por no ampliarle el horario del permiso durante los días 2 al 8 de junio.

## **43- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID DE FECHA 20/07/22**

### **Desestimación de recurso denegando un permiso por no realizar un programa específico.**

En Valladolid, a veinte de julio de dos mil veintidós.

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

I.- En el expediente-asunto G02 Recurso contra denegación de permiso 1797/2022 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, con fecha 27 de mayo de 2022 se dictó Auto en el que se desestimaba el recurso interpuesto por L., interno del Centro Penitenciario de Valladolid, contra el acuerdo adoptado por la Junta de tratamiento el 23/03/2022, denegatorio del permiso ordinario de salida.

Frente a dicha resolución, se formuló recurso de apelación por el citado interno, bajo la asistencia del letrado Sr. P., el cual fue debidamente sustanciado. El Ministerio Fiscal lo impugnó.

II.- Remitido el correspondiente testimonio de particulares a la Audiencia Provincial de Valladolid, fue recibido en esta Sección Segunda donde se formó el rollo de apelación, se turnó la ponencia y quedó el recurso visto para resolución, previa deliberación.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel De La Torre Aparicio.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

PRIMERO.- La representación letrada del interno del Centro penitenciario de Valladolid L. apela el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que mantiene el acuerdo, adoptado por la Junta de tratamiento el 23/03/2022, denegatorio del permiso ordinario de salida solicitado por aquel.

A través del recurso interesa la concesión del permiso alegando que reúne los requisitos legales y las condiciones adecuadas para el disfrute de la salida. El Ministerio Fiscal se opuso a tal pretensión.

SEGUNDO.- La parte recurrente (mencionando el artículo 795-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que ha de reconducirse al vigente 790-3), propone la práctica de prueba en segunda instancia.

Tal petición no puede acogerse habida cuenta las siguientes razones:

1ª) Porque las diligencias pedidas en esta alzada no se solicitaron ante el Juzgado de primera instancia cuando debió y pudo realizarse, con lo que no se ofrecen los requisitos de admisibilidad de la prueba en segunda instancia recogidos en el aludido artículo 790-3 de la LEcrm.

2ª) Consideramos que buena parte de las diligencias interesadas, las realmente relevantes, han de entenderse cumplimentadas con la información recabada por el Juzgado al Centro Penitenciario. Así consta la situación penal y penitenciaria del mismo, su historial delictivo, hay referencias a aspectos tratamentales, en relación con las características y naturaleza de los delitos, así como a la apreciación de su evolución en el momento de dictarse el acuerdo por la Junta. De otro lado, no se discute que pueda tener la vinculación familiar, ni que realice actividades en el centro penitenciario. Las características sobre su capacidad intelectual ya constan en el expediente.

Los restantes extremos a que se refiere la petición probatoria relativas al estudio científico de la personalidad y el diagnóstico de la personalidad criminal, así como el examen del médico forense, del sociólogo o trabajador social no resultan útiles ni necesarias a la vista de todo el conjunto de datos obrantes en la causa que son suficientes a los efectos de la resolución del recurso.

TERCERO.- El artículo 47-2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 154-1 del Reglamento Penitenciario establecen como requisitos objetivos mínimos para el acceso a los permisos ordinarios de salida penitenciarios: haber cumplido la cuarta parte de la condena, estar clasificado en segundo o tercer grado de tratamiento y no observar mala conducta.

Como tiene declarado el Tribunal Constitucional, todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y son un estímulo a la buena conducta y a la creación de un sentido de responsabilidad en aquel.

Ahora bien, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia y pueden generar riesgos a la sociedad por lo cual su concesión no es automática, una vez constatados aquellos requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que estos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación a los fines propios del permiso.

Múltiples factores pueden ser tenidos en cuenta para hacer esta valoración. Así el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar, 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.

En tal sentido, el artículo 156-1 del Reglamento Penitenciario permite la denegación del permiso, aún bajo los presupuestos mínimos del artículo 154, 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.

Así pues, el disfrute de los permisos de salida no es un derecho subjetivo y automático del interno, sino que en su concesión interviene la ponderación de una serie de circunstancias objetivas y subjetivas para garantizar que responda a los fines que el cumplimiento de la pena persigue.

En el presente caso, el recurrente cumple esos presupuestos mínimos objetivos previstos en la Ley pues ha superado la cuarta parte de la condena, está clasificado en segundo grado y no observa mala conducta al no constarle sanciones.

Sin embargo, el Juez de Vigilancia deniega la concesión del permiso de salida por la apreciación de unas circunstancias o variables negativas que explícita y concreta en el fundamento de derecho segundo del auto impugnado, valoración que consideramos razonable de acuerdo con lo que pasamos a exponer.

Cabe destacar, en primer término, la peculiar trayectoria delictiva caracterizada por la comisión de un delito de corrupción de menores en su modalidad de tenencia y distribución de pornografía infantil agravado. Y junto a ello existe una sentencia posterior en la que se le condena por un delito de acoso, cometido en noviembre de 2018 justo después de ser condenado en la causa que cumple, con la concurrencia de la atenuante analógica de alteración mental (discapacidad mental leve). Esta pena ha quedado suspendida condicionada, entre otras obligaciones, a que participe en un programa de reeducación relacionado con la violencia de género.

La evolución en el tratamiento del interno no es aún lo suficientemente favorable para entender modificados o paliados significativamente los factores vinculados con su actividad delictiva. A este respecto, el Equipo técnico del Centro Penitenciario emitió, por unanimidad, informe desfavorable a este permiso, desprendiéndose del mismo que no se observaba todavía en el penado garantías de hacer buen uso del permiso. No se olvide que este organismo cuenta con técnicos especialistas en el seguimiento del tratamiento de los internos. No consta haya realizado programa tratamental específico respecto a la tipología delictiva referida por la que extingue condena. Y, como recoge el Juez de Vigilancia a la vista del propio escrito del interno, este no habría adquirido concienciación de la gravedad y elevada

reprochabilidad de su conducta delictiva, lo que dificulta el abordaje de los factores criminógenos y, con ello, su reinserción.

CUARTO.- Una vez contrastados los aspectos favorables del interno (adecuado comportamiento penitenciario y aducida vinculación familiar) con las variables desfavorables anteriormente indicadas, consideramos que estas últimas tienen una mayor entidad cualitativa en el momento a que se refiere este concreto permiso; pues de las mismas cabe inferir con criterio lógico la persistencia de factores relacionados con su actividad delictiva que pueden incidir en recaídas en conductas ilícitas o contraproducentes para su programa de tratamiento de reinserción.

En virtud de todo lo expuesto, concluimos que la resolución de instancia es ajustada a derecho, haciendo correcta aplicación de los artículos anteriormente citados a las circunstancias del caso concreto. No se ha vulnerado el artículo 24 al haberse preservado las garantías de la tutela judicial efectiva, ni el artículo 25 de la Constitución porque tal decisión no impide la continuación del tratamiento penitenciario, ni prejuzga situaciones posteriores.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso debiendo declararse de oficio las costas de esta alzada.

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

### **PARTE DISPOSITIVA.**

La Sala ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación letrada de L. y Confirmar el Auto de fecha 27 de mayo de 2022 dictado en el expediente-asunto G02 Recurso contra denegación de permiso 1797/2022 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid.

# **CAPÍTULO XI**

## ***RÉGIMEN DISCIPLINARIO***



#### **44.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE DE FECHA 20/01/22**

##### **Desestimación de recurso por la no vulneración de principio “*non bis in idem*”.**

En Santa Cruz de Tenerife, a 20 de enero de 2022.

En nombre de S.M. el Rey, visto ante esta Audiencia Provincial, se ha dictado sentencia en la causa correspondiente al Rollo de Sala número 1405/2021 procedente del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, con el número de Procedimiento Abreviado 301/2019, seguido un DELITO DE RESISTENCIA, habiendo sido parte, como apelante D. P., representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. M. y defendido por el Letrado D. J.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública.

Es ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Emilio Moreno y Bravo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada, Jueza del indicado Juzgado de lo Penal, se dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2021 con los siguientes hechos probados:

“ÚNICO.- Estando probado y así se declara que P, con DNI NÚM000, mayor de edad y con antecedentes penales computables no computables, en el Centro Penitenciario II de Santa Cruz de Tenerife, el día 29 de mayo de 2019, sobre las 17,20 horas, con desprecio al principio de autoridad representado por el funcionario de prisiones N.º NÚM001 cuando ejerce sus funciones públicas y con ocasión de un cacheo, se dirigió al mismo y

le dijo: “don, don, qué le pasa a los funcionarios, son unos listos” y cuando fue llevado por éste a una zona aparte de otros internos para realizarle un cacheo, con el mismo ánimo despreciativo, le lanzó un puñetazo que el funcionario pudo esquivar.

No ha quedado debidamente acreditado que dos horas después el acusado, le dijera al funcionario de prisiones N.º NÚM001 “yo estoy pagando por un asesinato, no estoy aquí por boberías, la vida es muy larga, salgo en el 2024 y ya nos veremos en la calle”.

Por estos mismos hechos al acusado se le incoó el expediente disciplinario N.º NÚM002 por el Centro Penitenciario Tenerife II.

Y con la siguiente parte dispositiva:

“Que debo condenar y condeno a P., con DNI NÚM000, mayor de edad y con antecedentes penales computables no computables, como autor criminalmente responsable de un delito de resistencia a agentes de la autoridad, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 8 meses con cuota diaria de 3 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago prevista en la Ley, y costas”.

SEGUNDO.- Notificada la misma, interpuso contra ella Recurso de Apelación la Defensa de D. P., que fue admitido en ambos efectos. El recurso se fundaba en los siguientes motivos:

I.- Error en la valoración de la prueba e infracción de ley por indebida aplicación del art. 556 CP.

II.- Vulneración del principio *non bis in idem*.

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

TERCERO.- Una vez recibidos los Autos en esta Sección, formado el rollo de Apelación núm. 1405/2021, se señaló para la deliberación y fallo del recurso, quedando los Autos vistos para Sentencia.

## **HECHOS PROBADOS**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la resolución recurrida, que se aceptan en su integridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con relación al recurso de apelación de apelación interpuesto por la Defensa de D. P., se esgrime, en líneas generales, que atendiendo a la valoración de la prueba efectuada por la Defensa del recurrente, la sentencia de la instancia debería haber absuelto, en todos sus pronunciamientos al hoy apelante.

Lo cierto, en primer lugar, es que analizada la prueba practicada se observa que media prueba constitucionalmente apta para ser valorada por la Jueza a quo (en especial, el interrogatorio del propio acusado y la declaración del testigo presencial de los hechos, el funcionario de prisiones n.º NÚM003, así como la documental obrante en las actuaciones) practicada con respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, razones que hacen descartar los argumentos vertidos en el recurso respecto a la vulneración del artículo 24 de la Constitución.

Con relación a la prueba testifical, la valoración de la credibilidad de los testigos y del acusado, tal y como ha declarado la jurisprudencia y ha sostenido reiteradamente esta Sala, es un juicio que depende esencialmente de la percepción directa del tribunal de instancia (cfr. STC 167/2002; 197/2002; 198/2002; 200/2002; 212/2002; 230/2002; 68/2003; 64/2008; 115/2008; 21/2009; 108/2009; 30/2010; SSTS de 22 de julio de 2010; 22 de septiembre de 2003; 13 de noviembre de 2002 y 21 de mayo de 2002).

El Tribunal de apelación (por su falta de inmediación) no está en condiciones de resolver sobre la certeza y verdadero sentido de las declaraciones prestadas en el juicio oral (cfr. SAP de Santa Cruz de Tenerife, –Sección 2ª– de 5 de octubre de 2018).

Al respecto es ilustrativa la STC de 22 de julio de 2002 citando las anteriores 31/1981 de 28 de julio y 161/1990 de 19 de octubre recuerda que «...únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en el contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes...».

Por tanto, la petición del recurrente es inviable pues la valoración dada por la Jueza de instancia impide que se revise el “*factum*” de la sentencia recurrida y se altere el mismo porque: a) es producto de la inmediatez del Juzgador presente en la vista oral; b) es racional y razonable, detallado y fidedigno; c) engarza de forma natural y lógica con las argumentaciones jurídicas que la Sentencia ofrece.

Pues bien, examinada la prueba practicada en el acto de juicio, se estima que la Magistrada de instancia hizo una valoración adecuada y lógica de la misma, y que constituyendo prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia, procedió correctamente a dictar una sentencia condenatoria al entenderse que el acusado, del día de autos, fue requerido, en el centro penitenciario donde cumplía condena, para ser sometido un cacheo, momento en el que lanzó al funcionario de prisiones N.º NÚM001 un puñetazo que éste pudo esquivar.

Se contó para ello con la declaración del funcionario de prisiones N.º NÚM003, testigo presencial de los hechos.

Es más, el propio acusado reconoció haber agredido a un funcionario, lo que se comprueba en la videograbación.

A efectos aclaratorios y en lo que a la condena por el delito de resistencia, que se llevó a cabo en la instancia, debe indicarse que la STS de 20.12.2017 indica que la “entrada en vigor de la reforma operada en la inicial ley sustantiva penal por efecto de la LO 1/2015 en lo que se refiere al delito del artículo 556 CP –sigue diciendo la sentencia citada 534/2016– se compone de dos apartados: En el primero de ellos, paragonable con el precedente legislativo, las modalidades comisivas discurren por los mismos cauces y con similares contornos que en la anterior regulación. Así se incluyen los supuestos de resistencia y de desobediencia grave no abarcados por el artículo 550 CP. Este carácter residual debe entenderse formulado en relación a la resistencia, pues artículo 550 incluye como conductas nucleares la agresión, la resistencia grave o el acometimiento, comportamientos de marcado carácter activo y proyección violenta.

Queda claro que la desobediencia tipificada en el nuevo artículo 556.1 CP es la de carácter grave. Sin embargo, para identificar la resistencia que el nuevo precepto no adjetiva, hemos de acudir a su techo, integrado por el artículo 550 CP. Este precepto, en su nueva redacción, incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendida como aquella que se



realiza por intimidación grave o violencia. El hecho de que de esta última no se califique de grave no implica que se incorporen en la nueva tipificación del atentado los supuestos de resistencia activa menos grave, que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala quedaban hasta ahora relegados al artículo 556 CP. La violencia es una actitud susceptible de presentar distintas magnitudes, y la intensidad de la que prevé el nuevo artículo 550 CP no puede desvincularse de la entidad que se exige a la resistencia calificada en este contexto de grave. De otro modo llegaríamos a la desproporcionada conclusión de que cualquier resistencia con un componente violento, por mínimo que éste sea, integraría un atentado.

Por ello entendemos que el nuevo esquema de punición de estos delitos, aunque ha ampliado el espectro de sujetos protegidos, en lo que a los comportamientos nucleares se refiere no ha variado en relación al anterior, salvo en la previsión respecto a los hasta ahora incorporados en la falta del artículo 634 CP, que la LO 1/2015 ha tipificado como delito leve en el apartado segundo del artículo 556 CP cuando se proyectan sobre autoridades, y expulsado de la órbita penal y reconducido al ámbito de la infracción administrativa cuando afectan a sus agentes. En consecuencia, la doctrina elaborada por esta Sala respecto a los mismos mantiene toda su vigencia en los aspectos que no han sido despenalizados.

En concreto en lo que a la resistencia se refiere, siguen incorporados al artículo 556.1 CP los supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad.

En el mismo sentido SSTS 44/2016 de febrero, 899/2016 de 30. 11, 141/2017 e 7 de marzo, 338/2017 de 11 mayo, 652/2017 de 4 de octubre. En consecuencia, cabe concluir lo siguiente:

1) La resistencia activa grave sigue constituyendo delito atentado del art. 550 CP.

En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.

2) La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia art. 556 CP.

Aunque la resistencia del art. 556 CP, es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado

y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo, en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.

3) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.

4) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO. 4/2015 de 30.3, de Protección a la Seguridad Ciudadana).

De este modo, la actitud agresiva desplegada queda enmarcada, cuando menos, en el marco punitivo del art. 556.1 CP (lanzar un puñetazo a un funcionario de prisiones cuando es requerido para el sometimiento a un cacheo), no encontrándonos ante una conducta de mera pasividad o negativa a obedecer o a atender el requerimiento del funcionario del centro penitenciario.

Respecto del delito de atentado, el art. 550.1 del CP establece “Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”. Configurando el art. 556.1 del mismo texto legal la conducta de “los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones”.

Habiendo sostenido la jurisprudencia que ambos delitos, atentado y resistencia, responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica (STSS 361/02; 218/03 o 607/06). Teniendo como elementos comunes que el sujeto pasivo sea agente de la autoridad, que se encuentre en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, y que el sujeto activo sea conocedor de la condición de agente de la autoridad, y además que concurra un ánimo de menospreciar el principio de autoridad (STSS 753/98 o 72/02) debe entenderse que el recurrente desobedeció el requerimiento para ser sometido a un cacheo, requerimiento que provenía de un funcionario de prisiones en el ejercicio de su cargo por lo que no deben acogerse las manifestaciones del recurso respecto a la inexistencia de una desobediencia (pues desplegó una actitud violenta) al requerimiento que se le efectuó.

Como indica la SAP de Álava, Sección 2ª, de 21 de noviembre de 2017 constan “infinidad de condenas por casos similares de agresión por parte de internos hacia los funcionarios de prisiones siendo incardinadas algunas de estas agresiones en delito de resistencia del artículo 556 del CP. A mayor abundamiento, tenemos que el Tribunal Supremo ha considerado que el Director del Centro Penitenciario tiene la condición de autoridad STS de 24/02/1998 recurso 579/97, por lo que consecuentemente los funcionarios que cumplen sus órdenes y ejecutan sus mandatos en aplicación del tratamiento penitenciario a los internos en el centro, son sus agentes. En este sentido Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30/05/1998, recurso 2653/97 y más reciente, la Sentencia 1186/10 de 30 de diciembre, recurso 2571/09, han condenado a diversos acusados como autores de delito de resistencia sobre funcionarios de prisiones en el desempeño de su cargo. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6/10/1999 y la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 5/03/2005”.

De este modo, fue acertada la subsunción de los hechos en el art. 556 CP.

Respecto a la vulneración del principio *non bis in idem* ante la sanción sufrida por el condenado en el ámbito penitenciario en el que se le impuso una sanción de aislamiento de 12 días debe ser rechazada atendiendo a los argumentos contenidos en la SAP de Almería, Sección 2ª, de 16 de abril de 2013 cuando indica: “En el segundo motivo se denuncia la vulneración propiamente dicha del principio *non bis in idem*, reproduciendo el recurrente las alegaciones que hizo en la vista oral. Insiste, en suma, en que el hecho de haber sufrido el acusado la sanción de aislamiento en celda durante 24 días determina que cualquier condena posterior por vía penal supondría una conculcación del citado principio”.

Como punto de partida, hemos de recordar que la STC 2/2003 enfatiza la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser no sólo constitutivos de infracción administrativa sino también de delito o falta según el CP, como ya se razonó en la sentencia apelada.

Constituye doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC 2/1981, de 30 de enero y 2/2003, de 16 de enero, entre otras) que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de lega-

lidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. En este sentido, tiene declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (SSTC 2/1981, de 30 de enero, 66/1986, de 26 de mayo, 154/1990, de 15 de octubre, 234/1991, de 16 de diciembre, 270/1994, de 17 de octubre, y 204/1996, de 16 de diciembre, entre otras).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.7) como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 4 del Protocolo 7) regulan la prohibición del *bis in idem* refiriéndose a la duplicidad de procedimientos o sanciones estrictamente penales, es decir, sin tomar en consideración las derivaciones del procedimiento administrativo sancionador. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, STEDH de 21 de febrero de 1984, caso Öztürk c. República Federal de Alemania). En este sentido, ha establecido que cuando diferentes ilícitos basados en un acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria, § 25; en igual sentido SSTEDH de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria, § 25; y de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria, § 25). Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no se había producido vulneración del art. 4 del Protocolo 7 en el caso Oliveira c. Suiza –STEDH de 30 de julio de 1998– en un supuesto de concurso ideal de infracciones. Igualmente, no admitió la demanda en el caso Ponsetti y Chesnel c. Francia –Decisión de inadmisión de 14 de septiembre de 1999– al considerar que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente en vía administrativa y penal diferían en elementos esenciales.

Procede, en consecuencia, analizar si los ilícitos tomados en consideración –el de naturaleza disciplinaria, que generó la sanción de aislamiento, y el penal, que determinó el presente procedimiento– tienen o no los mismos elementos esenciales. A tal efecto, resulta revelador que en el ámbi-

to administrativo sancionador (así, en materia de seguridad vial, posesión de sustancias de tráfico prohibido o posesión de armas) el ordenamiento articula invariablemente una regla de suspensión del procedimiento administrativo con la doble finalidad de evitar el *bis in idem* y respetar la preferencia del derecho penal. Sin embargo, esa previsión no se encuentra en la legislación penitenciaria. Circunstancia que no puede obedecer a un olvido del legislador sino más bien a una consideración de carácter lógico y a la vez práctico. El artículo 41.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece que “el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada”. En cambio, la razón de ser de la pena entronca con los fines de prevención general y especial, sin perjuicio de otras consideraciones de carácter retributivo. En particular, el artículo 25 de la Constitución prevé que “las penas privativas de libertad (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. De manera que se aprecia una importante diferencia entre la razón de ser de la respuesta disciplinaria y la de la sanción penal. Diferencia que explica y justifica que la primera, en la medida en que va dirigida a garantizar la seguridad y una convivencia ordenada, actúe de manera inmediata, algo absolutamente incompatible con la suspensión de la actuación administrativa a expensas del procedimiento penal.

La conclusión que se extrae del anterior razonamiento es que estamos ante dos ámbitos potencialmente generadores de responsabilidad, por un lado, el disciplinario, derivado de la especial relación de sujeción penitenciaria, y por otro el penal, que opera para todos los ciudadanos. Uno y otro persiguen finalidades y obedecen a razones de ser distintas. De modo que, cuando se solapa su acción como consecuencia de la comisión de un hecho en el interior de un establecimiento penitenciario constitutivo de infracción disciplinaria y a la vez de ilícito penal no cabe hablar de *bis in idem*. Partiendo de la doctrina más arriba resumida, los elementos esenciales de los ilícitos difieren en su razón de ser, en la finalidad de la sanción e incluso en el procedimiento y órganos competentes. La pretensión del recurrente de que ha pagado ya por lo que hizo no soporta un examen lógico. Desde ese punto de vista, tendría una respuesta menos contundente la comisión del delito de atentado dentro de un centro penitenciario -sujeto, hemos de reiterar, a particulares normas de comportamiento- que en el exterior, lo cual es contrario al sentido común”.

En idéntico sentido, la SAP de Segovia, Sección 1ª, de 3 de diciembre de 2018 cuando expone: “Por lo que se refiere a la vulneración del principio *“non bis in idem”*, tampoco podemos acoger las alegaciones del recurrente por cuanto los hechos que se le atribuyen en el inalterado relato de hechos probados se produjeron sujeto aquél a una relación de sujeción especial, estando en calidad de interno en el Centro Penitenciario, pudiendo ser objeto de sanción disciplinaria, y a la vez con la correspondiente respuesta penal, si son constitutivos de infracción de tal naturaleza, como acontece en el presente caso”.

En suma, no se aprecia vulneración del principio *non bis in idem*.

El recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 123 y 124 del CP y arts. 239 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo declararse de oficio las costas devengadas en esta segunda instancia.

VISTOS los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación,

## **FALLO**

1º.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. P. y

2º.- CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE la sentencia de 20 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife en el número de Procedimiento Abreviado 301/2019,

3º.- DECLARAMOS de oficio las costas en esta alzada.

## **45.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VITORIA DE FECHA 21/03/22**

### **Desestimación de recurso sobre expediente disciplinario recurrido.**

En Vitoria-Gasteiz, a 21 de marzo de 2022.

#### **HECHOS**

PRIMERO.- En fecha 2/11/2021 se dictó por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, en su E.D. n.º 329/2021, Expediente de Vigilancia Penitenciaria n.º 6687/21 Acuerdo Sancionador por el que se acordaba, por unanimidad, imponer al interno M. la sanción de aislamiento en celda de 14 días (artº. 108.A) 14 días (artº. 108.B) y 12 días (artº. 108.D) del R.P., aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

SEGUNDO.- Frente al citado Acuerdo de fecha 2/11/2021 el interno interpuso recurso de apelación formalizado por la procuradora Sra. S. y dirigido por el letrado Sr. L., el cual se admitió a trámite y tras evacuar informe el Ministerio Fiscal en fecha 7/3/2022 con el resultado que es de ver en las actuaciones, se elevó el expediente a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos.

TERCERO.- Recibidas las presentes actuaciones en la Secretaría de esta Sala en fecha 14/3/2022, por diligencia de 15/03/2022 se acordó formar el Rollo de Sala, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado Don Jesús Alfonso Poncela García, señalándose para votación y fallo el día 21 de marzo de 2022.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Mediante auto de 26 de noviembre de 2021, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acordó archivarlas presentes actuaciones abiertas en relación a los expedientes disciplinarios N.º NÚM000, NÚM001 y NÚM002, todos de 2021, incoados al recluso M., decisión que impugna

éste, solicitando la revocación del auto y la declaración de nulidad “de lo actuado, retro trayendo las actuaciones del procedimiento disciplinario número NÚM003 de manera que se cumpla con lo preceptuado en el artículo 247 d) del Reglamento Penitenciario”.

Hemos dicho con reiteración, y así lo dispone la jurisprudencia (v.gr. sentencia del Tribunal Supremo n.º 124/2019, de 8 de marzo), que la revisión de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria debe ajustarse a la situación existente en el momento en que fueron dictadas, y esto es relevante en el presente caso.

En efecto, en el auto recurrido se dice, en relación al expediente disciplinario N.º NÚM000, que el recurso del interno frente al acuerdo sancionador ha dado lugar a otro expediente del Juzgado que se halla en tramitación y pendiente de resolución, por lo que no procede decisión alguna al respecto en las presentes actuaciones.

Sobre el expediente disciplinario N.º NÚM004, sencillamente no había recaído acuerdo sancionador por entonces, “por lo que no procede tener por interpuesto el recurso del interno por carecer aún de resolución sobre la que recurrir”. Poco más cabe añadir. Ya deja advertencia la Jueza que, de ser sancionado en ese expediente, podrá recurrir, dando lugar a otras actuaciones ante el Juzgado.

Y en cuanto al expediente disciplinario N.º NÚM005, dice que “el interno no formula recurso, y así consta, frente al acuerdo sancionador”, por lo que “no procede dictar resolución judicial alguna sobre el mismo”.

En efecto, así consta en el folio 6 de las presentes actuaciones, donde aparece la fecha de la notificación de la sanción (12 de noviembre de 2021), la manifestación de que no recurre y la firma del recluso.

Efectivamente, no hay recurso.

El presente expediente n.º 6687/2021 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao deriva de los expedientes n.º 216 y 217/2021 del Juzgado de la misma clase de León, que se inhibió a aquél. Estos expedientes se incoaron con motivo de un escrito del reo fechado el 26 de septiembre de 2021 (folios 38 y 39), es decir, cuando todavía estaban en tramitación los referidos expedientes disciplinarios N.º NÚM000, NÚM001 y NÚM002 (folio 41) y antes de que recayera sanción en el N.º NÚM005, puesto que el acuerdo sancionador data de 3 de noviembre de 2021 (folios 4 a 6). No



obra en las presentes actuaciones un recurso del reo frente a la sanción impuesta en ese acuerdo administrativo-penitenciario, solo contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao que puso de manifiesto la constancia escrita de que el interno no deseaba recurrir la sanción y archiva las actuaciones.

Si finalmente recurrió la sanción impuesta en el expediente disciplinario N.º NÚM005, habrá otras actuaciones al respecto en el Juzgado, pero en las presentes no cabe tratar de un posible defecto de tramitación administrativa referida al artículo 247 d) del Reglamento Penitenciario o de una duplicidad de expedientes disciplinarios por los mismos hechos, puesto que aquí no hay recurso interpuesto, sólo un escrito del interno previo al acuerdo sancionador. Obviamente, no cabe considerar que el recurso manuscrito de 10 de diciembre de 2021 (folio 50) o el interpuesto por la dirección letrada el 14 de febrero de 2022 (folios 98 a 103), constituyen el recurso contra la sanción, puesto que se dirigen frente a la resolución judicial, no el acuerdo sancionador, y porque estarían fuera de plazo.

En definitiva, no es posible acoger las pretensiones del recurrente.

SEGUNDO.- Atendiendo a la materia objeto de debate, procede declarar de oficio las costas de la alzada.

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

### **LA SALA DISPONE**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora, en nombre y representación de M., contra el auto de 26 de noviembre de 2021, dictado en el expediente n.º 6687/2021 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y, en consecuencia, confirmamos la resolución impugnada, declarando de oficio las costas del recurso.

## **46.- AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN DE LA PLANA DE FECHA 05/04/22**

### **Desestimación de recurso sobre condiciones del cumplimiento de sanción de aislamiento.**

En la ciudad de Castellón, a cinco de abril de dos mil veintidós.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Iltmos. Sres. anotados al margen, ha visto y examinado el presente Rollo de Apelación Penal Núm. 196 del año 2022, incoado en virtud de recurso interpuesto contra el Auto dictado el día 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón, en el Expediente seguido con el Núm. 2996 del año 2021 en el citado Juzgado.

Han sido partes en el recurso, como APELANTE, C., defendido por el Abogado Don M., y como APELADO, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Fiscal Doña Marga, y Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Esteban Solaz Solaz, que expresa el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva del Auto recurrido literalmente disponía: “Se desestima el recurso de reforma interpuesto por C. contra el Auto de fecha 17 de septiembre de 2021 dictado por este Juzgado, confirmando el mismo en todos sus extremos”.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes, la representación de C. interpuso recurso de apelación contra la misma, que fue admitido a trámite, evacuándose el trámite de impugnación, tras lo cual se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Castellón para su resolución.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se turnaron a la Sección Primera, donde se formó el oportuno Rollo de Apelación, tramitándose el recurso y señalándose para la deliberación y votación del Tribunal el pasado día 5 de abril de 2022 en que ha tenido lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado, en lo esencial, todas las prescripciones legales.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Pretende el interno C. con su recurso, y con la oposición del Ministerio Fiscal, que se le asigne un televisor para su celda durante el cumplimiento de sanción de aislamiento, para lo cual sostiene que las consecuencias para la salud del régimen de aislamiento que se le impone al interno recurrente son nefastas, principalmente para la salud mental del que finalmente cumplirá condena y tiene que salir y reintegrarse a una sociedad totalmente ajena para él y para el que en ningún caso se ha preparado, tratándose de una forma de cumplimiento de la pena inhumana y degradante.

Por mucho que el interno recurrente trate de apoyar su solicitud de asignación de un televisor para su celda durante el cumplimiento de sanción de aislamiento en motivos jurídicos, la realidad de hecho presente en el centro penitenciario en el que se encuentra ingresado revela, según el informe de la Directora de Gestión del centro de 19.07.2021, que las sanciones de aislamiento en celda se cumplen en celdas especialmente habilitadas a tal fin en cada módulo, no disponiendo el Centro Penitenciario de televisiones ilimitadas (incluso no existe la posibilidad de que exista un aparato de TV por celda), por lo que es habitual que las celdas de aislamiento no dispongan de dichas televisiones, y ello sin que la ausencia de televisión en las celdas habilitadas para el cumplimiento de sanciones de aislamiento pueda calificarse como cumplimiento de la pena inhumana y degradante pues no se atisban los problemas que para la salud mental del interno pueden derivarse de carecer de televisión, en la celda de aislamiento, cuando además de estar interno en el centro penitenciario cumple una sanción de aislamiento que lo separa del régimen general del resto de internos.

El recurso, por consiguiente, debe ser desestimado.

SEGUNDO.-En materia de costas procesales, no se aprecian motivos especiales que justifiquen hacer una especial imposición de las mismas, de acuerdo con el art. 240 LECRIM.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

## **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de C. contra el Auto dictado el día 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón, en el Expediente Núm. 2996 del año 2021, del que este Rollo dimana, CONFIRMANDO la expresada resolución, sin hacer especial imposición sobre las costas de esta alzada.

### **47.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 1 DE CASTILLA-LA MANCHA (CIUDAD REAL) DE FECHA 10/05/22**

#### **Estimación de recurso sobre acuerdo sancionador.**

En Ciudad Real, a diez de mayo del dos mil veintidós.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por acuerdo de fecha 23 de marzo del actual, la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de referencia, impuso al interno M. Á. la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes por tiempo de veinte días, como autor de una falta grave del artículo 109.B del Reglamento Penitenciario.

Contra dicha sanción el citado interno interpuso recurso de Alzada ante este Juzgado.

SEGUNDO.- Incoado el presente procedimiento y practicadas las diligencias que constan en autos, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La facultad sancionadora de la Administración Penitenciaria se debe de sustentar sobre los principios de legalidad, tipicidad, cul-

pabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, siendo garantías indispensables en la sustanciación del procedente Expediente Sancionador la previa información al interno de la presunta infracción, atribuida, la concesión del derecho de audiencia y defensa y la posibilidad de recurrir la resolución que se dicte por aquella.

SEGUNDO.- Tramitado y resuelto el Expediente con el cumplimiento a los principios y garantías anteriormente indicados, a la vista de la documental aportada, es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, a saber, referente al hecho de llegar tarde nueve horas, tales circunstancias deben de ser tenidas en cuenta, pero no pueden ser consideradas como una desobediencia, debiendo de valorarse, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, para la concesión o no de nuevos permisos, al haber presuntamente incumplido con los compromisos previos al disfrute del mismo, evitando con ello que mismos hechos sean sancionados dos veces, todo lo cual, por aplicación del principio "*in dubio pro reo*", determina que no quede acreditado el hecho de la desobediencia al no concurrir orden expresa distinta del cumplimiento de horarios y, en consecuencia, sin efecto la sanción, por todo lo cual procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 23 de marzo pasado.

En atención a lo expuesto,

DISPONGO: Estimar el recurso interpuesto por el interno M. A., en el sentido de dejar sin efecto el acuerdo sancionador respecto del mismo de fecha 23 de marzo pasado.

## **48.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (VILLENNA) DE FECHA 13/05/22**

### **Archivo de sanción por hechos acaecidos fuera del establecimiento penitenciario.**

En Villena, a 13 de mayo de 2022.

#### **HECHOS**

Primero.- Se recibió en este Juzgado recurso del interno D. H. en relación al expediente sancionador ED 517/2016-0303.

Segundo.- Se suspendieron las actuaciones por iniciación de la vía penal por los mismos hechos.

Tercero.- Habiendo sido concluida la vía penal por resolución condenatoria firme, el Ministerio Fiscal ha interesado la confirmación de la sanción.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

Primero.- De conformidad al artículo 232.4 del Reglamento Penitenciario: Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental.

Segundo.- Los hechos objeto de sanción, acaecidos con motivo de la estancia en el Hospital General de Alicante, consisten básicamente en el intento de fuga del interno, aprovechando su estancia en el módulo de seguridad del mismo (infracción muy grave del artículo 108 e del RP).

Los mismos dieron lugar al JO 547/18 ante el Penal n.º 6 de Alicante, cuyo juicio concluyó con sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena, confirmada por la AP de Alicante.

A la vista de ello, y de conformidad con la doctrina del TC –STC 188/2005, por todas–, entiendo existiría identidad de sujeto, hecho y fundamento (entiendo que el fundamento de dicha sanción, cuando acaece fuera del CP, como en el caso que nos ocupa, no es la seguridad y buen

orden regimental –en el mismo sentido se pronuncia la Orden de Servicio 1/2019, de 24 de enero de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social: (..) Esto es, sólo se considerará infracción susceptible de sanción aquello que atente contra la seguridad y el buen orden regimental, lo que difícilmente sucede si la conducta acaece en el exterior del establecimiento penitenciario (..), sino el cumplimiento de las decisiones judiciales, mismo fundamento que el delito de quebrantamiento del artículo 468 del CP por lo que, el principio *non bis in idem*, determina el archivo de las presentes actuaciones–.

Por todo ello procede el archivo del presente expediente.

### **PARTE DISPOSITIVA**

1º) No ha lugar a resolver sobre el recurso presentado, quedando sin efecto la sanción impuesta en vía disciplinaria por ser incompatible con la pena impuesta en vía penal.

2º) ARCHÍVESE el presente expediente, una vez firme esta resolución.

## **49.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (VILLENNA) DE FECHA 28/10/21**

### **Acumulación de sanciones.**

Villena, a 28 de octubre de 2021.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Por el interno D. M., del Centro Penitenciario de Alicante II -Villena, se solicita a este Juzgado la acumulación de sanciones impuestas en cinco expedientes disciplinarios seguidos contra él.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal ha emitido informe.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Aunque el párrafo primero del artículo 236 del RP se refiere tan sólo a sanciones impuestas en un mismo expediente disciplinario, entiendo posible la acumulación de sanciones impuestas en diferentes expedientes disciplinarios, siempre que se cumpla el requisito temporal que impone el artículo 76.2 del CP: La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en diferentes procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar –admitiendo la acumulación de sanciones de diferentes expedientes cabe citar el auto de la AP de Zaragoza, Sección la de 31 de marzo de 2017 (ROJ: AAP Z 929/2017 –ECLI:ES:APZ:2017:929A)–.

Asimismo, y en relación a la conexidad exigida por el artículo 988 de la LECrim, cabe tener en cuenta la Jurisprudencia del TS, STS de 8 de marzo de 2021, rec. 10598/20, Ponente Colmenero Menéndez de Luarca, por todas:

La doctrina de esta Sala había venido estableciendo que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias dictadas y las de comisión de los hechos enjuiciados en las mismas, de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior a la acumulación o a cualquiera de las condenas. Tal como se decía en la STS n.º 742/2014, de 13 de noviembre “La doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, SSTS 192/2010 y 253/2010, 169/2011 y 207/2014, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 11 del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del CP para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Como destaca la STS 30/2014 de 29 de enero, se trata de ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptables



que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas las penas de prisión (Art. 25 de la Constitución).

De esta manera los únicos supuestos excluidos de la acumulación son los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en esa sentencia que determina la acumulación; y los cometidos con posterioridad a tal sentencia”.

En consecuencia, se debe excluir de la acumulación cualquier sentencia cuando los hechos por los que la misma ha recaído ocurrieron con posterioridad al dictado de las anteriores. De esta forma no podrán acumularse entre sí varias condenas cuando los hechos por los que ha recaído alguna de ellas sea posterior al dictado de cualquiera de las sentencias.

SEGUNDO.- A la vista de lo anteriormente expuesto, y atendiendo a los expedientes disciplinarios (firmes) pendientes de ejecución, procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 236 del RP a los siguientes expedientes disciplinarios (dada la fecha de comisión de los hechos, todos se pudieron haber valorado en el ED 632/2020, cuyo Acuerdo es de 14 de enero de 2021 –de hecho todos los acuerdos son de la misma fecha–):

-ED 632/2020 -0303 (Acuerdo Sancionador de fecha 14 de enero de 2021; hechos de 30 de noviembre de 2020). Sanción de 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes. Dio lugar al expediente judicial que nos ocupa, confirmatorio de la sanción.

-ED 660/2020-0303 (Acuerdo Sancionador de fecha 14 de enero de 2021; hechos de 7 de diciembre de 2020). Sanción de 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes. Dio lugar al expediente judicial 1236/21, confirmatorio de la sanción.

-ED 631/2020-0303 (Acuerdo Sancionador de fecha 14 de enero de 2021; hechos de 28 de noviembre de 2020). Sanción de 30 días de privación de paseos y actos recreativos comunes. Dio lugar al expediente judicial 1237/21, confirmatorio de la sanción.

-ED 658 / 2020-0303 (Acuerdo Sancionador de fecha 14 de enero de 2021; hechos de 10 de diciembre de 2020). Sanción de 6 días de aislamiento en celda. Dio lugar al expediente 1238/21, confirmatorio de la sanción.

-ED 659/2020-0303 (Acuerdo Sancionador de fecha 14 de enero de 2021; hechos de 9 de diciembre de 2020). Dio lugar a l expediente 1239/21, estimatorio parcialmente del recurso del interno, de forma que la Comisión Disciplinaria finalmente sancionó con 5 días de aislamiento en celda.

El artículo 236.2 del RP establece lo siguiente: En este último supuesto –cumplimiento sucesivo de sanciones–, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.

Al efecto de calcular dicho máximo, y dado que coexisten sanciones de aislamiento y de privación de paseos y actos recreativos comunes, se deberá atender a lo dispuesto en los Criterios (refundidos) 65 y 66 de los Acuerdos adoptados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (A Coruña 2018):

65.- Equiparación de sanciones: privación de paseos y aislamiento.

En el caso de internos en primer grado o con aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que fueren sancionados con privación de paseos, a fin de hacer menos gravosa su situación de aislamiento, se equiparará tres días de privación de paseos con un día de aislamiento. (Aprobado por unanimidad).

66- Generalización de la regla de equivalencia entre privación de paseos y aislamiento.

La misma regla de equivalencia establecida en el criterio anterior –esto es, tres días de paseos equivalen a un día de aislamiento– será de aplicación en los supuestos en que, habiéndose adoptado durante el expediente disciplinario como medida cautelar aislamiento provisional, la sanción finalmente impuesta bien por la Comisión Disciplinaria, bien como consecuencia de la estimación parcial del recurso ante el Juez de VP, sea finalmente privación de paseos –supuesto en que los días de aislamiento sufridos cautelarmente se deberán imputar al cumplimiento de la sanción de privación de paseos– (Se aprueba por unanimidad en la Reunión de JVP de 2018).

Así pues, siendo la sanción más grave la de 6 días de aislamiento en celda (ED 658/2020), el máximo de cumplimiento se fija en 18 días de aislamiento en celda, de modo que se limita el tiempo impuesto, cuyo total –(41 días de aislamiento en celda: 11 días de aislamiento en celda y 90 días de privación de paseos y actos recreativos comunes (esto es, el equivalente

a 30 días de aislamiento en celda)– excede de este máximo, dejándose sin efecto por tanto 69 días de privación de paseos y actos recreativos comunes (23 días de aislamiento provisional x3).

Vistos los artículos citados y demás de aplicación;

## **DISPONGO**

Se fija el límite máximo de cumplimiento de las sanciones impuestas al interno D. M. en los expedientes disciplinarios antes referidos del centro penitenciario de Villena en 11 días de aislamiento y 21 días de privación de paseos y actos recreativos comunes –en cuyo cumplimiento se deberán abonar los días pasados en aislamiento provisional, si los hubiese–.

## **50.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 3 DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (VILLENA) DE FECHA 24/11/22**

### **Estimación parcial de recurso contra acuerdo sancionador.**

En Villena, a 24 de noviembre de 2022.

## **HECHOS**

PRIMERO.- En el expediente disciplinario N°52/2022-0303 tramitado en el Centro Penitenciario de Alicante II-Villena, ha recaído acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria de fecha 9 de marzo de 2022. En virtud del mismo se impone al interno D. J. M. una sanción consistente en 5+2 días de aislamiento provisional al considerarlo autor de una falta grave, prevista y penada en el apartado b) del artículo 109 del Reglamento Penitenciario aprobado por el R.D. 1201/1981, de 8 de mayo, y reformado por R.D. 787/1984, de 28 de marzo.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso el interno recurso ante este Juzgado, remitiéndose el expediente disciplinario por el Director del Centro.

TERCERO.- Conferido traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, se informa por el mismo en los términos que obran en autos.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La potestad sancionadora de la Administración, entre la que cabe incluir la potestad disciplinaria en materia penitenciaria, queda también sujeta a los principios inspiradores del Derecho penal. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en un proceso en el que se ha ido concretando el alcance de los principios limitativos del *ius puniendi* estatal, consagrados constitucionalmente, en la esfera de las infracciones y sanciones administrativas. Así, se deducen de los artículos 24 y 25 de la Constitución española los principios de reserva de ley ordinaria para las infracciones y sanciones administrativas (STC 42/87, de 7 de abril), tipicidad (STC 101/88, de 8 de junio), *non bis in idem* ((SSTC 2/81, de 30 de enero y 77/83, de 3 de octubre), irretroactividad (STC de 11 de noviembre de 1981), culpabilidad (STC 66/84, de 6 de noviembre) y, proporcionalidad (STC 62/82, de 15 de octubre), entre otros, máxime cuando en el presente caso la potestad sancionadora surge de una relación de sujeción especial o relación especial de poder, cual es la que vincula al interno con la Administración penitenciaria, como consecuencia de la incorporación del interno en esta organización de la que se derivan derechos y deberes específicos.

SEGUNDO.- El mantenimiento del orden y la disciplina no constituyen, en sí mismos, valores dignos de protección, sino instrumentales a los efectos de salvaguardar los auténticos bienes que legitiman tal potestad sancionadora que son: La seguridad de los bienes jurídicos de los internos, la organización de la vida comunitaria y los objetivos del tratamiento aplicados en el Establecimiento penitenciario, tal y como indica la Recomendación núm. 33 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 sobre las reglas penitenciarias europeas, ejerciendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria esas funciones de vigilancia en la resolución de los recursos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico penitenciario. Así, el artículo 76.2, e) de la Ley Orgá-

nica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y los artículos 233 a 239 del Real Decreto 190/ 1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario regulan que “El Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para: 2, e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias”.

TERCERO.- Los hechos por los que ha sido sancionado el interno hoy recurrente, y objeto del expediente disciplinario, han sido calificados en el Acuerdo Sancionador emitido por el Centro Penitenciario de Alicante II - Villena como una falta del apartado b) del artículo 109 aprobado por el R.D. 1201/1981, de 8 de mayo, que tipifica la misma con el tenor siguiente Desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas.

El Ministerio Fiscal considera que los hechos están acreditados y bien calificados; asimismo añade se dan los -presupuestos del artículo 235 del RP al existir a fecha del acuerdo sancionador varias sanciones firmes por infracciones graves y muy graves.

El interno se limita a manifestar que recurre verbalmente.

Examinado el supuesto fáctico que ha dado lugar al expediente objeto del presente recurso resulta acreditado que el interno realizó los hechos que se le imputan (sacar el pie impidiendo el cierre de celdas y desobedecer la orden del funcionario para que desistiese de tal conducta, conducta que venía haciendo reiteradamente); los partes de dichos funcionarios, -como sostiene el TC en sentencias 192/1987 y 297/1993-, son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

Si bien entiendo que la sanción no puede agravarse de conformidad a lo dispuesto en el artículo 235 del RP puesto que cuando tuvieron lugar los hechos (11 de enero de 2022) las sanciones firmes por faltas graves y muy graves de los EDs 1, 2 3, 12 Y 13 no habían sido aún impuestas (el Acuerdo sancionador es de 31 de enero de 2022 y la firmeza de 22 de febrero de 2022) -todo ello por analogía con lo dispuesto en el artículo 22.8 del CP. con la agravante de reincidencia: Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito (..)-.

**DISPONGO**

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por el interno D. J. M. contra el acuerdo sancionador indicado, el cual mantengo en todos sus extremos, modificando tan sólo la sanción impuesta, la cual se reduce a cinco días de aislamiento en celda.

# **CAPÍTULO XII**

## ***RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL***





## **51.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA DE FECHA 13/04/22**

### **Estimación de recurso sobre la no atribución de responsabilidad civil a la administración.**

En Málaga, a trece de abril de dos mil veintidós.

La Sección Primera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Málaga ha visto el recurso de apelación interpuesto, por la Abogacía del Estado, contra la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado seguido en el Juzgado de lo Penal n.º 4 de los de Málaga, con el n.º 405/2019. El Señor Magistrado Don Rafael Linares Aranda, actuó como Ponente, y expresa el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.-**

Con fecha 3 de mayo de 2021 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal referido que recoge el siguiente relato como hechos probados:

“...Resulta probado y así se declara que en fecha 28 de diciembre de 2016, el acusado A., mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, toda vez que fue ejecutoriamente condenado por Sentencia firme de fecha 16/12/2016 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga, procedimiento 14/2016, como autor, entre otros, de un delito de atentado a la pena de 6 meses de prisión, se encontraba ingresado en el Establecimiento Penitenciario de Málaga, concretamente en el Módulo 7 destinado a internos de régimen cerrado. En torno a las 09:00 horas del citado día los funcionarios de prisiones N.º NÚM000 y NÚM001, cuando iban a proceder a la apertura de la celda del acusado para su salida

reglamentaria al patio, observaron que el mismo disponía del palo de la fregona con el que debe limpiar su celda –protocolo de intervención y normas de régimen de cerrado 11/2011–. Por tal motivo, los funcionarios en cuestión requirieron al acusado para que, previamente a la apertura de la celda, les hiciera entrega del palo de fregona, a lo que el acusado se negó sin mostrar una actitud violenta, siendo requerido para que se colocara al final de su celda para poder así retirar el palo de fregona. Acto seguido, el Funcionario de Prisiones NÚM000 abrió la celda, hallándose el acusado al final de la misma, y en el momento en se disponía a recoger el palo de fregona, el acusado se abalanzó sobre él de forma sorpresiva, violenta e inopinada, y con ánimo de menoscabar su integridad física, le propinó un fuerte golpe con el puño en la zona del apéndice nasal, que dejó conmovido y aturrido al funcionario NÚM000. Ante tal situación intervino el funcionario de prisiones TIP NÚM001, que trató de inmovilizar al acusado, que se resistía de forma activa y grave, pudiendo reducirlo tras hacer uso de la mínima fuerza mínima indispensable para tal fin.

A consecuencia de los hechos descritos el funcionario de prisiones TIP NÚM000 sufrió lesiones consistentes en contusión en apéndice nasal con desviación de tabique, epistaxis, erosión superficial en raíz y zona nasal izquierda, con fractura de huesos propios de la nariz tras valoración radiológica. Las lesiones descritas precisaron, además de una asistencia facultativa, de tratamiento médico-quirúrgico continuado, con el siguiente juicio clínico: síndrome de conmoción laberinto derecho postraumático, con acúfenos, vértigos, hipoacusia oído derecho y trastorno estrés postraumático. El lesionado, que se ha debido someter a dos intervenciones quirúrgicas –resección submucosa tabique, septoplastia nasal y laberintectomía vía retroauricular o transemental– además de recibir tratamiento de psicoterapia y psiquiátrico, alcanzó la estabilización de sus lesiones en un periodo de 495 días de perjuicio moderado por hallarse impedido para el normal desarrollo de su vida en cuanto a actividades básicas, resultando con las siguientes secuelas: afectación vestibular unilateral (4-10) valorada en 10 puntos por la persistencia de los acúfenos; y estrés postraumático crónico moderado (3-5) valorada en 4 puntos por la persistencia de los síntomas y las sesiones de psicoterapia y psiquiatría realizadas por el paciente. Además, por Resolución de fecha 26/06/2019 de la Administración General del Estado, Secretaría General Servicio de Asuntos Generales y Régimen Interior, se ha declarado la jubilación por incapacidad permanente para el Servicio en el grado de total del funcionario D. Lázaro, por estar afectado por una

lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad que le imposibilita totalmente para las funciones que desempeña. Dicha declaración de incapacidad permanente total implica asimismo un perjuicio personal por pérdida de calidad de vida por secuelas valorada en un 80% de acuerdo con el número de actividades de desarrollo personal afectadas, en especial la actividad laboral que ha resultado impedida. Por su parte al Funcionario de Prisiones con TIP NÚM001 sufrió lesiones consistentes en traumatismo en brazo izquierdo, habiendo alcanzado la sanidad de sus lesiones en un periodo de 30 días, de los que 21 días estuvo impedido de forma moderada para sus ocupaciones habituales, precisando de una primera asistencia facultativa y posteriores asistencias médicas con la prescripción de antiinflamatorios y analgésicos además de tratamiento médico rehabilitador. Ambos perjudicados reclaman expresamente la correspondiente indemnización, de la que debe responder el Estado como responsable civil subsidiario.

Y a los que siguió el correspondiente Fallo:

“...Que debo condenar y condeno al acusado A. como autor criminalmente responsable de un delito de atentado a funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, previsto y penado en el artículo 550.1 y 2 del CP, en concurso ideal, conforme al art. 77 CP, con dos delitos de lesiones del art. 147.1 del CP, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia del art. 22.8 CP, respecto del delito de atentado, a la pena de tres (3) años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Todo ello con expresa imposición de costas al condenado, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil el condenado A. deberá indemnizar al funcionario de prisiones TIP NÚM000 en la cuantía de ochenta mil cuatrocientos treinta euros (80.430,00 €) y al funcionario de prisiones TIP NÚM001 en la suma de mil quinientos ochenta (1.580) euros, indemnizaciones que se verán incrementadas con el interés legal conforme al art. 576 LEC. De ambas indemnizaciones responde el estado, al amparo del art. 120.3 del CP como responsable civil subsidiario...”.

## SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación basado en la infracción de normas del ordenamiento jurídico, se considera vulnerado el artículo 120.3º del C.P., así como se denuncia una deficiente interpretación y aplicación del artículo 91 del Reglamento penitenciario y de la Instrucción 17/2011, donde se establece el Protocolo de intervención y normas de régimen cerrado,

El Ministerio Fiscal se adhiere.

La acusación particular, Sr. L. se opone.

Una vez tramitado el recurso de apelación se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial para su resolución, correspondiéndole por turno de reparto a esta Sección, la cual acordó la formación del presente Rollo de Apelación, tras la deliberación, quedaron los autos pendientes de redactar la resolución. No se han cumplido los plazos procesales por la alta tasa de trabajo que pesa sobre la Sección Penal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.-

Del escrito de la Abogacía del Estado, que damos por reproducido, se destaca que alega que al contrario de lo que argumenta la sentencia: ni se ha producido infracción de las normas aplicables ni, en caso de haberse cometido las que se pretenden, ello ha influido de manera determinante en la comisión del hecho delictivo (agresión al funcionario de prisiones).

El Ministerio Fiscal se adhiere, argumenta que en los hechos probados no se incluyen “los reglamentos de policía o las disposiciones de autoridad que estén relacionados con el hecho punible”, supuestamente infringidos. Sólo en los fundamentos se infiere que sean cuales fueran y no importa quien ni a qué nivel, debieron ser infringidos. Una imprecisión que lleva a probar normas u órdenes por indicios, lo que sólo es predicable de hechos, no de normas que deben atender al Principio de Legalidad. Esta inferencia proviene del testimonio de compañeros funcionarios de prisiones, quienes consideran en términos generales que las prisiones (antiguas) no disponen de esclusas o doble puerta en las celdas (como en las modernas), que evitaría hechos como los enjuiciados. Es decir, los hechos semejantes acaecidos

en la Prisión de Alhaurín, que tiene 30 años, siempre infringen “normas”, suponemos de construcción. Como casi todas las de España. Mientras que la de Archidona de reciente construcción, no las incumpliría. Sin saber aún qué normas son. Pero estas deben ser objeto de prueba y su reflejo en el relato fáctico. Por lo que la fundamentación sobre suposiciones sobre la clasificación del interno deja de tener virtualidad porque, en todo caso, el habitáculo celda sería el que incumple alguna norma.

Aparece como imprevisible la agresión de un supuesto psicópata a alguna persona, pero para el funcionario que sabe de sus impulsos agresivos, si debería ser previsible una reacción a traición, como ocurrió y se acredita, teniendo en cuenta las acciones del condenado los días anteriores y a la vista de las medidas implementadas contra el mismo y siempre en cumplimiento del reglamento.

La parte apelada se opone al recurso

SEGUNDO.-

En la sentencia inacatada se argumenta, para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por las lesiones y secuelas sufridas por los funcionarios de prisiones NÚM000 y NÚM001, resulta evidenciada, de conformidad con lo preceptuado en el art. 120.3 del CP, la infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. En este sentido, de las pruebas analizadas, se constata la ausencia, por parte de la administración penitenciaria, de la adopción de las medidas de seguridad necesarias e idóneas para garantizarla integridad y seguridad de los Funcionarios del Establecimiento Penitenciario, toda vez que los documentos examinados y el testimonio de los Funcionarios de Prisiones que depusieron en el acto de plenario, confirman la falta de seguridad de la que adolece el Establecimiento Penitenciario de Málaga, al carecer de un sistema de esclusas, que impida el contacto de los internos clasificados en primer grado penitenciario con los funcionarios de prisiones. Consta que el acusado se encontraba interno en el Centro Penitenciario Puerto III, obediendo su estancia en el Centro Penitenciario de Málaga a la necesidad de asistir a una citación judicial. Sin embargo, considerando la ausencia de medidas de seguridad idóneas en el establecimiento penitenciario de Málaga, los graves problemas conductuales del acusado y los numerosos incidentes violentos provocados por el mismo, no se alcanza

a comprender los motivos por los que no se limitó su estancia en el Centro Penitenciario de Málaga al mínimo tiempo indispensable, pues consta acreditado que fue traslado hasta el Centro de Málaga el día 28/11/2016 y los hechos objeto de enjuiciamiento fueron perpetrados el día 28/12/2016.

En segundo término, de lo actuado se infiere que al resultado lesivo producido, coadyuvó de igual forma, la propia inacción de la administración penitenciaria, que no adoptó, con la premura que el caso requería, las medidas necesarias para evitar el desenlace que, vistos y analizados los hechos, se antojaba como previsible, pues los graves incidentes regimentales protagonizados por el interno, ponían de manifiesto un estado continuo de agresividad y violencia, que debió ser corregido en varios casos con la aplicación de medidas coercitivas previstas en el art. 72 del Reglamentos Penitenciario –aislamientos provisional y contención con correas reglamentarias–. Ciertamente fue objeto de debate en el acto de Juicio la clasificación del interno conforme al art. 91.2º o 91.3º del Reglamento Penitenciario, considerando los perjudicados y los testigos propuestos por la acusación particular, que de haber estado clasificado conforme a este último precepto se habría evitado la agresión... En el presente supuesto, los múltiples incidentes de carácter grave protagonizados por el interno, su grado de agresividad, la violencia extrema demostrada y la reiteración en este tipo de conductas, pese a las medidas coercitivas que se aplicaron en días previos, aconsejaban la adopción de medidas urgentes para garantizar la integridad y seguridad de los funcionarios de prisiones y su conducción, conforme preceptúa el art. 91.3º RP a un departamento especial, sin que pueda servir de excusa o pretexto, para justificar la inacción de la administración penitenciaria, las fechas en que acaecieron los hechos –festividades navideñas– o el día de la semana –fin de semana–. Un dato más del que cabe inferir una omisión culposa por parte de la administración penitenciaria, es que tras la agresión, el interno fue clasificado de forma inmediata y provisional conforme al art. 91.3º RP y era conducido al patio con esposas, clasificación penitenciaria que era reclamada por los funcionarios que depusieron en el acto de plenario y que también se recoge en el informe de la jefatura de servicios que obra al folio 114 de las actuaciones, donde se destacan los habituales brotes de psicopatía del interno, siendo aconsejable que, en la medida de lo posible, se llevara a efecto su conducción a un centro de cumplimiento a la mayor brevedad posible, antes de tener que lamentar hechos más peligrosos y desagradables. Finalmente, ninguna responsabilidad en la producción del resultado lesivo, cabe atribuir a los

Funcionarios de Prisiones NÚM000 y NÚM001, no resultando probado que en su intervención se produjera infracción alguna de la Instrucción 17/2011 Protocolo de Intervención y Normas de Régimen Cerrado, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos. La carta remitida por el director del Establecimiento Penitenciario de Málaga al Funcionario de Prisiones NÚM000 en fecha 18/01/2017 –documento aportado por la acusación particular en el acto de Juicio Oral–, donde se refiere que en ningún momento ha existido intención de culpabilizar al funcionario.

### TERCERO.-

Como punto de partida recordamos que para la aplicación del art. 120-3 CP se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya cometido un delito; b) Que tal delito haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad frente a la cual se va a declarar su 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, pues para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió 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 las 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 cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

La responsabilidad de la administración del art 120-3 CP, ni es abstracta, ni es genérica, ni es difusa, ni es indeterminada, sino que es concreta y por una situación de omisión de cuidado en una situación específica previsible y evitable. Por ello no puede admitirse la genérica alegación, al utilizar expresiones como “... la ausencia de medidas de seguridad idóneas en el establecimiento penitenciario de Málaga, al carecer de un sistema de esclusas, que impida el contacto de los internos clasificados en primer grado penitenciario con los funcionarios de prisiones”, pero sin prueba concreta alguna de la relación causal entre omisiones de deberes de previsibilidad y evitabilidad y el resultado acaecido.

Analizada la argumentación expuesta, la Sala obtiene la plena convicción de que no concurren los requisitos precisos para fijar una responsabilidad civil de la administración penitenciaria, por las siguientes razones:

Sistema de esclusas. Coincidimos con el recurrente en que la sentencia no se menciona en qué norma se establece que deban fijarse en las prisiones tal “sistema de esclusas” y que, por tanto, se hubiese infringido. El hecho de que tal sistema exista en algunas prisiones no quiere decir que sea obligatorio y que las que no cuentan con el mismo no cumplan con la normativa, precisamente al no establecerse como requisito en alguna norma. Tampoco quiere decir esto que no sean, seguras las prisiones que no cuenten con sistema de esclusas, como depuso el propio director de la prisión, al existir protocolos de actuación, en concreto el recogido en la Instrucción 17/2011, donde se establece el Protocolo de intervención y normas de régimen cerrado.

La STS, Penal sección 1 del 15 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1304/2011 –ECLI:ES:TS:2011:1304) Sentencia:135/2011 Recurso: 10852/2010 Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, recuerda que:”... Es cierto que el incumplimiento del compromiso –que se dice alcanzado– de la colocación por parte de la Administración de colocar puertas de esclusa no puede equipararse -por no constar que tal medida esté prevista reglamentariamente- a la infracción de los reglamentos generales o especiales de policía en su acepción de cualquier violación de un deber impuesto por la Ley o por cualquier norma positiva de rango inferior...”.

En todo caso, no se acredita que tal “sistema de esclusas” hubiese impedido en este caso la agresión, ya que ésta aconteció en el interior de la celda.

La sentencia también se apoya en una infracción reglamentaria, del art, 91 del Reglamento penitenciario en sus párrafos 2º y 3º, pero no razona que dicha pretendida infracción hubiere sido causalmente eficiente y determinante de la posible evitabilidad de la acción agresora.

Consta informe del Director del Centro Penitenciario, folios 338 y ss –ratificado en el plenario– que literalmente expone que: “...En cuanto a la alegación de que por parte de la Administración se hubiese llevado a cabo una mala clasificación o aplicación de régimen de vida al interno, recordar que el interno tenía ya aplicado el régimen de vida más restrictivo, que es el régimen cerrado (art, 10 LOGP ), en cuanto a la posible aplicación del



artículo 91,3º, señalar que este régimen solo se aplica en casos muy excepcionales donde se producen graves agresiones (como la que tuvo lugar el día 28 de diciembre y donde se aplicó el mismo), donde se evidencia una agresividad extrema, situación que no se había dado hasta ese momento. De hecho dicho régimen se aplica el menor tiempo posible, estando el interno en la actualidad de nuevo con aplicación de 91,2º y no 91,3º. De cualquier modo no se puede buscar una relación de causalidad entre la aplicación o no del artículo 91,3º y la agresión del funcionario, ya que las normas de vida del artículo 91,2º y las del 91,3º, son exactamente las mismas en los que hace referencia a la entrada y salida del interno de la celda y al cacheo o intervención sobre el mismo, (Instrucción 17/2011 que regula el Protocolo de intervención y normas en régimen cerrado) por lo tanto el comportamiento en ambos casos hubiese sido el mismo. ...

En todo caso, no basta sólo con achacar una contravención de la norma, sino que (como se ha indicado antes) debe ser además determinante para la producción del resultado dañoso. En este caso, no sólo se debe probar una indebida clasificación del preso en el régimen cerrado del 91 (como sostiene la sentencia), sino que además esta indebida clasificación debe haber sido determinante para la generación del daño.

La Instrucción 17/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, relativa al Protocolo de intervención y normas de régimen cerrado, que dedica su apartado 2.1 a establecer medidas de control para la entrada y salida de los internos de sus respectivas celdas.

Así, se dispone lo siguiente: “3. todos los internos serán cacheados, tanto a la entrada como a la salida de sus respectivas celdas y, éstas, serán requisadas y cacheadas diariamente (artículo 93-2 del Reglamento). 4. Cuando los internos se encuentren en sus respectivas celdas –salvo en las horas de descanso nocturno–, éstos se colocarán al fondo de las mismas con las manos visibles, cada vez que el funcionario haga acto de presencia. 5. La salida de los internos de su celda, se realizará de manera individual, de forma que no se dará salida a ningún interno hasta que el anterior no se encuentre en el patio o dependencia donde se llevan a cabo las actividades, procediéndose idénticamente a la entrada. Estas actuaciones serán controladas y presenciadas, al menos, por dos funcionarios. Si el Departamento dispusiera de medidas técnicas de seguridad (que permitan el seguimiento continuado del interno en el interior de éste) podrá prescindirse la presencia directa de los funcionarios”.

La agresión al funcionario se produce en el interior de la celda, cuando el mismo funcionario decide entrar a retirar el palo de fregona. En este sentido, la Instrucción 17/2011, –antes citada–, dedica el punto 2.1 a los “internos destinados a departamentos especiales” (es decir la modalidad del 91.3º del Reglamento pretendida por la sentencia), siendo que dentro de este punto, en concreto, en el punto 2.1,9 dispone expresamente que “corresponde a los internos la limpieza de su celda y de zonas y pasillos anejos a ésta”, por tanto si realizan la limpieza de su celda se les debe proveer de los útiles necesarios para ello (en este caso, una fregona). Vemos por tanto, que el hecho de estar clasificado en la modalidad de vida prevista en el 91.3º del Reglamento no habría evitado que tuviese fregona y que el funcionario le hubiese exigido su retirada antes de salir. A lo sumo, habría implicado la modalidad del 91.3º que se le exigiese la retirada de la fregona para depositarla en una dependencia común (como dispone el mismo punto 2.1,9 de las instrucciones), pero piénsese que esto precisamente fue lo que pasó y lo que motivó la agresión (en el momento de exigirle la retirada de la escoba), por lo que el hecho de estar clasificado en la modalidad del 91.2º o del 91.3º fue del todo inocua e intrascendente a efectos de producción del daño, como además ratificó al ser preguntado sobre esta cuestión el Director del centro penitenciario (Fundamento quinto de la sentencia, página 44-): habría tenido la fregona para limpiar y se le habría exigido para retirarla, en el acto de juicio el Director del centro penitenciario, manifestó expresamente que “los internos clasificados conforme al art, 91.2 y 91.3 R.P. tienen obligación de limpiar su celda y se les asigna una escoba”.

Pero es que la modalidad del art. 91.3º tampoco habría implicado que el recluso estuviese esposado en su celda, como se reconoce además por los propios funcionarios de prisiones perjudicados (fundamento de derecho segundo, página 12 de la sentencia in fine: “El testigo afirmó que los internos no se hallan con los grilletes en su celda pero en el caso de estar clasificados conforme al art. 91.3º RP se le colocan los grilletes al salir al patio”). En este caso, que la conducción al patio se realice con esposas (artículo 91.3º) o no (artículo 91.2º) no afecta en nada a producción del daño, ya que la agresión se produjo en el interior de la celda del interno, cuando en todo caso en cualquiera de las dos modalidades de régimen cerrado previstas en el artículo 91 estaría sin esposas.

Por otra parte, resulta esencial significar que la acción agresora no era previsible, pues fue muy rápida, rauda y sorpresiva, consistió en un único

golpe –puñetazo– y sin que concurrieran elementos previos de previsibilidad sobre una posible acción agresora del acusado en relación con el funcionario perjudicado y que la administración debiera haber vigilado y/o evitado. No se usaron armas, ni objetos peligrosos que la administración pudiere y debiera de haber controlado, sino que fue una acción muy rápida, única, aislada y con la mano o puño, la fregona no fue el objeto con el que se agredió, sino simplemente la ocasión para que el funcionario decidiese entrar en la celda.

Ataque súbito e inesperado, caso similar, SAP, Penal sección 1 del 04 de julio de 2007 (ROJ: SAP SA 397/2007 - ECLI:ES:APSA:2007:397) Sentencia: 56/2007 Recurso: 40/2007 Ponente: JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO.

También SAP, Penal sección 1 del 22 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP LO 612/2018 - ECLI:ES:APLO:2018:612) Sentencia: 53/2018 Recurso: 50/2018 Ponente: MARÍA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA SAP, Penal sección 1 del 09 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP C 2175/2018 - ECLI:ES:APC:2018:2175) Sentencia: 539/2018 Recurso: 32/2018 Ponente: MARÍA LUCÍA LAMAZARES LÓPEZ.

No puede olvidarse que lo que provoca que se produzca la agresión ha sido el hecho de que el funcionario de prisiones entrase solo en la celda del recluso para retirarle la fregona, esta decisión (al margen de que el Director en su declaración en juicio en ratificación del informe emitido manifestase que en lugar de ello debería haber avisado al Jefe de Servicios si el interno se negaba a entregar el palo de fregona) es puramente personal del funcionario de prisiones y no se ha mencionado norma o protocolo en la que esté amparada. Esta decisión personal además resulta incoherente con el hecho de que según manifestasen los propios funcionarios perjudicados, el acusado fuese bastante conflictivo (fundamento segundo página 13) y se halla motivada por una apreciación subjetiva del funcionario afectado: “...admitió que el día de los hechos accedió a la celda porque el acusado se encontraba tranquilo pues en caso contrario habría dado aviso al jefe de servicios.”

En todo caso, por mucho que se pretenda objetivar el elemento de la culpa omisiva de la responsabilidad civil, es lo cierto que el nexo causal efectivo y adecuado siempre tiene que acreditarse entre la omisión de posibles deberes objetivos de cuidado y el resultado dañoso final. En nuestro

caso, más allá de meras alegaciones genéricas y difusas, no se razona una relación de causalidad entre la omisión de deberes de vigilancia, que tampoco se concretan, y la acción agresora sorpresiva –puñetazo de un interno hacia el funcionario que entra en su celda–, y que pudiera haberse evitado y sin especificar, ni precisar cómo pudiera haberse evitado.

El artículo 120 CP, proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido “no se hubiera producido sin dicha infracción”. Se precisa que, en todo caso, ha de constatarse una conexión causal (más o menos directa) entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la posible inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas, y entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivización de la responsabilidad civil subsidiaria. Ahora bien, aquella inhibición o descuido debe degenerar un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad. Por el contrario, en nuestro caso, por todas las razones expuestas no se aprecia: ni inhibición, ni descuido, ni falta de previsibilidad que haya sido casualmente relevante en una causalidad efectiva y adecuada del dañoso resultado final y que determine la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Penitenciaria.

El motivo debe estimarse.

Sin perjuicio de las acciones que asistan al recurrente en caso de que estime que la Administración debe responder en vía administrativa de los daños y perjuicios reconocidos en vía penal a favor de funcionarios de vigilancia penitenciaria cuando el criminalmente responsable es declarado insolvente, en aplicación del principio de indemnidad o en virtud del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.-

Conforme a lo dispuesto en el artículo 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos citados y los demás de pertinente aplicación:

Por cuanto antecede y atendidos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

**FALLAMOS**

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado, contra la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado seguido en el Juzgado de lo Penal n.º 4 de los de Málaga, con el n.º 405/2019; debemos revocar REVOCAMOS la misma en el sentido de dejar sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria declarada a cargo de la Administración Penitenciaria, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.



# **CAPÍTULO XIII**

## ***SANITARIA***





## **52.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE FECHA 15/11/22**

Estimación de recurso por falta de información sanitaria en un delito de lesiones leves.

En Madrid, a quince de noviembre de dos mil veintidós.

La Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Paz Batista González, Magistrada de esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Unipersonal en turno de reparto, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, ha visto en segunda instancia la presente apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 4 (Mixto) de Aranjuez, de fecha 26 de abril de 2021, conforme al procedimiento establecido en el artículo 976 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con causa en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de S.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Aranjuez se dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2022, cuyo Fallo dice: Que debo condenar y condeno a D. J. L. como autor de un delito leve de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.2 del C.P. a la pena de un mes de multa con una cuota diaria de 2 euros que en caso de resultar impagada podrá ser sustituida por un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como a indemnizar al denunciante en la cantidad de 120 euros, y al pago de las costas procesales.

Siendo sus Hechos Probados: Queda acreditado y así se declara expresa y terminantemente que, el día 5 de octubre de 2020, en el comedor del Centro Penitenciario de Aranjuez, el interno J. L., sintió que sufría una falta de respeto por parte de S., y sospechando que éste pudiera llevar algún objeto punzante en su bolsillo, se levantó de su asiento y le propinó un golpe en la parte izquierda de la cara, que requirió para sanar de analgésicos, tardando en curar 4 días no impeditivos y que curó sin secuelas.

SEGUNDO. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación por la representación procesal de S., formulando por escrito sus motivos de impugnación.

Remitidos los autos a la Sección Veintitrés de la Audiencia Provincial, fue incoado el correspondiente rollo por Diligencia de Ordenación de fecha 13 de octubre de 2022, designándose Magistrado ponente como encargado de resolver el recurso interpuesto quedando los Autos para su resolución a su disposición el 24 de octubre de 2022.

## **HECHOS PROBADOS**

Se aceptan los de la resolución recurrida.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO. Se recurre la Sentencia dictada en el Juicio por Delito Leve de lesiones, señalando la representación del recurrente (denunciante en las presentes actuaciones) que la Sentencia adolece de incongruencia.

Se señala que en su Fundamento Jurídico Quinto se menciona en la Sentencia que “el artículo 116 C.P. dispone que “toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios”. Asimismo, el artículo 109 del mismo cuerpo legal establece que “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños o perjuicios por él causados”. En el caso de autos, el denunciado indemnizará al denunciante en la cantidad de 120 euros por cada día de curación de las lesiones”.

Sin embargo, el Fallo manifiesta “que debo condenar y condeno a D. J. L. como autor de un delito leve de lesiones (...) a indemnizar al denunciante en la cantidad de 120 euros (...)”.

Considera que la entidad del daño sufrido consignado en la Sentencia está “incompleto” y ello, porque la instrucción “no se completó”. El médico forense no pudo examinar al Sr. S. y la determinación de la curación de dichas lesiones es una presunción así como también lo es, a su juicio, el resultado de la curación.

Es decir, la prueba en la que se basa, al menos la determinación de la responsabilidad civil dimanante de los hechos penales es incompleta.

Se manifiesta en el recurso que el Sr. S. se quejó de secuelas que, a raíz de las lesiones causadas que le afectan a su oído y, por consiguiente, a su normal desenvolvimiento diario.

Además, consta en el expediente, porque el Sr. S. aportó tal documento, una Nota de Asistencia, emitido por el Hospital Universitario Fundación Alcorcón de fecha 18 de marzo de 2021, en el que se recogen lesiones en su oído. En concreto, se establece que un “ Varón de 62 años (que) acude porque, a raíz de agresión (puñetazo en el oído) tiene otorrea de repetición e hipoacusia. OI. No Pérdida de conocimiento. Le molestan los ruidos”.

Se le realizaron distintas pruebas, y, como consta en Nota de Asistencia del mismo centro hospitalario, y de fecha 1 de febrero de 2022, se llega a la siguiente Conclusión: Lesiones crónicas secuela de traumatismo craneoencefálico que afectan a ambas regiones fronto basales y polo temporal anterior derecho. Leucoaraiosis leve (F.1) Bucle de ambas AICAs que contactan con el VIII par en la cisterna del APC izquierda y poro acústico derecho. (Se adjunta dicha Nota de Asistencia al presente escrito). Queda pendiente un examen por un neurólogo para determinar la exacta entidad de las secuelas en ese aspecto neurológico.

Conforme a lo anterior, han de ser establecidas las secuelas realmente sufridas para determinar con exactitud la entidad del daño físico por indemnizar.

El Ministerio Fiscal impugnó el recurso interpuesto.

SEGUNDO. El recurso de apelación ha de ser estimado.

El recurso interpuesto cuestiona en primer lugar la responsabilidad civil que la Sentencia establece, fijando ésta en 120 euros.

Se queja el recurrente de incongruencia toda vez que en Fundamento de Derecho Quinto de la resolución impugnada se señala que el denunciante

será indemnizado en la cantidad de 120 euros por cada uno de los días que tardó en curar de sus lesiones, fijando éstos en cuatro días no impeditivos, tal y como es de ver en los hechos probados de la citada resolución. Sin embargo, ninguna explicación se realiza en el Fundamento de Derecho Quinto en cuanto a la determinación de la responsabilidad y la valoración de los días de curación. Parecería deducirse del fallo de la Sentencia, donde fija la cantidad total en 120 euros, que cada uno de los días de curación no impeditivo habría sido valorado en 30 euros. Sin embargo, lo cierto es que nada dice la Sentencia de instancia en relación a este extremo.

Efectivamente, tal y como refiere el recurrente, se señala en el Fundamento de Derecho Quinto que cada día de curación se valora en 120 euros, sin ninguna otra precisión. Se fijan en cuatro días impeditivos el tiempo de curación y, finalmente, en el fallo de la Sentencia se establece una indemnización por una cantidad total de 120 euros.

Es evidente que existe una incongruencia en la Sentencia que ha de ser objeto de aclaración.

Por lo tanto, en este punto ha de otorgarse la razón al recurrente.

Respecto de los demás motivos a los que hace referencia el recurso, atinentes a la cuantificación de la responsabilidad civil, pero que incluso podría extenderse a la propia tipificación de los hechos, es cierto, tal y como se señala en el recurso, que el Informe Forense obrante al folio 15 de las actuaciones, de fecha 1 de diciembre de 2020, no es un informe concluyente porque ni se pudo examinar al paciente en el momento de su emisión por motivo de la pandemia por coronavirus, habiendo dispuesto el médico forense exclusivamente del parte de enfermería de fecha 5 de octubre de 2020, en el que se recoge “contusión con edema malar izquierdo” (cfr.f.12). Respecto del tiempo de curación y secuelas, es evidente que, en consonancia con lo recogido en el propio informe forense, que tales datos son meras presunciones. Así consta que “este tipo de lesiones suele curar en un periodo de cuatro (4) días, que no serían impeditivos”, para señalarse después que la curación tuvo lugar presumiblemente sin secuelas.

Es por ello por lo que los hechos probados que la Sentencia impugnada da como tales, como son los días de curación y las secuelas, son solamente presunciones que, por lo tanto, no resultan de una pericial clara y que, por otra parte, no ha sido ratificada en el acto del Plenario.

En su declaración, el denunciante, S., parece que quiso referirse a este extremo cuando se le preguntó por si quería ser indemnizado de sus lesiones, siendo interrumpido por la representante del Ministerio Fiscal según parece desprenderse de la grabación del acto del juicio, manifestándose por el Ministerio Público en el escrito de oposición al recurso de apelación que no es posible poner ahora en duda el informe forense que ha sido valorado por la Juez a quo, sin que se hayan aportado nuevas pruebas.

Lo que sí es cierto es que la juez de instancia da crédito al denunciante y recoge en los hechos probados de la Sentencia que éste recibió un golpe en la parte izquierda de la cara. Pues bien, la documentación médica aportada tras el dictado de la Sentencia y que parece que obra en el expediente del interno no permite excluir de antemano que éste haya venido precisando de atención médica tras los hechos origen del presente procedimiento y, en principio, que tuviera secuelas asociadas con la agresión sufrida. Tales informes médicos deben constar, como decimos, en el expediente personal del interno en el Centro Penitenciario, siendo uno de los informes médicos, al parecer, anterior a la celebración del acto del Plenario, concretamente de 18 de marzo de 2021 (cfr.f.100) y en el que se indica la necesidad de efectuar pruebas complementarias (TC y RM de oído) tras verificar, como Juicio Clínico, hipoacusia neurosensorial OI tras agresión. Pequeña perforación puntiforme OI.

No hay que olvidar que el Artículo 214 del Reglamento Penitenciario hace referencia a la Apertura de la historia clínica, señalando el citado precepto:

1. Todos los internos, a su ingreso en el Establecimiento, serán examinados por un médico. El reconocimiento se llevará a cabo durante las primeras veinticuatro horas a partir del ingreso.
2. Del resultado se dejará constancia en el Libro de ingresos y en la historia clínica individual que deberá serle abierta a todo interno.

Por otra parte, en la citada historia deberá constar la oportuna disposición del director autorizando el traslado del ahora recurrente para consulta médica en el Hospital Universitario de Alorcón donde, al parecer, está siendo tratado, todo ello conforme al Artículo 218.3 que se refiere a la Consulta o ingreso en Hospitales extrapenitenciarios y custodia de los internos.

En definitiva, y sobre la base de la especial sujeción del interno a la Administración Penitenciaria y las obligaciones de la misma respecto a

la preservación de la salud de los internos que de la misma dependen, ha de llevar a declarar la nulidad de la Sentencia recurrida por entender, por un lado, que la misma incurre en contradicción en la determinación de la responsabilidad civil y, por otra parte y más importante, porque basándose los hechos probados en una parte sustancial en el informe forense obrante en las actuaciones, se ha de dar la razón al apelante en el sentido de considerar que el médico forense no ha realizado un informe que pueda juzgarse concluyente en cuanto a las lesiones sufridas por el denunciante, sin que, además, haya acudido a ratificar el mismo en el acto del Plenario para aclarar, en su caso, los aspectos del informe que arrojan dudas evidentes, no habiendo contado para la realización de la pericia con la historia clínica completa del lesionado que ha de obrar en el establecimiento penitenciario.

TERCERO.- Partiendo de las consideraciones expuestas el recurso de apelación interpuesto ha de ser estimado, como se ha adelantado, debiendo reponerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de celebración del acto del Juicio que deberá celebrarse por Magistrado distinto debiendo recabarse toda la historia del interno que obre en el centro penitenciario para emisión de nuevo informe forense.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

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

## **FALLO**

Que debo estimar y estimo el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de S. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-jueza del juzgado de instrucción n.º 4 de Aranjuez (mixto), con fecha 26 de abril de 2021 en el procedimiento 692/20, declarándose su nulidad con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de celebración del acto del juicio que deberá celebrarse por magistrado distinto debiendo recabarse toda la historia del interno que obre en el centro penitenciario y emisión de nuevo informe forense. Con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

# **CAPÍTULO XIV**

## ***SUSPENSIÓN DE CONDENA***





## **53.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE FECHA 10/10/22**

### **Denegación de suspensión de condena.**

En Madrid, a diez de octubre de dos mil veintidós.

VISTO, en segunda instancia, ante la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial, el procedimiento abreviado 51/2021, procedente del Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, seguido por un delito de estafa, siendo acusado F., venido a conocimiento de esta Sección, en virtud de recurso de apelación, interpuesto en tiempo y forma por la Procuradora Dª. M. J., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal anteriormente mencionado, con referencia 117/2022, el 29 de abril de 2022, en el que es apelado el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Por el Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid se dictó sentencia con referencia 117/2022, de fecha 29 de abril de 2022, en la que por conformidad de las partes se declaran probados los siguientes hechos: “El acusado F., con DNI NÚM000 mayor de edad, condenado ejecutoriamente en fecha 16 de enero de 2014 por sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Madrid en la causa 10/14 por delito de estafa del artículo 248 del CP a la pena de un año, nueve meses y un día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, extinguida en fecha 14 de enero de 2019; condenado en fecha 18 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Madrid, en la causa 113/13 por delito de estafa del artículo 248 del CP a la pena de seis meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, ex-

tinguida en fecha 9 de mayo de 2017; entre los días 4 y 6 de noviembre de 2017, aprovechando que estuvo en el domicilio de J. sito en la CALLE000 NÚM001 de Madrid, cogió la tarjeta de crédito de éste, de la entidad Triodos Bank, consiguiendo el número Pin del perjudicado, a quien llamó el acusado u otra persona a su ruego haciéndose pasar por un empleado de la entidad financiera, y una vez obtuvo el mismo, procedió, a las 16:48:23 horas del día 6 de noviembre de 2017, a retirar de la cuenta el importe de 300 euros y a continuación a las 16:49:42 efectuó un nuevo reintegro de 190 euros, en el cajero de la calle Glorieta de San Bernardo de Madrid.

J. reclama las indemnizaciones que le pudieran corresponder.

Las actuaciones han estado paralizadas sin causa imputable al acusado por tiempo superior a un año, desde la diligencia de ordenación de 29-1-2021, de remisión de la causa, hasta el auto de admisión de pruebas de 9-2-2022”.

Siendo su Fallo del tenor literal siguiente: “Condeno a F. de estricta conformidad, como autor de un delito de estafa previsto y penado en el art. 248.2 c ) y 249, primer inciso, del CP con la concurrencia de la agravante de reincidencia del art. 22.8 del CP y la atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, a la pena de seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le imponen las costas del proceso. En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Jacobo en la cantidad de 490 euros, con los intereses a que se refiere el art. 576 LEC. Se deniega la suspensión de la pena de prisión impuesta”.

SEGUNDO. Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma, por la Procuradora D<sup>a</sup>. M. J., actuando en representación de F., recurso de apelación exclusivamente contra el pronunciamiento denegatorio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, al cual se opuso en trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal, quien interesó la desestimación del recurso.

TERCERO. Remitidos los autos a la Sección 7<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, fue incoado el correspondiente rollo con referencia RAA 1249/2022, habiéndose señalado fecha para deliberación y fallo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Manuel Bruñén Barberá.

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la resolución recurrida, que se dan por reproducidos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La defensa recurrente formula recurso de apelación, que ciñe a la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta. El M<sup>o</sup> Fiscal impugna el recurso.

En la sentencia recurrida se fundamenta la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión en que no se cumplen los requisitos del art. 80.2 del CP, pues el condenado no es delincuente primario, habiendo sido condenado por la comisión de delitos de estafa y no se ha satisfecho la responsabilidad civil ni consta esfuerzo reparador; no pudiendo tampoco concederse por los otros apartados del art. 80 del CP, dado que con posterioridad a los hechos enjuiciados ha sido condenado en firme el 4 de abril de 2022 por delito de estafa y hurto a dos años y seis meses de prisión y se encuentra cumpliendo alguna ejecutoria, y no se ha apreciado atenuante de drogadicción como para poder acoger la suspensión de la pena en virtud del art. 80.5 del CP, añadiendo que si está en el Proyecto Hombre en la prisión en preferible que lo mantenga, entendiéndose necesario el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en orden a la finalidad de rehabilitación y reinserción social del penado.

La defensa recurrente alega que si bien no se dan todos los requisitos del art. 80 del CP, y no se trata de un delincuente primario, la pena privativa de libertad impuesta no excede de cinco años (art. 80.5 del CP), el penado se encuentra actualmente en Centro Penitenciario Madrid V de Soto en proceso de desintoxicación de drogas, estando sometido a tratamiento médico en prisión, que se compromete a no abandonar, y satisfará las responsabilidades civiles declaradas, estando a disposición del Tribunal para cumplir las reglas de conducta que se fijen de las previstas en el art. 83.1 del CP, incluida la participación en programas de deshabitación.

El M<sup>o</sup> Fiscal se opone a la suspensión de la condena, habida cuenta de los numerosos antecedentes penales que tiene el acusado especialmente

por delitos como el que ha sido condenado; que antes de los hechos enjuiciados existe una condena por estafa (proc. 204-16 del Juzgado de lo Penal 19) por tiempo de 10 meses y 20 días de prisión suspendida el 20-2-2017 hasta el 19-20-2020 y esta suspensión fue incumplida por este delito cometido en noviembre de 2017: pero además el día 4 de abril de 2022 fue condenado a 2 años y 6 meses de prisión por delito de estafa y hurto, y no ha satisfecho la responsabilidad civil ni se ha apreciado drogadicción.

SEGUNDO.- Constreñido el objeto del recurso de apelación al examen de la denegación de la suspensión de la pena efectuada en sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid con referencia 117/2022, el 29 de abril de 2022, ha de confirmarse la denegación acordada por el Juez de lo Penal con base en las siguientes consideraciones:

En la sentencia citada se aprecia la agravante de reincidencia del art. 22.8ª del CP, así pues el acusado no es delincuente primario, por lo que no se cumplen los requisitos del art. 80.2 del CP.

El que no haya satisfecho la responsabilidad civil no obstaría en principio a la posibilidad de conceder la suspensión de la pena condicionada a la satisfacción de la misma, si bien permanece el óbice de estar ante un delincuente reincidente, precisamente en razón de delitos de estafa, mismo delito por el que ha sido condenado.

La peligrosidad criminal, para cuya apreciación el art. 80.1 del CP da las pautas orientadoras -examen y valoración de las circunstancias del delito, de las personales del penado, conducta posterior al hecho, etc., así como los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas- es correctamente valorada por el Juez “*a quo*”, dado que constan al menos cuatro condenas por delito de estafa.

Así pues, por la parte recurrente se solicita que la suspensión de condena se otorgue al amparo del art. 80.5 del CP, pero tal precepto contiene como requisito que el penado haya cometido el hecho a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del art. 20 del CP, sin que en la sentencia dictada de conformidad se haya hecho alusión a tal extremo en los hechos declarados probados ni se haya apreciado atenuante alguna relacionada con la comisión del delito a causa de la drogadicción del acusado, el cual según se contiene en la sentencia está en prisión en

el Proyecto Hombre, resultando conveniente que siga en el mismo a los efectos de su rehabilitación.

Por todo lo cual, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se declaran de oficio las costas de esta alzada.

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

### **FALLO**

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación procesal planteado por la Procuradora D<sup>a</sup> M. J., actuando en representación de F., contra la denegación de la suspensión de la pena de prisión acordada en sentencia con referencia 117/2022, de fecha 29 de abril de 2022, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid en el procedimiento abreviado 51/2021, confirmando dicha resolución y declarándose de oficio las costas de esta alzada.



# **CAPÍTULO XV**

**OTROS**





## **54.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA N.º 6 DE ANDALUCÍA (HUELVA) DE FECHA 22/06/22**

### **Archivo de petición de uso de un vapeador.**

En HUELVA, a veintidós de junio de dos mil veintidós.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Se ha recibido en este juzgado escrito del interno J. M. del Centro de Inserción Social HUELVA, formulando solicitud de usar en el Centro un “vapeador homologado” (SIC).

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

TERCERO.- Se remitió la queja al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de interesar la desestimación de dicha queja.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO- El artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, regula competencia de los Juzgados de Vigilancia, estableciendo 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”.

Preveyendo en su punto 2:

“Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia ...

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”.

Teniendo en cuenta por ello que los derechos penitenciarios a defender por este Juzgado no pueden extenderse a cualquier tipo de reclamación, sino que ha de ceñirse a aquéllos que tienen relación con aspectos de aplicación de régimen o tratamiento, o que afecten a derechos fundamentales y no concurriendo dicho requisito en el presente supuesto (el uso de un vapeador), procederá el archivo del presente expediente.

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

#### **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDA: el archivo del presente expediente del interno J. M.

# ÍNDICE ANALÍTICO



## **ACUMULACIÓN**

Inaplicabilidad de los límites del art. 76.1 CP a otras condenas no acumuladas ni acumulables.: § 1

## **CLASIFICACIÓN**

Desestimación de recurso de progresión de grado.: § 3

Desestimación de recurso de progresión de grado.: § 6

Desestimación de recurso denegando progresión a tercer grado.: § 5

Desestimación de recurso sobre reingreso en el CIS.: § 11

Efecto suspensivo del recurso del Ministerio Fiscal relativo a progresión de grado.: § 2

Estimación de recurso concediendo progresión a tercer grado.: § 7

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal manteniendo clasificación en segundo grado.: § 4

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal revocando de la aplicación del art. 86.4 RP y concediendo el tercer grado.: § 8

Estimación de recurso del Ministerio Fiscal revocando la clasificación inicial en tercer grado.: § 9

Estimación parcial de recurso denegando progresión a tercer grado.: § 12

Estimación parcial de solicitud sobre resolución de clasificación.: § 10

Se tiene en cuenta la clasificación inicial como una primera clasificación a la hora de considerarla como reiterada dos veces para poder ser revisado por la Central de Observación.: § 13

## COMUNICACIONES

Autorización de comunicaciones íntimas.: § 14

Desestimación de queja por cacheo integral a comunicante en vis a vis íntimo.: § 18

Desestimación de queja sobre restricción de comunicaciones.: § 17

Desestimación de queja sobre un vis a vis extraordinario.: § 19

Desestimación de recurso sobre intervención de carta.: § 20

Desestimación de recurso sobre intervención de comunicaciones.: § 15

Estimación de recurso autorizando una comunicación íntima.: § 16

## DERECHOS

Aplicación del régimen del artículo 78 de CP.: § 21

Competencia territorial en supuestos de retención de peculio por traslado de pertenencias.: § 23

Desestimación de queja por suspensión de salidas de fin de semana.: § 25

Desestimación de queja sobre práctica de cacheos integrales.: § 26

Desestimación de recurso por falta de atención del Equipo Técnico y falta de acceso al Protocolo.: § 24

Estimación de petición de reposición en prestación personal.: § 22

## **EXPULSIÓN**

Desestimación de recurso donde se deniega la suspensión y se acuerda la expulsión.: § 28

Revocación de la sustitución de la pena por expulsión.: § 27

## **LIBERTAD CONDICIONAL**

Concesión de la Libertad Condicional por enfermedad muy grave.: § 30

No aprobación de la propuesta de Libertad Condicional.: § 31

Renuncia del propio interno a la suspensión de la condena y al disfrute de la Libertad Condicional.: § 29

## **LIMITACIONES REGIMENTALES**

Desestimación de recurso por aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP).: § 33

Desestimación de recurso sobre uso de medios coercitivos.: § 32

## **LIQUIDACIONES DE CONDENA**

Estimación de petición de nueva refundición de condena.: § 34

## **MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Procedencia de cumplimiento de medida de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario.: § 35

## **PERMISOS**

Desestimación de queja sobre las condiciones de un permiso.: § 42

Desestimación de recurso de un permiso, con voto particular favorable.: § 37

Desestimación de recurso del Ministerio Fiscal confirmando la concesión de un permiso.: § 41

Desestimación de recurso denegando un permiso por no realizar un programa específico.: § 43

Estimación de queja por retraso en el estudio de un permiso por parte del centro penitenciario.: § 40

Estimación de recurso concediendo un permiso.: § 36

Estimación de recurso concediendo un permiso.: § 38

Estimación de recurso concediendo un permiso.: § 39

## **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

Acumulación de sanciones.: § 49

Archivo de sanción por hechos acaecidos fuera del establecimiento penitenciario.: § 48

Desestimación de recurso por la no vulneración de principio “*nom bis in idem*”.: § 44

Desestimación de recurso sobre condiciones del cumplimiento de sanción de aislamiento.: § 46

Desestimación de recurso sobre expediente disciplinario recurrido.: § 45

Estimación de recurso sobre acuerdo sancionador.: § 47

Estimación parcial de recurso contra acuerdo sancionador.: § 50

## **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

Estimación de recurso sobre la no atribución de responsabilidad civil a la administración.: § 51



## **SANITARIA**

Estimación de recurso por falta de información sanitaria en un delito de lesiones leves.: § 52

## **SUSPENSIÓN DE CONDENA**

Denegación de suspensión de condena.: § 53

## **OTROS**

Archivo de petición de uso de un vapeador.: § 54



<http://www.institucionpenitenciaria.es>



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL  
DE INSTITUCIONES  
PENITENCIARIAS