

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000-2017

LIBERTAD CONDICIONAL Y PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

**JURISPRUDENCIA
PENITENCIARIA
2000 - 2017**

**Libertad Condicional
y Penas y Medidas
Alternativas**

JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA 2000 - 2017

Libertad Condicional y Penas y Medidas Alternativas

I.^a edición
Septiembre de 2019



MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

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

Edición preparada en la Central Penitenciaria de Observación

Elaboración y Comentarios:

Marta Jiménez López
Jurista de la Central Penitenciaria de Observación

Tratamiento Informático:

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

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Edita:

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica



Producción encomendada a:

Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y
Formación para el Empleo



Diseño y Maquetación:

Taller de Artes Gráficas
Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



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

N.I.P.O. Web: 126-19-102-2

N.I.P.O. DVD: 126-19-101-7

Depósito Legal: M-26747-2019

PRÓLOGO

Las alternativas a la privación de libertad están contempladas en el Código Penal para evitar la entrada en la cárcel, entre ellas se encuentra la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, las suspensiones y las sustituciones de condena. Se pretende con estas medidas evitar los efectos desocializadores que implican las penas privativas de libertad, y hacer, de alguna manera, que la persona condenada puede reparar el daño causado a la sociedad sin salirse de ella. A estas medidas hay que añadir aquellas encaminadas a salir anticipadamente de prisión cuando por la evolución positiva del penado éste puede estar en condiciones de integrarse socialmente antes de haber extinguido la totalidad de su condena en prisión, mediante la suspensión de una parte de la condena impuesta, para el disfrute de la libertad condicional cuando ya ha extinguido una parte de la misma (normalmente las $\frac{3}{4}$ partes).

A estas dos medidas –las alternativas a la entrada en prisión y la salida anticipada de la misma– va dedicado este monográfico de JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA específica. La elección de esta temática responde al hecho innegable de la evolución de nuestro sistema penal hacia la búsqueda de alternativas a la imposición de las penas privativas de libertad, que en estos momentos han llegado ya a una cifra lo suficientemente amplia como para que podamos decir que la Administración Penitenciaria es algo más que una Administración carcelaria.

Esta recopilación abarca un amplio espacio temporal, concretamente, desde el año 2000 al 2017. Esto da la oportunidad de contemplar el giro de nuestro ordenamiento jurídico hacia una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en el régimen de la suspen-

sión de la condena impuesta, quizá una de las instituciones jurídicas que mayores modificaciones ha sufrido en estos últimos años.

La primera de las cuestiones a tratar en esta publicación, es en la libertad condicional, que ha pasado de considerarse el último paso en la ejecución de la pena privativa de libertad, a ser una modalidad de la suspensión de la ejecución de la misma. De esta forma, la libertad condicional ha dejado de ser una figura autónoma –al igual que ha sucedido con el instituto de la sustitución de penas– y ha pasado a convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena, declinando su actual naturaleza de último grado del sistema penitenciario, que todavía tiene establecido, actualmente, en el artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, que precisamente este año 2019 cumple 40 años de vigencia. Ello ha supuesto, que la libertad condicional haya dejado de ser una forma específica de cumplimiento de la pena de privación de libertad, convirtiéndose en la suspensión del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un determinado plazo. Y si durante ese plazo el penado no comete un delito y cumple las condiciones que le hayan sido impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente; si por el contrario, delinque o incumple gravemente las condiciones, la libertad le será revocada y deberá cumplir toda la pena que le restaba, sin abono del tiempo de la suspensión. Este nuevo régimen jurídico de la libertad condicional no afecta, en gran medida, a sus presupuestos de aplicación, aunque implica un profundo cambio de naturaleza jurídica para esta institución, pues no podemos olvidar que la libertad condicional se identifica ahora con una institución –la suspensión– que pretende evitar el ingreso de una persona en prisión, mientras que la libertad condicional, tradicionalmente, lo que pretende es anticipar la salida de prisión.

En cuanto a la segunda de las cuestiones que se abordan en esta edición, es el sistema de penas y medidas alternativas, como sanciones penales que mantienen al infractor en su medio comunitario, es decir, que el penado sigue en libertad y cumple su pena en libertad, aunque sometido a ciertas restricciones mediante la imposición de

determinadas condiciones y/o obligaciones, según los casos. Es de destacar, en este ámbito, el importante incremento de estas alternativas en los últimos años, particularmente, en los delitos de seguridad vial y de violencia de género y, su debido cumplimiento lo que está evitando muchos ingresos en prisión por el incumplimiento de dichas alternativas.

La más importante de estas alternativas es, sin duda, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, trabajos que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado obligándole a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Con el deseo de que esta obra sea útil a cuantos se acerquen a esta materia, solamente para estudio e investigación, como aquellos que lo hagan con un objetivo práctico, para su trabajo profesional, quiero agradecer el esfuerzo realizado en su preparación por la Central de Observación y, en particular, a su autora Doña Marta Jiménez López y a Don Vicente Fernández Fernández, encargado de los trabajos de preparación de esta publicación.

Madrid, 25 de septiembre de 2019



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

SUMARIO

SUMARIO

	<i>Página</i>
Prólogo	7
Índice	17
Comentarios	33
LIBERTAD CONDICIONAL Y PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS	73
LIBERTAD CONDICIONAL	75
Supuestos de concesión	77
Supuestos de denegación	91
Supuestos de suspensión	104
Supuestos de revocación	109
Libertad condicional de penados extranjeros	130
Otros aspectos de interés en la libertad condicional	175
PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS	187
TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD	189
SUSTITUCIÓN DE CONDENA	263
Por expulsión	263
Por localización permanente	348
Por TBC	350
SUSPENSIÓN DE CONDENA	360
General	360
Condicionada a la realización de programa de violencia de género	442
Condicionada a la realización de tratamiento de deshabituación	472
Condicionada a la realización de programa formativo de seguridad vial	505
Condicionada a la realización de un programa de educación sexual	522
Otro tipo de suspensiones	533
Suspensión y responsabilidad civil	570
Índice analítico	591

ÍNDICE

ÍNDICE

	<i>Página</i>
LIBERTAD CONDICIONAL	75
Supuestos de concesión	77
1) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de fecha 28/04/05. Aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario	77
2) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife de fecha 09/03/06. Concesión sin pronóstico de integración social favorable. Interpretación del artículo 90 del Código Penal	80
3) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta de fecha 23/03/06. Concesión de la libertad condicional pese a que el Ministerio Fiscal aprecia que no se cumple con el requisito del artículo 90.1 c)	82
4) Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 3ª 296/2015 de 13 de julio. Con la nueva redacción dada por la LO 1/2015 no es necesario que exista un pronóstico favorable de integración social para la concesión de la libertad condicional	83
5) Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 14/02/2017. Estimación de recurso de apelación. Se concede la libertad condicional con suspensión de la ejecución del resto de la pena, aunque resten por cumplir más de cinco años	88
Supuestos de denegación	91
6) Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 19 de abril de 2004. Se deniega la libertad condicional a enfermo con padecimientos graves e incurables (delito de terrorismo); se accede a 3º grado con medios telemáticos	91
7) Auto 86/2004 de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de junio. Denegación de libertad condicional a octogenario	95

8) Auto 509/2016 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife sección 5ª de 24 de junio. No procede su concesión. No ha abonado la responsabilidad civil y consta informe psicológico absolutamente desfavorable ..	97
9) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de fecha 21/04/17. Denegación de libertad condicional por no cumplir con la condición del artículo 90 c) del Código Penal	102
Supuestos de suspensión	104
10) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 12/05/00. Suspensión de la libertad condicional y su relación con la clasificación del interno	104
11) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid número 6 de fecha 04/06/2013. Suspensión por nueva condena que se alzar� automáticamente al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena	106
12) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de fecha 15/07/16. No repercusión de la nueva causa penada sobre la causa suspendida en libertad condicional	107
Supuestos de revocación	109
13) Providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza de 06/03/02. No refundición de la causa de la revocación de la libertad condicional	109
14) Auto 99/2003 de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 1 de 8 de octubre. Para la revocación por comisión de delito se requiere sentencia firme	110
15) Auto 62/2003 de la Audiencia Provincial de Albacete sección 2ª de 9 de octubre. Revocación de la libertad condicional por detención sin sentencia firme	112
16) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de las Palmas de fecha 26/04/05. No procede la revocación de la libertad condicional en supuesto de interna sometida a expediente de extradición	114

17)	Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Salamanca de fecha 20/11/09. Revocación de la libertad condicional por dejar de concurrir buena conducta (sanciones)	115
18)	Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias de 14/02/2013. Revocación de la libertad condicional por carecer de acogida al encontrarse indocumentada	117
19)	Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 13/05/2013. Revocación por imposición de medidas cautelares de alejamiento de la persona que tenía la acogida	118
20)	Auto del juzgado penal número 7 Bilbao de fecha 19/7/2013. Auto estimatorio, revocando la libertad condicional por insuficiente pago de la responsabilidad civil .	121
21)	Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 14/02/17. Revocación de la libertad condicional al valorar que una causa en libertad provisional supone un cambio importante de circunstancias	125

Libertad condicional de penados extranjeros 130

22)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Melilla de fecha 08/01/2004. Requisitos para la concesión de libertad condicional a miembros de países de la Unión Europea en su país de origen	130
23)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta de fecha 24/03/2004. Denegación de libertad condicional a súbdito marroquí por no existir convenio relativo a cumplimiento de penas en libertad condicional con Marruecos	132
24)	Auto 785/2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de septiembre. Denegación de la libertad condicional por el desinterés a la hora de regularizar su situación en España	133
25)	Auto 2431/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª de 30 de mayo. En libertad condicional, se alza la condición de expulsión del territorio nacional	135

26)	Auto 305/2006 de la Audiencia Provincial de Granada sección 2ª de 26 de julio. Libertad condicional de penados extranjeros: no hay discriminación	138
27)	Auto Audiencia Provincial de Cádiz sección 6ª (Ceuta) 114/2006 de 8 de septiembre. Se estima recurso no concediendo la libertad condicional en país de origen por falta de pronóstico social favorable	142
28)	Auto 472/2007 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares sección 1ª de 2 de noviembre. No procede la imposición de la condición de expulsión en la libertad condicional	147
29)	Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Madrid 1 de 16/06/08. Se estima recurso de reforma concediendo la libertad condicional a penado extranjero indocumentado con expediente administrativo de expulsión	153
30)	Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 12/02/10. Autorización a interno extranjero, de disfrute de parte de la libertad condicional en su país	157
31)	Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 12/02/10. Se autoriza a un liberado condicional ex artículo 197 del Reglamento Penitenciario a desplazarse unos días a España	159
32)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castellón de fecha 20/01/11. Denegación de libertad condicional artículo 197 de Reglamento Penitenciario. No cabe la imposición de la medida de prohibición de regresar a España	160
33)	Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª de fecha 3/11/16. Concesión de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes a interno italiano en su país y posible aplicación de la Ley de Reconocimiento Mutuo ...	164
	Otros aspectos de interés en la libertad condicional	175
34)	Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª 266/2000 de 24 de febrero. Redención durante la libertad condicional	175

35)	Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 12/05/2004. No hay derecho a la redención durante la libertad condicional. La redención de penas por el trabajo tiene el límite para su obtención.....	177
36)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta de fecha 13/07/05. Aplicación del artículo 92.3 del Código Penal, con especial referencia a la innecesaria satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos de enfermedad muy grave	178
37)	Providencia de Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid número 2 de fecha 05/08/05. No cabe renuncia de la libertad condicional cuando la resolución ha sido firme	181
38)	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de fecha 14/08/15. Renuncia del interno a la libertad condicional. Considera que le perjudica la nueva reforma del Código Penal	182
39)	Auto Audiencia Provincial Cantabria sección 3ª auto 85/2015 de 2 de marzo. Se estima el recurso del Ministerio Fiscal. Se aplica la legislación anterior a la reforma, por ser más favorable al interno	183
	PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS	187
	TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD	189
40)	Sentencia 96/2017 del Tribunal Constitucional de 17 de julio. Vulneración del artículo 24 de la Constitución por dar por incumplida la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad	189
41)	Auto del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2012. Competencia entre los distintos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para el control del cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad	209

- 42) Auto del Tribunal Supremo Sala de lo Penal sección 1ª de 3 de junio de 2016. La competencia para el control del cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad cuando es impuesta como una condición de la suspensión de la pena, corresponde al Tribunal Sentenciador, no al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria .. 212
- 43) Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de fecha 7 de marzo de 2012. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede recabar a la Administración Penitenciaria la documentación que considere necesaria para ejercer sus funciones de control 217
- 44) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid de fecha 15/05/2007. Incompatible con la pena privativa de libertad 227
- 45) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Salamanca de fecha 13/05/08. No procede suspensión de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que deberá cumplirse tras el tratamiento clínico 228
- 46) Auto de la Audiencia Provincial Cádiz sección 8ª sentencia 447/2012. No existe quebrantamiento de condena: la penada fue despedida del lugar donde realizaba los Trabajos en Beneficio de la Comunidad 231
- 47) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid número 6 de 8/11/2013. No se exige coincidencia aritmética entre el número de jornadas impuestas y el número de sesiones formativas o actividades del taller o programa ... 236
- 48) Sentencia 4/2014 de la Audiencia Provincial de Salamanca sección 1ª de 13 de enero. Absolución por incumplimiento de Trabajos en Beneficio de la Comunidad a cumplir en Proyecto Hombre. Se incorpora en otra institución para la realización de un programa terapéutico 241
- 49) Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva de fecha 17/02/2015. Revisa y anula el plan de ejecución. La asociación no tiene carácter de interés general 245

- 50) Auto 242/2015 de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 11 de septiembre. Se estima recurso contra la no sustitución de la pena por Trabajos en Beneficio de la Comunidad, pese a informe desfavorable del SGPYMA .. 247
- 51) Auto 464/2016 de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 3ª de fecha 04/10/2016. Puede cumplir las jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad en sus periodos vacacionales. Justificación por contrato de trabajo en Francia. De ser necesario podría recurrirse a la Ley 23/2014 ... 254
- 52) Auto 94/2017 de la Audiencia Provincial de Córdoba sección 3ª de 13/02/2017. No procede la revocación de la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad; oportunidad de compatibilizar su cumplimiento con el proceso de desintoxicación 258

SUSTITUCIÓN DE CONDENA

- Por expulsión** 263
- 53) Auto 585/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid sección 17ª de 2 de julio. Procede la sustitución por la expulsión. No la suspensión 263
- 54) Sentencia 901/2004 del Tribunal Supremo Sala de lo Penal de 8 de julio. Audiencia del penado como única garantía de salvaguarda del interés en conflicto más relevante. Interpretación del artículo 89 del Código Penal 266
- 55) Auto 132/2006 del Tribunal Constitucional de 4 de abril. Cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española en el caso de que la expulsión acordada no pueda hacerse efectiva ... 276
- 56) Sentencia 130/2006 de la Audiencia Provincial de Burgos sección 1ª de 26 de septiembre. Prevalencia del artículo 89 del Código Penal sobre las formas de sustitución contempladas en el artículo 88 (actualmente derogado) en el caso de extranjeros residentes ilegalmente en España ... 285

57)	Sentencia 110/2009 del Tribunal Constitucional de 11 de mayo. Otorgamiento de amparo. Incorrecta aplicación del artículo 89.1 del Código Penal. No hay sustitución sino acumulación de la pena y de la medida de expulsión	299
58)	Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo penal sección 1ª 949/2009 de 28 de septiembre. Es necesaria una mayor motivación de la denegación de la sustitución de la pena por la expulsión	305
59)	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 6ª 364/2015 de 23 de abril. Sustitución por expulsión: naturaleza y requisitos (criterios)	323
60)	Sentencia 300/16 de la Audiencia Provincial de Sevilla sección 4ª de 13 de junio. La cuantía de las penas se determina individualmente, no en su conjunto	331
61)	Sentencia 23/2016 de la Audiencia Nacional de 29 de julio. Se procede a la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de penado comunitario. (Solamente se reproducen aquellos aspectos concernientes a la expulsión)	336
62)	Sentencia 19/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sección 1ª de 30 de mayo. No procede la sustitución por la expulsión en el caso de ciudadana comunitaria. Especial mención a la evolución de la figura de la expulsión	339
	Por Localización permanente	348
63)	Sentencia 202/2015 de la Audiencia Provincial de Alicante sección 1ª de 24 de marzo. Sustitución de la pena por localización permanente a indigente por considerarlo más adecuado que la imposición de multa	348
	Por Trabajo en Beneficio de la Comunidad	350
64)	Auto 172/2004 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 1) de 24 de noviembre. Criterios para la sustitución de la pena por Trabajos en Beneficio de la Comunidad	350

- 65) Auto 353/2010 de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 4ª) de 5 de mayo. Una vez revocada la suspensión, a la vista de las circunstancias del caso, procede la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad .. 355

SUSPENSIÓN DE CONDENA

General 360

- 66) Sentencia 25/2000 del Tribunal Constitucional de 31 de enero. Insuficiente motivación en la denegación de suspensión en el supuesto de enfermedad muy grave con padecimientos incurables 360

- 67) Sentencia 222/2007 del Tribunal Constitucional de 8 de octubre. Otorgamiento de amparo. Necesidad de fundamentación reforzada en relación con la concurrencia de los presupuestos de la suspensión solicitada 374

- 68) Sentencia 768/2014 del Tribunal Supremo de 11 de noviembre. La medida de libertad vigilada no es incompatible con el régimen de suspensión 392

- 69) Sentencia 113/2015 de la Audiencia Provincial de Toledo de 1 de octubre. En las suspensiones de condena, no se puede descontar ningún periodo ya cumplido por abono de las medidas cautelares de igual naturaleza que le fueron impuestas en la instrucción 401

- 70) Auto 69/2017 de la Audiencia Provincial de León sección 3ª de 26 de enero. No procede la revocación de la suspensión pese a comisión de nuevo delito. Saldó las responsabilidades civiles y la pena supondría el riesgo de pérdida de la condición de funcionario 405

- 71) Auto 169/2017 de la Audiencia Provincial de Salamanca sección 1ª de 27 de abril. Deber de adoptar todas las medidas necesarias para la notificación personal del auto de suspensión 409

- 72) Auto 84/2017 de la Audiencia Provincial de Málaga sección 7ª (Melilla) de 10 de mayo. No es necesaria la presencia del penado para la notificación de la suspensión de la pena 415

73)	Auto 976/17 de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de julio. No procede la revocación de la suspensión pese a comisión de delito durante el plazo de la misma	419
74)	Auto 359/2017 de la Audiencia Provincial de La Rioja sección 1ª de 2 de noviembre. Procede la revocación por haber delinquir durante el plazo de suspensión. No ha lugar a la sustitución por el internamiento en un centro de deshabitación	433
75)	Auto 697/2017 de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 20 de diciembre. La revocación no es automática. Listado de circunstancias de los delitos cometidos durante la suspensión que pueden dar lugar a la revocación y de los que no	439
	Condicionada a la realización de programa de violencia de género	442
76)	Auto 448/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid sección 27ª de fecha 13 de julio. No procede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a la participación en programa formativo al no estar ante un delito de violencia de género	442
77)	Auto 29/2012 de la Audiencia Provincial de León sección 3ª de fecha 13 de enero. No procede revocación de la suspensión pese a la no realización del programa formativo por imposibilidad de asistir al carecer de vehículo propio	445
78)	Auto 246/2015 de la Audiencia Provincial de Navarra sección 2ª de 18 de septiembre. Corresponde al Servicio de Gestión de Penas informar sobre el cumplimiento de las prohibiciones impuestas, no siendo competente para ello el Punto de Encuentro Familiar	446
79)	Auto 91/2017 de la Audiencia Provincial de Sevilla Sección 4ª de 18 de enero. Se concede la suspensión pese a reincidencia en violencia de género por presentar un serio pronóstico de superación de un episodio de compulsión delictiva	451

80) Auto 372/2017 de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 21 de junio. No procede revocación: al penado no se le permite reconducir la situación cuando decide volver al programa	455
81) Auto 554/2017 de la Audiencia Provincial de Granada sección 2ª de 3 de julio. Antes de proceder a la revocación de la suspensión, se deberá indagar más sobre las características del programa y la asistencia del penado, para valorar si el incumplimiento es grave y reiterado	462
82) Auto 418/2017 de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 12 de julio. No procede la revocación de la suspensión, aunque su actitud en el programa no ha sido la adecuada para la superación y aprovechamiento del mismo	465
83) Auto 486/2017 de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 6 de septiembre. No es competencia de los Jueces y Tribunales disponer ni la duración ni el contenido del programa	469

Condicionada a la realización de tratamiento de deshabitación 472

84) Auto 70/2004 de la Audiencia Provincial de Álava sección 1ª de 21 de mayo. Una recaída en el consumo no implica el incumplimiento del tratamiento	472
85) Auto 454/2016 de la Audiencia Provincial de Girona sección 3ª de 29 de agosto. Suspensión condicionada a la efectividad del tratamiento de deshabitación	477
86) Auto 498/2016 de la Audiencia Provincial de Tarragona sección 4ª de 19 de septiembre. Se ordena al Juzgado de lo Penal que abra el incidente prevenido en el artículo 80.5 Código Penal asumiendo una actitud proactiva para reunir todos los elementos necesarios para adoptar su resolución	483
87) Auto 612/2017 de la Audiencia Provincial de Murcia sección 3ª de 3 de julio. Se prorroga el plazo de suspensión para controlar que se mantiene abstinente de consumo de tóxicos	487

88)	Auto 297/2017 de la Audiencia Provincial de Huelva Sección 1ª de 7 de julio. Se deniega la suspensión contemplada en el artículo 80.5 del Código Penal al considerar que llevaba tres años en tratamiento con evolución positiva	492
89)	Auto 994/2017 de la Audiencia Provincial de León sección 3ª de 15 de septiembre. Que se cumplan los requisitos es una condición para poder acceder a la suspensión, pero no determina necesariamente su concesión	495
90)	Auto 486/2017 de la Audiencia Provincial de Salamanca sección 1ª de 29 de diciembre. Se prorroga seis meses el plazo de suspensión. No hay incumplimiento grave ni reiterado. Recaída en el consumo ocasional	500
	Condicionada a la realización de programa formativo de seguridad vial	505
91)	Auto Audiencia Provincial de Girona sección 4ª 519/2016 de 21 de septiembre. Se estima recurso dejando sin efecto la obligación de realización del programa	505
92)	Sentencia 741/2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 5ª de 20 de octubre. Se revoca parcialmente la resolución de suspensión de condena dejando sin efecto la condición de continuar con el programa	508
93)	Auto 23/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid sección 30ª auto de 12 de enero. Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al pago de multa y a participación en programa	511
94)	Auto 75/2017 de la Audiencia Provincial de La Rioja sección 1ª de 10 de marzo. Prórroga de la suspensión condicionada a la finalización del programa	515

Condicionada a la realización de programa formativo de educación sexual	522
95) Sentencia 113/2016 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares sección 1ª de 19 de octubre. Se condiciona la suspensión a la realización de un programa de educación sexual atendiendo a la gravedad de los hechos y el impacto social de los mismos	522
96) Auto 30/2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 8ª de 13 de enero. Procede condicionar la suspensión a la realización de un programa de formación sexual atendida la naturaleza del delito cometido	528
97) Sentencia 249/2017 del Juzgado de lo Penal de Pamplona de 6 de octubre. Se condiciona la suspensión a la realización de un programa terapéutico de formación sexual	531
Otro tipo de suspensiones	533
98) Sentencia 287/2015 del Juzgado de lo Penal número 9 de Barcelona de 10 de junio. Suspensión condicionada a la realización de un programa de prevención de la violencia y un curso de derechos humanos	533
99) Sentencia del juzgado penal número 8 de Mallorca de fecha 21/9/2015. Se deniega todo beneficio suspensivo o sustitutivo (caso de maltrato animal)	537
100) Sentencia 3/2016 de la Audiencia Provincial de Cuenca sección 1ª de 19 de febrero. Suspensión de la pena condicionada a la realización de un programa de formación contra los delitos violentos	551
101) Sentencia 557/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid sección 29ª de 2 de noviembre. Suspensión condicionada a la realización de un programa de formación adecuado en relación con la actividad de menudeo de sustancias estupefacientes	557
102) Auto 308/17 de la Audiencia Provincial de Lleida de 9 de junio. Se concede la suspensión condicionada a la realización de tratamiento psiquiátrico	562

103) Sentencia 596/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid sección 29ª de 31 de octubre. Se suspende la pena condicionada a la realización de un programa para la prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario ...	565
Suspensión y responsabilidad civil	570
104) Auto 34/2017 de la Audiencia Provincial de Murcia sección 3ª de 20 de enero. Revocación de la suspensión por incumplir la condición del pago de la responsabilidad civil	570
105) Auto 669/2017 de la Audiencia Provincial de Córdoba sección 3ª de 13 de octubre. Se deniega la suspensión por incumplir el pago de las responsabilidades civiles contraídas. No cabe la aplicación retroactiva de la regulación de la suspensión prevista antes de la reforma de la LO 1/2015	578
106) Auto 188/2017 de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 7ª, Melilla) de 31 de octubre. Se revoca la suspensión por la no satisfacción de la responsabilidad civil y por la actitud pasiva del penado en este aspecto	583
107) Auto 639/2017 de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 1ª de 26 de diciembre. No procede la revocación de la suspensión pese al impago de la responsabilidad civil. Habría sido necesaria antes de la suspensión una previa investigación patrimonial sobre la capacidad del penado para abonarla	586

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

La presente edición tiene como objeto la compilación de todas aquellas resoluciones que versan sobre dos grandes cuestiones: libertad condicional y el sistema de penas y medidas alternativas.

La elección de esta temática responde al hecho innegable de la evolución de nuestro sistema penal hacia la búsqueda de alternativas a la imposición de las penas privativas de libertad.

Esta recopilación abarca un amplio espacio temporal, concretamente, desde el año 2000 al 2017. Esto nos va a dar la oportunidad de contemplar el giro de nuestro ordenamiento jurídico hacia una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en el régimen de la suspensión, quizá una de las instituciones jurídicas que mayores modificaciones ha sufrido en estos últimos años.

La primera de las cuestiones en la que nos detendremos en esta publicación es en la libertad condicional. Como veremos, ha pasado de considerarse el último paso en la ejecución de la pena privativa de libertad o incluso el llamado “cuarto grado”, a ser una modalidad de la suspensión de la ejecución de la pena. Esta modificación conlleva, entre otras cosas, que en el caso de incumplimiento de las condiciones impuestas o comisión de nuevo delito, la revocación de la suspensión acarreará el ingreso para el cumplimiento de toda la pena que le restaba por cumplir en el momento de la concesión de la suspensión.

Otra de las entidades jurídicas que mayores modificaciones ha sufrido a lo largo de estos años, ha sido la sustitución de la pena. Con la última reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, se regula como una modalidad de suspensión de condena en la que el juez puede acordar la imposición de la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutivo. También hemos dedicado un apartado a esta última pena y sus particularidades.

La aplicación de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad ha sufrido un incremento en los últimos años. Según los datos con los que cuenta la Administración Penitenciaria, de los 82.117 nuevos mandamientos que han tenido entrada en los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas en el año 2017, 71.752 son de Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

Si analizamos las diferentes tipologías delictivas que dan lugar a sentencias condenatorias consistentes en la aplicación de esta pena, nos encontraremos con que la mayoría (concretamente, un 34%) tienen su origen en la comisión de un delito contra la seguridad vial, mientras que en segundo lugar se sitúan los delitos de violencia de género (31%) seguidos por los delitos contra el patrimonio y delitos de lesiones con una representación porcentual mucho menor (14 y 11% respectivamente). Recordamos que estos datos se refieren al periodo correspondiente al 2017, año que marca el cierre de esta recopilación jurisprudencial.

Otra de las figuras que ha modificado su regulación a lo largo de todos estos años, es la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional. La principal novedad en cuanto a este supuesto se refiere, es que a raíz de la última reforma del Código Penal, se adecua el límite de la pena a partir de la cual se puede acordar la sustitución por la expulsión a lo contenido en la legislación de extranjería. Igualmente, el juez debe especificar qué parte de la pena debe ser cumplida de manera efectiva en prisión en el caso de penas superiores a cinco años. La inclusión en esta compilación de resoluciones que abarcan un amplio periodo de tiempo nos permitirá observar con detenimiento los cambios experimentados en esta materia.

Termina esta recopilación recogiendo todas aquellas resoluciones que hemos considerado relevantes a lo largo de estos últimos años relativas a la suspensión de condena. Nos detendremos primeramente en aspectos de carácter general, tales como cuestiones meramente formales como la notificación del auto de suspensión, y en cuestiones de fondo en relación a la concurrencia o no de los presupuestos legales de la misma. Seguidamente, pasaremos a analizar los distintos supuestos en los que se condiciona la concesión de la suspensión a la realización de un programa formativo específico, principalmente de violencia de género, deshabitación, de seguridad vial, educación sexual...

Por último, se hace especial mención al elemento de la responsabilidad civil y su incidencia a la hora de la valoración por parte de jueces y tribunales de la procedencia o no de la suspensión. Como se comprobará, en el nuevo régimen de la suspensión, el pago de esta indemnización continúa siendo un presupuesto para su concesión, pero lo novedoso radica en lo recogido en el artículo 86 del Código Penal en su apartado d) en el que se dispone que el juez o tribunal revocará la suspensión cuando el penado oculte bienes o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

Procederemos a continuación al desglose por materias.

LIBERTAD CONDICIONAL

LIBERTAD CONDICIONAL

Hemos creído conveniente dividir este capítulo en seis apartados diferentes en función del objeto en concreto de las resoluciones en ellos contenidas.

En primer lugar, nos centraremos en los supuestos de concesión de libertad condicional que pasamos a detallar a continuación.

Supuestos de concesión

En este apartado las resoluciones aparecen por orden cronológico.

Comenzamos con el supuesto de la posibilidad de conceder la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables. Nos encontramos en primer lugar, con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de 28 de abril de 2005 que estima el recurso interpuesto por el interno, ordenando al Centro Penitenciario que lleve a cabo los trámites pertinentes para posibilitar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario.

No obstante, en una resolución ulterior, concretamente de 8 de junio de 2005, se deja sin efecto el auto anteriormente mencionado, puesto que existía una resolución administrativa previa en la que la Junta de Tratamiento ratificaba la clasificación del interno en 2º grado, y por lo tanto, no se cumplía con uno de los requisitos para el acceso al beneficio de la liber-

tad condicional. Será la Audiencia Provincial de Badajoz en su auto de 27 de octubre, la que estime el recurso de apelación interpuesto, apreciando que el Juzgado de Vigilancia al acordar la libertad condicional del penado, implícitamente estaba acordando también su progresión al 3^{er} grado de tratamiento, puesto que la concesión del mencionado beneficio lleva consigo irremediabilmente la clasificación en dicho grado.

A continuación nos encontramos con resoluciones que hacen referencia a la incidencia del pronóstico final de integración social en el expediente de libertad condicional.

La primera de ellas se corresponde con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Tenerife de 9 de marzo de 2006. En esta resolución se expone una argumentación a favor de la competencia de los órganos jurisdiccionales para valorar los informes que componen ese pronóstico de integración social y la posibilidad de concesión de la libertad condicional aunque dicho pronóstico haya sido considerado como desfavorable por la Junta de Tratamiento.

En esta misma línea encontramos el auto del Juzgado de Vigilancia de Ceuta de 23 de marzo de 2006, que concede la libertad condicional pese a que el Ministerio Fiscal considera que no concurre el requisito dispuesto en el artículo 90.1 c) del Código Penal. A lo largo de dicha resolución se analizan las diferentes variables que concurren en el caso concreto, siendo algunas de ellas la conducta del interno, la asunción del delito y el tratamiento, destacando aquí la valoración que se hace de este último donde se llega a afirmar que *“el tratamiento normalmente no es un instrumento especialmente efectivo en la vida penitenciaria”*.

Por último, incluimos dos autos ya condicionados por la nueva redacción dada al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. El primero de ellos, de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de julio de 2015, pone de manifiesto el hecho de que con la nueva regulación del artículo 90 del Código Penal, no es necesaria la existencia de un pronóstico individualizado favorable de reinserción social, además de hacer especial mención a la circunstancia de la responsabilidad civil y a la valoración que se realiza de la actitud para la reparación del daño causado.

La última resolución que figura en este apartado, corresponde al auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de febrero de 2017, en el que se concede la suspensión de la ejecución del resto de la pena pese a que

restan por cumplir más de cinco años. Recordemos la modificación de la figura de la libertad condicional, reconvertida ahora en una modalidad de suspensión de condena, cuyo plazo de suspensión abarca un periodo de dos a cinco años, que en todo caso no podrá ser inferior a la duración de la pena pendiente de cumplimiento. En el supuesto que analizamos, al penado en el momento del estudio de la libertad condicional le restarían por cumplir siete años, once meses y siete días. La Audiencia Provincial analiza la redacción del artículo 90.5 del Código Penal, alcanzando la conclusión de que dicho precepto sí permite la concesión de la libertad condicional en los casos en los que resten más de cinco años para el cumplimiento de la pena.

Parece conveniente en este punto recordar la redacción exacta del último párrafo del artículo anteriormente mencionado. Dice así: *“El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento (...)”*. La clave de la cuestión radica en que la frase que figura a continuación del establecimiento del límite de la suspensión, según el tribunal, es un añadido y no una explicación a la misma. Es decir, entraría a regular otra situación diferenciada de la anterior, que se referiría precisamente a los casos en los que restan más de cinco años para el cumplimiento de la pena en los que la suspensión abarcaría como mínimo el resto que quede por cumplir.

Supuestos de denegación

Comenzamos con el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 19 de abril de 2004 en el que se deniega la libertad condicional prevista en el artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario (enfermo con padecimientos graves e incurables) a condenado por delito de terrorismo. Argumenta que para su concesión es necesario que se cumplan con los requisitos que únicamente dependen de la voluntad del penado como serían una declaración expresa de repudio de la violencia y petición de perdón a las víctimas. Al no darse esta condición, se opta por la clasificación en tercer grado y el control por medios telemáticos al apreciar escasa peligrosidad y gran dificultad para delinquir debido a la enfermedad que padece.

Destacamos también el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de junio de 2004 en el que se deniega la libertad condicional a interno de

84 años de edad, clasificado en tercer grado, al considerar que no se dan las circunstancias para ello debido fundamentalmente a que el delito por el que cumple condena fue cometido cuando contaba con 81 años, deduciendo el tribunal que por ello, también podría delinquir con la edad actual.

Por último, queremos referirnos al auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 21 de abril de 2017 en el que se deniega la libertad condicional por no existir un pronóstico de integración social favorable. En primer lugar, se argumenta por parte del juzgador que le es de aplicación la normativa vigente antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, por considerar esta última más desfavorable para el penado. Posteriormente, y ya descendiendo al análisis de si concurre el requisito previsto en el artículo 90 c) del Código Penal en su anterior redacción, se detiene concretamente en la actitud del interno en relación al pago de la responsabilidad civil. Se considera insuficiente la cantidad abonada hasta el momento, en proporción al tiempo que lleva desempeñando un destino remunerado en el Centro Penitenciario y del estado de su cuenta de peculio.

Supuestos de suspensión

Como bien es sabido, la suspensión de la libertad condicional no es una figura jurídica que se encuentre expresamente regulada en nuestro derecho positivo. Sin embargo, ha sido creada por la jurisprudencia para poder solventar determinadas situaciones en las que es incompatible el mantenimiento del penado en situación de libertad condicional con la aparición de circunstancias sobrevenidas tales como una prisión provisional o la recepción de una nueva causa penada que modifique las fechas de cumplimiento de condena.

Incluimos en este apartado el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 12 de mayo de 2000. En esta resolución se lleva a cabo un análisis sobre la incidencia de la suspensión en la clasificación del interno, concibiendo la libertad condicional como un cuarto grado considerándola a su vez como la única clasificación judicial (en los restantes grados la competencia de la clasificación corresponde a la Administración Penitenciaria). De tal forma que cuando esa situación queda sin efecto, es necesario que por parte de la Junta de Tratamiento se lleve a cabo una nueva clasificación, no una revisión de la anterior: *“la Administración penitenciaria debe reiniciar un proceso clasificatorio”*.

Seguidamente nos encontraremos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid número 6 de 4 de junio de 2013. Parte del supuesto de un penado al que previamente se le ha concedido la libertad condicional y con posterioridad se recibe nueva causa penada que modifica las fechas de cumplimiento de la condena, con la consecuencia de que no tendría cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la misma. En este caso, el juzgado opta por suspender este beneficio, disponiendo que dicha suspensión se alzaré automáticamente cuando se alcancen de nuevo las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, especificando además que no será necesario un nuevo pronunciamiento judicial al respecto.

Finalizamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de fecha 15 de julio de 2016. En esta ocasión, ya resulta de aplicación la legislación vigente en la actualidad: Al penado se le suspende la ejecución del resto de la pena con la concesión de la libertad condicional adelantada al cumplimiento de la $\frac{1}{2}$ de la condena. Posteriormente se recibe testimonio de nueva causa penada. No obstante, el juzgado acuerda no realizar pronunciamiento alguno sobre la causa suspendida en libertad condicional por considerar que con arreglo a la legislación aplicable, no resulta incompatible esta circunstancia (el tener una causa suspendida) con el cumplimiento de otra pena distinta.

Supuestos de revocación

En primer lugar queremos destacar dos resoluciones aparentemente contradictorias. Ambas fueron adoptadas en el 2003. Comenzamos con la primera de ellas:

La Audiencia Provincial de Cantabria sección 1ª, en su auto de 8 de octubre de 2003 estima el recurso de apelación contra el auto que revocaba la libertad condicional al penado. Considera que la existencia de una sentencia condenatoria firme es la única circunstancia que puede determinar que el penado ha delinquido durante el periodo de libertad condicional; por tanto, hasta que esto último se produzca primará la presunción de inocencia y no podrá procederse a la revocación del beneficio concedido sin perjuicio de la suspensión del mismo que ya había sido previamente acordada.

La segunda resolución a la que hacíamos referencia es el auto de la Audiencia Provincial de Albacete sección 2ª de 9 de octubre de 2003. Este

tribunal estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando así la libertad condicional al entender que la premisa de la existencia de buena conducta del penado queda desvirtuada por la existencia de indicios racionales de criminalidad contra él (se produjo su detención en el momento en que fue sorprendido manipulando con una navaja la cerradura de un vehículo).

Continuamos con el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Las Palmas de 26 de abril de 2005. En este caso, se trata de una interna a la que previamente se le había concedido la libertad condicional para su disfrute en Las Palmas. Con posterioridad, ingresa de nuevo en prisión en calidad de preventiva en virtud de un expediente de extradición, solicitando las autoridades su entrega a Perú (país de nacionalidad de la penada), accediendo el Juzgado Central de Instrucción a hacerla efectiva. Razona el juzgador que al no existir incumplimiento de las condiciones impuestas ni tampoco comisión de delito durante la libertad condicional, no procede la revocación de la misma, acordando la continuidad de la penada en libertad condicional en Perú según lo previsto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario al existir consentimiento de la misma para ser entregada a su país de origen.

Nos detenemos ahora en el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 13 de mayo de 2013 en el que se acuerda la revocación de la libertad condicional debido a la imposición por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de medidas cautelares que implican la prohibición de aproximarse y comunicarse con el familiar que asume el compromiso de acogida durante este periodo. Esta falta de aval unido al hecho de que esta circunstancia supone, a juicio del órgano judicial, una involución en la conducta del penado, determina la revocación anteriormente mencionada.

Por último, destacamos el auto del Juzgado Penal número 7 de Bilbao de 17 de junio de 2013 que estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando así la libertad condicional por considerar insuficiente el esfuerzo reparatorio del daño causado. Se argumenta en la resolución que la actividad del interno en relación a este aspecto ha sido mínima y que si se ha producido algún aumento de la misma ha sido de manera puntual y con fines utilitaristas, concluyendo al fin que no concurre el requisito previsto en el artículo 75.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Libertad condicional de penados extranjeros

Hemos creído conveniente dedicar un apartado por completo a los supuestos de libertad condicional en el caso de penados extranjeros. Nos encontraremos con resoluciones que abordan la problemática que entraña este beneficio penitenciario en el caso de penados que se encuentran indocumentados o cuya situación administrativa en España es irregular. Igualmente figuran varias resoluciones que analizan los distintos condicionantes que operan en los casos de la concesión de la libertad condicional para el disfrute de la misma en su país de origen.

Queremos comenzar destacando el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 2004 en el que se deniega la libertad condicional a un penado por el desinterés mostrado a la hora de regularizar su situación administrativa en España. A juicio del órgano judicial esta circunstancia entraña un riesgo que impide que pueda desarrollar un proyecto de futuro con garantías en nuestro país.

Pasamos ahora a detenernos en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª de 30 de mayo de 2005. Partimos del hecho de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Castilla y León había acordado la libertad condicional del penado con su expulsión del territorio nacional. Además de valorar que la intención del legislador con la remisión a lo dispuesto en el artículo 96.3 del Código Penal, no es la imposición de medidas de seguridad al liberado condicional, realiza otra consideración. Para este órgano judicial, vincular la expulsión a la libertad condicional carece de sentido, puesto que partimos de la premisa de que si se ha concedido ese beneficio penitenciario, es que existe respecto del penado un pronóstico favorable de integración social. Acordar la expulsión en esta fase de ejecución de la condena supondría por tanto, una renuncia a la reintegración en la sociedad de aquél que ha reunido previamente las condiciones para ello.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Granada sección 2ª de 26 de julio de 2006. Esta resolución tiene como cuestión de fondo la de dilucidar si existe discriminación a favor de los penados extranjeros en relación a la libertad condicional. El Ministerio Fiscal alega que sí existe esa discriminación puesto que mientras que a los ciudadanos extranjeros en el momento en que se encuentran en el periodo de la condena que permite la concesión del beneficio, se les facilita su retorno al país de origen, a los

penados españoles se les exige el cumplimiento de una serie de condiciones cuyo cumplimiento será supervisado por las autoridades competentes. La Audiencia Provincial concluye que no existe tal discriminación puesto que en ningún momento nuestra normativa impide que puedan alcanzar este beneficio por el solo hecho de su nacionalidad y nuestra legislación contempla expresamente la posibilidad de que el penado extranjero pueda disfrutar de la libertad condicional en su país de origen según lo previsto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario. Después de incidir en otros aspectos, finaliza su argumentación formulándose la cuestión de si no será más discriminatorio para el penado extranjero que para el nacional el cumplimiento de una condena en un régimen más severo al tener mayores dificultades para acceder a determinados beneficios penitenciarios por no contar con residencia legal en España.

Seguimos con el análisis del auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 12 de febrero de 2010. En este caso se trata de un liberado condicional que solicita autorización para trasladarse durante un periodo máximo de treinta días a Medellín (Colombia) arguyendo razones familiares. El juzgado, pese a que autoriza dicho desplazamiento, valora dos circunstancias fundamentales: en primer lugar, que la concesión de la libertad condicional es reciente y en segundo lugar, que una vez que se encuentre en Colombia resultará difícil controlar la evolución y seguimiento del penado. Por ello, advierte expresamente que de no producirse el reingreso en España en el plazo previsto, se aplicará de forma inmediata lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario para el disfrute de la libertad condicional en su país de origen.

Nos detenemos ahora en el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Las Palmas de 19 de febrero de 2010, en el que se autoriza a un liberado condicional que se encontraba disfrutando de este beneficio en su país de origen, a desplazarse unos días a España. La petición del interno se justifica en el deseo de visitar a su hija en Valencia que ha sido elegida fallera mayor infantil. El juzgado no ve inconveniente atendiendo a los fines de reinserción social que tienen como objetivo las penas privativas de libertad, repercutiendo además de manera beneficiosa en las relaciones paterno-filiales.

Para finalizar, queremos destacar las últimas resoluciones que se recogen en este apartado. Como el lector podrá observar, con relación a una misma pretensión jurídica (la libertad condicional de un interno italiano

en su país de origen) nos encontramos con dos autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Madrid, un recurso de apelación de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid y un auto de la sección 5ª de dicho tribunal.

Repasamos la cronología de los hechos: En primer lugar, la magistrada del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en fecha 7 de octubre de 2016 acuerda la suspensión de la ejecución del resto de la pena concediendo la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes por un plazo de dos años y dos meses condicionada a que la disfrute en su país de origen. A continuación, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación contra dicha resolución por considerar que es necesaria su tramitación a través de lo dispuesto en la Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales (Ley 23/2014) al haber implementado Italia la directiva DM 2008/947/JAI de 27 de noviembre. El 3 de noviembre de 2016 la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima dicho recurso de apelación ordenando en consecuencia que se complete el auto dictado con anterioridad dándose inicio a los trámites previstos en la Ley 23/2014. Sin embargo, la magistrada del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acuerda denegar la transmisión a Italia de la ejecución del auto primigenio basándose en los siguientes argumentos: Considera que en el caso de la Ley de Reconocimiento Mutuo, no se trata tanto de la transmisión de la ejecución de la libertad condicional sino de las reglas de conducta que la condicionan y ciñéndose al supuesto que nos ocupa, argumenta la magistrada que no se impone ninguna de las medidas contempladas en el artículo 94 de la Ley 23/2014; simplemente se autoriza a disfrutar la libertad condicional en su país de origen, sin imponer ninguna condición más allá de la prohibición de entrada en España durante el tiempo de suspensión de la condena. Concluye que no existe pues, justificación alguna para solicitar la cooperación jurídica de las autoridades de otro Estado ya que las autoridades españolas pueden garantizar el cumplimiento de la prohibición anteriormente mencionada.

Otros aspectos de interés en la libertad condicional

En este apartado hemos recopilado autos que aunque tienen por objeto cuestiones relativas a la libertad condicional, merecen una mención aparte al ser de muy diversa índole.

Comenzamos con dos autos referidos a la posibilidad de obtener el beneficio de la redención de penas por el trabajo durante el periodo de libertad condicional. El primero de ellos es dictado por la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª el 24 de febrero del 2000. En este caso, la decisión del órgano judicial es favorable a la posibilidad de redención durante este periodo basando su decisión principalmente en que en nuestra legislación no existe ningún precepto que lo prohíba expresamente y en que se concibe la libertad condicional como el último grado en la ejecución de la pena. Esto último es fundamental en la argumentación, puesto que se considera que si es posible la obtención de este beneficio para adelantar la libertad, no debería existir impedimento para que la redención se extendiera para poder obtener un efectivo cumplimiento adelantado de su condena. Para terminar, hace especial hincapié en el hecho de que el esfuerzo que lleva a cabo el penado para su inserción social traducido en la realización de un trabajo debería dar lugar a un trato diferenciado respecto a aquellos internos que no trabajan.

El segundo auto que aborda esta cuestión es el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de fecha 12 de mayo de 2004. En esta ocasión, la decisión adoptada es desfavorable a la concesión de la redención durante la libertad condicional. Y precisamente, utiliza uno de los argumentos esgrimidos en el anterior auto para fundamentar su decisión. Entiende el juzgador que el límite de la redención de penas por el trabajo se encuentra efectivamente en la obtención de la libertad condicional. Por otro lado señala que en los preceptos de la legislación que aluden a la relación laboral penitenciaria se especifica que las excepciones al deber de trabajar no impiden que se puedan acceder a los beneficios penitenciarios haciendo referencia expresamente al indulto particular y al adelantamiento de libertad condicional.

Continuamos con autos que estudian la posibilidad de renuncia a la libertad condicional una vez que ésta ha sido concedida. Analizamos primero la providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid número 2 de cinco de agosto de 2005. Aunque breve, determina con claridad que no cabe renuncia a la libertad condicional cuando la resolución que la concede ha adquirido firmeza, afirmando además que no existe figura alguna en nuestro ordenamiento jurídico que contemple esa posibilidad.

Sin embargo, en el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de 14 de agosto de 2015, se contempla otra postura. Antes de nada,

resulta oportuno puntualizar que en este caso estamos ante la interposición de un recurso de reforma por parte del interno contra la resolución que le concedía la libertad condicional en su nueva modalidad (suspensión de condena). Es decir, la principal diferencia aparte de por supuesto, el nuevo régimen jurídico de la libertad condicional, es que en este caso la resolución que la concede no ha adquirido firmeza. No obstante, lo que destacamos aquí es el razonamiento que se realiza en el auto según el cual la libertad condicional “es renunciable al no contravenir la Ley ni el orden público ni perjudicar a terceros” destacando también que existe un interés legítimo al resultar el nuevo régimen de la libertad condicional más perjudicial para el interno.

Y continuando con la problemática que suscita la transitoriedad del régimen jurídico de la libertad condicional con la modificación sufrida por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, destacamos como muestra el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 3ª de 2 de marzo de 2016. En este caso, se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal (con el que muestra su conformidad el penado) apreciando que la nueva legislación resulta más desfavorable a la situación del penado, destacando que la comparación entre las dos regulaciones debe hacerse de manera global en su conjunto, y no de forma individualizada.

PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

En este capítulo situamos en primer lugar las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, para continuar con el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. A partir de esa sentencia, todas las demás se reproducen por orden cronológico.

Comenzamos por tanto con la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 2017 dictada con ocasión de la resolución de un recurso de amparo. El Alto Tribunal aprecia que se ha lesionado del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado como un derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución Española. Argumenta que los órganos judiciales que han estudiado el caso en instancias anteriores, han considerado que la recurrente había incumplido de manera voluntaria la pena de Trabajos

en Beneficio de la Comunidad a la vista de su incomparecencia a una cita previamente concertada por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas. El Tribunal Constitucional entiende que no existen elementos de juicio suficientes para inferir de esa incomparecencia la voluntariedad del incumplimiento de la pena, concluyendo por tanto que las resoluciones en este sentido no habían sido suficientemente motivadas.

Continuamos con dos resoluciones del Tribunal Supremo; ambas relativas a cuestiones de competencia en lo que a la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad se refiere.

En primer lugar, nos detenemos en el auto de 14 de diciembre de 2012 que dirime una cuestión de competencia suscitada entre dos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. El procedimiento tiene como objeto dilucidar si la competencia para efectuar el seguimiento del cumplimiento de la pena impuesta vendrá determinada por el criterio de la territorialidad (del centro que controla el cumplimiento) o por el contrario, se fijará atendiendo al domicilio del penado. Finalmente, el Tribunal Supremo resuelve este conflicto a favor del Juzgado de Vigilancia de la demarcación correspondiente a éste último. Basa su argumentación en lo dispuesto en el artículo 24 del Real Decreto de 17 de junio de 2011 (por el que se establecen las circunstancias de ejecución de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, entre otros) que hace mención expresa a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia. Concluye que si se inclinase por el criterio de la territorialidad, estaría propiciando que las normas competenciales quedarán al arbitrio de la Administración Penitenciaria pudiendo incluso incurrir en la vulneración del derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley.

En segundo lugar mencionamos el auto del Tribunal Supremo de la sección primera de la Sala de lo Penal de 3 de junio de 2016, de nuevo con relación a una cuestión de competencia. En esta ocasión, se trata de determinar si la competencia para el control del cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad (en el que caso de que éstos hayan sido impuestos como condición a la suspensión de la ejecución de la pena) corresponde al tribunal sentenciador o por el contrario, al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Finalmente concluye el auto que este conflicto de competencia negativa debe resolverse a favor del tribunal sentenciador, puesto que en el caso que nos ocupa, los Trabajos en Beneficio de la Comunidad no son una pena en sentido estricto, sino una regla de conducta aparejada a la suspensión de

condena, cuyo control y supervisión corresponde al tribunal sentenciador, remitiéndose al articulado de diferentes cuerpos normativos, como el Real Decreto 840/2011, el Código Penal y la Ley Orgánica General Penitenciaria.

A continuación nos encontramos con la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 7 de marzo de 2012. En este caso, el objeto de la misma es el siguiente: Una vez finalizado el cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad, el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Toledo traslada al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Castilla La Mancha el informe final en el que comunica que el penado ha finalizado satisfactoriamente el cumplimiento de la pena, indicando además la fecha de finalización. A continuación, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al entender que no constaba copia del informe de incidencias, así como del control de comparecencia de las jornadas, solicitó la remisión de dichos documentos. A la vista de esto último, el Abogado del Estado, en nombre del Delegado de Gobierno, acuerda requerir de inhibición al Juzgado remitiéndose al artículo 49 del Código Penal y a los artículos 8 y 18 del Real Decreto 840/2011 por considerar que en ellos se atribuye a la Administración Penitenciaria la competencia para realizar las comprobaciones pertinentes sobre la ejecución del Plan. Entiende el Abogado del Estado que al pretender el Juzgado verificar por sí mismo esta circunstancia en vez de hacerlo a través del informe remitido, está ejerciendo una competencia que no le corresponde, debiendo limitarse únicamente a examinar ese informe final y en su caso impugnar su legalidad. Concluye el Tribunal que el Real Decreto anteriormente mencionado otorga competencia al Servicio de Gestión de Penas para el seguimiento de la ejecución del Plan, pero en ningún momento suprime el control del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Analizando el articulado del Real Decreto 840/2011 se aprecia que para imprimir agilidad al procedimiento se dota a la Administración Penitenciaria de la facultad para elaborar el plan de ejecución que deberá ser remitido al Juzgado de Vigilancia, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. No obstante, esto no supone que las autoridades judiciales pierdan sus funciones de control del efectivo cumplimiento de las penas.

Si observamos las demás resoluciones contenidas en este apartado, todas ellas versan sobre incidencias durante el cumplimiento de la pena. Vamos a detenernos en algunas de ellas.

Destacamos en primer lugar el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz sección 8ª de 10 de diciembre de 2012, que estima el recurso de apelación

interpuesto contra una sentencia condenatoria por comisión de un delito de quebrantamiento de condena por incumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Considera el tribunal que no se puede probar que el incumplimiento fuera voluntario o que hubiera un abandono en la realización de la actividad en la que consistía la pena, puesto que lo que tuvo lugar fue un despido de la asociación Madre Coraje, entendiéndose la Audiencia que ante tal circunstancia se le debía haber indicado a la penada donde debía cumplir los Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Mantiene que han sido las incidencias acaecidas las que han provocado que no volviera al centro y no se le haya asignado otro lugar, y que por lo tanto no se puede hacer responsable a la penada.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de septiembre de 2015. En esta resolución se estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto en el que se acordaba denegar la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la misma, acordando por tanto la sustitución de la pena de cinco meses de prisión por la de 150 jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

En primera instancia se había denegado esa sustitución en base principalmente al informe desfavorable emitido por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas que considera tres circunstancias fundamentales: la no admisión por parte del Ayuntamiento para el cumplimiento de la pena, no existir en el municipio otro recurso que permita su cumplimiento y *“nula capacidad laboral, nula experiencia laboral y falta de hábitos laborales”*. A los efectos de que el lector conozca todos los elementos del supuesto, conviene señalar que la negativa del Ayuntamiento a admitir al penado para el cumplimiento de la pena estaría motivada por problemas de convivencia creados por la familia en el municipio.

El tribunal desvirtúa estos argumentos, recordando en primer lugar que el Trabajo en Beneficio de la Comunidad debe ser facilitado por la Administración. En segundo lugar, puntualiza que el hecho de ser analfabeta, carecer de experiencia laboral y de hábitos laborales no puede ser impedimento para encontrar algún trabajo de utilidad pública adecuado a sus capacidades, enfatizando que además en ningún momento la penada se ha negado a realizar alguno de los trabajos que se le hubieran podido proponer. Incide el auto en el hecho de que precisamente la realización de estos trabajos podría favorecer la adquisición de hábitos y capacidades laborales.

Analizamos ahora el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 3ª de 4 de octubre de 2016. El supuesto del que parte esta resolución es la petición que realiza el penado de un nuevo aplazamiento para el inicio del cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Dicha solicitud se sustenta en que se encuentra trabajando en Francia, país donde reside su familia y cuyo principal sustento lo constituye el sueldo que recibe el recurrente. Propone como solución la posibilidad de cumplir esta pena en sus periodos vacacionales (en los que se desplazaría a España). Después de situar los antecedentes del caso (pues habían sido concedidos previamente hasta siete aplazamientos del cumplimiento de la pena motivados en su mayor parte, por motivos laborales), la Sala entiende que no cabe autorizar un nuevo aplazamiento dado que el contrato laboral del recurrente es de duración indeterminada. Por ello opta por otra solución que permita compatibilizar el cumplimiento de la pena con la actividad laboral del penado utilizando los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Expresamente menciona la cooperación internacional, haciendo referencia a la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales. Por ello entiende el tribunal que procederá el cumplimiento de la pena durante los periodos vacacionales del penado, sin perjuicio de poder acudir a los mecanismos previstos en la ley anteriormente mencionada para cumplir la pena en territorio francés.

Cerramos capítulo con el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de su sección 3ª de 13 de febrero de 2017. En este caso, se parte de la base de que ante la incomparecencia del penado en la fecha en que fue citado para organizar los trabajos a realizar, se revoca la sustitución de la pena de prisión por la de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Contra esta decisión se interpone recurso de apelación y es la resolución del mismo la que analizamos en este momento. La Sala entiende que nos encontramos ante una persona que ha sido condenada únicamente una vez (por un delito de conducción bajo los efectos del alcohol) con una adicción al consumo de bebidas alcohólicas que se encuentra en tratamiento de deshabituación, constando múltiples recaídas en dicho proceso. Mantiene el tribunal que la reacción penal a esta situación debe ser doble: el cumplimiento de la pena impuesta para evitar la reiteración de conductas delictivas por un lado, y por otro, contribuir al tratamiento ya iniciado. Por tanto, se opta por el cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad ya que se entiende que con la ejecución de los mismos puede ser útil socialmente y que dada su peculiar naturaleza, es compatible con las diversas circunstancias

familiares, personales y sociales, sin caer, sin embargo, en la denominada ejecución penal “a la carta”. Resulta fundamental por tanto, la posibilidad de poder compatibilizar el cumplimiento de la pena y esa labor social que conlleva, con el tratamiento de deshabitación.

SUSTITUCIÓN DE CONDENA

Recordemos, que tal y como se decía al comienzo de la introducción a estos comentarios, la figura de la sustitución de condena ha sufrido numerosos y profundos cambios a lo largo de estos años. Tanto es así, que en la actual legislación y a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, lo que conocíamos como sustitución ha pasado a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que los distintos órganos judiciales pueden imponer como sustitutivo la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Esta conversión no se realizará de forma automática, sino que se dará al juez o tribunal un amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar su importe o duración atendiendo a las circunstancias del caso.

De entre las posibilidades existentes en relación a la sustitución de condena, haremos referencia a las relativas a la expulsión y a la realización de Trabajos en Beneficio de la Comunidad por considerar que son éstas las que mayor incidencia presentan en el ámbito de la Administración Penitenciaria.

Por expulsión

Este capítulo se detendrá especialmente en el régimen de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, contemplada en el artículo 89 del Código Penal. Esta figura jurídica es una de las que más numerosos y profundos cambios ha sufrido en estos últimos años; circunstancia que podrá ser comprobada por el lector al detenerse en el análisis de las resoluciones que realizan una interpretación exhaustiva del artículo anteriormente mencionado después de la entrada en vigor de las diferentes reformas normativas.

Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de julio de 2004. De esta resolución destacamos principalmente la exigencia por parte del Alto Tribunal de la realización de un adecuado

juicio de proporcionalidad y la ponderación de todas las circunstancias intervinientes a la hora de la toma de decisión sobre la sustitución de la pena por la expulsión. Cobra especial importancia en ese proceso el trámite de audiencia al penado que en este caso en concreto se ha omitido. A juicio del Tribunal, cuando se está estudiando la posibilidad de acordar la expulsión del territorio nacional, el derecho a la última palabra no es suficiente pues *“no satisface la exigencia de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia”*.

Continuamos con el auto del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006 por el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado Penal número 3 de Alicante. Este último plantea si el artículo 89.1 del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 otorgaría un tratamiento discriminatorio a los penados extranjeros no residentes legalmente en España frente a los que sí lo son y a los penados nacionales.

Antes de proseguir, parece conveniente transcribir de manera literal lo dispuesto en el citado artículo: *«en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente»*.

Se pregunta el Juzgado que plantea la cuestión, que si del tenor literal de esta disposición se concluiría que en el caso de que la expulsión no pudiera llevarse a cabo, a estos penados no se les podría aplicar los beneficios de la suspensión de condena o de la sustitución de la misma, lo que vulneraría lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española en relación con el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17 del mismo texto normativo.

Tanto el Fiscal General del Estado como el propio Tribunal Constitucional entienden que las dudas sobre la inconstitucionalidad de este precepto son totalmente infundadas. Consideran posible llevar a cabo una interpretación del artículo 89.1 del Código Penal que permita en el caso de que esté presente el supuesto de hecho contemplado (que la expulsión no pudiera hacerse efectiva), estudiar la posibilidad de aplicar los beneficios de la sustitución o suspensión de condena si concurriesen los requisitos legales para ello de la misma forma que sucedería con los penados de nacionalidad española o extranjeros residentes legalmente.

El precepto objeto de controversia únicamente establece que en el caso de que no se pueda materializar la expulsión, se procederá al cumplimiento de la pena impuesta. Pero tal y como refleja el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, el término “cumplimiento” no tiene necesariamente que referirse a la entrada en prisión, poniendo como ejemplo la utilización de este mismo concepto en otras disposiciones del Código Penal, como las referidas al establecimiento de límites máximos de cumplimiento en el caso de concursos reales de delitos.

Todo ello lleva al Tribunal Constitucional a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad.

Pasamos ahora al análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2009. En la misma se acuerda otorgar el amparo solicitado por considerar que se ha llevado a cabo una incorrecta aplicación del artículo 89.1 del Código Penal. Situamos al lector en los antecedentes del caso:

El penado fue condenado al cumplimiento de la pena de dos años de prisión, comenzando a cumplirla el 2 de noviembre de 2004. Por auto de 28 de febrero de 2005 fue sustituida por la expulsión del territorio nacional. Interpuesto recurso de apelación contra el mismo, éste fue desestimado considerando que no existía ningún obstáculo legal para acordar la expulsión al existir también un expediente de carácter gubernativo de expulsión incoado con anterioridad.

El recurrente alega que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en relación al derecho de ejecución en los propios términos de las resoluciones judiciales (artículo 24 Constitución) y el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española. Argumenta su tesis en el hecho de que el artículo 89.1 del Código Penal (según la redacción vigente en el momento de dictarse esta resolución) establecía que en el caso de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, como es el caso que nos ocupa, la sustitución de la pena por la expulsión debe ser acordada en sentencia y no de manera posterior.

En este caso, el Tribunal Constitucional entiende que se han vulnerado los derechos fundamentales arriba mencionados al considerar que efectivamente, la expulsión debía haberse acordado en el momento de dictar sentencia y no en un auto posterior cuando ya se ha iniciado el cumplimiento de la pena de prisión. Por ello entiende que lo que se ha producido real-

mente, no es una sustitución de la pena sino una acumulación de la pena privativa de libertad, que ya se ha comenzado a cumplir, y de la medida de expulsión, concluyendo el Tribunal Constitucional que no es la finalidad que se persigue con las disposiciones contenidas en el artículo 89.1 del Código Penal.

A continuación nos encontramos con dos sentencias vinculadas entre sí. La primera la dicta la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 28 de septiembre de 2009, y a consecuencia de la misma, hace lo propio la Audiencia Provincial de Tarragona sección 4ª en su resolución de 19 de febrero de 2010.

Ponemos al lector en antecedentes. El 28 de septiembre de 2009 el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal por entender que la denegación de la sustitución de la pena por la expulsión adolece de falta de suficiente motivación. La resolución recurrida se limita a denegar esta sustitución sin realizar valoración alguna sobre las variables de tipo social, personal y familiar del penado. No obstante, por este mismo motivo tampoco procede acordar sin más la sustitución de la pena por la expulsión. Es necesario anular la resolución impugnada devolviendo la causa al tribunal que dictó la resolución recurrida para que se realice una adecuada motivación de la decisión adoptada.

Es por ello que incluimos la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona anteriormente mencionada. Esta resolución responde al mandato del Tribunal Supremo arriba referenciado consistente en dotar de una mayor motivación la decisión de denegar la sustitución de la pena por la expulsión. Pasamos a exponer a continuación las dos posturas adoptadas en relación a esta cuestión. En primer lugar, el Ministerio Fiscal solicita la sustitución de la pena (superior a seis años) por la expulsión en el momento de acceder al tercer grado o del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena; no obstante, considera que para salvaguardar todas las garantías que deben contemplarse en la adopción de esta decisión, con carácter previo a la misma, deberá realizarse una nueva ponderación de todas las circunstancias intervinientes por si éstas hubieran sufrido alguna modificación. La defensa del penado, por otro lado, se opone a la expulsión por entender que cuenta con arraigo familiar en nuestro país, tiene posibilidades laborales, lleva tiempo residiendo en España y refiere la existencia de un peligro para su vida en su país de origen, Colombia.

La Audiencia recuerda que en su primera resolución (que fue anulada parcialmente por el Tribunal Supremo en cuanto al extremo de la expulsión se refiere), denegó la sustitución en base exclusivamente a la naturaleza del delito (agresión sexual) sin realizar mayores valoraciones más allá de esta circunstancia al entender que no se comprometían los derechos fundamentales del penado. Entiende la Audiencia que para el Alto Tribunal este elemento no es suficiente por sí mismo para valorar la posibilidad de la sustitución de la pena por la expulsión, sino que habrá que atender a otras circunstancias personales y al arraigo.

No obstante, la Audiencia Provincial de Tarragona argumenta que no es su intención perder el “control directo sobre la reinserción del penado”, lo que ocurriría si acordase la expulsión “ad futurum” en sentencia, cuando el penado accediera al tercer grado o cumpliera las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. Continúa exponiendo que no se han acreditado razones de arraigo familiar en España ni de que su vida peligre en el caso de volver a Colombia, su país de origen. Sin embargo, entiende que esto no es óbice para que en el tiempo que permanezca en prisión pueda haber conseguido establecer vínculos estables en nuestro país, concluyendo finalmente no acordar la sustitución de la pena por la expulsión.

Terminamos mencionando dos resoluciones que abordan una misma cuestión: la posibilidad de la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de ciudadanos comunitarios.

Comenzamos con la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2016 (reproducidos aquí únicamente los extremos que atañen a la expulsión). En este caso, se trata de un ciudadano de nacionalidad búlgara condenado por la comisión de un delito contra la salud pública cometido a través de organización delictiva. En este caso se accede a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional al entender que la limitación en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.4 del Código Penal para ciudadanos comunitarios sólo opera cuando dicha decisión se adopte en contra de la voluntad del penado.

Sin embargo, a continuación nos encontramos con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sección 1ª de 30 de mayo de 2017. En este caso, se trata de una ciudadana comunitaria (de nacionalidad portuguesa) que ha sido condenada por la comisión de un delito contra la salud pública. La penada solicita la sustitución de la pena privativa de libertad

por la expulsión, no accediéndose a ello en primera instancia. Y es esta cuestión la que es objeto del recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia.

La recurrente alega que se ha producido una aplicación automática del artículo 89.4 del Código Penal, sin tener en cuenta las circunstancias personales del caso en cuestión. Argumenta la representación procesal de la penada que carece de arraigo en España, que tiene dos hijos en Portugal y que además tiene diagnosticado V.I.H. Por último sostiene que en otros casos similares se ha accedido a la sustitución de la pena por la expulsión, y cita para ello la sentencia de la Audiencia Nacional que hemos mencionado más arriba.

Mantiene el Ministerio Fiscal que la expulsión en estos casos sólo es posible cuando el penado represente una amenaza grave para el orden público atendiendo a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito, así como a sus antecedentes y circunstancias personales. Matiza el Tribunal que no existe un derecho fundamental a la expulsión, y que ésta tiene un carácter excepcional. Para la adopción de esta medida es necesario realizar un adecuado juicio de proporcionalidad evitando de esta forma el “automatismo” a la hora de la toma de decisión.

Continúa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid apuntando al hecho de que a los ciudadanos europeos les corresponde el derecho de circular y residir libremente por los territorios de la Unión Europea. Hace mención a la Directiva 2004/38/CE, puesto que la misma dispone que las decisiones en materia de expulsión *“han de cumplir el principio de proporcionalidad”*. Mantiene el órgano judicial que en este caso, ni el delito cometido ni las circunstancias de la penada justifican la expulsión. Argumenta que el delito de narcotráfico es uno de los que mayores consecuencias provoca en la sociedad y que por lo tanto debe evitarse cualquier tipo de mensaje que sea susceptible de ser interpretado como de impunidad hacia los responsables de los mismos. Termina su exposición poniendo de relieve que la expulsión de un ciudadano comunitario únicamente es legítima cuando constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad, considerando que en este caso no se da este presupuesto, teniendo como consecuencia la desestimación del recurso interpuesto.

Por localización permanente

Incluimos la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sección 1ª de 24 de marzo de 2015. En este caso inicialmente se impone al penado la pena de multa por la comisión de una falta de hurto en grado de tentativa. No obstante, el órgano judicial toma la decisión de sustituir dicha pena por la de localización permanente. Argumenta su decisión en el hecho de que el penado es indigente y no cuenta con medios económicos propios. Por lo tanto, la pena de multa parece del todo punto inadecuada puesto que para poder hacer frente al pago de la misma y evitar así su entrada en prisión, se vería en el trance de reproducir las sustracciones anteriormente cometidas.

Por Trabajo en Beneficio de la Comunidad

Aunque hemos dedicado un capítulo completo a la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, hemos creído conveniente hacer mención a dos resoluciones que abordan específicamente la cuestión de la sustitución de la pena privativa de libertad por esta última.

Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1ª, de 24 de noviembre de 2004. Destacamos esta resolución puesto que en la misma se contienen los criterios a tener en cuenta para la valoración de la procedencia o no de la sustitución: no tratarse de un reo habitual, que la pena privativa de libertad no exceda de un año, existencia de circunstancias que permitan su reintegración comunitaria y *“encontrarse sujeto a un marco jurídico de contención de riesgos de nueva victimización que permitan una adecuada protección de las víctimas”*.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla sección 4ª de 5 de mayo de 2010. En este caso, el objeto del mismo es la resolución del recurso de apelación interpuesto frente al auto que desestimaba a su vez el formalizado contra el auto que revocaba la suspensión de la ejecución de la pena anteriormente concedida.

En primer lugar, el penado fue condenado por la comisión de un delito de amenazas leves en el ámbito de la pareja a la pena de nueve meses de prisión. Dicha pena fue suspendida por un periodo de dos años en virtud de auto de 23 de marzo de 2007. El 10 de diciembre de 2008 fue condenado por un delito contra la seguridad vial, por lo que el primer tribunal sentenciador procedió a la revocación de la suspensión de la pena impuesta en primer lugar. Frente a este auto de revocación, el penado solicita la sustitu-

ción de la pena de nueve meses de prisión por la realización de Trabajos en Beneficio de la Comunidad; petición que fue desestimada en primer lugar y que ahora es objeto de la resolución que nos ocupa.

La Audiencia entiende que no existe impedimento legal para acceder a dicha pretensión. Basa su decisión en que la figura de la sustitución está indicada para aquellos casos en los que por el perfil del delincuente no es posible la concesión del beneficio de la suspensión pero tampoco es necesario para los fines de prevención especial el cumplimiento efectivo de la pena de prisión. Fundamenta la estimación del recurso en la concurrencia de factores tales como que la calificación de la amenaza como leve indica el carácter ocasional de la infracción, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y el hecho de que en todo ese tiempo no haya cometido actos de la misma naturaleza y que no consten incidencias en la orden de alejamiento impuesta; Asimismo, también otorga relevancia al hecho de que el delito que ha provocado la revocación de la suspensión no tiene naturaleza violenta ni “*relación criminológica*” con el anterior y además ha sido sancionado con una pena no privativa de libertad no manifestando una especial peligrosidad delictiva del autor.

SUSPENSIÓN DE CONDENA

En primer lugar queremos comenzar este apartado comentando las resoluciones que abordan aspectos de carácter general en torno a la figura de la suspensión, tales como cuestiones procedimentales o relativas a las circunstancias que operan para posibilitar la concesión o denegación de la misma. Posteriormente, nos detendremos a analizar los supuestos concretos de las condiciones impuestas durante el periodo de suspensión, principalmente la realización de programas específicos.

General

Comenzamos con la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero del 2000. Esta resolución sienta las bases de las garantías que deben estar presentes en la toma de decisión sobre la suspensión. En este caso en concreto nos encontramos ante el supuesto de un penado que alega el padecimiento de una enfermedad muy grave e incurable y los efectos ne-

gativos que tendría en su salud la entrada en prisión y solicita por ello la suspensión de la pena impuesta en base a lo dispuesto en el artículo 80.4 del Código Penal. Alega también que la patología que sufre es susceptible de empeorar a causa de la angustia y el estrés que generaría el ingreso en prisión. En virtud de sendas resoluciones que datan de febrero y mayo de 1997 respectivamente, la Audiencia Provincial de A Coruña deniega la suspensión (tras solicitar el correspondiente informe del médico forense) argumentando que no concurren los requisitos contemplados en los artículos 80 y 81 del Código Penal y que el estrés y la angustia alegados forman parte “*del carácter afflictivo que infunde toda pena*” sin perjuicio de lo que la Administración Penitenciaria pueda decidir en relación a la posible aplicación de beneficios penitenciarios en función de su estado de salud. El recurrente alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la vida e integridad física.

El Tribunal Constitucional resuelve otorgar el amparo solicitado con la consiguiente anulación de las resoluciones recurridas. Aprecia que para considerar una decisión fundada en Derecho, es necesario que se haya realizado un adecuado juicio de ponderación de los derechos en conflicto. Por un lado la seguridad colectiva (tengamos en cuenta que se está contemplando la posibilidad de que un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia evite el ingreso en prisión) y por otro lado el derecho a la vida e integridad física del penado que se podría ver afectado teniendo en cuenta la incidencia que podría tener sobre la enfermedad la entrada en prisión. A la vista del contenido de las resoluciones impugnadas, esa valoración no se ha llevado a cabo, lo que tiene como consecuencia la estimación del recurso y el otorgamiento de amparo.

Siguiendo con la necesidad de una fundamentación reforzada en el momento de adoptar la decisión sobre la suspensión, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de octubre de 2007. El Alto Tribunal entiende que la decisión sobre la posible suspensión de condena afecta al derecho a la libertad, puesto que tiene consecuencias sobre la ejecución de la pena. Por ello, para garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva se exigen “*motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior*”.

Continuamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2014. En este caso la cuestión que se plantea es la de si es preceptiva la imposición de la medida de libertad vigilada cuando las penas de prisión

son susceptibles de suspensión. Se trata del supuesto de un penado condenado por dos delitos de abusos sexuales a la pena de un año de prisión por cada uno de ellos. En el fallo de la sentencia en primera instancia no se hace mención a la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por ello, el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación por infracción de ley al entender que la imposición de dicha medida deviene obligatoria según lo dispuesto en artículo 192 del Código Penal. Entiende efectivamente el Tribunal Supremo que independientemente de que la ejecución de las penas de prisión sea susceptible de ser suspendida, debe imponerse la medida de libertad vigilada que contempla el Código Penal para el caso de la comisión de determinados delitos. Enfatiza su argumentación en algunos aspectos tales como que si no se impusiese esta medida únicamente por el hecho de que la pena estuviera suspendida, si se incumpliese alguna de las condiciones impuestas y por lo tanto, se revocara la suspensión, nos encontraríamos en la situación de que con posterioridad a la extinción de esta pena no se cumpliría la medida de libertad vigilada que el Código prevé como obligatoria en estos casos. Apunta también a que la libertad vigilada operaría en el momento en que finalizara el cumplimiento de la pena, y la suspensión sería una forma sustitutiva de ejecución, lo que implica que es otra forma de cumplimiento.

Analizamos ahora dos resoluciones que inciden sobre un aspecto fundamental en el procedimiento de la suspensión: la notificación del auto de suspensión al penado.

En primer lugar, nos encontramos con el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca sección 1ª de 27 de abril de 2017. El objeto del recurso es la revocación de la suspensión de la pena. En este caso el penado se encuentra en paradero desconocido y las diligencias para su localización han resultado infructuosas, por lo que pese a haberse dictado el auto de suspensión condicionado a no delinquir durante el plazo establecido y a comunicar cualquier cambio de domicilio, no ha sido debidamente notificado. Deduce la Audiencia que por tanto, no es conocedor ni de la suspensión ni de las condiciones establecidas ni de las consecuencias derivadas del incumplimiento de las mismas, ordenando que se lleven a cabo todas las acciones necesarias para la notificación personal del auto en cuestión.

Sin embargo, en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Málaga sección 7ª de 10 de mayo de 2017, entiende el órgano judicial que no es necesaria la presencia física del penado ni para acordar la suspensión de la

pena ni para llevar a cabo la notificación de la misma. Argumenta que en la actualidad no existe ninguna disposición que imponga que la notificación debe hacerse personalmente, por lo que bastará lo dispuesto para todos los actos de comunicación tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Finalizamos con el auto de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 20 de diciembre de 2017, que incide en el análisis de las situaciones en la que la comisión de nuevos delitos derivaría necesariamente en la revocación de la suspensión: cuando se cometen delitos de análoga naturaleza al que originó la pena suspendida, cuando el nuevo delito reviste mayor gravedad, o cuando los delitos son cometidos en un periodo de tiempo muy próximo a la concesión de la suspensión.

Condicionada a la realización de programa de violencia de género

Comenzamos con el auto de la Audiencia Provincial de León sección 3ª por el que se estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que revocaba el beneficio de la suspensión. Dicha decisión tiene su fundamento en el incumplimiento de la condición consistente en la realización de un programa formativo destinado a penados condenados por delitos de violencia de género. El recurrente alega la imposibilidad de acudir a las sesiones de dicho programa por el hecho de que reside en otra localidad y carece de vehículo propio. La Audiencia estima el recurso interpuesto puesto que entiende que no se le puede imputar un incumplimiento “malicioso” de la condición impuesta y que por tanto no existe causa que justifique la revocación de la suspensión dado que ésta constituye un acto de especial relevancia al conllevar el ingreso en prisión.

Queremos continuar analizando lo dispuesto en el auto de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 21 de junio de 2017. Partimos del supuesto de la revocación del beneficio de la suspensión por incumplimiento de la condición de realización de un programa formativo relacionado con la violencia de género. Una vez realizada la primera entrevista con la terapeuta correspondiente, el penado manifestó que no realizaría el programa alegando motivos económicos, manifestando “*que aceptaría las consecuencias*”, no presentándose finalmente al inicio del programa referido. No obstante, en fechas posteriores sí que acude a una de las sesiones permitiéndole la terapeuta quedarse sin asegurarle su continuidad.

Finalmente el Equipo de Ejecución correspondiente le comunica que ha sido dado de baja en el programa por su negativa a participar en el mismo, lo que conduce a la mencionada revocación de la suspensión. La Audiencia de Girona entiende que aunque en un primer momento el recurrente se mostró reticente a la participación en el programa, posteriormente acudió voluntariamente a las sesiones no permitiéndosele continuar ni reconducir la situación. Considera el órgano judicial que al acudir voluntariamente con posterioridad, el penado recapacitó sobre las posibles consecuencias de su no asistencia. Se estima el recurso por entender que se ha producido una “*extralimitación*” del juez “a quo” al haber revocado sin causa legal el beneficio de la suspensión.

Nos detenemos ahora en el auto de la Audiencia Provincial de Granada sección 2ª de 3 de julio de 2017. A la vista del informe remitido por el Centro de Inserción Social, el penado acudió durante nueve meses a las sesiones del programa, aunque su aprovechamiento “*no fue satisfactorio*”. El penado alega la presencia de una posible psicopatología que le impediría una comprensión satisfactoria de los contenidos de las sesiones. No obstante, considera la Audiencia que a la vista del informe anteriormente referido, se trataría más bien de una actitud del penado, que no se considera culpable. El tribunal entiende que antes de proceder a la revocación de la suspensión por considerar incumplida la condición de realización del programa se deben recabar más datos del mismo, como por ejemplo sobre su duración, carácter de las sesiones, asistencia del penado... para poder valorar con mayor profundidad si ese incumplimiento tiene la consideración de grave y reiterado, considerando que el no aprovechamiento del programa no puede ser el único elemento que determine el incumplimiento, sino que éste debe ir acompañado de otras circunstancias.

En la misma línea que la resolución anterior, nos encontramos con el auto de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 12 de julio de 2017. En este caso el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas ponía en conocimiento del tribunal que el penado no había alcanzado los objetivos del programa, no mostrando predisposición al cambio, proponiéndose repetir el programa reseñando además otras incidencias como faltas de asistencia. Resalta el órgano judicial que la norma habla de participación en el programa, no entrando en cuestiones tales como el aprovechamiento que se haga del mismo. Entiende por tanto que no estamos ante un incumplimiento grave y reiterado y por ello, y según lo establecido en

el artículo 86.2 del Código Penal, existen distintas alternativas consistentes en la imposición de nuevas condiciones, modificar las ya existentes o prorrogar el plazo de suspensión. Opta finalmente por esta última manteniendo las condiciones previamente impuestas consistentes en no delinquir durante el plazo establecido, prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima en las condiciones previstas y realización de programa formativo, apercibiendo expresamente al penado de que un nuevo incumplimiento constituiría una manifestación clara de una voluntad nula de cumplimiento de las condiciones impuestas.

Finalizamos destacando el auto de la Audiencia Provincial de Girona sección 4ª de 6 de septiembre de 2017. En un primer momento el penado recurrió la resolución por la que se imponía la condición la realización de un programa en materia de violencia de género como condición para la concesión de la suspensión; recurso que fue desestimado. No obstante, la Juzgadora había estimado la duración del programa en seis meses, cuando habitualmente (según el auto que hemos mencionado) tiene una duración de diez; aspecto en el que incide la Audiencia ya que entiende que en primera instancia se debería haber limitado a señalar que la obligación consistía en la realización del programa que la Administración impusiera.

Por ello argumenta que la obligación de jueces y tribunales es la de contemplar en sus resoluciones dicha obligación cuando así proceda, pero no la de establecer otros elementos de la misma, tales como su fecha de inicio, las líneas que debe seguir, ni lo concerniente a la duración y al contenido, que recaerá de manera exclusiva en la Administración.

El recurrente en apelación también alega la gravosidad que le supone la realización del programa en relación a su trabajo. Además de enfatizar que el penado nada acredita en este punto, el tribunal argumenta que la Administración no tiene la obligación de diseñar programas “a la carta”, recordando que el cumplimiento de esta condición de la suspensión implica un esfuerzo por parte de quien debe realizarlo, por lo que procede a la desestimación del recurso referido.

Condicionada a la realización de tratamiento de deshabitación

Comenzamos este apartado con el auto de la Audiencia Provincial de Álava sección 1ª de 21 de mayo de 2004. El objeto del mismo es la resolución del recurso de apelación interpuesto contra el auto que revocaba la

suspensión concedida al penado. Dicha suspensión estaba condicionada al cumplimiento de un tratamiento de deshabituación hasta su finalización o hasta el plazo de cuatro años.

La revocación se fundamenta en que el órgano judicial entiende que se ha producido un incumplimiento de las condiciones impuestas por el motivo de haberse detectado en el penado consumo de sustancias tóxicas. En la resolución del recurso, la Audiencia entiende que si esa es la principal motivación para la revocación del beneficio no es procedente, puesto que *“la satisfacción de la obligación de cumplimiento del tratamiento, que es la que se impuso, es perfectamente compatible con el consumo de drogas”*. Argumenta que en un proceso tal como el de desintoxicación, lo habitual es que existan recaídas y consumos más o menos esporádicos. La cuestión radica en que en este caso, el penado sigue acudiendo al servicio donde se desarrolla el tratamiento y siguiendo las citas que se establecen. Por tanto, para la Audiencia la obligación impuesta consiste en realizar el tratamiento, tratarse de la enfermedad que padece durante el plazo establecido, no en *“curarse”* o desintoxicarse con total eficacia. Por todo lo anterior se estima el recurso de apelación interpuesto dejando sin efecto la revocación de la suspensión.

Continuamos con el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona sección 4ª de 19 de septiembre de 2016. Lo más destacado de esta resolución radica en que la Audiencia estima que antes de resolver sobre si la suspensión condicionada a tratamiento de deshabituación es procedente o no, se deben utilizar todos los mecanismos existentes para efectuar las comprobaciones que se consideren necesarias en orden a adoptar una resolución justa. Esto incluye la adopción por parte del órgano judicial de una actitud proactiva de cara a reunir toda la información necesaria para la toma de decisión, como por ejemplo la petición de oficio a los órganos competentes de los informes que se consideren pertinentes.

Queremos destacar por último el auto de la Audiencia Provincial de Murcia sección 3ª de 3 de julio de 2017. El objeto de esta resolución es el recurso de apelación interpuesto contra el auto de revocación de la suspensión por incumplimiento de la condición de no recaer en el consumo de sustancias tóxicas. Ya adelantamos que en este caso el tribunal estima el recurso optando por la prórroga de la suspensión. La problemática radica en la constancia de informe del CIS correspondiente comunicando el abandono del tratamiento de deshabituación al que se encontraba sometido; prin-

cial argumentación que esgrime el juzgado que dicta la resolución objeto de recurso. En el informe anteriormente mencionado, que data del 11 de enero de 2017, se hace constar que se han producido ausencias al programa no justificadas por parte del penado. Asimismo, se pone de manifiesto que las analíticas realizadas han tenido resultado negativo al consumo de tóxicos. La Audiencia cuenta también con informe remitido por el centro penitenciario en el que se encuentra el penado donde también se hace constar el resultado negativo de los test de control de consumo de sustancias. El Ministerio Fiscal solicita la revocación de la suspensión arguyendo que el ingreso en prisión se produce en enero de 2017 y las faltas de asistencia al tratamiento y a algunos de los controles toxicológicos habían tenido lugar con anterioridad.

El tribunal retoma la resolución primigenia de suspensión de la ejecución, donde se apercibía al penado de la revocación si *“recayera de nuevo en el consumo de sustancias tóxicas a cuyo efecto deberán realizarse exámenes analíticos trimestrales en el Centro que le corresponda”*.

La no asistencia a los controles del GAD no evidencian para la Audiencia un abandono definitivo del tratamiento, pero sí un incumplimiento de las condiciones impuestas. Incumplimiento que aunque reiterado, no ha derivado en una recaída en el consumo de tóxicos. Concluye pues, que uno de los fines que se perseguía con la suspensión de la pena (la desintoxicación del penado) se ha alcanzado, pero también se persigue que esta circunstancia se mantenga durante el tiempo establecido en la suspensión, por ello determina prorrogar este periodo durante un año más del inicialmente establecido, continuando con la obligación de someterse a controles periódicos para verificar esa abstinencia en el consumo. Puntualiza que al encontrarse actualmente privado de libertad, esos controles podrán tener lugar en el ámbito penitenciario.

Condicionada a la realización de programa formativo de seguridad vial

En este apartado queremos destacar dos resoluciones.

La primera de ellas es el auto de la Audiencia Provincial de Girona sección 47ª de 21 de septiembre de 2016. Partimos del supuesto en el que el penado recurre la resolución por la que se suspende la pena, ya que solicita que la misma no se condicione a la realización de un programa de

seguridad vial. El tribunal se plantea que aunque la imposición de la medida es posible, es necesario cuestionarse si resulta necesaria en el caso en concreto que nos ocupa. Descendiendo a los datos en cuestión, valora que el recurrente carece de antecedentes penales computables (anteriormente condenado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, antecedente cancelado en la actualidad), centrándose en el delito que deriva en la condena actual. Cuando fue requerido para someterse a las pruebas de detección alcohólica, iba conduciendo una bicicleta de montaña, lo que denota una menor intensidad en la actividad delictiva. Todos estos elementos llevan a concluir que no es necesaria la realización de un programa de educación vial, aludiendo también a que la juzgadora “a quo” refleja en su resolución que *“es razonable prever la posibilidad de no reincidencia en el delito”*.

Destacamos también el contenido del auto de la Audiencia Provincial de La Rioja sección 1ª de 10 de marzo de 2017. En este caso, aunque constan nuevos delitos cometidos durante el periodo de suspensión, el tribunal entiende que no es óbice para mantener la misma puesto que son delitos que no tienen la misma entidad: el delito que origina la pena suspendida es un delito contra la seguridad vial en su vertiente de conducción temeraria y el nuevo lo constituye la conducción sin el permiso preceptivo para ello. Además, otorga especial relevancia al hecho de que, tras la comisión de este nuevo delito, inició la participación en un programa en educación vial. Concluye el tribunal que si lo finaliza, existe la posibilidad de conseguir la concienciación del penado sobre la importancia y necesidad de respetar la normativa relativa a la seguridad vial. Por ello, como decíamos más arriba, mantiene la suspensión, pero prorrogando el plazo de la misma por otros dos años y condicionándola a no delinquir durante dicho periodo y a finalizar el programa referido.

Condicionada a la realización de un programa de educación sexual

En este apartado el lector podrá encontrar algunas resoluciones que condicionan la suspensión a la realización de programas de formación y educación sexual por tratarse de delitos con una especial entidad y gran impacto social.

Destacamos el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 8ª de 13 de enero de 2017. En este caso, el penado recurre el auto, entre

otros motivos, por haber condicionado la suspensión a la realización de un programa formativo en educación sexual. El tribunal desestima el recurso argumentando que el delito que da lugar a la pena es un delito de abuso sexual en la que la víctima es una menor de catorce años de edad y se considera necesario para la “completa reinserción del penado”.

Otro tipo de suspensiones

A continuación nos encontraremos con resoluciones que abordan suspensiones de condena que imponen como condición la participación en programas formativos de diversa índole teniendo en cuenta la naturaleza del delito cometido. Pasamos a comentar algunas de ellas.

En primer lugar nos encontramos con la sentencia del Juzgado Penal número 9 de Barcelona de 10 de junio de 2015. En este caso, se condena al penado por la comisión de un delito de robo con violencia y una falta de lesiones. La particularidad de este supuesto reside en que se le aplica la agravante de discriminación por razón de sexo. Por ello, al suspenderse la ejecución de la pena, una de las condiciones impuestas consiste en la realización de un programa de derechos humanos con el contenido del pleno respeto a la igualdad y el principio de no discriminación.

A continuación reflejamos dos resoluciones que tienen por objeto dilucidar si procede la suspensión de la pena impuesta por la comisión de un delito de maltrato animal. Nos encontramos en primer lugar con el auto que deniega todo beneficio suspensivo o sustitutivo al penado, para después analizar la resolución del recurso de apelación interpuesto contra dicho auto.

Comenzamos pues con el auto del Juzgado Penal de Mallorca número 8 de 21 de septiembre de 2015. Los antecedentes del caso son los siguientes: el penado es condenado a 8 meses de prisión por la comisión de un delito de maltrato animal previsto y tipificado en el artículo 337 del Código Penal. La representación procesal del mismo solicita la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad y subsidiariamente la suspensión. El Ministerio Fiscal se opone a la suspensión, no así a la sustitución de la pena. Respecto a las demás partes personadas en el procedimiento, el Instituto de Deporte Hípico de Mallorca se opone a la suspensión y en cuanto a la sustitución asumirá el acuerdo que el juzgado adopte; mientras que la asociación ABADA se opone a cualquier beneficio suspensivo o sustitutivo.

En la sentencia condenatoria se hace constar que el penado *“empleó una inusitada violencia sobre el animal, causándole la muerte, golpeándole brutalmente y haciendo sufrir al caballo de su propiedad”*.

La defensa del recurrente alega que estos hechos fueron producto de un arrebato. Sin embargo, la juzgadora estima que en la sentencia condenatoria no se aprecia la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Continúa el auto haciendo especial hincapié en la lenta y angustiada agonía a la que fue sometido el animal. Argumenta que *“la muerte atroz de este caballo de carreras en su propia cuadra del Hipódromo, es una aberración en el siglo XXI, y la indignación ciudadana mallorquina está justificada y es legítima”*. Es por ello que considera que la respuesta punitiva del Estado no puede dejar de tener en cuenta los otros fines de la pena más allá de la reinserción social del penado. Fundamenta su decisión de denegar todo beneficio sustitutivo o suspensivo en que las circunstancias personales del condenado revelan una plena indiferencia hacia lo que constituye el delito. Considera también que la presencia de antecedentes penales, aunque cancelables, deben tenerse en cuenta para ponderar la peligrosidad del penado. Reseña que una de las condenas anteriores fue sustituida por la de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, lo que a su juicio, denota la falta de efectividad de esta pena en este caso concreto.

Analizamos ahora el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares sección 1ª de 4 de diciembre de 2015, que tiene como objeto el estudio del recurso interpuesto contra el auto al que nos acabamos de referir.

Matiza que aun siendo comprensibles las valoraciones realizadas por la juzgadora “a quo” acerca del rechazo social que suscita la conducta del penado, la decisión sobre otorgar la suspensión de la ejecución de la pena debe responder a otros criterios. Achaca a la resolución recurrida que para fundamentar la denegación de la suspensión alude a las finalidades generales de la pena, cuando la nueva regulación, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, atiende a criterios de prevención especial. A su juicio, en el auto primigenio, se atiende únicamente a una variable en concreto, como son las circunstancias del delito cometido, dejando de lado otras cuestiones previstas en el artículo 80.1 del Código Penal tales como las circunstancias personales del penado, antecedentes, conducta posterior o las circunstancias familiares y sociales. Y es en ellas donde se detiene la Audiencia. En el caso de los antecedentes difiere totalmente de la juzgado-

ra “a quo”, puesto que al ser cancelables, no pueden ser tenidos en cuenta a ningún efecto. Observa por el contrario, que el recurrente no ha delinquido de nuevo desde los hechos que dan lugar a la condena actual, por lo que también decaerían o disminuirían los elementos necesarios para inferir la posible comisión de delitos en un futuro. Asimismo, hace mención a las circunstancias familiares del penado al padecer su madre demencia senil y constar acreditado este extremo por informes médicos. Finaliza su argumentación indicando que aunque no se puede eludir la gravedad de la conducta, la misma ya ha sido tenida en cuenta por legislador al establecer la pena correspondiente a cada delito. Sostiene que al tratarse de una pena corta de prisión, se encontrará mejor respuesta aplicando alguna de las formas alternativas de cumplimiento. Por todo lo anterior, estima el recurso acordando la suspensión de la pena impuesta condicionada a la participación en un programa de protección de animales.

Destacamos también el auto de la Audiencia Provincial de Lleida en el que se estima el recurso interpuesto acordando la suspensión de la ejecución de la pena condicionado al sometimiento a un tratamiento psiquiátrico a penado que padece cleptomanía.

Finalizamos este apartado mencionando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 29ª de 31 de octubre de 2017 en el que se suspende la ejecución de la pena impuesta (comisión de un delito de lesiones con deformidad) condicionada a la realización de un programa para la prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario llevado a cabo por el Director de Programas del Centro de Inserción Social Victoria Kent. Fundamenta esta decisión en el hecho de que dada la tipología delictiva se desprende la necesidad de participar en un programa que incida en la educación de las personas que en determinadas situaciones han empleado violencia de forma injustificada acarreando su conducta graves consecuencias.

Suspensión y responsabilidad civil

Tal y como adelantábamos en la introducción a estos comentarios, hemos dedicado un espacio a la incidencia del elemento de la responsabilidad civil en la figura de la suspensión de condena.

En el artículo 86.1 d) del Código Penal, conforme a su actual redacción, se establece como una de las causas de revocación de la suspensión que el

penado “*facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

En este apartado encontraremos resoluciones que abordan esta cuestión y la incidencia de la misma en el momento de decidir sobre la procedencia de la revocación del beneficio de la suspensión.

En primer lugar encontramos el auto de la Audiencia Provincial de Murcia sección 3ª de 20 de enero de 2017. En este caso partimos de una condena por la comisión de un delito de insolvencia punible a la pena dos años de prisión, además de la imposición de una pena de multa con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y en concepto de responsabilidad civil a que abone a la Administración Tributaria la cantidad establecida en sentencia. Dicha pena fue suspendida por un periodo de dos años, condicionada a no delinquir durante dicho periodo y a abonar la indemnización fijada. Posteriormente, el juzgado acordó revocar mediante auto de 21 de abril de 2015 la suspensión concedida por constar realizados únicamente dos pagos pese a haberse efectuado dos requerimientos al respecto.

En la misma línea se sitúa el auto de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de octubre de 2017. En él se acuerda revocar la suspensión concedida al no cumplirse una de las condiciones impuestas para ello: el pago de la responsabilidad civil. El recurrente alega que no ha podido hacer frente al pago por estar desempleado. No obstante, el órgano judicial entiende que la circunstancia recogida en el artículo 80.2.3ª no se considera cumplida únicamente con la declaración de insolvencia del penado, sino que es necesaria una actitud proactiva por parte del mismo que evidencie una voluntad real de reparar el daño causado y en el caso de que carezca de medios económicos es exigible una cooperación con el tribunal con la finalidad de demostrar su capacidad económica real. Por tanto considera incompatible con lo dispuesto en el artículo anteriormente mencionado una actitud pasiva por parte del recurrente, lo que deriva en la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la revocación de la suspensión.

Finalizamos con el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria sección 1ª de 26 de diciembre de 2017. En este caso, se recurre por parte del penado la revocación de la suspensión por el impago de la responsabilidad civil. La Audiencia entiende que la satisfacción de las responsabilidades civiles, o en su caso, el compromiso de pago efectuado por el penado es una circunstancia que se podrá tener en cuenta de forma positiva en el momento de valorar la idoneidad de la concesión de la suspensión, por así estar establecido en el artículo 80.2.3º del Código Penal. Sin embargo, argumenta que el incumplimiento del pago de la indemnización impuesta en sentencia, no podrá dar lugar a la revocación de la suspensión “*al carecer de cobertura legal para ello*” puesto que no constituye un deber a cuyo cumplimiento se pueda condicionar la suspensión. Por tanto, entienden que lo adecuado hubiera sido, antes de proceder a la concesión de la suspensión, llevar a cabo una investigación patrimonial con la finalidad de conocer con exactitud cuál es la capacidad económica del penado para hacer frente al pago de la responsabilidad civil, debiendo evitarse pronunciamiento alguno sobre la suspensión hasta que este extremo hubiese sido aclarado. Al haberse acordado su concesión con la conformidad de las partes intervinientes y haber alcanzado firmeza, entiende el tribunal que no procede la revocación, y por tanto estima el recurso dejando sin efecto la resolución impugnada.

**LIBERTAD
CONDICIONAL
Y PENAS Y MEDIDAS
ALTERNATIVAS**

LIBERTAD CONDICIONAL

SUPUESTOS DE CONCESIÓN

1.- AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BADAJOZ DE FECHA 28/04/05

Aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario. Se recogen tres resoluciones: Dos Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y otro de la Audiencia Provincial sobre el mismo asunto. Se declara la firmeza del primer Auto que estimaba la solicitud de libertad condicional con aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario e implícitamente la clasificación en tercer grado.

Por el interno en el Centro Penitenciario de Badajoz, se remitió escrito a este Juzgado, formulando solicitud de libertad condicional por enfermedad, que tuvo entrada el 28-3-05.

En el presente caso, y según se desprende de informe médico aportado al presente expediente, obrante al folio 7, procede ESTIMAR la solicitud formulada por el interno, ordenando al Centro Penitenciario a que se le aplique el artículo 196.2 Real Decreto a la mayor brevedad.

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

Su Señoría, por ante mí el Secretario DIJO: Que debía estimar la solicitud de libertad condicional formulada por el interno, ordenando, en consecuencia, al Centro Penitenciario de Badajoz a que se le aplique a dicho interno el artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario a la mayor brevedad.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de fecha 8 de junio de 2005:

Examinadas las presentes actuaciones, y visto el informe de la Dirección del Centro Penitenciario de Badajoz, obrante al folio 37, en el que se pone de manifiesto que al interno le fue estudiado por la Junta de Tratamiento de dicho Establecimiento, en fecha 3-3-05, el grado de tratamiento conforme al artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario, acordándose en la citada fecha su ratificación en 2.º grado, por lo que, siendo requisito imprescindible para la incoación del expediente de libertad condicional encontrarse clasificado en 2.º grado de tratamiento, procede el ARCHIVO del presente Expediente, al no reunir las condiciones para la incoación del citado expediente de libertad condicional, quedando sin contenido el Auto dictado por este Juzgado, de fechas 28-4-05, al haber sido estudiado por la Junta de Tratamiento de fecha 3-3-05 lo solicitado por el interno, sin que el mismo hubiera ejercitado su derecho al recurso contra la clasificación antedicha, cosa que no consta en las actuaciones.

Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 27 de octubre de 2005:

A tenor de la legislación de referencia es requisito ineludible para la concesión del beneficio de la libertad condicional el que interno se halle clasificado en tercer grado; este hecho nuclear viene siendo asumido incluso por el propio recurrente, mas ésta no es la cuestión objeto de debate; tal hecho era plenamente conocido por el juzgador de instancia al momento del dictado del auto de 28 de abril de 2005; así como también lo era que la legislación de referencia le impedía conceder la Libertad Condicional si el interno no se hallaba clasificado en este grado; es por todo lo precedente que una ulterior decisión puramente administrativa sobre esta materia difícilmente pueda tener influencia en orden a modificar o cercenar los derechos que concedía una resolución judicial firme; y si la misma ganó firmeza lo fue de conformidad por cuanto en el expediente intervenían quienes pudiendo haber formulado contra la misma los recursos habilitados por la legislación penitenciaria no lo hicieron; es pues que el auto que ahora se recurre es nulo de pleno derecho y por cuanto que lo que es objeto del mismo ya ha sido decidido precedentemente por el mismo juzgador y ha ganado firmeza; cabe entender, en beneficio del penado, que implícitamente dicha resolución acordando su libertad condicional le clasificaba en

tercer grado, pues una decisión como la adoptada conllevaba inexorablemente la precedente. Concedida la libertad condicional la norma regula los supuestos específicos por los que aquella puede quedar sin efecto (artículos 93 del Código Penal y 201 del Reglamento Penitenciario), sin que conste ni se alegue en el presente expediente que ninguno de aquellos concurra o resulte de aplicación.

Podría caber una interpretación, –contra reo–, en el sentido de que el auto de 28 de abril de 2005 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, únicamente abría la puerta al expediente de libertad condicional y a los efectos de que por el Centro Penitenciario en que se hallaba interno el recurrente, procedieran a ejecutar los trámites obligados a que se refiere el artículo 195 del Reglamento Penitenciario, pero esta interpretación resulta forzada, desde el instante en que por el propio Centro Penitenciario así se entiende en escrito de 20 de mayo de 2005 (obrante al folio 27):

Asimismo le informo que en fecha 29 de abril de 2004 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Extremadura dictó auto por el que se estimaba la solicitud de libertad condicional del interno y ordenaba la aplicación a dicho interno del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario a la mayor brevedad posible.

O la propia resolución que se recurre: [Quedando sin contenido el Auto dictado por este Juzgado, de fecha 28 de abril de 2005], lo que no sería procedente si lo único que la misma indicaba era que se iniciaran los trámites a efectos de comprobar si concurrían o no los requisitos exigibles para la concesión de la libertad provisional.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes, y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA: Que debemos acordar y acordamos ESTIMAR el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el interno, [Expediente de Vigilancia Penitenciaria núm. 446/03; Rollo de Sala n.º 179/05; Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Extremadura núm. 1] y dejar sin efecto la resolución recurrida, pues la cuestión sobre la que se pronuncia ya fue resuelta precedentemente por el mismo juzgado y aquella decisión, en beneficio del penado, ganó firmeza.

2. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE TENERIFE DE FECHA 09/03/06

Concesión sin pronóstico de integración social favorable. Interpretación del artículo 90 del Código Penal.

Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de reforma contra el auto de fecha 23-12-2005, en el que se acordaba conceder la libertad condicional al interno.

El Ministerio Fiscal funda su recurso en la falta de existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Se limita a tal afirmación sin prestar absolutamente ninguna atención a la fundamentación de la resolución que recurre, en la que un razonamiento completo es dedicado por entero a tal cuestión. No puede hacerse otra cosa en consecuencia que remitir a la parte recurrente al contenido de la misma, que pasa por alto.

En otros recursos, el Ministerio Público ha venido sosteniendo en los recursos que interpone cuando este Juzgado resuelve concediendo la libertad condicional con oposición de la Junta de Tratamiento, que este Juzgado carece de esa competencia. Habitualmente se sostiene que el Juzgado de Vigilancia, al resolver en este sentido, invade competencias de la Junta de Tratamiento, pues se arrojaría la facultad de emitir informes de reinserción que solamente a la Junta corresponderían. No es así.

Como ya se ha sostenido en resoluciones anteriores, es cierto que el artículo 90 del Código Penal exige un pronóstico favorable de reinserción social, y que la emisión del mismo, dentro del expediente de libertad condicional, debe llevarse a cabo por la Junta de Tratamiento. Por supuesto que es así, y de hecho este Juzgado no ha emitido informe alguno, sino que dicta un auto resolviendo tras valorar los informes recibidos. La interpretación que se propone supondría privar al Juzgado de Vigilancia de una competencia constitucional (artículo 117.3 de la Constitución Española), legal (artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), y reglamentaria (artículo 198 del Reglamento Penitenciario; este precepto precisa que prisiones lo que eleva es una propuesta), pues evidentemente, si se sostiene que el Juzgado solamente puede conceder la libertad condicional cuando la Junta de Tratamiento (órgano integrado por funcionarios del Ministerio del Interior) está a favor de esa posibilidad, y nunca en caso contrario, se esta-

ría privando a los Juzgados de una competencia que, evidentemente, es de ejecución de penas, y por tanto infringiendo el conjunto de normas citadas.

Es más, semejante interpretación responde a una inteligencia de las relaciones entre la administración y los órganos judiciales que no puede ser compartida a la vista de lo dispuesto en los artículos 103 y 106 de la Constitución Española, 8 y 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Mantener la interpretación que propone el Ministerio Público supone sostener que no corresponde a los órganos jurisdiccionales valorar los informes técnicos que les son elevados, y concluir que la labor del Juez de Vigilancia se limita, cuando se trata de conceder la libertad condicional, a comprobar con una calculadora si el interno ha extinguido o no $2/3$ ó $3/4$ partes de la condena.

Por el contrario, es al Juzgado de Vigilancia al que corresponde resolver sobre las propuestas de los Centros Penitenciarios; y debe hacerlo con rigor, de forma motivada, y sin arbitrariedad. Pero eso no quiere decir que su papel se limite a contar si en el expediente se han incluido todos los documentos que exige el Reglamento.

Dicho de otro modo: es cierto que una interpretación puramente literal del artículo 90 del Código Penal parece llevar a la conclusión de que solamente con un informe favorable podría resolverse a favor de la libertad condicional. Pero el artículo 90 del Código Penal debe ser interpretado conforme al artículo 117.3, 103 y 106 de la Constitución Española, 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 94 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y la única forma de compatibilizar unos preceptos con el otro es justamente concluyendo que la decisión debe adoptarse por el Juzgado tras valorar conforme a lo derivado de lo dispuesto en los artículos 103 y 106 de la Constitución Española, y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los informes elevados por el Ministerio del Interior.

3. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CEUTA DE FECHA 23/03/06

Concesión de la libertad condicional pese a que el Ministerio Fiscal aprecia que no se cumple con el requisito del artículo 90.1 c).

Que en este Juzgado se tramita Expediente al n.º 111/06 en el que por el Centro Penitenciario de esta Ciudad, se ha propuesto la aprobación de la libertad condicional del penado por reunir las condiciones legales exigidas para ello en relación con el cumplimiento de la condena impuesta en la causa del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Ceuta por un delito de atentado. Remitidas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste informó en fecha 13-03-06 interesando la no aprobación de la Libertad Condicional propuesta por el Centro Penitenciario de Ceuta por no concurrir el requisito previsto en el artículo 90.1.c) del Código Penal.

Parece excesivo que un interno que se encuentra a punto de extinguir íntegramente la condena no se le conceda la libertad condicional porque no busca empleo, y no colabora en el programa de tratamiento, pues es sabido que el tratamiento normalmente no es un instrumento especialmente efectivo en la vida penitenciaria, y con un mes que le queda para la libertad definitiva, nada va a conseguir el tratamiento, si ya no lo ha hecho. De ahí que este argumento deba de desecharse; y en cuanto a la búsqueda de trabajo, no es un requisito para acceder a la libertad condicional, ya que ésta no gira en función del trabajo, sino con la finalidad de atenuar la prisionalización y comprobar el comportamiento del interno en libertad.

En cuanto a la asunción del delito y conducta, hemos de recordar que la ley no pretende que la reinserción sea una inmersión plena a una adhesión incondicional a los valores sociales dominantes. Basta con que el antiguo delincuente sea capaz de vivir respetando la ley penal. En el Expediente ni consta que el interno haya observado mala conducta, ni existen indicios que permitan presumir que no va a respetar la ley, por lo que sería especialmente desproporcionado hacerle cumplir íntegramente la pena (prácticamente ya la tiene extinguida), sin existir datos o elementos de especial relevancia que así lo impongan.

El artículo 90.2 del Código Penal dispone que el Juez de Vigilancia Penitenciaria al decretar la libertad condicional de un penado podrá imponer

la observancia de alguna o algunas, como reglas de conducta, de las medidas previstas en el artículo 105 del Código Penal.

En este caso la trayectoria criminal del liberado y como consecuencia de la naturaleza del delito, para el mejor resultado del período de libertad condicional, en búsqueda de la total reinserción en la Sociedad del penado, es aconsejable que aquél tenga el menor contacto posible con aquellos círculos en los que el tráfico de hachís es o pueda ser habitual. En consecuencia no podrá desplazarse a la Península sin ponerlo previamente en conocimiento de este Juzgado y de los Servicios Externos Penitenciarios ni desplazarse al Reino de Marruecos.

4. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA SECCIÓN 3ª 296/2015 DE 13 DE JULIO

Con la nueva redacción dada por la LO 1/2015 no es necesario que exista un pronóstico favorable de integración social para la concesión de la libertad condicional.

HECHOS

PRIMERO: Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 4 de Castilla y León (Palencia) se dictó Auto de fecha once de Mayo de dos mil quince, en el que se acordaba denegar el beneficio de la libertad condicional al penado P.F., contra cuya resolución se interpuso recurso de reforma, que fue desestimado por Auto de fecha cuatro de Junio de dos mil quince, habiéndose interpuesto subsidiariamente el recurso de Apelación que motiva el presente Rollo, por el Letrado, en representación de D. P.F., mediante el oportuno escrito.

SEGUNDO: Para resolver el recurso de apelación, se remitió el expediente a esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, al haber dictado la sentencia por la que el penado recurrente cumple condena.

TERCERO: Oído el Ministerio Fiscal, informó en el sentido que consta en autos, oponiéndose al recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El auto recurrido deniega al interno recurrente el beneficio de la libertad condicional por entender que no se cumple el requisito exigido en el artículo 90.1-c) del Código Penal, en la redacción anterior a la reforma operada en el mismo por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, la ausencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

El interno, clasificado en tercer grado, ha cumplido ya las tres cuartas partes de la condena (diez años de prisión), y termina de cumplir ésta el 4-6-2017.

La única razón por la que se le deniega el beneficio de la libertad condicional, a la vista de la documentación obrante en la causa, es que no se aprecia en el penado, en orden a la emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, una actitud o comportamiento tendente a la reparación del daño causado, pues, aunque el mismo fue declarado insolvente por Auto dictado por esta Sala en fecha 19-2-2015, se ha comprobado que el mismo trabajó en los Talleres del Centro Penitenciario de El Dueso desde Enero de 2010 hasta Enero de 2013, percibiendo en el año 2010 una cantidad líquida media mensual de 383,03 €, de 567,39 € en 2011 y de 586,48 € en 2012, únicos períodos en los que consta que percibió alguna suma de dinero. Como quiera que, pese a tener tales ingresos, el penado no hizo nada para reparar el daño causado indemnizando, siquiera a plazos, a los perjudicados, entienden tanto la Junta de Tratamiento como el Juez de Vigilancia que no procede el otorgamiento de la libertad condicional al penado.

El recurrente alega que él pretendió pagar cuando empezó a trabajar en los Talleres, pero que la Sala le comunicó que no podía pagar a plazos y que por eso no lo hizo. Añade que la misma Sala le ha declarado insolvente y que carece de bienes para abonar la indemnización. Entiende que todo ello no debería ser óbice para que se le conceda la libertad condicional.

SEGUNDO: El artículo 90 del Código Penal, en la redacción vigente en el momento de dictarse el auto que se recurre, contemplaba la posibilidad de que alcanzaran la libertad condicional los sentenciados que se encontrasen en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hubiesen extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, que hubiesen

observado buena conducta penitenciaria y que existiese respecto de ellos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estimase convenientes.

La anterior situación ha cambiado desde el pasado día uno de Julio, fecha en la que entró en vigor la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo. Dicha reforma ha modificado el artículo 90 citado, pues el tercer requisito ahora no exige más que la buena conducta penitenciaria del penado. Ya no se exige el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social aludido en la redacción anterior.

Ahora el Juez de Vigilancia Penitenciaria habrá de valorar la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares o sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas.

La cuestión relativa a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivada del delito se resuelve en el mismo sentido que en la regulación anterior: no se concederá la suspensión si no se han satisfecho "en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria", es decir, en los siguientes delitos: 1) Apartado 5: a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas. b) Delitos contra los derechos de los trabajadores. c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal. 2) Apartado 6: A) Delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal. B) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

El delito por el que está cumpliendo condena el recurrente no es ninguno de esos delitos. Y los criterios establecidos en el primer párrafo del apartado 5 del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria ya han sido tenidos en cuenta por el Centro Directivo desde el momento en que se acordó la progresión al tercer grado del interno.

La libertad condicional supone la última fase del tratamiento penitenciario y debe ser concedida a todos aquellos internos que, reuniendo los requisitos legales, lo merezcan por su conducta y por estar en condiciones de desarrollar autónomamente su vida fuera del establecimiento penitenciario.

En el caso de autos no ve óbice esta Sala para conceder la libertad condicional al penado recurrente. Cumple las condiciones exigidas por el artículo 90 del Código Penal en su redacción hoy vigente (está clasificado en tercer grado, ha extinguido las tres cuartas partes de la condena y ha observado buena conducta en los centros penitenciarios en los que ha estado, sin que consten en el expediente elementos que permitan inferir posible mala conducta). No consta que el penado tenga otro antecedente que el delito por el que está cumpliendo condena, delito que, aunque es muy grave –complicidad en asesinato–, ha visto satisfecha en más de sus tres cuartas partes la pena impuesta. No parece probable que el penado, una vez en libertad, vuelva a cometer delitos semejantes, y sus circunstancias familiares y sociales coadyuvan su petición de otorgamiento del beneficio.

Es cierto que no ha pagado más que 20 euros de la responsabilidad civil dimanante de la criminal declarada, pero ello ha sido porque desde que ingresó en prisión hasta el día de hoy, con la única excepción del trabajo retribuido que realizó en prisión en los años 2010 a 2012, el recurrente no ha percibido ingresos, careciendo de bienes ejecutables sobre los que hacer efectivo un posible embargo. Razón por la que esta Sala le declaró insolvente en su Auto de fecha 19-2-2015.

Y en relación precisamente a los exiguos ingresos que percibió durante los años 2010 a 2012, la Sala ha de efectuar las siguientes consideraciones, a la vista de la Ejecutoria, pues aunque los hechos no fueron como los cuenta el recurrente, sí que anduvieron cerca: 1º) El otro condenado en esta causa, F., cuando, como el hoy recurrente, empezó a trabajar en los talleres del centro penitenciario, solicitó de esta Sala el pago de la indemnización en plazos de 50 € mensuales, contestándole la Sala, mediante Diligencia de Ordenación del Sr. Secretario, que dada la magnitud de la indemnización, no se podía aceptar ese pago fraccionado; no es que el Sr. Secretario le dijera que no pagara, sino que no era admisible esa forma de pago aplazado, lo cual no era óbice para que el penado pudiera pagar cuanto, cuando y como quisiera (como de hecho hizo con posterioridad); 2º) La notificación que se le hizo de lo acordado al Sr. F., también se le

hizo al Sr. P.F., interpretando éste que al denegar la Sala el pago aplazado en la forma solicitada por el Sr. F., también se le denegaba a él la posibilidad de pagar a plazos, razón por la que no efectuó ingresos a pesar de empezar a trabajar y empezar a recibir las cantidades mencionadas más arriba. De la posibilidad de abonar las cantidades que quisiera a efectos indemnizatorios no consta que nadie informara al Sr. P.F. Tal defecto de información, que el interesado interpretó como imposibilidad de pago fraccionado, es algo que no se le puede imputar al recurrente. En cualquier caso, las percepciones no se extendieron más allá de los años 2010 a 2012, y, básicamente, y desde luego en el momento presente, el recurrente ha sido y es insolvente.

De lo expuesto no puede colegirse, como coligen la Junta y el Juez de Vigilancia, que el recurrente no tenga ninguna intención de reparar el daño causado. Y además, con la actual redacción del artículo 90, ni se precisa el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, ni es requisito sine qua non la satisfacción de las responsabilidades civiles, al no estar ante ninguno de los delitos mencionados en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No consideramos, por tanto, suficientemente fundada la denegación del beneficio de libertad condicional, por lo que el recurso habrá de ser estimado.

Todo ello sin perjuicio de que las autoridades penitenciarias revisen las circunstancias de la estancia en España del condenado –que esta Sala desconoce– y resuelvan en consecuencia lo que proceda sobre posible aplicación del artículo 197 del Reglamento Penitenciario o de los artículos 89 y concordantes del Código Penal, decisiones sobre las que la autoridad penitenciaria o el Juez de Vigilancia no han tenido oportunidad de pronunciarse.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Estimar el recurso de Apelación interpuesto por el Letrado, en representación de P.F. contra el Auto de fecha once de mayo de

dos mil quince, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 4 de Castilla y León (Palencia), que se revoca y deja sin efecto, acordándose la libertad condicional del penado mencionado. Todo ello sin perjuicio de que las autoridades penitenciarias revisen las circunstancias de la estancia en España del condenado y resuelvan en consecuencia lo que proceda sobre posible aplicación o no del artículo 197 del Reglamento Penitenciario o de los artículos 89 y concordantes del Código Penal reformado.

5. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 14/02/2017

Estimación de recurso de apelación. Se concede la libertad condicional con suspensión de la ejecución del resto de la pena, aunque resten por cumplir más de cinco años.

HECHOS

Que por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 5 de la Comunitat Valenciana, con sede en Valencia en Expediente número 007302/2016, en relación al interno F.M.Z., se ha dictado Auto 23-12-16 y notificado que fue el mismo al interno y al Ministerio Fiscal, se interpuso recurso de apelación, admitiéndose en un efecto.

Que conforme al artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y admitida la apelación se puso la causa de manifiesto a las partes a fin de que en el plazo de cinco días pudieran alegar por escrito lo que estimaran conveniente y señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones, transcurrido dicho plazo se elevaron a esta Superioridad.

Que sé incoó el presente rollo para la substanciación del recurso, en el que se pasaron las actuaciones al Illtmo. Sr. Magistrado Ponente para la resolución que procediese.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se interpone el presente recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y el letrado contra el auto dictado en fecha 23 de diciembre de 2016 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Valencia, en expediente 7302/16 en el que se denegaba el beneficio de la libertad condicional anticipada a F.M.Z.

El auto recurrido deniega el beneficio de la libertad condicional al interno F.M.Z., nacido el 23 de junio de 1946, y por lo tanto septuagenario, clasificado en tercer grado, que cumple condena emanada de la sentencia dictada por esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de un total de 16 años y 24 meses de prisión, restándole por cumplir, a la fecha del auto, 7 años, 11 meses y 7 días.

En tal situación el penado cumple las exigencias del artículo 90.1. en relación con el 91.1 del Código Penal, en la medida que se encuentra clasificado en tercer grado y ha extinguido la mitad de la condena, así como ha observado buena conducta y tiene un pronóstico de reinserción social favorable conforme al informe del Centro de Inserción Social Torre Espioca.

El auto recurrido deniega el beneficio de la libertad condicional sobre la base de la dicción del artículo 90.5 último párrafo que recoge *“El plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado”*.

Sobre tal disposición se asienta el criterio de que no siendo posible conceder una suspensión, ya que así la conceptúa el propio artículo en su primer párrafo, por tiempo superior a cinco años y resultando que al penado le restan por cumplir más de siete años, no es susceptible de serle aplicada dicha disposición.

Se apoya el auto recurrido, entre otras resoluciones en la dictada por esta misma Audiencia, Sección 4ª y de la Sección 3ª. Más la primera de ellas hace referencia a un supuesto distinto, pues lo que se discutía era el límite inferior de la suspensión, cuando el resto de pena a cumplir es menor que dicho límite.

Por su parte la resolución de la Sección 3ª, que se apoya en la previa de la Sección 4ª referida, sí que da por sentado la necesidad de que la pena que reste por cumplir lo sea como máximo de cinco años. Interpretación que debe ser objeto de análisis en la presente resolución.

Y ello es así en tanto que la frase que a continuación se recoge del tiempo establecido de la suspensión, con independencia de tal establecimiento, en cuanto figura como añadido, que no explicación a la misma, al establecerse tras la norma gramatical de un punto y seguido, determina que existe una separación de enunciados que forman parte de un mismo párrafo, y por lo tanto que perteneciendo lo que se describe a la misma temática, determina una situación nueva.

Y esa nueva situación no es otra que en todo caso, es decir “sea lo que fuere, a lo sumo, al menos, como mínimo” la suspensión deberá durar el resto de la pena que quede por cumplir. Por ello esta frase no se considera que deba quedar coartada por el plazo de la frase anterior, sino que regula una nueva situación, que no es otra que para todos los supuestos en que la pena que quede por cumplir sea superior a cinco años, la suspensión abarcará como mínimo el resto que quede por cumplir de la misma, sin la limitación temporal del párrafo anterior.

No hay que dejar de lado, que en el presente supuesto la norma del artículo 91.1, avala dicha interpretación, toda vez que igualmente, a los efectos de dicha excepción, señala “...que podrán obtener la suspensión del resto de la pena...” y por lo tanto sin mención a limitación alguna y de igual forma el núm. 5 primer párrafo del propio artículo 90, al tiempo de establecer las condiciones de la suspensión se refiere “a la suspensión del resto de la pena”, sin remisión ninguna a lo que posteriormente en el último párrafo recoge.

Vistos los preceptos citados de aplicación al caso.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y el Letrado en nombre de F.M.Z. contra el auto de fecha 23

de diciembre de 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 5 de la Comunidad Valenciana con sede en Valencia capital.

SEGUNDO.- REVOCAR dicha resolución, concediendo al penado F.M.Z. la libertad condicional, suspendiendo la ejecución del resto de la pena hasta que finalice el 7 de diciembre de 2024, bajo las condiciones que se establezcan por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y haciéndole saber que en caso de que delinca nuevamente se procederá a revocar la suspensión y ejecutar el tiempo que a fecha de esta concesión le reste por cumplir de la pena, sin especial imposición de las costas de este recurso.

SUPUESTOS DE DENEGACIÓN

6. AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE 19 DE ABRIL DE 2004

Se deniega la libertad condicional a enfermo con padecimientos graves e incurables (delito de terrorismo); se accede a 3º grado con medios telemáticos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de marzo se presentó en este Juzgado, por el procurador, en nombre y representación del interno arriba reseñado, escrito solicitando la libertad condicional por padecer enfermedad grave e incurable.

SEGUNDO.- El día 18 se ordenó al centro que elevara propuesta, en el sentido que procediera, previa emisión de los informes médicos y de tratamiento pertinentes.

TERCERO.- El 26 de marzo se recibió propuesta de la Junta de Tratamiento del día 25 de marzo contraria a la concesión de la libertad condicional y de progresión a tercer grado, dándose traslado al Ministerio Fiscal para informe, que evacuó el 14 de abril con la petición de que el interno fuera evaluado por el médico-forense.

CUARTO.- En el día de ayer se recibió el dictamen médico-forense. En él se dice que «padece entre otras patologías (...) varices esofágicas, varices en extremidades inferiores con episodios de embolismo pulmonar de repetición, encefalopatía hepática que puede llevar al sujeto a un coma hepático (...) las entidades clínicas padecidas por el interno J.M.A.R. son suficientes para determinar que estas son graves, crónicas e irreversibles. En cualquier momento el riesgo vital vendría dado por rotura de varices esofágicas que llevaría al enfermo al óbito por hemorragia masiva (...)», concluyendo el informe que «estamos ante un enfermo de evidente y manifiesta gravedad, que aqueja entidades clínicas crónicas e incurables las que evidentemente implican riesgo vital en cualquier momento».

QUINTO.- Dado nuevo traslado al Ministerio Fiscal en el día de hoy que informó en el sentido de no oponerse a la libertad condicional solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la interpretación sistemática del artículo 91 y siguientes del Código Penal, en relación con los artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario –en especial el artículo 196 primer y segundo párrafo– se extrae que en los supuestos de enfermedad grave con padecimientos incurables el interno que opta a la libertad condicional debe reunir todos los requisitos exigidos en el Código Penal salvo el temporal. Literalmente dice el artículo 196.1 del Reglamento Penitenciario que «en el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de las requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas»

SEGUNDO.- En el expediente no consta el cumplimiento de los requisitos que la Ley Orgánica 7/2003 exige a los condenados por delitos de terrorismo, en concreto la desvinculación de la banda terrorista, la petición expresa de perdón a las víctimas de sus delitos y la satisfacción de las responsabilidades civiles (artículos 91 y 92 del Código Penal en relación con el 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

En mi opinión, atendiendo a principios básicos del humanismo occidental que el propio delincuente obvió en el desarrollo de su actividad delictiva, una interpretación teleológica de las normas permite entender

que determinadas condiciones legales no pueden exigirse en los supuestos de presos con enfermedades graves con padecimientos incurables so pena de ir contra la propia finalidad de la Ley, sobre todo si la enfermedad implica un riesgo vital cierto y real, como es el caso. Pero eso no implica que no deban exigirse para obtener la libertad condicional el cumplimiento de aquellos requisitos que dependen de la exclusiva voluntad manifestada del preso.

Dicho de otro modo, de las condiciones que la Ley impone para acceder a la libertad condicional por parte de los terroristas, aún enfermos, algunas dependen de la exclusiva voluntad de éstos, pues pueden cumplimentarse con una declaración expresa de repudio de la violencia y petición de perdón a las víctimas de sus delitos, de modo que su ausencia determina la denegación de la libertad condicional. Por el contrario, el incumplimiento de otros requisitos, como la satisfacción de las responsabilidades civiles, no pueden impedir el acceso al beneficio penitenciario en el caso de enfermedad grave con padecimientos incurables por el superior valor de los bienes jurídicos en juego (satisfacción patrimonial-vida).

TERCERO.- En síntesis, para acceder a la libertad condicional en los supuestos del artículo 92 del Código Penal y 196 del Reglamento Penitenciario, por causa de enfermedad, han de cumplirse todos los requisitos exigidos por las Leyes penales y penitenciarias salvo el tiempo de extinción de la condena y aquellos otros que no dependan de la voluntad expresa y objetivamente constatable del preso, siendo la ponderación de los bienes jurídicos en juego en relación con la dificultad de cumplimiento la escala de medición.

CUARTO.- Si las Leyes no permitieran otras alternativas a la prisión del enfermo grave con padecimientos incurables que la libertad condicional, la ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto (ahora cumplimiento de las penas y seguridad frente a la humanidad, dignidad y vida) y la finalidad de las normas que regulan la libertad condicional de estos presos conducirían a su concesión. Pero la Ley sí da otras alternativas, concretamente el cumplimiento de la pena en tercer grado en la modalidad del artículo 86.4 con control telemático aceptado por el preso, lo que permite al preso vivir fuera de prisión y, a la vez, satisfacer las necesidades de seguridad y control que la sociedad demanda.

QUINTO.- El artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario establece que 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.

Por tanto, sólo se exige que se prevea que no volverá a delinquir y que presenten escasa peligrosidad.

Atendida la trayectoria en libertad condicional de A. –de incumplimiento de las leves condiciones impuestas pero sin implicación delictiva alguna en más de una década– y el tipo de enfermedad que padece, puede afirmarse que presenta escasa peligrosidad y gran dificultad para delinquir siempre que se le someta a un adecuado control.

Por ello, se ordena su clasificación en tercer grado siempre que, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria (artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario).

De no prestar su asentimiento al control establecido permanecerá en segundo grado de tratamiento en tanto no se cumplan las condiciones para acceder a la libertad condicional.

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

ACUERDO

1º.- Denegar la libertad condicional solicitada por J.M.

2º.- Progresar a tercer grado de tratamiento penitenciario con control telemático (artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario) a J.M.

7. AUTO 86/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ DE 7 DE JUNIO

Denegación de libertad condicional a octogenario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria del, el día 14/11/03, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: "Que DISPONGO NO APROBAR LA PROPUESTA DE LIBERTAD CONDICIONAL del interno del Centro Penitenciario de Ceuta D. sin perjuicio de que en cuanto se cumplan los requisitos que exige el artículo 90 del Código Penal respecto del citado interno pueda incoarse nuevo expediente".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de igual Juzgado de fecha 23/12/03. Interpuso después recurso de apelación la representación del interno ya citado y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día de la fecha para la vista del recurso, donde asistieron las partes y expusieron sus alegaciones, quedando pendiente de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita la parte apelante la revocación del auto de primera instancia y el dictado de otro por el que se acuerde conceder la libertad condicional a D. Alega que su solicitud está basada en la edad de 83 años, estado de salud delicado y además de ello está en tercer grado penitenciario. Que estos argumentos los entiende suficientes como para poder conceder el beneficio, máxime cuando nuestro Código Penal en el artículo 92 se refiere a los sentenciados en que hubieren cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella o las dos terceras. Por el Ministerio Fiscal se solicita la confirmación del auto recurrido por sus propios fundamentos, pese al informe inicialmente favorable a la concesión de los beneficios.

SEGUNDO.- El artículo 92, último párrafo, del Código Penal, al permitir la aplicación de la libertad condicional a enfermos muy graves, con padecimientos incurables, atiende a razones humanitarias para impedir la continuación del ingreso en prisión de personas incapaces ya de alcanzar, a causa del grave deterioro de su salud, la finalidad principal de las penas privativas de libertad: la rehabilitación social, y, al propio tiempo, incapacitadas por el mismo motivo para cualquier otra acción delictiva. De ahí la exigencia de constatar no sólo el padecimiento de una enfermedad con un pronóstico fatal inevitable con los conocimientos actuales de la ciencia, sino que pueda considerarse relativamente próximo ese desenlace o, que aunque no sea inmediato, el propio deterioro de salud del interno impida cualquier actividad penitenciaria normal y, al mismo tiempo, le genere una incapacidad delictiva total. Esta es la razón de que el Reglamento Penitenciario se refiere en su artículo 104.4 a las razones humanitarias y de dignidad personal, junto a la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad, delimitando los parámetros en los que debe moverse el tratamiento de esta clase de internos. Pues bien, aparte de no haberse emitido, en este caso, el pronóstico individualizado favorable de reinserción social que exige el artículo 90.1 núm. 3º del Código Penal (artículos 195 y 196.3 del Reglamento Penitenciario) no está en absoluto probada su reinserción, pues si delinquiró a los 81 años edad de, también puede hacerlo a los 84 y en consecuencia, dado el insuficiente tratamiento penitenciario recibido, no puede ser aprobada su libertad condicional, no existiendo circunstancias nuevas que aconsejen progresar al penado del tercer grado que viene disfrutando, a la situación de libertad condicional. No dándose, por tanto, las condiciones para la concesión de la libertad condicional, debe desestimarse el recurso.

TERCERO.- No se aprecian motivos para una especial imposición de las costas de este recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de apelación interpuesto contra el auto de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos el mismo, con declaración de las costas del recurso de oficio.

8. AUTO 509/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE SECCIÓN 5ª DE 24 DE JUNIO

No procede su concesión. No ha abonado la responsabilidad civil y consta informe psicológico absolutamente desfavorable.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del interno J.P. se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 7 de marzo de 2016, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Castilla y León, por el que se acordó no haber lugar a su libertad condicional.

SEGUNDO.- Dado traslado del recurso al Ministerio Fiscal, por el mismo se interesó su desestimación. Seguidamente se remitieron a este Tribunal los testimonios de particulares señalados, teniendo entrada el 16 de junio de 2016, formándose el correspondiente Rollo y, dado el trámite previsto al Recurso, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 23 de junio de 2016.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La ejecución de las penas privativas de libertad debe orientarse hacia la reeducación y reinserción social (artículos 25.2 de la Constitución Española, 1 de la Ley General Penitenciaria y 2 del Reglamento Penitenciario), pero sin que las mismas sean las únicas finalidades pues la pena cumple también una función irrenunciable de restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito (prevención general positiva); y de compensación o retribución de la culpabilidad derivada del hecho delictivo (cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio y 112/1996, de 24 de junio ; y Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999 y 2 de abril de 1993). Por su parte, el artículo 192 del Reglamento Penitenciario establece que "Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código", señalándose en el artículo 90.1 del Código Penal, en su redacción anterior a la

reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que "Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General penitenciaria".

En todo caso, debe partirse de la premisa de que la libertad condicional sólo puede obtenerse si el fin de reeducación y reinserción social, que por mandato constitucional tiene asignada la ejecución de la pena, se ha alcanzado en el particular caso de un sentenciado, hasta el punto de concretarse en la afirmación de que éste retornará a la sociedad probablemente sin conflictos con la ley penal. Y así los artículos 90 y 91 del Código Penal establecen los requisitos que la libertad condicional exige: la previa clasificación del penado en tercer grado de tratamiento, la observancia de buena conducta, la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y haber cumplido las tres cuartas partes de la condena –como supuesto general– o las dos terceras partes de la misma, excepcionalmente y en determinados casos. Los informes del Centro Penitenciario deberán referirse, pues, no sólo al grado de tratamiento y la conducta penitenciaria, sino también y muy especialmente a la valoración del resultado del tratamiento penitenciario que sirve de base a la elaboración del informe pronóstico final y a la formación del juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro a que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el cual debe tener en cuenta, obviamente, la naturaleza del delito o delitos que motivaron la condena en cuanto manifestación de la conducta y de la tendencia antinormativa del interno en el concreto campo a que se refiere aquélla. En todo caso, debe indicarse que si bien en el citado artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se indica que el mencionado "informe pronóstico final" se

tendrá en cuenta en el expediente de concesión para la libertad condicional, ello no implica que tenga un carácter vinculante pues corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de los recursos legalmente establecidos respecto de su inicial decisión, la determinación de si concurren o no todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos, y, entre ellos, la existencia de un verdadero pronóstico de reeducación y de reinserción social del penado y, por ende, la posibilidad real y efectiva de que el mismo puede terminar de cumplir su condena en el régimen propio de la libertad condicional.

Partiendo de lo anterior y aplicándolo al presente caso, de las alegaciones de las partes y del contenido de los testimonios remitidos para la resolución del recurso de apelación ahora analizado, se evidencia la no concurrencia de todos y cada uno de los requisitos legales establecidos para la concesión de la libertad condicional, por cuanto, si bien el apelante se encuentra en tercer grado penitenciario desde el 28 de septiembre de 2015, y ha extinguido el pasado día 11 de diciembre de 2015 las tres cuartas partes de las condena de 2 años y de 7 años, 5 meses y 15 días de prisión que le fueron impuestas, estando prevista su puesta en libertad definitiva el día 22 de abril de 2018, constándole una buena conducta durante su permanencia en el centro penitenciario, sin que se hayan referido o puesto en conocimiento de esta Sección incidente alguno negativo durante el periodo en el que ha disfrutado el tercer grado, lo cierto es que, además de no haber satisfecho la responsabilidad civil que le fue impuesta, persisten circunstancias en el penado que, lejos de acreditar un verdadero pronóstico favorable respecto a su integración social y capacidad para vivir en libertad, evidencian lo contrario, siendo al respecto de destacar que la propuesta elevada por el centro penitenciario no fue unánime, constando un informe psicológico de especial interés en el que se define el voto de la Psicóloga redactora como de "absolutamente desfavorable" con ocasión de la concesión al mismo del tercer grado penitenciario el 28 de septiembre de 2015. En efecto, si bien se cuenta con un pronóstico de integración social favorable aprobado por mayoría de la Junta de Tratamiento, tal y como se deriva del informe al efecto evacuado tras su sesión ordinaria de 8 de octubre de 2015, principalmente fundamento en su buena conducta dentro del centro, con participación en actividades programadas, ausencia de infracciones en su expediente y actitud favorable hacia la intervención institucional, así como sus buenas perspectivas de integración social y laboral en su país –India–, el ya referido informe psicológico resulta contundente al eviden-

ciar que el penado presenta aspectos muy negativos de su personalidad y comportamiento, habiéndose centrado todos sus esfuerzos en conseguir la expulsión a su país. Así, se refiere su carácter "dominante, machista, impositivo e irascible", con presencia de gran agresividad latente, tanto a nivel verbal como no verbal, habiéndose relacionado en Tenerife siempre con ambientes en los que los valores tradicionales machistas están fuertemente arraigados. Tales aspectos son de especial relevancia pues las condenas que extingue están relacionadas con la violencia de género, siendo de especial gravedad los hechos al tratarse de una tentativa de homicidio. A ello se une que, como se evidencia en el mencionado informe, pese a encontrarse incluido en el programa de violencia de género, no existe avance alguno, no mostrando conciencia de la necesidad de cambio ni de la necesidad de entender, mostrando en las sesiones individuales continua presencia de ideas machistas, con mantenimiento de creencias acerca de la superioridad del hombre sobre la mujer y de ésta como objeto que se puede dominar/mandar/agredir/anular, continuando sin asumir los graves hechos delictivos por los que fue condenado, de los que continua culpando a su mujer, esto es, a la propia víctima. En dicho informe también se refiere, contrariamente a lo sostenido en el informe social favorable antes mencionado, que el penado no tiene a nadie en la India, que es el país en el que se entiende que iba a disfrutar la libertad condicional, siendo su proyecto de futuro "comprar" en dicho país a otra mujer, ya que su familia dispone de dinero, y regresar a España, evidenciándose por la psicóloga un riesgo alto de reincidencia. A ello se debe añadir que, por más que pueda constar su formal declaración de insolvencia económica, se ha evidenciado una cierta capacidad económica al recibir constantes ingresos económicos en su cuenta de peculio, tal y como se refiere en el auto recurrido y se evidencia de los testimonios de particulares remitidos. Al respecto, su alegado compromiso de satisfacer la responsabilidad civil firmado el pasado 10 de septiembre de 2015 resulta del todo punto contradicho con su propio actuar durante todos los años de cumplimiento efectivo de su condena pues, pese a recibir esos periódicos y regulares ingresos, no ha destinado cantidad alguna a satisfacer la responsabilidad civil que, en cuantía de 14.575 euros, le fue impuesta, por lo que no puede tenerse por cumplido el también requisito genérico aplicable a todo delito de tener satisfecha la responsabilidad civil. En este punto, y contrariamente a lo sostenido en el recurso, la exigencia de abono de la responsabilidad civil a la que se refiere el artículo 72.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria, al que se remite el ya citado artículo 90 del

Código Penal como uno de los tres requisitos para poder optar a la libertad condicional, no se circunscribe a los concretos delitos allí enumerados, respecto de los cuales se dice que "singularmente" se aplicará esa norma, sino a todo tipo de delitos en tanto que ese mandato genérico se contiene en el párrafo primero del apartado 5 del citado precepto, el cual precede al mandato reforzado que en su párrafo segundo se indica respecto de los concretos delitos allí enumerados.

Por todo ello, no pueden sino compartirse, por acertados con relación a las concretas circunstancias del caso y del condenado, los argumentos expuestos en el auto recurrido, los cuales, por simple economía procesal se dan por reproducidos, sin que pueda concluir, en modo alguno, que exista realmente respecto del penado recurrente, un verdadero pronóstico favorable de reinserción social, siendo evidente que no se han alcanzado los objetivos mínimos necesarios respecto a aspectos muy relevantes de su comportamiento con relación a los delitos por los que fue condenado.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación ahora analizado, con confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de este recurso de apelación (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En atención a todo lo que antecede, así como por lo dispuesto en las demás normas de general y pertinente aplicación y por la Autoridad conferida por el Pueblo español a través de la Constitución y las Leyes,

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de J.P contra el auto de fecha 7 de marzo de 2016, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Castilla y León, por el que se acordó no haber lugar a su libertad condicional, por lo que procede confirmarlo en su integridad, declarando de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

9. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE BURGOS DE FECHA 21/04/17

Denegación de libertad condicional por no cumplir con la condición del artículo 90 c) del Código Penal.

HECHOS

Se ha recibido en este Juzgado propuesta de Libertad Condicional relativa al penado del Centro Penitenciario de Soria, A.C.L., para cuyo beneficio fue propuesto por unanimidad de la Junta de Tratamiento de dicho establecimiento, para el cumplimiento en su país, Rumania.

El Ministerio Fiscal informa en el sentido de no oponerse a la propuesta formulada por el Centro Penitenciario.

Previamente a resolver, se solicitó al Centro copia del peculio del interno, habiéndose recibido resolver el expediente el día de la fecha .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incide, en lo que aquí interesa, en la nueva regulación legal y cambio de naturaleza de la libertad condicional, que deja de ser una fase más del cumplimiento de la pena de prisión para convertirse en una modalidad de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta. La nueva regulación de la libertad condicional se considera más perjudicial para el penado que la prevista en la ley precedente, por lo que no existiendo disposición transitoria para la aplicación de la nueva regulación se considera, valorando lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución Española, el criterio temporal establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12/06/2006, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario y el Dictamen 1/15 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que el nuevo régimen jurídico establecido en la Ley Orgánica 1/15 solo es de aplicación respecto de los condenados por hechos posteriores a fecha 01/07/15 y cuando, valorando las circunstancias del caso concreto, sea más beneficiosa para el reo.

En el presente supuesto, valorando las concretas circunstancias penales del interno se estima que le es más favorable la regulación establecida en el artículo 90.1 del Código Penal, redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003, que establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:

a) Que se encuentre en tercer grado de tratamiento penitenciario.

b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

c) Que haya observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que considera a tales efectos la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios causados con la actividad delictiva en relación con las condiciones personales y patrimoniales del culpable, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura, etc.

En el presente caso, del análisis de la documentación que obra en autos se desprende que el penado ha de abonar en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 1.864 euros, de los que consta que ha satisfecho 60 euros en dos pagos de 30 euros realizados en mayo de 2015 y abril de 2016. El interno no justifica la ausencia de abono de cantidad superior de la responsabilidad civil que adeuda y del análisis de su peculio resulta que lleva desarrollando actividad remunerada en el Centro Penitenciario de Soria desde el año 2015, habiendo ganado un total de 4.568,48 euros. Estos datos permiten concluir que el penado podía tener satisfecha la totalidad de la responsabilidad civil sin esfuerzo extraordinario, por lo que no procede acceder a la concesión del beneficio de la libertad condicional a cumplir en Rumania, al entender que no cumple la condición prevista en el apartado c del artículo 90 del Código Penal anteriormente mencionado.

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

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a la concesión de la libertad condicional al penado del Centro Penitenciario de Soria, A.C.L., por las razones expuestas en el razonamiento jurídico precedente.

SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN

10. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MÁLAGA DE 12/05/00

Suspensión de la libertad condicional y su relación con la clasificación del interno.

La suspensión de la libertad condicional es un instituto no previsto en nuestra legislación, pero que por necesidades prácticas ha tenido que ser creado para solventar la antinomia que supone por un lado tener clasificado a un interno bajo el título de libertad condicional y, por otro lado, las situaciones de posteriores prisiones preventivas o cumplimiento de nuevas condenas por hechos anteriores a la concesión de la libertad condicional.

El problema surge en el momento en el cual por un lado se afirma, artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que la libertad condicional es un grado en el sistema de individualización científica, mientras que por otro su régimen nuclear establece al margen de aquél, en el Código Penal y bajo la difícil menos afortunada rúbrica de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, lo cual obviamente no es, pues el liberado está cumpliendo condena.

Ahora bien, la necesidad ha sido el origen de la figura de la suspensión, una vez asumida su existencia, por coherencia, se ha de ser consecuente con la misma. Y es que una libertad condicional suspendida implica que las penas a que se refieren no pueden ser consideradas sino hasta el momento en el cual el sujeto se halle en situación legal de poder volver a cumplirla, esto es, que haya pasado a situación de libertad, provisional, definitiva o condicional, según los casos.

Por lo tanto, hablar aquí de revisión, como hace el Centro Penitenciario a instancias de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias carece de sentido, pues el interno ha entrado a cumplir una nueva condena, quedando, sirva el término poco técnico, aparcadas aquéllas en las que tiene aprobada la libertad condicional, con lo cual no hay nada que revisar, antes bien iniciar un proceso clasificatorio como correctamente, según entiende el que suscribe, hizo inicialmente el centro.

Y por otro lado, considerar al interno a raíz del nuevo ingreso como clasificado en tercer grado, pues ésta era la última situación en la que estuvo durante su permanencia en prisión, supone olvidar que se ha abandonado el sistema progresivo puro, esto es, aquel que establece una serie de escalones, los grados, por los cuales necesariamente ha de pasarse. El problema realmente viene creado porque el cuarto grado, la libertad condicional, es una forma de clasificación judicial, la única, pues en los restantes, aquélla compete a la Administración, tal y como señala la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25-6-1998, recurso 18/1998. Y lógicamente, cuando queda sin efecto la libertad condicional, de forma definitiva, revocación, de forma temporal, suspensión, el Juez Vigilancia Penitenciaria no puede determinar, por falta de competencia en qué situación penitenciaria queda el sujeto, cómo queda clasificado, en cualquiera de los tres restantes, lo que obliga a la Administración Penitenciaria a reiniciar un proceso clasificatorio, que no es de mera revisión, pues la Administración no puede valorar la anterior clasificación del sujeto, la de libertad condicional, por haberlo sido ya hecho por el Juez único que tenía competencia. O dicho de otra forma. Como el Juez Vigilancia Penitenciaria al revocar la libertad condicional o suspenderla, de facto regresa el interno sin especificar a uno de los tres restantes grados, devolviendo la competencia a la Administración que ha de elegir entre uno de ellos.

11. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 6 DE FECHA 04/06/2013.

Suspensión por nueva condena que se alzar  automáticamente al cumplimiento de las 3/4 partes de la condena.

HECHOS

Con fecha 13/03/13 se dictó por este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n  6 de Madrid, auto aprobando la Libertad Condicional de H.M.T., por las causas que cumple:

Mediante oficio de fecha 30-05-13 el Centro de Inserción Social Josefina Aldecoa ha puesto en conocimiento del Juzgado que con fecha 22-05-13 el Juzgado Penal n  4 de Móstoles ha participado que el referido penado ha de cumplir cuatro meses y quince días más de privación de libertad respecto de la indicada Ejecutoria, habiendo remitido igualmente hoja de c culo provisional con arreglo a la cual la nueva fecha de extinción de las 3/4 partes de la condena es la de 06-07-13.

Se han pasado las actuaciones al Ministerio Fiscal que ha emitido informe en el sentido que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Vistas las circunstancias descritas en los antecedentes fácticos de la presente resolución, y no concurriendo en el momento actual los presupuestos establecidos en el artículo 90 del Código Penal para la obtención de la Libertad Condicional (singularmente la extinción de las 3/4 partes de la condena) resulta procedente la suspensión temporal de la misma y el ingreso en prisión del penado para continuar el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, suspensión que se alzar , recobrando plena eficacia lo dispuesto en auto de 13-03-13, y sin necesidad de nuevo pronunciamiento por parte de este juzgado una vez que se alcance nuevamente el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena y ello en tanto subsistan los restantes presupuestos que determinaron su concesión, esto es la clasificación en tercer grado de tratamiento y el pronóstico favorable de reinserción social, debiendo en cualquier caso participarse a este Juzgado de

Vigilancia Penitenciaria por el Centro Penitenciario cualquier variación de la situación penal o penitenciaria de H.M.T. que determine la improcedencia de obtener nuevamente la libertad condicional alcanzadas las 3/4 partes de cumplimiento.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

DISPONGO

Se suspende la Libertad Condicional de H.M.T. acordada en auto de este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid de fecha 13/03/13, en los estrictos términos recogidos en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

12. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA DE FECHA 15/07/16

No repercusión de la nueva causa penada sobre la causa suspendida en libertad condicional.

ANTECEDENTES DE HECHO

I). Por auto dictado por este Juzgado en fecha 21-08-2015, se aprobó la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de libertad condicional adelantada a la 1/2 de su condena con efectos de 27-08-2015 al interno J.C.A.M., del Centro Penitenciario de CIS Torre Espioca y relación con la pena de 01-08-00 que le fue impuesta.

El plazo de suspensión fue fijado en grado de apelación en DOS AÑOS por la referida Sección 2ª.

II). En fecha 08-07-2016 se recibe comunicación del Centro Penitenciario de CIS Torre Espioca en el sentido de que el día 06-07-2016 se ha recibido nueva causa penada, condenado a una pena de 05-06-01 más multa, por hechos anteriores a su entrada en prisión.

Dado que con la nueva condena deja de tener el requisito de la mitad de la condena del artículo 91.3 (ni siquiera tiene 1/4 parte) se solicita por el Centro que se acuerde lo que proceda sobre la posible suspensión de la libertad condicional concedida, para proceder a su nuevo estudio por parte de la Junta de Tratamiento.

III). Conferido traslado del expediente al Ministerio Fiscal para informe, lo emite en el sentido de que, en vista de la gravedad de los hechos de la nueva condena que ha recaído sobre el liberado, el largo período de tiempo en el que persistió con su conducta delictiva, siendo muchas las personas perjudicadas y teniendo en cuenta que la libertad condicional se propuso por la Junta de Tratamiento en base a que era primario penal y penitenciariamente, estando pendiente la nueva condena entonces, de recurso de casación, considera que evidentemente con dicha nueva condena han variado las circunstancias en base a las cuales se concedió la suspensión de la pena, y no se puede mantener ante ello un pronóstico de falta de peligrosidad en que se basaba la decisión en su día adoptada, por lo que procede que se deje sin efecto el período de suspensión y se proceda al ingreso en prisión del penado, siendo valorado nuevamente en base a las nuevas circunstancias por la Junta de Tratamiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I). No siendo incompatible con arreglo a la nueva regulación de la suspensión de condena y libertad condicional el tener una causa suspendida y al mismo tiempo cumplir una diferente, no ha lugar a hacer ningún pronunciamiento sobre la causa suspendida, en libertad condicional, sin perjuicio de que ejecuten la nueva, salvo que el interno renuncie a la libertad condicional, y sin que en dicho supuesto fuese abonable a ninguna de las causas el período de suspensión.

DISPONGO

No ha lugar a hacer ningún pronunciamiento sobre la causa suspendida, en libertad condicional, del liberado condicional J.C.A.M., sin perjuicio de que se ejecute la nueva, salvo que el interno renuncie a la libertad condi-

cional, y sin que en dicho supuesto fuese abonable a ninguna de las causas el periodo de suspensión.

SUPUESTOS DE REVOCACIÓN

13. PROVIDENCIA DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ZARAGOZA DE 06/03/02

No refundición de la causa de la revocación de la libertad condicional.

Dada cuenta; por recibida la anterior documentación, únase al expediente 815/1991, sobre refundición de condenas del penado. En respuesta a la cuestión planteada por el Centro Penitenciario y sobrevenida al constar anulación del licenciamiento definitivo de la causa Ejecutoria del Juzgado Penal 6 de Zaragoza, a efectos de incluirla en una nueva refundición de condenas y, siguiendo el criterio de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria recogidos en numerosas resoluciones de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1.^a, si relacionamos los artículos 201 del Reglamento Penitenciario (causas de revocación) y el artículo 93 del Código Penal (no pérdida del tiempo consumido en libertad), se llega a la lógica conclusión de que la causa donde se ha revocado la libertad condicional tiene que llevar una liquidación independiente hasta licenciamiento, ya que no tendría sentido y sería absurda la revocación de la libertad condicional si el resto de tiempo que le falta se vuelve a computar con las otras responsabilidades refundidas, es decir, no cabe una nueva concesión de la libertad condicional en aquellas causas en que ya le fue revocada sin que se pueda pretender refundir de nuevo en un nuevo proyecto que incluya todas ellas y las ejecutorias ya con licenciamiento definitivo.

En el caso planteado la causa cuyo licenciamiento definitivo ha sido anulado por el Juzgado de lo Penal 6 de Zaragoza, estaba refundida con otras tres más en auto de 31 de mayo de 1994, y al ser revocada la libertad condicional se aprobó un nuevo proyecto de refundición por auto de 20 de abril de 1999, no incluyendo las causas Ejecutoria de la Audiencia Provin-

cial de Huesca y el Procedimiento Abreviado del Juzgado de lo Penal 3 de Zaragoza, por tratarse de hechos cometidos durante el período de libertad condicional y por las obvias razones que anteriormente se han expuesto.

Por otro lado, del total refundido y aprobado el licenciamiento definitivo por los distintos tribunales y juzgados sentenciadores, sólo uno de ellos (Juzgado de lo Penal 6 de Zaragoza) ha anulado el licenciamiento definitivo sin que lo hayan hecho los demás y sin que este Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón pueda ni deba instar a los demás sentenciadores a hacerlo por las imprevisibles consecuencias que tenga de cara a la seguridad jurídica, debiendo en consecuencia estar a lo ya acordado. Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, al Centro Penitenciario y remítase testimonio al Juzgado de lo Penal 6 de Zaragoza.

14. AUTO 99/2003 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA SECCIÓN 1 DE 8 DE OCTUBRE

Para la revocación por comisión de delito se requiere sentencia firme.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 16 de mayo de 2003, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria dictó Auto revocando el beneficio de la libertad condicional concedido a J. en Auto de 18 de enero de 2002 para el cumplimiento de las penas que entonces extinguía en el Centro Penitenciario de El Dueso.

SEGUNDO: Contra dicho Auto, el penado interpuso en tiempo y forma recurso de reforma, que fue desestimado por Auto del Juzgado de 1 de julio de 2003; y habiendo expresado el interno su voluntad de recurrir el apelación, el Juzgado le proveyó de Procurador y Letrado de oficio, que en el plazo concedido formalizaron el recurso de apelación; dado traslado del mismo al Ministerio Fiscal, este lo ha impugnado, interesando la confirmación de la resolución recurrida, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia, y tras inhibirse a esta Sección Primera la Sección Cuarta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 93 del Código Penal dispone que si el reo delinquire durante el periodo de libertad condicional o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida. En cuanto al supuesto de comisión de un nuevo delito, único que aquí interesa pues no se le impuso al liberado recurrente regla alguna de conducta, es claro y diáfano que solo puede afirmarse ocurrido cuando exista una sentencia penal firme que declare la perpetración del delito y la intervención en él del acusado; mientras esto no ocurra, y por muchos que sean los datos o consistente la acusación que pueda ejercer en la nueva causa el Ministerio Público, es claro que no puede afirmarse con valor jurídico la comisión del delito, y que la presunción constitucional de inocencia debe desplegar todos sus efectos. Por esto, procede la estimación del recurso y la revocación del auto impugnado, manteniéndose la libertad condicional que tenía concedida sin perjuicio de la suspensión en su día acordada por auto de 24 de diciembre de 2002 y de lo que en su momento pueda resolverse en caso de que fuera condenado en sentencia firme en la causa que contra él se sigue.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA:

Se estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de J. contra el ya citado Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria, el que se revoca íntegramente para en su lugar declarar no haber lugar por ahora a la revocación de la libertad condicional en su día concedida al mencionado, sin perjuicio de la situación de suspensión decretada por Auto de 24 de diciembre de 2002.

15. AUTO 62/2003 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACE- TE SECCIÓN 2ª DE 9 DE OCTUBRE

Revocación de la libertad condicional por detención sin sentencia firme.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la Resolución apelada y:

PRIMERO.- Por el citado Juzgado se dictó Auto de fecha 11 de agosto de 2003 desestimando el Recurso de reforma interpuesto por el Ilustrísimo representante del Ministerio Fiscal contra el de 21 de julio.

SEGUNDO.- Notificada aquélla Resolución, se interpuso Recurso de Apelación, y admitido, fueron remitidas las actuaciones a ésta Audiencia, donde se dicta Providencia el 5 de septiembre por la que se señalaba fecha para Deliberación, quedando el Recurso, tras su Votación y Fallo, pendiente de su Resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicita el Ministerio Fiscal, y resumidamente, la revocación del Auto apelado, por cuanto, la conducta del liberado condicional de conformidad con el artículo 201 del Reglamento Penitenciario, no se puede calificar de “buena” existiendo indicios racionales de criminalidad contra J.

SEGUNDO.- La Sala revisadas las actuaciones alcanza las siguientes conclusiones. No compartimos la tesis del Juez a quo. Ciertamente no existe un unánime criterio al respecto, o más bien no existe un criterio uniforme más de entre las posturas analizadas, la expuesta por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no se asume por este Tribunal.

En efecto, hacemos nuestra esa posición ecléctica de los compañeros Magistrados de la Ilma. Audiencia Provincial de Ciudad Real, y en consecuencia, consideramos que la buena conducta exigible al liberado condicional ex artículos 200 y 201-2 del Reglamento Penitenciario, queda

quebrada con la existencia de indicios racionales de criminalidad contra él cuando (al margen de la resolución del recurso de apelación al que alude el Juez a quo) resulta detenido por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía siendo sorprendido toda vez que el 21 de mayo actual, sobre las 13 horas, se hallaba manipulando con una navaja la cerradura de la puerta de un vehículo en Albacete.

Aquí además (puesto que nos bastaría con la incoación de Diligencias Previas por la comisión de un presunto hecho delictivo): J. ha sido condenado en virtud de Sentencia dictada por la Juez de lo Penal nº 2 de los de ésta Capital, y por un delito de Robo intentado de uso de vehículo de motor (Sentencia obrante a los folios 93 y ss. Vid Fallo).

Desde luego que nos podríamos referir a hechos todavía presuntos –no teniendo constancia de la firmeza de aquella Sentencia condenatoria– pero ello no supone invertir el sistema y aplicarle una presunción de culpabilidad pues a nuestro juicio se ubica el debate en otro lugar. Los hechos que provocan una detención policial no se pueden definir, calificar o interpretar como susceptibles de haber sido cometidos por quien sigue una buena conducta, a no ser que pensemos que dicha detención ha podido ser arbitraria y en consecuencia, ilegal, lo que por otro lado, también debe acreditarse y si no partimos igualmente de presunciones contra las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, insistimos, la detención de un individuo que está disfrutando de su libertad condicional, con numerosos antecedentes penales, cuando se halla en trance de cometer otro hecho presuntamente delictivo, justifica (habiéndose incoado un procedimiento penal y en este supuesto con Sentencia de condena aun no constando su firmeza) la anulación de ese tercer grado debiendo reingresar en prisión a tenor del artículo 201-3 del Reglamento Penitenciario, razones que conllevan a la revocación del Auto apelado con estimación del Recurso interpuesto .

En virtud de lo expuesto:

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

ESTIMAR el Recurso de apelación interpuesto por el Iltmo. Representante del Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria con sede en Ciudad Real de fecha 11 de agosto y en

consecuencia: REVOCAMOS dicha resolución y declaramos anulada la Libertad condicional de J. con regresión al segundo grado de clasificación y declaración de oficio las Costas de esta alzada.

16. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE LAS PALMAS DE FECHA 26/04/05

No procede la revocación de la libertad condicional en supuesto de interna sometida a expediente de extradición.

La interna accedió al cuarto grado penitenciario, esto es a la libertad condicional, por auto de esta Juzgado de 19 de febrero del año 2004, libertad que debía disfrutar en la ciudad de Las Palmas e imponiéndosele como condición el someterse a entrevistas mensuales con los servicios sociales penitenciarios.

Con fecha 2 de marzo de 2005, la interna ingresa en prisión por encontrarse en situación preventiva a disposición del Juzgado Central de Instrucción n.º 2, en virtud de Expediente de Extradición instruido como consecuencia de la orden internacional de detención n.º 19 de diciembre de 1999, de 2 de marzo de 2004, expedida por las autoridades judiciales de Perú, Tercera Sala especializada de lo Penal del Callao, por un delito de tráfico de estupefacientes.

Por auto de 4 de marzo de 2005, el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 acuerda acceder a la demanda de extradición simplificada, al existir consentimiento de la interna, prestado a presencia de letrado, para que se produzca la citada entrega, renunciado, asimismo, al beneficio de la especialidad extradicional.

Dado pues, que no existe comisión de nuevo delito durante el período de la libertad condicional ni incumplimiento de las condiciones impuestas para el disfrute de la misma, y, por tanto no cabiendo revocación de la misma, y teniendo presente que consta consentimiento de la interna, como hemos señalado anteriormente, para ser entregada a su país al objeto de que se le enjuicie por los delitos que se le imputan, entiende quien esto

provee que procede acordar que, según lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, la interna continúe, por la Ejecutoria de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en situación de libertad condicional en su país (Perú), estableciéndose como cautela para hacer efectiva la salida de nuestro país a que se refiere el n.º 1 del citado precepto reglamentario que sea entregada al Servicio de Interpol encargado de ejecutar la extradición acordada en auto de 4 de marzo del Juzgado Central de Instrucción.

17. AUTO JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 20/11/09

Revocación de la libertad condicional por dejar de concurrir buena conducta (sanciones)

Por auto de fecha 16-08-2009 dictado en la pieza de Libertad Condicional nº 280/09-01 se aprobó la propuesta de libertad condicional a favor del interno T.R. del Centro Penitenciario de Topas.

Por el mismo Centro penitenciario de Topas se remitieron informes relativos a la reiterada mala conducta del interno, que había dado lugar a ser sancionado en más de dos ocasiones.

Se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual informó en el sentido de que procede revocar el beneficio de la libertad condicional.

Es procedente revocar los beneficios de la libertad Condicional a todo penado que en dicho periodo vuelva a delinquir o inobservare las reglas de conducta impuestas, según determina el artículo 93 del Código Penal, en relación con el artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y concordantes, así como con el artículo 201-2 del Reglamento Penitenciario, por lo que, en consecuencia, procede revocar al penado dicho beneficio.

En efecto, la libertad condicional se revocará en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal y además cuando dejaren de concurrir los presupuestos que permitieron su concesión.

En concreto, cabe la revocación de la libertad condicional por mala conducta penal, al dejar de concurrir la buena conducta exigida en el artículo 90.1 del Código Penal.

El interno de referencia tiene concedida la libertad condicional para ser disfrutada en Francia.

Una vez concedida la misma y antes de hacerse efectiva, cometió faltas disciplinarias que fueron objeto de sanción.

La Junta de Tratamiento propuso a este Juzgado que no se hiciera efectiva la salida en libertad condicional hasta la cancelación de las sanciones, a lo que se accedió.

Una vez canceladas las sanciones y no habiendo aún salido el interno en libertad condicional (se estaba gestionando su billete), el interno ha vuelto a cometer hechos que han sido objeto de expediente disciplinario (agresión y posesión de dinero de curso legal), lo que evidencia una reiterada mala conducta que obliga a la revocación de la libertad condicional. Así queda acreditado con los partes del jefe de Servicios y de los funcionarios intervinientes.

Igualmente entendemos que ya no concurre un pronóstico favorable de reinserción social (artículo 90.1-c del Código Penal).

En el mismo sentido se ha manifestado el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 18-11-2009.

Se acuerda la Revocación de la libertad condicional concedida al penado T.R.

18. AUTO JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE ASTURIAS DE 14/02/2013

Revocación de la libertad condicional por carecer de acogida al encontrarse indocumentada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por auto de este Juzgado de siete de febrero de 2013 se concedió la libertad condicional a la penada C.G. por aplicación de los artículos 90 y 92 del Código Penal, y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del vigente Reglamento Penitenciario, atendiendo a que padece enfermedad muy grave e incurable y con imposición de reglas de conducta, entre ellas la obligación de seguir el tratamiento médico así como la de residir en el domicilio de acogida.

En el día de hoy se recibe informe de la Fundación de acogida del siguiente tenor “Que dadas las actuales circunstancias sanitarias de la paciente (requiere medicación, asistencia sanitaria continuada y desplazamiento en ambulancia diario para recibir tratamiento de radioterapia), nos resulta imposible acogerla, ya que no dispone de cobertura sanitaria ni de NIE, que nos permita su obtención. Que una vez obtenida, por parte de Instituciones Penitenciarias, la documentación necesaria que nos permita la tramitación de la asistencia sanitaria para personas sin recursos, podrá gestionarse su ingreso en el dispositivo”. Dándose traslado al Ministerio Fiscal que interesó la revocación de la libertad condicional.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Según consta en la documental remitida por la Fundación SILOÉ a día de hoy se manifiesta la imposibilidad de acoger a la interna por cuanto carece de cédula de identificación (NIE) y no es posible continuar con la cobertura sanitaria que presta la Seguridad Social. El Centro informa así mismo que la interna se encuentra ingresada en el Hospital Central pero será dada de alta en el día de hoy.

Del contenido de los informes resulta que, pese a la situación de enfermedad que la penada padece, han fallado los condicionantes de la libertad

condicional al carecer de acogida, así como la posibilidad de que la interna pueda recibir tratamiento médico a la enfermedad que padece.

En consecuencia, visto, el artículo 93 del Código Penal y demás de general y pertinente aplicación,

ACUERDO

Revocar con efectos del día de la fecha la libertad condicional concedida a C.G. por auto de siete de febrero de 2013, librando mandamiento para que por la Policía Nacional de Oviedo se proceda a la detención y custodia de la interna que se encuentra en la Residencia Sanitaria Covadonga de Oviedo, para su posterior traslado por la Guardia Civil e ingreso en el Centro Penitenciario de Villabona.

19. AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 13/05/2013

Revocación por imposición de medidas cautelares de alejamiento de la persona que tenía la acogida.

HECHOS

En fecha 07-02-2013 se dictó Auto en este expediente otorgando el beneficio de la libertad condicional al penado J.V.P. previa propuesta del Centro de Inserción Social de Huelva. El penado está extinguiendo condena de prisión de noventa y seis meses por la comisión de delito contra la salud pública, ejecutoria seguida ante la Sección cuarta de la Sala de lo Penal en el asunto 32/2009 (E.S.T.E.).

En comunicación recibida en fecha 09-05-2013, por el CIS Huelva se informa sobre el citado penado pesa, desde fecha 07-05-2013, acompañando copia del Auto del Juzgado de violencia sobre la Mujer nº 1 de Huelva, asunto Diligencias Urgentes, imposición de medidas cautelares de que aquí se dan por reproducidas.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, ha solicitado la revocación del beneficio de la libertad condicional en su día otorgada a dicho penado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 93 del Código Penal establece literalmente que: “1. El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este periodo de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que permitieron acceder a la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda.

En el supuesto previsto en el apartado anterior el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”.

En el mismo sentido se refiere el artículo 201 del Reglamento Penitenciario las causas que motivan la revocación del beneficio de la libertad condicional estableciendo que,

“1. El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al liberado para cumplir su condena. Siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en establecimiento penitenciario.

2. Si en dicho periodo el liberado volviera a delinquir o inobservarse la reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

3. En el caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación”.

En el presente caso, se ha comunicado por el Centro de Inserción Social de Huelva, establecimiento encargado del seguimiento del liberado durante su periodo de libertad condicional, la imposición al penado en fecha 07-05-2013 por el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Huelva, de la obligación de cumplir medidas cautelares para la protección de una tercera persona (familiar que además asume la acogida del penado durante el periodo de libertad condicional).

La imposición de dicha medida inicia una involución en el comportamiento del penado mientras disfrutaba del beneficio, circunstancia que le aleja de la evolución positiva necesaria para disfrutar del beneficio de la libertad condicional. A ello se une la falta, al habersele impuesto el cumplimiento de las citadas medidas cautelares, de un requisito que es necesario para el disfrute del beneficio como es el de contar con acogida familiar durante el periodo de la libertad condicional, toda vez que la persona a la que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ha ordenado proteger, imponiendo medidas de alejamiento y comunicación al penado, resulta ser la persona que hasta ahora asumía la acogida del penado.

Por ambas circunstancias, y como ha solicitado el Ministerio Fiscal, procede revocar el beneficio de la libertad condicional del que disfrutaba el penado J.V.P. por Auto dictado en este expediente en fecha 07-02-2013 y en consecuencia ordenar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado su inminente búsqueda, captura e ingreso en prisión para continuar extinguiendo la pena de prisión que actualmente cumple en Centro Penitenciario.

En consecuencia, vistos los artículos 93 del Código Penal y 201 del Reglamento Penitenciario y sus preceptos concordantes, y demás de general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Se revoca el beneficio de la libertad condicional concedido al penado J.V.P. por Auto de fecha 07-02-2013 dictado en este expediente y se ordena

su inmediata búsqueda, captura e ingreso en prisión para continuar extinguiendo la pena de prisión impuesta en Centro Penitenciario.

20. AUTO DEL JUZGADO PENAL NÚMERO 7 BILBAO DE FECHA 19/7/2013

Auto estimatorio, revocando la libertad condicional por insuficiente pago de la responsabilidad civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

El 30 de mayo de 2013 en el expediente, relativo al penado R.F.S. se dictó, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao Auto en el que se aprobaba la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Basauri. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación frente la indicada resolución, al que se opuso la defensa del penado a través de los argumentos que obran.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 90 del Código Penal contempla la posibilidad de que alcancen la libertad condicional los sentenciados que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, que hayan observado buena conducta penitenciaria y que exista respecto de ellos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes, aunque no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 da la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El artículo 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria declara que “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá además de los requisitos previstos por el Código

Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y 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 perjudicado y su condición”, asimismo añade que “singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos; (...) c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”.

Así, la Ley Orgánica General Penitenciaria, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, establece como uno de los requisitos para el acceso al tercer grado la satisfacción de la responsabilidad civil. Tal apreciación del requisito de no pago de la responsabilidad civil no opera automáticamente, de modo que la Ley establece una serie de criterios para valorar la necesidad o no de conceder el beneficio por la insatisfacción de la responsabilidad civil. Tales criterios, de acuerdo con el citado artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria son: La conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y en su caso el daño o entorpecimiento producido al servicio público; y la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Es decir, es la propia Ley la que, pese a la tajante redacción del primer inciso del apartado primero del artículo 72.5, establece modulaciones y matizaciones a una rigurosa aplicación del precepto, dando a entender que es posible acceder al tercer grado aun no habiendo satisfecho la responsabilidad civil por cuanto posteriormente se introducen elementos de pronóstico futuro sobre la posibilidad de pago de tal responsabilidad.

En el supuesto examinado, el Juzgado de Vigilancia refiere -en apretada síntesis- que el penado abonó el pasado día 28 de noviembre de 2012 una suma algo superior a 13.000 €, que desde que accedió al tercer grado la cuota mensual ha subido de 300 a 1.000 €; y que asimismo le consta que el precio recibido por los inmuebles de los que está disponiendo el anterior viene siendo ingresado en la cuenta de un Juzgado de Instrucción al existir vigentes medidas cautelares dictadas por éste que le impiden la libre disposición. Tales elementos conducen a considerar que el penado tiene una inequívoca voluntad de pago y ha demostrado un esfuerzo para el pago de la responsabilidad civil que le atañe.

No se comparten tales valoraciones, debe comenzarse señalando que fue condenado en firme en fecha 27 de marzo de 2007, la responsabilidad civil asciende a 1.584.812,20 € y no se ha dictado en Ejecutoria Auto de insolvencia. Tampoco se ha instado por el reo plan de abono alguno.

No se observa en la propuesta de la Junta información precisa sobre los puntos a los que se refiere el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es decir, indicar cuál ha sido “la conducta observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales” las “condiciones personales y patrimoniales del culpable” para poder valorar “su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil”, y “las garantías que permitan su satisfacción futura”, y resto de extremos a los fines de que sea una verdadera “propuesta razonada de grado” previa.

De las alegaciones de defensa y Ministerio Fiscal cabe extraer que los pretendidos abonos procedentes de la venta de inmuebles se han llevado a cabo en el seno de un procedimiento penal por un presunto delito de alzamiento de bienes. Y por motivos que se desconocen –nada se dice al respecto- el reo no decidió enajenarlos hasta que las medidas cautelares se hicieron efectivas. Tampoco se justifica por qué en ocasiones el penado ha procedido a la venta de inmuebles de su propiedad a su sola iniciativa y en otras se ha limitado a ofrecerlos en dación de pago; y admite de forma llana que es titular del 80% de las participaciones sociales de la mercantil INMOBILIARIA, a la sazón propietaria de los bienes enajenados. Tal proceder pone seriamente en cuestión lo referido en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de fecha 4 de febrero de 2013 que señala que el penado “tan sólo puede aportar el dinero que provenga de su actividad laboral y no de los inmuebles que pudiera tener en propiedad” y su pre-

tendido esfuerzo en aras de la reparación del daño causado a la Hacienda Pública, a quien el recurrente achaca sin complejos la responsabilidad del que aún no se haya producido la íntegra reparación del mismo. Lo cierto es que la consignación en la cuenta del Juzgado de Instrucción del importe obtenido en abril de 2013 por la venta de los inmuebles sujetos a medidas cautelares para a continuación interesar que se expida mandamiento de devolución a la Hacienda Foral –signo inequívoco de su personación en autos- constituye un cauce ciertamente tortuoso para hacer frente a unas obligaciones impuestas en firme desde marzo de 2007. En tal sentido, no concluye el recurrente su razonamiento acerca de qué responder a que los importes se deben y no han sido abonados, sin que sea asumible que tales actuaciones respondan a una “venta ordenada”. Antes al contrario, parecen ser consecuencia del inicio de actuaciones penales precisamente por –presuntamente– eludir el cumplimiento de su responsabilidad patrimonial ante la Hacienda Pública.

No se penaliza en consecuencia la insolvencia total o parcial tal y como se sostiene en el recurso. Lo que sucede es que los antecedentes expuestos evidencian que el esfuerzo reparatorio ha sido mínimo o quizás inexistente y solo se incrementó, puntualmente, por los motivos utilitaristas ya señalados; sin que haya puesto su capacidad económica al servicio del resarcimiento al que viene obligado, lo que pone en serias dudas su reinserción social. La situación descrita es suficientemente elocuente por sí misma; se entiende inaceptable que se pretenda presentar como paradigma del esfuerzo reparador el destino del producto de bienes sujetos a medidas cautelares en la investigación judicial por un presunto delito de alzamiento de bienes en relación con el mismo acreedor o perjudicado.

Una última precisión se impone, y es la nula, vinculación a los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus distintas reuniones, pues sin negar el interés doctrinal práctico de sus conclusiones lo cierto es que cada Juez o Tribunal, sometido únicamente al imperio de la ley, es soberano para aceptarlos o disentir en la aplicación de las normas jurídicas. En el supuesto examinado lo relevante es ponderar si concurre en el penado el requisito del apartado 5 del artículo 72 de la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y para ello valorar aquellos datos o circunstancias que pongan de manifiesto una inequívoca voluntad reparatoria, concretada en hechos objetivos que evidencien el esfuerzo del penado por satisfacer, dentro de sus posibilidades la responsabilidad civil.

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

PARTE DISPOSITIVA

Decido: Estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao en fecha 30 de mayo de 2013; que se revoca.

21. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE FECHA 14/02/17

Revocación de la libertad condicional al valorar que una causa en libertad provisional supone un cambio importante de circunstancias.

HECHOS

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de la Comunidad Valenciana, con sede en Valencia, en relación al interno C.I.M. dictó auto notificado que fue el mismo por su letrado se interpuso recurso de apelación, admitiéndose en un efecto.

Que conforme al artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y admitida la apelación se puso la causa de manifiesto a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo de 5 días pudieran alegar por escrito dentro lo que estimaran conveniente y señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones, transcurrido dicho plazo se elevaron a esta Sala.

Se incoó el presente rollo para la substanciación del recurso, en el que se pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se recurre en apelación el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en que desestimaba revocar la libertad condicional concedida al penado, pese a las nuevas circunstancias habidas, al no estar dentro de los supues-

tos legales no siendo estrictamente necesaria la revocación, interpretando el artículo 90.6º, y el artículo 86 del Código Penal en favor del reo y con carácter restrictivo.

El Ministerio Fiscal recurrente planteó un debate jurídico de interpretación de normas al considerar que si bien el Juzgado aplicó el artículo 90 del Código Penal bien cierto es que la situación actual del penado C.I.M., teniendo concedida la libertad condicional, entendida como una suspensión de la pena, dado el tenor literal del nuevo artículo 90 reformado por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, la situación debe contemplarse con el contenido del artículo 86. 1º y 4º del Código Penal para que sea revocada la libertad condicional concedida.

Por tanto, a juicio del Ministerio Público, el penado incurre en un cambio esencial de las circunstancias habidas, el hecho de estar preso preventivo por un presunto delito posterior, aunque actualmente esté en libertad provisional por el pago de una fianza. Ello supone un cambio esencial en las circunstancias personales del reo para no merecer seguir en libertad condicional; que la nueva causa por la que estuvo preso preventivo el interno se refirió a un hecho muy grave, un delito de estafa continuada y organización delictiva, blanqueo de capitales. Por ello el penado incurre en causa para que le sea suspendida la libertad condicional por la reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado, situaciones reguladas y previstas en el artículo 86.4º del Código Penal.

En este caso, se debe aplicar el artículo 86 y 90.5º del Código Penal en su actual redacción.

El artículo 86 del Código Penal tiene el siguiente contenido: «1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: a) sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes, que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, c) incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al

compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). 4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima: el juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”.

Artículo 90 del Código Penal.- “5. En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando, se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.”

Por tanto, el debate jurídico, con interpretación literal de ambos preceptos, el artículo 90.5° y 86.4° del Código Penal, debe resolverse entendiendo en primer lugar que existen causas tasadas para revocar la libertad condicional, las enumeradas en el artículo 86, sin que ninguna sea la de estar el reo en prisión preventiva o investigado por un delito. En todo caso el precepto dice “podrá”, luego es potestativo del juez.

En el párrafo siguiente, del artículo 90.5° Código, Penal afirma de manera imperativa que el juez “suspenderá” cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

Tal precepto deja a la libre decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, apreciar las concretas circunstancias personales del reo en el periodo de libertad condicional; para ello debe valorar la posible peligrosidad, basado en los informes que se expongan sobre el reo.

En este caso el auto del magistrado razonó que debe interpretar las normas restrictivas de los derechos del reo de forma no extensiva al tratarse de los derechos individuales, luego mantiene la situación de libertad condicional. El magistrado valoró la prisión preventiva del reo por hechos posteriores, del 24 de noviembre de 2016, valoró además que el preso sr. M. actualmente está en libertad y que no existe condena por los hechos investigados, por lo que su auto es ajustado a derecho, dentro de la decisión prevista legalmente.

Consta del expediente que el penado C.I.M. fue condenado por esta Sala en sentencia de 23-05-2006 a la pena de 15 años de prisión por delito de robo con violencia, detención ilegal, allanamiento de morada, iniciando el cumplimiento el 5 de julio de 2004, estando previsto el licenciamiento el 29-6-2019. Estuvo en tercer grado desde el año 2012, con evolución positiva. Tras los informes favorables, le fue concedida la libertad condicional por auto de 4-9-2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5, fijando el plazo de licenciamiento definitivo para el día 29 de junio de 2019.

La incidencia posterior, se comunicó por la Policía Nacional en escrito de 24-11-2016, haciendo constar que el penado, ingresó como preso preventivo por otra investigación del Juzgado de Instrucción de Requena. Estuvo en prisión preventiva hasta el 28 de noviembre, es decir, 4 días. Solicitada información de tal hecho, el Juzgado de Requena informó que la investigación realizada lo es por delito de blanqueo de capitales y delito continuado de estafa sobre hechos presuntamente cometidos el 14 de junio 2016 en Requena. De tal incidencia se aportó el auto de prisión provisional del señor M., eludible por pago de fianza de 10.000 €. Dicha fianza fue pagada el 28 de noviembre 2016.

De tal incidencia se dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual solicitó que se revocara la libertad condicional en aplicación del artículo 95.5º del Código Penal.

A la vista de los anteriores datos, valorando si se produce un cambio sustancial de las circunstancias, ello es así a la vista de la actuación del penado, ya que nada más iniciado el plazo de libertad condicional (4-9-2015)

al poco tiempo es detenido preventivamente por otros hechos; los hechos nuevos investigados ocurrieron el día 14 de julio de 2016, es decir, antes de cumplirse un año de la situación de libertad condicional. El motivo de las investigaciones al penado C.I.M. son por una organización criminal dedicada a la estafa a través de internet, organización con varias personas, que ofertaban en páginas web alquileres de apartamentos que resultaron falsos, enriqueciéndose con transferencias de dinero recibidas usando captadores y “muleros”.

Las investigaciones policiales, así consta en el auto de prisión de 24-11-2016 llevan a determinar que el Sr. M. es el segundo jefe del grupo criminal.

La gravedad de la nueva situación supone que el pronóstico de peligrosidad, las actuaciones del reo en situación de libertad condicional, es una incidencia trascendental que pone de manifiesto un cambio de circunstancias importante, que debe conllevar la revocación de la libertad condicional, por lo que el recurso se estima.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA.-

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto no revoca ni suspende libertad condicional de fecha 09/12/2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de la Comunidad Valenciana con sede en Valencia.

SEGUNDO.- REVOCAR dicha resolución sin especial imposición de las costas de este recurso.

En su lugar se acuerda revocar la libertad condicional concedida al penado C.I.M.

LIBERTAD CONDICIONAL DE PENADOS EXTRANJEROS

22. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MELILLA DE FECHA 08/01/2004

Requisitos para la concesión de libertad condicional a miembros de países de la Unión Europea en su país de origen.

La libertad condicional es período efectivo de cumplimiento de condena y, por consiguiente, el liberado condicional debe estar sometido a un adecuado seguimiento y control de su cumplimiento, conforme a lo previsto en el artículo 202 del Reglamento Penitenciario.

En los casos de extranjeros no residente legalmente, en España, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal, resulta lícito sustituir tales controles por la expulsión del liberado condicional del territorio español, con la prohibición de entrada en el mismo durante un período determinado de tiempo, pero tratándose de españoles o de nacionales comunitarios no cabe esa expulsión.

En este sentido, el artículo 197 del Reglamento Penitenciario (que regula la libertad condicional de extranjeros), y el propio artículo 89 antes citado del Código Penal, deben interpretarse y aplicarse de forma que resulte compatible con los principios inspiradores de la Unión Europea, y con el denominado Acuerdo Schengen.

Conviene recordar que todo nacional de un Estado miembro, como ciudadano de la Unión, disfruta de un estatuto y una protección especiales, que los Estados miembros garantizan con arreglo a la Segunda Parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actuales artículos 17 a 22, versión consolidada tras el Tratado de Amsterdam).

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece un espacio sin fronteras interiores y concede a todos los ciudadanos de la Unión Europea el derecho a circular y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros.

En el caso que ahora nos ocupa, el penado es un nacional de un país de la Unión Europea, y que por tanto goza del estatuto de ciudadano de la Unión. Pedir que lo expulsen o acordar su expulsión de España, sin nin-

gún control ni seguimiento de su libertad condicional, significa tanto como expulsarlo de Melilla en donde ahora se encuentra, pues podría circular libremente por el resto de España, y demás países de la Unión prácticamente sin control ni traba alguna. Lo que evidentemente vendría a constituir un fraude y una burla a la ley penal, especialmente a lo dispuesto en los mencionados artículos 89 y 197 del Código Penal y Reglamento Penitenciario respectivamente; pues la expulsión si en algún caso resulta eficaz, es en aquellos supuestos de extranjeros no ciudadanos de la Unión. Para ciudadanos de la Unión, lo que resulta eficaz y procedente es trasladar al penado a su país de origen, para que allí termine de cumplir la pena que le haya sido impuesta.

Atendiendo a cuanto acabamos de razonar ha de advertirse que el expediente-propuesta de libertad condicional a favor del penado, remitido a este Juzgado por el Centro Penitenciario de Melilla, está incompleto. Ello es así porque al haber manifestado el interno su voluntad de cumplir la libertad condicional en su país (Francia), la Administración Penitenciaria debió prever las cautelas necesarias al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado, y, en este sentido, pudo -y debió ponerse en contacto con las autoridades competentes de Francia para que, bien a través de los tratados bilaterales que puedan existir entre ambos países, o bien en el ámbito del Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, el mencionado penado fuera trasladado a Francia para la aplicación en dicho país de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna. Todo de forma similar a como cuando se traslada a los reclusos para que sigan cumpliendo condena en establecimiento penitenciario extranjero, pero con la diferencia de que ahora se trata de seguir cumpliendo condena en libertad condicional.

No hacerlo así, supone otorgar a los nacionales o residentes comunitarios de otros países europeos un privilegio e imponer, a los españoles y demás residentes ilegales en España, una discriminación respecto de los anteriores, que resultan (privilegio y discriminación) contrarios al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal.

Por consiguiente, para conceder la libertad condicional en este caso, caben dos alternativas: o recabar de las autoridades francesas los controles necesarios, o que el penado fije residencia en España para cumplir aquí su libertad condicional.

23. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CEUTA DE FECHA 24/03/2004

Denegación de libertad condicional a súbdito marroquí por no existir convenio relativo a cumplimiento de penas en libertad condicional con Marruecos.

En el presente caso, nos encontramos ante un nacional marroquí, residente en España, que pretende cumplir el denominado cuarto grado penitenciario en su país de origen (Marruecos) donde tiene su residencia.

Entre el Reino de Marruecos y el Reino de España, no existe convenio relativo a cumplimiento de penas en libertad condicional, y es evidente que la Administración Penitenciaria no podrá mantener eficazmente la relación especial penitenciaria con el liberado condicional, ni existirá posibilidad de control de las condiciones que le puedan ser impuestas.

En consecuencia se produce una situación de absoluto agravio hacia los nacionales españoles y aquellos extranjeros que tengan su residencia en España con los que sí se mantiene la relación especial a que me he referido y el control del cumplimiento de las condiciones que le hayan sido impuestas al liberado condicional, respecto de los extranjeros no residentes quienes mediante su situación de libertad condicional sin posibilidad de seguimiento y control, obtendrían una reducción de su condena y su excarcelación no prevista en la Ley.

No apruebo la Propuesta de libertad condicional del interno del Centro Penitenciario de Ceuta.

24. AUTO 785/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE

Denegación de la libertad condicional por el desinterés a la hora de regularizar su situación en España

HECHOS

PRIMERO.- En Expediente personal del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de Barcelona relativo al interno anotado al margen, se dictó Auto de fecha 11 de junio de 2004, que desestimaba la propuesta favorable a la concesión del beneficio de libertad condicional, elevada por la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Homes de Barcelona, en favor del referido interno, interponiéndose en su virtud, por parte del mismo recurso de reforma que fue desestimado por Auto de fecha 6 de julio de de 2004. Se interpone por el interno recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los particulares necesarios a esta Sección, previos los trámites oportunos.

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 M., quedando el Rollo sobre la mesa para su resolución

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO. Se recurre en apelación el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desestimaba la propuesta de libertad condicional del interno. El citado auto no concede el beneficio con base en el negativo informe de integración social emitido y la falta de patrocinio de la CAS. El Auto que desestima el recurso de reforma es meramente formulario y no responde a lo alegado por el recurrente.

Ciertamente, la Junta de Tratamiento informó desfavorablemente el pronóstico de libertad condicional y lo hace sopesando la nula motivación del interno por regularizar su situación en nuestro país con los riesgos que tal situación puede traer hasta la fecha en la que se produzca el licenciamiento definitivo.

El extraño desinterés del penado por regularizar su situación le coloca en una difícil posición, por cuanto el mero hecho de que desempeñe funciones de voluntariado en una parroquia no supone que al salir del centro penitenciario pueda afrontar con garantías su vida en libertad, el "juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro" al que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por otra parte, ello hace que el "informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior" (artículo 195 del Reglamento) no pueda sino referirse a un riesgo permanecer en el ámbito de la economía sumergida y a las dificultades de seguimiento que podrían plantearse. No obsta a ello el hecho de que su esposa trabaje y los favorables términos en los que se pronuncia la el rector de la parroquia en la que el interno colabora.

Por ello, y ponderando los riesgos que pueden producirse para el tratamiento penitenciario y teniendo en cuenta el informe desfavorable emitido por la Junta de Tratamiento procede la desestimación del recurso.

LA SALA RESUELVE:

DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por M. contra el auto de fecha de 6.7.2004, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 4 de esta ciudad, en expediente personal de referencia, por el que se desestimaba recurso de reforma contra el auto de fecha 11.6.04 por el cual se denegaba la concesión del beneficio de libertad condicional al referido interno y en su virtud CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE dicha resolución, DENEGANDO LA LIBERTAD CONDICIONAL AL INTERNO.

25. AUTO 2431/2006 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE 30 DE MAYO

En libertad condicional, se alza la condición de expulsión del territorio nacional.

HECHOS

PRIMERO.- Por auto de fecha 20.2.06 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Burgos, se ratificó la resolución de la Administración Penitenciaria de fecha 14.12.05 que acuerda la libertad condicional con expulsión del territorio nacional del interno G.

Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Admitido en un solo efecto recurso de apelación contra estas resoluciones y remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló día para deliberación y fallo en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto de este recurso la condición que el Juez de Vigilancia ha impuesto a la libertad condicional del interno, a saber: la expulsión del territorio nacional. Condición ésta cuyo cumplimiento determinará la efectividad del beneficio, y de otra parte la concesión de la Libertad condicional anticipada a los 2/3 de cumplimiento de la condena.

SEGUNDO.- El recurso de apelación debe ser estimado en el primer motivo y desestimado en el segundo motivo.

Las resoluciones que se impugnan han invocado la remisión que hace el artículo 90.2 al artículo 96.3 del Código Penal como la norma que, en efecto, literalmente ampara el recurso a la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, prevista como medida de seguridad no privativa de libertad que se puede imponer con arreglo al Código (artículo 96.3.2º del Código Penal).

Pero, como también afirma el Juez de Vigilancia, a pesar del envío que el artículo 90.2 del Código Penal hace al artículo 96, no puede interpretarse que sea voluntad de la Ley la imposición de medidas de seguridad al liberado condicional, sino, sólo, la de condiciones o la observancia de algunos deberes o reglas de conducta a que podrá someterse el cumplimiento en libertad de la última parte de su condena.

En efecto, el artículo 6.1 del Código Penal establece que "las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito". Y el artículo 95.1.2º, también del Código Penal, que "las medidas de seguridad que aplicarán el Juez o Tribunal en los supuestos previstos –los casos del artículo 20 números 1, 2 y 3 del Código Penal como eximentes completas o incompletas–, requieren que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos". De tal forma que no resulta compatible la imposición de una medida de seguridad, cuyo presupuesto es la peligrosidad criminal del sujeto y que requiere por tanto un pronóstico que establezca la probabilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro, con la concesión de la libertad condicional, uno de cuyos requisitos fundamentales, como lo dispone el artículo 90.1 c) del Código Penal, es que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Por tanto, no cabe sostener, pese a la remisión en bloque que se hace al artículo 96.3 del Código, que haya querido la Ley autorizar la imposición de medidas de seguridad al liberado condicional, sino sólo –como así lo indica el Juez de Vigilancia– reglas de conducta o ciertas condiciones.

Es decir, ha de concluirse que la Ley, prescindiendo económicamente de una enumeración exhaustiva de las mismas al regular la libertad condicional, ha remitido al intérprete a otros preceptos en los que ya se contiene la relación de las reglas, obligaciones o condiciones, que, idénticas en su contenido, pueden ser consideradas funcionalmente como penas (artículo 33 y ss. del Código Penal); penas accesorias (artículo 57 del Código Penal); obligaciones o deberes unidos a la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 83 del Código Penal) o medidas cautelares (artículos 544 bis y ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

TERCERO.- En consecuencia, debe realizarse una interpretación no literal de esa remisión, sino restrictiva entendiendo que sólo podrán ser añadidas a la concesión de la libertad condicional las medidas de seguridad relacionadas en el artículo 96.3 del Código Penal, en tanto puedan ser consideradas sustancialmente condiciones o reglas de conducta que sirven a los fines propios de esta institución.

En un sistema progresivo, como lo es el de la ejecución de las penas privativas de libertad del Derecho español, la libertad condicional es, como período intermedio entre la prisión y la definitiva libertad, el último grado de la ejecución (artículo 72.1 Ley Orgánica General Penitenciaria) y va, en especial, orientado, desde el mandato del artículo 25.2 de la Constitución, a la reeducación y a la reinserción social. Implica la mayor adecuación individual de la pena al caso concreto y a la persona del autor y corresponde esencialmente al fin de la prevención especial. Pues, antes de que pueda ser concedida, debe existir en cada caso un juicio de pronóstico individualizado y favorable de la reincorporación del penado a la sociedad.

La expulsión del territorio nacional carece de sentido propio, vinculada a la libertad condicional. De acordarse en este momento, cuando la ejecución de la pena de prisión ha llegado a su fase última, equivaldría a una renuncia a la recuperación y reintegración en la sociedad de quien ha dado signos suficientes, con su comportamiento, esfuerzo y evolución penitenciaria, de reunir las condiciones y la disposición para ello, como en este caso sucede en el criterio de esta Sala, pero ya antes también, de la Junta de Tratamiento, del Ministerio Fiscal y del Juez de Vigilancia.

CUARTO.- De conformidad con el sentido de esta resolución se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

VISTOS los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

En atención a todo lo expuesto

LA SALA DISPONE:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos en cuanto al levantamiento de la condición impuesta de expulsión

del territorio nacional y desestimado el recurso del Ministerio Fiscal, concediendo al recurrente al Libertad Condicional en los términos expresados en los fundamentos jurídicos de esta resolución; declarando de oficio las costas devengadas en la sustanciación del presente recurso.

26. AUTO 305/2006 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA SECCIÓN 2ª DE 26 DE JULIO

Libertad condicional de penados extranjeros: no hay discriminación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León (Burgos), a propuesta del Centro Penitenciario de Dueñas donde el interno C. cumple la condena de tres años y seis meses de prisión más un mes de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa impuesta en sentencia firme dictada por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada a la Ejecutoria, con fecha 23 de marzo de 2006 dictó auto aprobando la concesión de los beneficios de la libertad condicional a dicho penado condicionada a su efectiva expulsión de territorio nacional.

SEGUNDO.- Contra el indicado auto interpuso recurso de apelación el Ministerio Fiscal en el cual, tras exponer los motivos que estimaba oportunos, terminaba con el suplico de que no se concediera la libertad condicional por no darse los requisitos previstos legalmente.

TERCERO.- Admitido a trámite en ambos efectos dicho recurso, se dio traslado del mismo a dicho penado, cuyo Letrado designado al efecto impugnó el recurso y solicitó su desestimación con confirmación del auto apelado.

CUARTO.- Remitido testimonio íntegro del expediente a este Tribunal sentenciador para resolución de la apelación interpuesta, han quedado los autos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Uno de los principales motivos que alega el Ministerio Fiscal en fundamento de su recurso es la posible discriminación que se produciría en favor de los penados extranjeros sin residencia legal en España y en detrimento de los nacionales cuando, alcanzado por el penado el periodo mínimo de cumplimiento requerido legalmente para la obtención del beneficio de libertad condicional y concedida ésta, al extranjero simplemente se le facilita su retorno al país de origen mientras que al nacional se le somete al control de los servicios sociales penitenciarios en garantía del cumplimiento de las condiciones o medidas impuestas y de que no va a volver a delinquir durante el tiempo que le reste para la total extinción de la condena, abundando además en que la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria en este caso supone una expulsión encubierta del penado extranjero arrogándose de esta forma una competencia que el artículo 89 del Código Penal reserva exclusivamente al Juez o Tribunal sentenciador.

Los argumentos expuestos por la parte apelante han de ser enérgicamente rechazados, y ello por varias razones:

En primer lugar, ninguna discriminación supone en detrimento de los penados nacionales que el penado extranjero pueda beneficiarse de la libertad condicional si reúne los mismos requisitos que aquéllos para obtenerla como es el caso que nos ocupa; de hecho, ni el artículo 90 ni el 91 del Código Penal impide que un extranjero pueda alcanzarla por el solo hecho de su nacionalidad, y el Reglamento Penitenciario, en su artículo 197, prevé expresamente la posibilidad de que el penado extranjero pueda disfrutar del beneficio en su propio país y, siempre que sea posible, sujeto a los controles oportunos conforme a la legislación del Estado del que sea nacional.

En segundo lugar, se observa que los hechos delictivos por los cuales fue condenado el penado Sr. C. se ejecutaron una vez en vigor la Ley Orgánica 15/2003 con la subsiguiente reforma del artículo 89 del Código Penal que obliga automáticamente a la expulsión del extranjero no residente legalmente en España que hubiera sido condenado a pena de prisión inferior a seis años salvo decisión excepcional en contrario y especialmente motivada en la sentencia, mandato que no observó la sentencia ejecutoria pronunciada por este Tribunal en su día pese a la imperatividad del precepto por la vinculación que supuso su dictado por conformidad de las partes;

de esta forma, la "discriminación" denunciada por el Ministerio Fiscal en su recurso carece de cualquier lógica jurídica al venir sancionada por la propia ley penal sustantiva esa sustitución automática de la pena por la expulsión del extranjero de la que, en este concreto supuesto, el penado podría haberse beneficiado desde el principio sin necesidad de haber cumplido siquiera los 2/3 de su condena en el Centro Penitenciario.

Y conectando con lo anterior, resulta incluso temerario afirmar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria carece de competencia para decretar la expulsión del penado, pues tal competencia se la atribuye expresamente el propio Código Penal en su artículo 90-2 al permitirle imponer al penado cuya libertad condicional se decreta alguna de las medidas previstas en los artículos 83 y 96-3, entre las cuales se encuentra, precisamente, la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España (artículo 96-3-2^a) y en cuya virtud la Juez de Vigilancia la impuso como única condición expresa a la efectividad de la libertad condicional concedida (aparte de la común e implícita a todos los supuestos de no volver a delinquir).

Por lo demás, se pregunta este Tribunal si no es mucho más discriminatorio para el extranjero que para el nacional el cumplimiento de una condena en un régimen penitenciario mucho más severo al estarle prácticamente vedado el disfrute de beneficios comunes cuales permisos ordinarios o extraordinarios de difícil concesión a un penado que carece de residencia legal en nuestro país.

De todo lo anterior se concluye que la libertad condicional del penado extranjero sin residencia legal con sujeción a su efectiva expulsión de España no sólo no es discriminatoria sino que constituye un supuesto previsto y autorizado en nuestra legislación sustantiva y penitenciaria que, pudiendo o no responder a criterios de justicia intrínseca dependiendo de la perspectiva con que se mire, sí es fruto de una determinada política criminal que no le es dable cuestionar a este Tribunal.

SEGUNDO.- Se alega también por el Ministerio Fiscal que no existen circunstancias excepcionales en el caso del Sr. C. que autoricen a adelantar al cumplimiento de los 2/3 de su condena el momento para la concesión del beneficio conforme al artículo 91 del Código Penal en lugar de haber esperado a la extinción de las 3/4 partes según exige con carácter general el artículo 90; pero tal alegación supone el desconocimiento de la pro-

puesta de adelantamiento que realizó la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario significando la buena conducta observada por el interno y el haber desarrollado continuamente actividades de tipo laboral, cultural y ocupacional, con apoyo además en el informe del educador del Centro, obrante al folio 24 del expediente y remitido a petición del propio Ministerio Fiscal, donde se indica que el interno "mantiene una conducta adaptada, es correcto y respetuoso en el trato, participativo, realizando el destino de limpieza del taller ocupacional, asistiendo al taller ocupacional del módulo y practicando deporte de forma regular en la escuela de atletismo", sin que en el recurso haya hecho el apelante la más mínima referencia a dicho informe ni cuestionado ninguna de las afirmaciones que en el mismo se contienen, ignorándolo, simplemente, pese a que el mismo está justificando los excepcionales requisitos que exige el artículo 91 del Código Penal para adelantar la concesión del beneficio.

TERCERO.- Por último, ningún valor tiene a los efectos del recurso la alegación de que no se impone al penado la observancia de determinadas normas de conducta, ni medidas de control para comprobar que no vuelva a delinquir o que no se le prohíba volver a entrar en el país tras la expulsión, pues en cuanto a lo último la misma expulsión decretada conlleva implícita tal prohibición de entrada en territorio nacional, y respecto de las demás, es precisamente la expulsión la principal medida o condición de las impuestas, cuyo eventual quebrantamiento haría innecesario ningún otro tipo de control por dar lugar de inmediato a la revocación del beneficio, al igual que la perpetración de cualquier otro delito en España.

Procede, pues, la desestimación del recurso interpuesto con confirmación de la resolución recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala

RESUELVE

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 23 de marzo de 2006 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León en el expediente de libertad condicional núm. 31/2006 del cual este rollo trae su causa, resolución que queda confirmada.

27. AUTO AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCIÓN 6ª (CEUTA) AUTO 114/2006 DE 8 DE SEPTIEMBRE

Se estima recurso no concediendo la libertad condicional en país de origen por falta de pronóstico social favorable.

HECHOS

ÚNICO. -En fecha 17 de julio de 2006 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ceuta se dictó auto contra el cual el Ministerio Fiscal interpone recurso de Apelación en tiempo y forma, el cual se admite en un solo efecto, pasando las actuaciones a la Sección VI de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta para su oportuna resolución, habiendo tenido lugar la votación el día de hoy.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente recurso de apelación, el Ministerio Fiscal se opone a la resolución dictada por el Sr. Juez de Vigilancia en la que se acuerda autorizar que el penado A.D., pueda disfrutar de la libertad condicional en Marruecos, aprobando la citada libertad condicional, con sujeción a la regla de conducta de prohibición de entrar en territorio nacional durante el tiempo que le quede hasta la extinción total de la condena que será el 13 de abril de 2007.

Señala el Ministerio Público que con el auto recurrido se ha roto la doctrina habitual del Juzgado hasta el momento y se basa en una norma reglamentaria (artículo 197 del Reglamento Penitenciario) que no desarrolla Ley alguna sino que crea un supuesto "ex novo" o al menos realiza un impropio desarrollo extensivo, ampliando las consecuencias jurídicas previstas inicialmente, con lo que se extinguiría de forma impropia la relación jurídico penitenciaria, antes del licenciamiento definitivo, lo que equivaldría a una anticipación de la libertad definitiva ante la falta de control y de la posibilidad cierta y efectiva de ser revocada.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal discrepa de que la solución sea la adoptada por el Juzgado, al imponer como medida al penado la expulsión de territorio español, lo cual mutaría la naturaleza de la libertad condicio-

nal, en la que es sustancial la posibilidad de revocación, que devendría ilusoria, además de considerarse una sustitución de la pena originariamente impuesta que, en este caso, además, está prohibida expresamente en el artículo 89 del Código Penal, para los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que es el que, en el caso que nos ocupa, sirve de base a la condena del penado.

En el auto del Sr. Juez de Vigilancia se ha desarrollado una amplia motivación acerca de los puntos cuestionados por el Ministerio Fiscal en su recurso.

Se señala en el mismo que en el presente caso se dan todos los requisitos exigidos en el artículo 90 del Código Penal, aun cuando el control y vigilancia de esta libertad condicional sean diferentes por razones de política criminal y de extranjería, que deben considerarse como un beneficio hacia el interno extranjero en el sentido de que se le permita disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia, resultando discriminatorio hacer cumplir al penado la pena íntegra por el mero hecho de ser extranjero, cuando reúne los requisitos para acceder a la libertad condicional y existe un informe favorable de reinserción social, siendo, por otro lado, contradictorio y absurdo que se le conceda el beneficio para disfrutarlo en España, obligándolo a vivir en un país de forma alegal, sin arraigo, sin trabajo y contraviniendo las normas de extranjería.

En cuanto a las críticas contrapuestas sobre el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, en el auto recurrido se sostiene que dicho precepto reglamentario no carece de cobertura legal, ya que no limita ningún derecho fundamental, sino que, por el contrario, amplía libertades y simplemente concede un beneficio, estableciendo unas cautelas diferentes a las que contempla el artículo 90 del Código Penal pero que no son la esencia de la libertad condicional y que permiten ciertas seguridades de cara a su cumplimiento.

Saliendo al paso de la crítica que también se hace del precepto considerándolo discriminatorio a favor del extranjero, señala el auto recurrido que resulta más discriminatorio el artículo 89 del Código Penal que obliga al juez a sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente, mientras que al liberado condicional que se le autoriza a vivir en el extranjero se le puede imponer una serie de cautelas o medidas, que,

aunque con un control inferior, se ha de dar por bien empleado en beneficio del extranjero.

Se señala en la resolución impugnada que en el artículo 197 Reglamento Penitenciario en ningún caso se habla de expulsión, sino de autorización para que el interno pueda disfrutar de su libertad condicional en el país de su residencia, con lo que legalmente no se le expulsa sino que se le concede un beneficio.

Por último se fundamenta en el auto recurrido que se imponga como regla de conducta la prohibición de volver a territorio nacional, a la que califica de equitativa, legal y proporcionada.

SEGUNDO.- Tradicionalmente se ha considerado a la libertad condicional como un beneficio que se concede en el último período de su condena a los condenados a penas privativas de libertad que han observado buen comportamiento, como medio de prueba para ver si están corregidos y preparados para la libertad definitiva. El liberado condicional nunca ha dejado de estar considerado como penado y si durante tal período reincide u observa mala conducta se impone la revocación.

Así se ha venido regulando e interpretando esta institución desde su implantación en España por Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, que estableció, precisamente en Ceuta, la libre circulación por la ciudad, de los penados comprendidos en el cuarto período de condena.

La regulación actual, en cuanto a los requisitos para su concesión, no debe ofrecer dudas de interpretación, dada la claridad que se desprende del texto que contiene el artículo 90 del Código Penal.

Según el mismo, han de concurrir las siguientes circunstancias:

- 1ª Que se encuentren en el tercer grado del tratamiento penitenciario.
- 2ª Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- 3ª Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

El artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario establece, además, la posibilidad de que los internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad docu-

mentada, puedan disfrutar del período de libertad condicional en su país de residencia; para ello la Junta de Tratamiento elevará al Juez de Vigilancia Penitenciaria el expediente completo, recabando autorización al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna. En cualquier caso, será necesario que previamente en el penado extranjero concurren los requisitos que para la libertad condicional establece el artículo 90 del Código Penal.

De la lectura de los anteriores preceptos podemos llegar a la conclusión, compartiendo el criterio del Sr. "juez a quo", de que, en principio, no debe existir contradicción ni ningún tipo de extralimitación del precepto reglamentario con relación a lo dispuesto en la Ley, ya que aquél ha de partir de que se cumplan los requisitos que fija el Código Penal, sin que por otro lado, en éste se haga ninguna referencia a la posibilidad de que la libertad condicional pueda cumplirse en el extranjero. En consecuencia, y con independencia de las reglas o medidas que el juez pueda imponer en cada caso, no existe ningún inconveniente para que el liberado condicional pueda cumplir en su país de residencia, siempre que se den ineludiblemente las circunstancias enumeradas en el citado artículo 90, sin que ello pueda suponer ningún tipo de discriminación o de conculcación del principio de igualdad.

Y es aquí donde vemos el problema para mantener, en nuestro caso, el criterio del Sr. Juez de Vigilancia, ya que, si bien se cumplen los presupuestos de la primera y segunda circunstancias (estar en tercer grado y extinción de las tres cuartas partes de la condena), y aun de la primera parte de la tercera (buena conducta), no existe "el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social", en donde no solo habrán de valorarse los resultados conseguidos por el tratamiento, sino que ha de hacerse un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, en el que van a influir decisivamente las circunstancias que han de condicionar la vida del penado en tal período en su país de residencia, y que aquí se desconocen absolutamente.

Así, en el pronóstico de integración social emitido por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Ceuta se dice textualmente (folio 13)

que "la progresión a tercer grado y el pronóstico están basados exclusivamente en la posibilidad legal establecida en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario. El disfrute de la libertad condicional (EN SU PAÍS DE ORIGEN) en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España, previa conformidad del interno y Aprobación por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria".

Es decir, para lo que no puede servir la previsión del tan citado artículo 197 Reglamento Penitenciario, es para sustituir tan fundamental requisito legal, (el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social), por el cumplimiento de una serie de requisitos formales (la conformidad del interno y la aprobación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria).

Comprendemos la dificultad, que no imposibilidad, de confeccionar un informe que haya de referirse a circunstancias concurrentes en un país extranjero, pero no existe otra posibilidad de eludir este exclusivo condicionante, sin contravenir lo dispuesto en la Ley.

Tampoco deben descartarse los argumentos con los que, entre otros, sustenta su recurso el Ministerio Fiscal en relación con la falta de control sobre el cumplimiento de las condiciones impuestas al liberado que no es que vaya a ser inferior, como se mantiene en el auto recurrido, sino que, en muchos casos va a ser inexistente tal como ocurre en el nuestro, en el que solo podría haber alguna posibilidad si el penado incumpliera la prohibición de entrar en España.

La previsión en algún tratado o convenio internacional sobre esta posibilidad, y que no existe con el Reino de Marruecos, tampoco posibilitaría poner en marcha unos controles en un país extranjero únicamente con el mecanismo previsto en el artículo 197.1 Reglamento Penitenciario, que es una actuación unilateral de la Administración Penitenciaria española con la autorización del Juez de Vigilancia, ya que habría de seguirse, obviamente, el procedimiento previsto en el propio Convenio.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso y la consiguiente revocación del auto recurrido.

En atención a lo expuesto

LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 17 de julio de 2006, revocando íntegramente la indicada resolución, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

28. AUTO 472/2007 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS ISLAS BALEARES SECCIÓN 1ª DE 2 DE NOVIEMBRE

No procede la imposición de la condición de expulsión en la libertad condicional.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera ha entendido en la causa registrada, en trámite de APELACIÓN contra Auto de fecha 28/08/07, seguida ante el Juzgado de vigilancia penitenciaria de Palma de Mallorca, en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó Auto por el Magistrado Juez del Juzgado de vigilancia penitenciaria de Palma de Mallorca el 28 de agosto de 2007.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por el interno G. recurso de apelación, que fue admitido a trámite y puesta de manifiesto la causa a las demás partes personadas para la resolución del recurso.

Quedando el recurso pendiente sobre la mesa a fin de dictar la resolución que proceda.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de esta capital dictó Auto el 28.08.07 por el que acordaba aprobar la concesión de los beneficios de la libertad condicional al penado G. y su puesta en libertad para

el día 29.09.07, acordando asimismo la medida de expulsión del territorio nacional al tratarse de extranjero no residente legalmente en España. La representación del referido penado interpuso recurso de reforma contra dicha resolución interesando que la libertad condicional del mismo le fuera concedida sin ninguna otra condición que la de no volver a delinquir, entendiéndose no aplicable la medida o condición impuesta. Dicho recurso fue desestimado por Auto del mismo Juzgado de fecha 17.09.07, que acordó el mantenimiento de la medida de expulsión.

Constituye, pues, el objeto del presente recurso la disconformidad con la imposición por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la medida de expulsión del interno como condición a la concesión de la libertad condicional. La parte apelante alega al respecto, en síntesis, que la remisión que efectúa el artículo 90.2 al artículo 96.3 del Código Penal en orden a posibilitar la adopción por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de las medidas de seguridad que este último precepto contempla (entre las que se cuenta la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España) es incongruente con la propia figura de la libertad condicional, pues ésta se concede en razón al pronóstico favorable de reinserción social (en el sentido referido por el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, como vocación y capacidad de vivir respetando la Ley penal), mientras que aquéllas se basan en la peligrosidad del delincuente (entendida como pronóstico de comportamiento futuro que incluya la probable comisión de nuevos delitos, según el artículo 95 del Código Penal); circunstancia ésta que además, en el caso concreto, no fue apreciada en la sentencia ejecutoria.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, como expone en su Auto de 28.08.07, haciendo aplicación de los artículos 91.1 y 90.2 del Código Penal, ha concedido al recurrente la libertad condicional estableciendo la medida de expulsión del territorio nacional. Y en su Auto de 17.09.07, al desestimar el recurso de reforma interpuesto contra el anterior, ha razonado que no obstante la concesión de la libertad condicional, subsiste en el caso la peligrosidad que justifica la adopción de una medida de seguridad porque al permanecer el recurrente en situación de ilegalidad está abocado muy posiblemente a la delincuencia como único medio para subsistir en nuestro país; a cuyos argumentos añade otros dos: que no hay razones que justifiquen la limitación al Juzgado de Vigilancia para la adopción de la medida cuando la Ley faculta al Tribunal sentenciador y a la Administra-

ción del Estado para acordar la expulsión y que no existe un derecho del extranjero que reside ilegalmente en España que ha delinquido a permanecer en nuestro país, como no lo tiene tampoco el extranjero en esa misma situación que no ha cometido delito alguno.

SEGUNDO.- Una adecuada respuesta jurídica al caso planteado nos exige recordar que el artículo 90 del Código Penal (en su actual redacción, establecida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 junio), bajo el enunciado "Circunstancias para su concesión y reglas de conducta", establece en su apartado 1, "con carácter general la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. Y c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria ." En su número 2, añade que el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código. Y, por su parte, el artículo 91.1 del Código Penal regula un supuesto especial de concesión de la libertad condicional estableciendo lo siguiente: "excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales".

Pues bien: el examen de la decisión del Juez de Vigilancia al imponer la medida prevista en el artículo 96.3.2º del Código Penal por remisión del artículo 90.2 nos obliga a analizar concretamente si dicho órgano puede, o no, adoptar "medidas de seguridad" (en sentido propio y técnico). Y este Tribunal entiende que no, por tres razones: a) Que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 del Código Penal, las medidas de seguridad

únicamente pueden imponerse por el Juez o Tribunal sentenciador. b) Que entre las atribuciones que la Ley asigna al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), una de las cuales es precisamente la de resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados, no se cuenta la posibilidad de adoptar "medidas de seguridad" (en sentido propio y técnico). Y c) Que, en coherencia con la regulación de las medidas de seguridad, el artículo 97 párrafo primero del Código Penal, en su nueva redacción conforme a la Ley Orgánica 15/2003, atribuye expresamente al juez o tribunal sentenciador, durante la ejecución de la sentencia, las facultades de control sobre las medidas de seguridad impuestas (perdiendo su naturaleza facultativa y pasando a tener carácter necesario). A tal efecto, el Juez de Vigilancia estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad.

Con estas premisas forzoso es entender que la remisión que efectúa el artículo 90.2 al artículo 96.3, no se refiere a la adopción de "medidas de seguridad", sino a "medidas" (entendidas como deberes, obligaciones, cargas o reglas de conducta), cuyo contenido es esencialmente idéntico a las de las medidas de seguridad que dicho precepto prevé.

Ahora bien: como quiera que la remisión del artículo 90.2 al artículo 96.3 del Código Penal se hace "en bloque" (o sea, a todas las medidas que el precepto prevé, hasta un total de 12) resulta obligado analizar si algunas de ellas, y concretamente la prevista como 2ª (la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España) es compatible, o no, con la naturaleza jurídica de la libertad condicional.

La Sala, compartiendo el criterio de los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, de fechas 24.10.2005 y 16.11.2005, y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 24.04.06, entiende que la respuesta ha de ser la negativa, por las razones que a continuación se exponen.

TERCERO.- De acuerdo con lo que resulta de los artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario, es claro que la concesión de la libertad condicional constituye un beneficio para el penado que supone para él una nueva situación en la que sigue cumpliendo su condena (el artículo 192 del Reglamento Penitenciario establece que "los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en

el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código").

El concreto contenido de la medida de expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España prevista en el artículo 96.3.2ª no se contiene en tal precepto. Hay que buscarlo en los apartados 2 y 3 del artículo 89 y en los apartados 2 y 3 del artículo 108, ambos del Código Penal, al tratar de la sustitución de la pena privativa de libertad (estableciendo un régimen diferenciado en razón a su duración –según sea ésta inferior o superior a 6 años–) y de la medida o medidas de seguridad que le fueran aplicables en sentencia. Se establece que en tales casos el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena. Pero es evidente que la medida de expulsión, como tal, es instantánea y se agota en la propia expulsión, sin perjuicio del período de prohibición de regresar a España (que, en una favorable interpretación podría entenderse no a los 10 años, sino durante todo el tiempo que restase hasta concluir la condena en situación de libertad condicional). Y es, además, la única de las medidas contempladas en el artículo 96.3 del Código Penal, en la que no existe posibilidad de establecer una duración temporal. En tales términos se recuerda ello en la Circular 1/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Todas estas circunstancias no hacen sino evidenciar la falta de coherencia de la medida en cuestión con la naturaleza jurídica de la institución de la libertad condicional. Si se acuerda la expulsión en el momento de concederse la libertad condicional, a la que se llega cuando la ejecución de la pena de prisión ha llegado a su fase última, se está obviando la expectativa de renuncia a la recuperación y reintegración en la sociedad de quien ha dado signos suficientes, con su comportamiento, esfuerzo y evolución penitenciaria, de reunir las condiciones y la disposición para ello y, además, la condena impuesta, que aún no ha quedado extinguida porque no ha alcanzado su fecha de finalización, queda automáticamente sustituida de facto por la expulsión, sin posibilidad de continuar con su cumplimiento, por decisión acordada en exclusiva por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al margen de la voluntad del penado (supuesto distinto es el del artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario, que al tratar de la libertad condicional de internos extranjeros sin residencia legal en España, establece que previa

conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado) y sin la menor posibilidad de control por parte del Juez o Tribunal sentenciador; todo lo cual constituye una quiebra del sistema –naturaleza, contenido y fines de la libertad condicional– que determina su rechazo, ya que la expulsión del territorio nacional de extranjero no residente legalmente en España no es una pena, sino una de dos: o una medida de seguridad (en cuyo caso su imposición exigiría la necesidad de apreciación de peligrosidad criminal del sujeto, para lo cual se requiere un pronóstico que establezca la probabilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro, lo que es incoherente con la concesión de la libertad condicional, ya que uno de sus requisitos, es que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social –artículo 90.1 c) del Código Penal –, como razona el recurrente), o una medida sustitutiva, bien de una pena privativa de libertad (artículo 89 Código Penal), bien de una o varias medidas de seguridad (artículo 108 del Código Penal).

Ante esta realidad, su imposición por el Juez de Vigilancia como medida o regla de conducta al acordar la libertad condicional, con lo que ello implica en tanto que necesaria sustitución de la pena (en la parte que resta hasta su total extinción) no resulta posible, ya que el Juez de Vigilancia carece de facultades para sustituir penas privativas de libertad por medidas.

Consecuentemente a lo expuesto, el recurso debe ser estimado, con revocación del Auto apelado.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas causadas en este recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados,

LA SALA ACUERDA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Letrada, en la representación y defensa del penado G., contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Palma de Mallorca de 17.09.07, que desestimaba

el recurso de reforma interpuesto contra el Auto del mismo Juzgado de 28.08.07, que aprobaba la concesión de la libertad condicional del referido penado imponiéndole la condición de expulsión del territorio nacional; resolución que, en consecuencia, se revoca parcialmente, en el único extremo referente a la medida de expulsión del territorio nacional, que dejamos sin efecto.

29. AUTO JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA MADRID 1 DE 16/06/08

Se estima recurso de reforma concediendo la libertad condicional a penado extranjero indocumentado con expediente administrativo de expulsión.

Desde que el día 8 de febrero de 2008, este juzgado dictó el Auto en el que se denegaba la libertad condicional a K.A., hasta el día de la fecha, este órgano judicial ha conocido una serie de datos y circunstancias nuevas que inevitablemente dan lugar a estimar el recurso de reforma presentado por el Procurador en nombre de K.A. y en consecuencia a dejar sin efecto la citada Resolución, acordando en su lugar la concesión de la libertad condicional del mencionado interno por reunir éste los requisitos que para tal decisión exige el artículo 90 del Código Penal.

El motivo fundamental por el que se denegó la libertad condicional a K.A. el 08/02/2008, fue por no tener un trabajo, hecho cierto, si bien la carencia de ese trabajo no era imputable al citado penado, pues el mismo contaba con un contrato de trabajo por tiempo indefinido que le ofreció C.U.D.E. La imposibilidad de llevar a la práctica ese empleo, se debió, como bien señala el informe remitido con fecha 26/03/2008 por la Trabajadora Social del Centro Penitenciario Madrid III, a que K.A., no contaba con su pasaporte en vigor, a pesar de que tanto él como su familia, habían acudido en diversas ocasiones al Consulado de Nigeria en España. En donde se negaban a documentarlo "sin especificar los motivos de dicha denegación". Debe añadirse que la citada oferta laboral ha sido ratificada, por el empresario, en una visita realizada a este Juzgado, y la misma sigue en vigor.

A esa oferta laboral, de imposible ejecución por causas no imputables al penado, hay que añadir que K.A., a lo largo del tiempo que lleva ingresado en prisión, ha mantenido y mantiene una buena conducta, así consta en el informe de conducta que el Educador del Centro Penitenciario Madrid III elaboró el 24/01/2008. Expresamente se dice que es una persona que no tiene problemas de convivencia con los demás internos y es respetuoso con los funcionarios y con el resto de profesionales.

Además la propia Junta de Tratamiento en la sesión que celebró el 24 de enero de 2008, reconoce que ese interno ha realizado un buen uso de los permisos de salida, que ha participado en actividades, que ha utilizado el tiempo de prisión de manera positiva y que cuenta con apoyo familiar (hermano).

A todo ello, hay que unir un hecho que no puede pasar desapercibido, K.A. llegó al Centro Penitenciario Madrid III en régimen de autogobierno, procedente del Centro Penitenciario de Teixeiro, en donde el 4 de Octubre de 2007, la Junta de Tratamiento de forma unánime acordó que ese interno reunía "los requisitos necesarios para acceder en su día al beneficio de la libertad condicional".

Por último y para terminar de enumerar las circunstancias que concurren en K.A., hay que señalar que el mismo empresario que le ofrece un puesto de trabajo, le ha ofrecido también su domicilio en Madrid para que pueda residir en él, comprometiéndose además a su tutela.

A la vista de cuanto se acaba de exponer puede afirmarse que K.A., reúne los tres requisitos que el artículo 90-1º del Código Penal exige para obtener la libertad condicional, es decir, se encuentra en 3º grado, así aparece en la Resolución que dictó la Dirección General de Instituciones Penitenciarias con fecha 13/09/2007, ha extinguido las tres cuartas partes de su condena, tal hecho se produjo el 07/09/2007, tiene buena conducta y cuenta con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) pues a pesar de tener serias dificultades para que le renueven el pasaporte, sin embargo tiene la fortuna de contar con un pariente que le acoge y le tutela.

Por todo ello no existe objeción jurídica alguna para conceder la libertad condicional a K.A., el cual durante el tiempo que permanezca en esta situación deberá residir en el domicilio de C.U.D.E., sin que pueda cambiarse de domicilio sin la previa autorización de este Juzgado.

Al margen del pronunciamiento anterior, cuya fundamentación ha estado referida en todo momento a preceptos de derecho penitenciario, en este caso al tratarse K.A. de un ciudadano no nacional han confluído disposiciones de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que han generado ciertas disfunciones en la situación penitenciaria de dicha persona.

Antes de entrar con detalle en esas disfunciones conviene hacer referencia a algunas consideraciones de carácter general.

Dentro del derecho penitenciario la no discriminación (artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y la individualización (artículo 62 c y 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) son dos principios esenciales que tienen que presidir las decisiones que adopte la Administración Penitenciaria. La nacionalidad de un interno, en modo alguno puede devaluar el contenido del artículo 25.2 de la Constitución, precepto que cuando menciona al condenado no diferencia entre condenados españoles y de otros países. Sobre este particular el Tribunal Constitucional en Auto de 04/04/2006 (nº 132/06 del Pleno) al referirse precisamente a la aplicación de la sustitución y suspensión de condenas afirmó refiriéndose a los extranjeros no residente legales, que también a ellos les son aplicables tales instituciones "en las mismas condiciones que los penados extranjeros con residencia legal en España". No parece por tanto que a la hora de decidir sobre la libertad condicional de un condenado, pueda afectarle negativamente su condición de ciudadano extranjero no residente legal, siempre que reúna los requisitos para obtener tal libertad.

El hecho de estar incurso en un procedimiento de expulsión de la Ley de Extranjería no significa necesariamente que la Administración Penitenciaria en todos los casos deba de adoptar unas cautelas que por su naturaleza devalúen los derechos que K.A. tiene reconocidos por estar clasificado en tercer grado. El traslado de la sección abierta a un módulo interior y la suspensión provisional de permisos de salida y de las salidas de fin de semana, son medidas desproporcionadas en este caso fundamentalmente por dos razones. Primero el interno antes citado ha disfrutado, como reconoce la propia Administración Penitenciaria diferentes permisos sin incidencias negativas y segundo ha sido tal la confianza que les merecía a los responsables del Centro Penitenciario de Teixeiro, que incluso le autorizaron a que por sus propios medios se desplazara desde ese centro al Centro Peniten-

ciario de Valdemoro. Sin lugar a dudas si K.A. se hubiera querido evadir, ya lo habría hecho.

Además existe otra circunstancia que no puede pasar inadvertida a la hora de limitar los derechos del interno, en este caso la expulsión que acordó la Audiencia Provincial de A Coruña el 28/09/2005, resultó de ejecución imposible, debido a que las Autoridades consulares nigerianas no reconocían como nacional suyo el interno –así consta en el informe recibido desde el Centro Penitenciario Madrid III–. Este fue el motivo por el que K.A. está cumpliendo la condena de 3 años de prisión que se le impuso.

Teniendo en cuenta ese hecho, cualquier medida restrictiva que se adopte sobre esa persona, con la finalidad de expulsarle, deberá ser decidida con extrema precaución, pues ya existe un precedente que pone de manifiesto que anteriormente fue intentada su expulsión y no fue posible efectuar la misma.

La existencia de una Resolución de Expulsión dictada en vía administrativa, por la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, en el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en K.A., no puede incidir de manera negativa en la situación penitenciaria de esa persona. La propia Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000) contempla la posibilidad en su artículo 62, de acordar el internamiento por un plazo máximo de 40 días mientras que se tramita el expediente, cuando la sanción sea la de expulsión o acordar también tal internamiento en los casos en los que acordada la expulsión el afectado no la haya cumplido voluntariamente (artículo 64 de dicha ley). En ambos casos es la Autoridad Gubernativa, la que solicita del Juez de Instrucción la autorización para internarle y nunca tal medida de internamiento puede efectuarla, por la vía de hecho, la Administración Penitenciaria.

Además hay que tener en cuenta que esos 40 días máximos de internamiento se tienen que cumplir en "centros de internamiento de carácter no penitenciario" (artículo 153-3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 - Real Decreto 2393/2004).

En definitiva las cautelas a adoptar para ejecutar la orden de expulsión que existe sobre K.A., las debe solicitar la Autoridad Gubernativa al Juez de Instrucción, sin que en este caso corresponda a la Administración Penitenciaria adoptar ninguna de esas cautelas.

Que debía estimar y estimaba el recurso de reforma presentado por el Procurador en nombre y representación del interno K.A., contra el Auto de este Juzgado de 08/02/2008, en el que se le denegó la libertad condicional, y en consecuencia acordaba dejar sin efecto dicho Auto y conceder la libertad condicional a K.A., en relación con Ejecutoria de la Sección 1ª de la Administración provincial de A Coruña.

Durante el tiempo que permanezca en esta situación deberá residir en el domicilio que ha facilitado en este expediente C.U.D.E., persona bajo cuya acogida y custodia permanecerá el mencionado condenado. No podrá cambiarse de domicilio sin la previa autorización de este Juzgado.

Los Servicios Sociales Penitenciarios, realizarán el oportuno seguimiento e informarán a este juzgado periódicamente.

30. AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/02/10

Autorización, a interno extranjero, de disfrute de parte de la libertad condicional en su país.

Recibida petición del liberado condicional A.J.R.O., solicitando autorización para desplazarse a Medellín, Colombia, por un periodo máximo de treinta días durante el mes de marzo del presente año. Solicitados informes complementarios a los Servicios Sociales Penitenciarios encargados del seguimiento del liberado, se recibieron y unieron al expediente. Dado traslado al Ministerio Fiscal ha informado en sentido favorable a la autorización solicitada por el liberado.

El penado A.J.R.O., viene disfrutando del beneficio de libertad condicional en virtud de Auto de fecha 28-12-2009. Solicita dicho liberado autorización respecto a la que los Servicios Sociales del Centro Penitenciario no han informado en contra para desplazarse por razones familiares a Medellín, Colombia, por un periodo máximo de treinta días durante el mes de marzo del presente año, habiendo asimismo el Ministerio Fiscal informado en sentido de no oponerse a la autorización.

Sin embargo, debe valorarse la reciente obtención del penado del beneficio así como que interesa el desplazamiento a un país en el que este Juzgado no puede controlar la evolución y seguimiento del liberado, desconociendo si administrativamente, el penado cuenta con todos los permisos necesarios (pasaporte y/o visado en su caso pudieran ser necesarios ya sea a la ida o al regreso, permisos administrativos sobre los que este Juzgado carece de competencia alguna para su concesión y/o tramitación) que garanticen su regreso a territorio nacional para continuar extinguiendo la condena en régimen de libertad condicional impuesta.

Por ello debe advertirse al liberado que, en caso de que no se presente, como máximo, el día 05-4-2010 ante los Servicios Sociales Penitenciarios acreditando con su presencia física su regreso a territorio nacional, se procederá a la aplicación inmediata del artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario, quedando obligado el interno a cumplir el resto de la condena en su país en régimen de libertad condicional, y en caso de que regresara a territorio nacional y no realizara la presentación indicada antes del día 05-4-2010 se revocará sin más trámite el beneficio de libertad condicional ordenándose su reingreso a Centro Penitenciario para continuar extinguiendo la pena en prisión, y todo ello a fin de garantizar lo acordado en Auto de fecha 28-12-2009, con aplicación en este supuesto del artículo 197.1 del Reglamento.

En consecuencia, procede acceder a lo solicitado por el liberado, con las condiciones que se dirán y con la advertencia expresa de aplicación del artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario en caso de incumplimiento.

En consecuencia, vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

Se autoriza al liberado condicional A.J.R.O., a desplazarse a Medellín, Colombia, por un periodo máximo de treinta días durante el mes de marzo del presente año 2010, manteniéndose el resto de condiciones establecidas para el beneficio de libertad condicional, y debiendo cumplir, además de las normas de control que para, dicho desplazamiento se fijen por los Servicios Sociales Penitenciarios encargados de su seguimiento, las siguientes condiciones para el desplazamiento:

Que aporte copia de billete de vuelo de ida y de vuelta cerrada ante los Servicios Sociales Penitenciarios antes de iniciar el viaje.

Que cuente con todos los permisos y títulos de viaje necesarios para su caso concreto para el desplazamiento, tanto para la ida como para el regreso (pasaporte y/o visado, etc.), haciendo constar expresamente que este Juzgado carece de competencia alguna para otorgar o tramitar los mismos.

Deberá presentarse, como fecha máxima, el día 05-4-2010 ante los Servicios Sociales Penitenciarios encargados de su seguimiento para acreditar su regreso, advirtiéndole que de no verificarlo, se procederá sin más trámite a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario, reingresando a prisión si fuera hallado en territorio nacional por revocación de las condiciones impuestas para al disfrute del beneficio.

31. AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/02/10

Se autoriza a un liberado condicional ex. artículo 197 del Reglamento Penitenciario a desplazarse unos días a España.

Con fecha 8 de febrero de 2010 se recibió en este Juzgado solicitud de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Monterroso para que el liberado G.N. pueda entrar en territorio español a fin de visitar a su hija en Valencia. Por medio de providencia de fecha 9 de febrero se dio traslado del expediente al Ministerio Fiscal que informó en sentido favorable a la petición, quedando los autos sobre la mesa del proveyente para dictar la oportuna resolución.

Conforme al artículo 90-2 del Código Penal en el auto concediendo la libertad condicional de fecha 21 de julio 2009 se ha impuesto al liberado entre otras condiciones la de residir en el domicilio del país de residencia que consta en el expediente de libertad condicional. Hasta la fecha no consta que haya incumplido la condición impuesta. En estas circunstancias a través de los servicios sociales el liberado formula solicitud para que se le autorice a viajar a España para visitar a su hija que ha sido elegida fallera mayor infantil.

De lo actuado en el expediente resulta la designación de la hija del penado como fallera infantil, el acogimiento a que está sometida la menor y

que la persona que la acoge manifiesta que la niña y su padre siempre han tenido contacto y que está conforme con que el padre permanezca en el domicilio familiar durante los días de fiesta. Ni por parte de los Servicios Sociales, ni la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Monterroso ni por el Fiscal se han puesto objeciones a este traslado, que atendiendo a la finalidad de reinserción social a que está orientado por mandato constitucional el cumplimiento de las penas privativas de libertad debe ser autorizado por estar motivado en una circunstancia extraordinaria y repercutir en beneficio de la relaciones paterno-filiales adoptándose las medidas de prevención solicitadas por el Fiscal en su informe que se especificarán en la parte dispositiva de esta resolución.

En atención a lo expuesto acuerdo: autorizar el desplazamiento del liberado condicional a España y concretamente a la localidad de El Perelló (Valencia) exclusivamente por los días de fiesta de fallas para acompañar a su hija, debiendo aportar billete cerrado de ida y vuelta a su país de residencia, y verificarse por los Servicios Sociales Penitenciarios con el auxilio de las Fuerzas de Seguridad tanto su permanencia en el pueblo los días indicados como su regreso efectivo a su país.

32. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CASTELLÓN DE FECHA 20/01/11

Denegación de libertad condicional artículo 197 de Reglamento Penitenciario. No cabe la imposición de la medida de prohibición de regresar a España.

En fecha 10 de diciembre de 2010 tuvo entrada en este Juzgado el expediente la propuesta de libertad condicional del interno M.B.

En fecha 29 de diciembre de 2010 se solicitó aclaración sobre las medidas a imponer al penado, y se confirió traslado del presente expediente al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido que obra en el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece, en su primer párrafo, 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. Concretando las competencias, el segundo párrafo de dicho precepto establece, en su letra b), que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia (...) resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

La libertad condicional se configura como el último grado del sistema penitenciario español, no como una medida de gracia sino del cuarto grado de la ejecución de la pena privativa de libertad, basada en la finalidad resocializadora que da lugar a una excarcelación anticipada en la que el recluso está sometido, a una serie de condiciones que ha de cumplir.

El artículo 90 del Código Penal exige para la concesión de la libertad condicional los siguientes requisitos:

1º. Que el sujeto se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario;

2º. Haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta;

3º. Haber observado buena conducta, y;

4º. Pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

El artículo 93 del Código Penal establece, textualmente, que el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

En el presente caso, la propuesta de la Administración se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario que dispone que en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute

efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

De dicho precepto se desprende que, la libertad condicional a disfrutar en el propio país requiere:

Los requisitos propios de la libertad condicional;

Que se trate de un extranjero no residente legalmente en España;

Que el penado esté conforme;

Que quepa adoptar las cautelas para garantizar que la libertad condicional se disfrute efectivamente en el país fijado.

Y analizando la concurrencia de dichos presupuestos en el interno M.B., efectivamente, el interno extinguió las tres cuartas partes de su condena en fecha 4 de agosto de 2010, se halla clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario desde el 11 de noviembre de 2010, cuenta con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, obrando en Autos la conformidad del penado para cumplir la libertad condicional en su país de origen.

Sin embargo, como dice el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de septiembre de 2006, en cuanto al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social “no sólo habrán de valorarse los resultados conseguidos con el tratamiento, sino que ha de hacerse un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, en el que van a influir decisivamente las circunstancias que han de condicionar la vida del penado en tal periodo en su país de origen”; y en relación al interno M.B. se desconocen por completo las circunstancias socio-familiares a las que habría de reingresar el penado en su país de origen, Francia, más allá de un domicilio facilitado por el propio interno.

Y como medidas de control el Centro propone que por el Juzgado se prohíba al penado su regreso a España durante cinco años, y todo ello, argumenta el Centro, al amparo del artículo 105 del Código Penal, precepto que, no debemos olvidar, se halla situado en la sección dedicada a las medidas de seguridad no privativas de libertad, por lo tanto al margen

de la regulación de la libertad condicional, y a este respecto, procede traer a colación el Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de septiembre de 2010 que señala que “aunque las plurales reformas parciales del Código Penal han llevado a crear confusión, es lo cierto que, si bien el artículo 90 del Código Penal al remitir a los artículos 83 y 96 de igual ley parece permitir tanto la imposición de reglas de conducta como de medidas de seguridad, el artículo 93 se refiere exclusivamente a las consecuencias de incumplimiento de las reglas de conducta, sin mencionarse para nada el eventual incumplimiento de las medidas de seguridad, y, como quiera que la naturaleza de ambas es distinta, en tanto que las reglas de conducta se encaminan a lograr el buen uso de la libertad y las medidas de seguridad se dirigen a enervar la peligrosidad de personas no imputables o semiimputables, no cabe pensar que dentro de la expresión “reglas de conducta” se incluyen las medidas de seguridad, por lo que, ya “prima facie”, carece de sentido imponer condiciones cuyo incumplimiento carece de consecuencias. Pero es que, además las medidas de seguridad, son lo que son y no cambian de naturaleza porque se las mencione como condiciones de la libertad condicional en el artículo 90. Y esa naturaleza parte de premisas sobre su aplicación que hacen imposible la misma tanto con carácter general como en el caso concreto. En efecto, con carácter general, las medidas de seguridad requieren peligrosidad, concretada en un pronóstico de comportamiento futuro que incluya la probable comisión de nuevos delitos, según el artículo 95 del Código Penal, mientras que el pronóstico favorable de reinserción que exige el artículo 90 de igual ley para acordar la libertad condicional excluye el concepto mismo de peligrosidad, pues la reinserción, conforme al artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, consiste precisamente en la vocación y la capacidad de vivir respetando la ley penal. De otra parte, las medidas de seguridad tienen sentido cuando se aplican a personas inimputables o con imputabilidad disminuida (artículos 95, y 101 a 105 del Código Penal), e incluso la expulsión del territorio para los extranjeros no residentes legalmente en España, que contempla el artículo 108, no está pensada para cualquier extranjero en esa situación, como puede ocurrir con la expulsión que prevé el artículo 89 de la ley penal, sino para los que estén exentos o semiexentos de responsabilidad criminal por concurrir alguna causa de inimputabilidad o de disminución de imputabilidad, pues así se desprende de la interpretación sistemática de la ley a partir de la ubicación de dicho precepto”.

Por todo ello, procede desestimar la propuesta de libertad condicional a disfrutar en su país de origen relativa a M.B.

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

Se desestima la propuesta de libertad condicional elevada por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Castellón, a favor de M.B.

33. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª DE FECHA 3/11/16

Concesión de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes a interno italiano en su país y posible aplicación de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

RESOLUCIONES CRONOLÓGICAS

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid de fecha 07-10-2016

I.- Por el Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez) se ha elevado a este Juzgado expediente-propuesta de suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad Condicional en favor del penado F.M., extranjero con nacionalidad italiana, condicionada a que la disfrute en su país de origen por razón de las causas:

– Ejecutoria de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

II.- Se remitió el expediente al Ministerio Fiscal, en fecha 3/10/2016 para que informara con carácter urgente, habiéndose sido reclamado dicho informe en fecha 06/10/16, al no haberse recibido, requerimiento efectuado al Fiscal para que informara en ese día bajo apercibimiento de ser precluido el trámite, y habiéndose reclamado el día 7/10/2016 al no haberse informado en plazo el Fiscal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- Respecto a la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal, que no contiene norma transitoria referente a las normas de ejecución, conviene hacer algunas precisiones jurídicas, pero partiendo de la base de que lo que debe fundamentarse es la aplicación de una legislación derogada, cuando no existe ninguna norma jurídica ni disposición transitoria en la Ley Orgánica 1/2015 que autorice la misma, no pudiendo considerarse como tal la Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, alegada en algunos casos por el Ministerio Fiscal, que guarda silencio, sobre la aplicación transitoria de la reforma introducida en el Código penal por la Ley Orgánica 1/2015 en relación con las normas de ejecución, y que además no es fuente de Derecho.

Las normas referentes a la libertad condicional no cabe ninguna duda de que son normas de ejecución, no son normas penales sustantivas, concepto que reserva exclusivamente a las normas que definen conductas delictivas a las que anudan penas y por ello no les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 2 del Código Penal, tanto en relación con el principio de legalidad penal como en su funcionamiento temporal, al establecer la retroactividad favorable al reo.

Como señala el Tribunal Supremo en las sentencias de fechas 17/05/12, 13/03/13, 27/06/13 y 29/01/15, no toda la estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. En definitiva, encontrándonos en fase de ejecución las normas que se deben de aplicar son aquellas vigentes al tiempo de decidir.

La libertad condicional es una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, cuyas circunstancias y características, pueden ser moduladas por el legislador, puesto que no constituyen una redefinición de la pena.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 señala que cuando la naturaleza y finalidad de la medida se refieren a la remisión de una condena o el cambio del régimen de excarcelación anticipada, no forman parte de la “pena” según

el sentido del artículo 7 (véase, entre otros precedentes, Hogben; Hosein; L-G.R. v. Suecia, nº 27032/95, decisión de la Comisión de 15 de enero de 1997; Grava; Uttley; Kafkaris; Monne v. France (dec), nº 39420/06, 1 de abril de 2008; M. v. Alemania; y Giza v. Polonia (dec), nº 1997/11, apartado 31, 23 de octubre de 2012). Por ejemplo, en el asunto Uttley el Tribunal declaró que las modificaciones de las normas sobre excarcelación anticipada introducidas después de la condena del recurrente no se le habían “impuesto”, sino que formaban parte del régimen general aplicable a los reclusos y, lejos de ser punitivas, su naturaleza y finalidad tendían a permitir la excarcelación anticipada, de modo que no podrían calificarse de intrínsecamente “severas”. Por consiguiente, el Tribunal consideró que la aplicación al recurrente del nuevo régimen de excarcelación no formaba parte de la “pena” impuesta.

Conforme a los parámetros indicados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no cabe entender que la aplicación de la norma vigente al momento de la toma de decisión sobre la concesión de la libertad condicional constituya una aplicación retroactiva de ley penal desfavorable al no formar las previsiones sobre libertad condicional parte de la pena.

En este sentido se han pronunciado ya la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia en auto 701/2015, de 5 de octubre, o la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia en auto 2134/2015, de 30 de julio, o el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia en auto de fecha 28 de septiembre de 2015, o el Juzgado de lo Penal nº 4 de Gerona en auto de fecha 12 de agosto de 2015, todos ellos recaídos resolviendo recursos de apelación.

En consecuencia, pretender seguir aplicando una norma derogada es tanto como querer hacer prevalecer la voluntad de juez sobre la del legislador ante una modificación legislativa que no gusta, pero esta postura aparta al Juez de su función de aplicación de las leyes en los términos que las define el legislador.

II.- Reuniendo la propuesta los requisitos exigidos por los artículos 90.2 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y 197.1 del Reglamento Penitenciario, procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobar la propuesta de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de libertad condicional en favor del penado, condicionada a la cumpla en su país de origen, debiendo hacerse efectiva

una vez cumplidas las 2/3 partes de la condena, cuando pueda realizarse el viaje a su país, con acompañamiento policial al aeropuerto para asegurar la efectividad de este auto, por lo que en caso de que en la citada fecha no pudiera hacerse efectivo el desplazamiento a su país deberá ser retenido en el Centro Penitenciario hasta el momento en que sea posible.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.5 in fine del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se suspende la ejecución del resto de la pena y se concede la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes al penado F.M., por un plazo de 2 años y 2 meses, en los términos en que ha sido propuesta, condicionada a que la disfrute en su país de origen, debiendo hacerse efectiva la libertad en los términos que se recogen en el razonamiento jurídico de esta resolución.

Informe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid, sección de cooperación internacional de fecha 13-10-2016

El Fiscal, en el procedimiento Expte. 440/2015 y notificado del Auto de 7 de octubre de 2016 en fecha 10 de octubre de 2016, mediante el presente escrito INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN DIRECTO contra el mencionado Auto en base a lo dispuesto en la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los siguientes argumentos:

1º.- La resolución recurrida acuerda la concesión al penado de nacionalidad italiana F.M. de la libertad condicional al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.2 y concordantes y artículo 197 del Reglamento peniten-

ciario, condicionada a que cumpla la libertad condicional en su país de origen.

El mismo Auto recurrido en su apartado II de Razonamientos jurídicos afirma que la libertad condicional concedida “se hará efectiva una vez cumpla las 2/3 partes de la condena, cuando pueda realizarse el viaje a su país, con acompañamiento policial al aeropuerto para asegurar la efectividad de este auto, por lo que en caso de que en la citada fecha no pudiera hacerse efectivo el desplazamiento a su país deberá ser retenido en el Centro Penitenciario hasta el momento que sea posible.”

El auto nada ordena, ni menciona si quiera, en cuanto a la iniciación de los trámites previstos en el Ley de Reconocimiento Mutuo (Ley 23/2014) en su título IV, siendo dichos trámites preceptivos para el cumplimiento de la libertad condicional en otro país de la Unión Europea.

Italia ha implementado la Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas por ley de 29 de marzo de 2016 por lo que resulta de aplicación el título IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo en las relaciones con Italia y ha designado como autoridad competente para la transmisión y la recepción de las resoluciones de libertad vigilada al Ministerio de Justicia.

En estas circunstancias, estando en vigor la Ley de Reconocimiento Mutuo, no se puede, sin más trámite, autorizar su cumplimiento en el extranjero, sino que la Ley de Reconocimiento Mutuo exige la cumplimiento del certificado previsto en el anexo IV y la tramitación conforme a las normas previstas en el título IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

El artículo 93.1 a) de la citada ley prevé su aplicación en los casos de resolución firme en la que se imponga en relación a una persona física, de una pena o medida privativa de libertad o alguna de las previstas en el artículo 94, cuando en relación a su cumplimiento se acuerde la libertad condicional sobre la base de dicha sentencia.

Una vez aprobada la Ley de Reconocimiento Mutuo, que implementa e incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico la Decisión Marco 2008/947/JAI relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de

libertad vigilada y las penas sustitutivas, resulta de obligado cumplimiento cuando se trate de ciudadanos comunitarios cuyo Estado, como en este caso, haya también implementado e incorporado a su derecho dicha Decisión Marco. No puede ser de otra manera so pena de conculcar el principio de legalidad y el principio “iura novit curia”.

Como dice la Magistrada en el mismo auto recurrido, la libertad condicional “es una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión”, pero en ningún caso, un no cumplimiento, que es lo que se produce cuando no se vigila dicho periodo de cumplimiento ni por la autoridad judicial española ni por la competente del país donde resida el condenado. En estos casos se convierte en un privilegio casi de impunidad.

Por lo expuesto, procede declarar la nulidad del Auto recurrido y ordenar el inicio de los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo o sin que en ningún caso la demora en el cumplimiento de dichos trámites deba perjudicar, no obstante, la obtención de la libertad condicional a que tenga derecho el condenado si bien vigilada en España mientras se materializan los trámites.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 5ª de fecha 03-11-2016

HECHOS

PRIMERO.- Por auto de fecha 07.10.16, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid suspendió la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplir y concedió la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes del interno, F.M., por un plazo de dos años y dos meses, en los términos en que había sido propuesta y condicionada a que la disfrute en país de origen.

SEGUNDO.- Contra dicho auto el Fiscal interpuso recurso directo de apelación, que fue admitido a trámite por providencia de 13-10-2016.

TERCERO.- Remitido a esta Sala testimonio de los particulares designados por las partes, se dio vista a éstas del expediente y se señaló para deliberación y fallo el día de ayer, en el que se examinaron las alegaciones de las partes, quedando el recurso visto para resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Fiscal no cuestiona la procedencia de la libertad condicional concedida al penado, pero entiende que antes de que se lleve a cabo el desplazamiento al extranjero deben iniciarse los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo (Ley 23/2014) para el cumplimiento de la libertad condicional en otro país de la Unión Europea, teniendo en cuenta la implementación por Italia de la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas por Ley de 29 de marzo de 2016 siendo la autoridad competente para la transmisión y la recepción de las resoluciones de libertad vigilada, el Ministerio de Justicia y eligiéndose la cumplimentación del certificado previsto en el anexo IV de la Ley de Reconocimiento Mutuo.

SEGUNDO.- Examinados los argumentos desarrollados por el apelante, consideramos que debe precederse de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, por resultar ajustado a derecho, sin que ello conlleve la nulidad de la resolución impugnada, según lo solicitado, sino únicamente su complemento en cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo y, en tal sentido, el recurso ha de ser estimado.

TERCERO.- No se aprecian motivos para una especial imposición de las costas de este recurso.

Vistos los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

En atención: a todo lo expuesto, LA SALA DISPONE:

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, en el sentido expresado en el razonamiento jurídico segundo y, en consecuencia, ordenamos que se complete el auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid y que se dé inicio a los trámites previstos en la Ley de Reconocimiento Mutuo sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid de fecha 26-11-2016

HECHOS

I.- El presente asunto se inició en ejecución del auto nº 5296/2016 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2016, referente al interno F.M. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, que ante la solicitud del disfrute del periodo de suspensión y libertad condicional en su país de origen Italia, obliga a iniciar los trámites de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea, como había solicitado el Ministerio Fiscal al recurrir en apelación.

II.- Se solicitaron informes a fin de acreditar la vinculación del interno con su país, así como si tiene causas pendientes en España, recabándose el consentimiento del interno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de 2014, y 5.1 de la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, la transmisión de una resolución de libertad vigilada, en los términos que la definen los citados textos normativos, “podrá” realizarse por la autoridad competente del Estado de Emisión, mientras que el reconocimiento y ejecución de una resolución debidamente transmitida por la autoridad competente de otro Estado es obligatorio (“reconocerán y ejecutarán”) cuando hayan sido transmitidas correctamente y no concurra ningún motivo tasado de denegación del reconocimiento y la ejecución. Es decir, mientras la transmisión es potestativa, el reconocimiento y ejecución es obligatorio.

II.- Para que pueda transmitirse una resolución de libertad vigilada, ésta debe haberse adoptado en “resolución firme” (artículos 93 de la Ley 23/2014 y 2.6) de la Decisión Marco 2008/947/JAI), por lo que no pueden iniciarse los trámites de transmisión hasta, que, en nuestro caso, la resolución de libertad condicional haya adquirido firmeza, por lo que cuando lo pidió en el presente expediente el Ministerio Fiscal en vía de recurso contra

la decisión de libertad condicional, en fecha 13 de octubre de 2016 y sin que con anterioridad al pronunciamiento del Juzgado hubiera solicitado nada, no se podía ni solicitar ni iniciar los trámites, porque había que haber esperado a la firmeza de la resolución de libertad condicional que no tuvo lugar hasta el día 3 de noviembre de 2016.

III.- En la regulación que se realiza de la transmisión de resoluciones de libertad vigilada, en las que se integran las decisiones sobre libertad condicional, en el Título IV de la mencionada Ley 23/2014 (artículos 93 a 100), y en la Decisión Marco 2008/947/JAI, queda patente que lo que se transmite no es tanto la ejecución de la decisión de libertad condicional sino las concretas reglas de conducta a las que se condiciona aquélla, y que enumera en el artículo 94 que establece que son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes las siguientes medidas de libertad vigilada:

La obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo.

La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o de ejecución.

La imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución.

Los requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites o determinen modalidades del ejercicio de una actividad profesional.

La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.

La obligación de evitar todo contacto con determinadas personas.

La obligación de evitar todo contacto con determinados objetos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales.

La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación.

La obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad.

La obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada.

La obligación de someterse a un tratamiento terapéutico o de deshabituación.

IV.- El efecto fundamental que conlleva la transmisión de la resolución de libertad vigilada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99 de la Ley 23/2014 y 7 de la Decisión Marco 2008/947/JAI, es que la competencia de la autoridad competente del Estado de emisión (España) cedería en favor de la del Estado de ejecución, tanto para la ejecución de las medidas como para la adopción de las decisiones que conlleve el incumplimiento de las mismas que se registrarán por la legislación del país al que se ha transmitido, si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 de Decisión Marco 2008/947/JAI cuando la persona se “fugue” o “deje de tener su residencia legal habitual en el Estado de ejecución”, dicha competencia retornará a la autoridad del Estado de transmisión.

V.- En el caso que nos ocupa el auto de fecha 7 de octubre de 2016 por el que se concede la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional adelantada a las 2/3 partes, autorizando el disfrute en el país de la nacionalidad del penado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, previa conformidad del interno, precepto vigente que no ha sido derogado ni se opone a ninguna norma de rango superior, no se impone ninguna de las medidas a que hace referencia el anterior razonamiento jurídico que permitan transmitir su ejecución al país de disfrute de la suspensión y libertad condicional (durante el cual con arreglo a la nueva naturaleza derivada de la reforma operada por la L.O. 1/2015 no se está cumpliendo ninguna pena sino que ésta queda suspendida por un plazo), pues simplemente lo que se autoriza es a disfrutarla en su país, sin imponer ninguna limitación de desplazamiento, incluso a otros países, más allá de la implícita prohibición de entrada en territorio español durante el plazo de la suspensión y libertad condicional.

Además carecería de sentido transmitir su ejecución a otro Estado, puesto que si se incumple la prohibición de entrada en España, es porque el interno es detectado en España y, por tanto, se ha fugado del Estado de ejecución, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 de Decisión Marco 2008/947/JAI, antes transcrito, la competencia retornaría a la

autoridad del Estado de transmisión, en este caso, al Juez de Vigilancia Penitenciaria español que concedió la libertad condicional, que debería revocar la misma al no haberse cumplido la condición que se impuso al penado, lo que hasta el momento se ha venido haciendo, sin ningún problema al comunicarse estas decisiones a la Policía, para que ponga en conocimiento del Juzgado si durante el plazo de la misma detectan la presencia en España del penado. Sería absurdo que en tales casos la Policía española tuviera que dirigirse a la autoridad de otro Estado.

Por tanto, no existe ninguna justificación para pedir la cooperación judicial de las autoridades de otro Estado cuando las autoridades españolas pueden garantizar el cumplimiento de la prohibición impuesta.

VI.- En consecuencia, se deniega la tramitación del Instrumento de reconocimiento mutuo que se solicita al carecer de objeto porque no se ha impuesto ninguna de las medidas que pueden ser transmitidas, y no existir ningún inconveniente en que las autoridades españolas controlen la ejecución de la libertad condicional concedida por resolución firme.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se deniega la transmisión a Italia de la ejecución del auto de este Juzgado de 7 de octubre de 2016, de suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional a las 2/3 partes, concedida al interno F.M. del Centro Penitenciario de Madrid VI Aranjuez, en base a los razonamientos jurídicos de esta resolución.

OTROS ASPECTOS DE INTERÉS EN LA LIBERTAD CONDICIONAL

34. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 5ª 266/2000 DE 24 DE FEBRERO

Redención durante la libertad condicional.

HECHOS

PRIMERO.- Por auto de fecha 5 de octubre de 1998, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, se denegaba la posibilidad de obtener redención ordinaria o extraordinaria por trabajo desempeñado en situación de libertad condicional.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la Procuradora en nombre y representación del interno P.C.M. interpuso recurso de reforma ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2, el cual lo desestimó por auto de fecha 5 de octubre de 1999, que admitió recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, habiendo sido señalado el día 23 de febrero de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El problema aquí planteado ya fue estudiado por este Tribunal y resuelto por autos de 2 de abril de 1997 y 5 de mayo de 1998 cuyo contenido era el siguiente:

Con la solicitud formulada por la recurrente ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, reproducida luego al interponer el recurso de apelación, se plantea una cuestión no suscitada ni resuelta por esta Sala, consistente en la posibilidad de que la persona en situación de libertad condicional pueda redimir la pena por el trabajo realizado en dicho período. A juicio de la Sala no parece que haya ningún impedimento legal para ello. Así, el artículo 100 del Código Penal de 1973 recoge únicamente dos casos en los que no se podrá redimir la pena por el trabajo, ninguno de los cuales es o se refiere a la situación de libertad condicional. Por otra parte, la libertad condicional es la última fase de cumplimiento de la condena, refiriéndose el artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a esta situa-

ción como el último grado de las penas privativas de libertad, por lo que aun habiendo alcanzado ésta hay que entender que el penado tendrá los mismos derechos que las demás personas condenadas que se encuentren en los restantes grados de cumplimiento de la pena. Además, si mediante la prestación de un trabajo se pretende que la persona presa pueda reducir la duración de cumplimiento de la condena, contándose el período de tiempo en que se realiza alguna prestación laboral para la concesión de la libertad condicional, no cabe restringir este beneficio exclusivamente a la posibilidad indicada de poder adelantar la libertad, extinguiéndose en ese momento el derecho que recoge el artículo 100 del Código Penal de 1973, sino que la finalidad del mismo se ha de extender a cualquier ventaja que pueda obtener el penado en orden a un efectivo cumplimiento anticipado de su condena, pues de otro modo se encontraría en peor situación respecto de aquellos otros presos a quienes, por cualquier circunstancia, no les haya sido concedida la posibilidad de cumplir en libertad la última fase de la pena. Y ello se traduce, en el caso presente, en el provecho que se refiere al adelanto del plazo de rehabilitación y cancelación de antecedentes penales. Por último, no se puede argüir para rechazar tal petición que el trabajo no se presta en un lugar dependiente del Centro Penitenciario, pues tanto la Ley General Penitenciaria como el Reglamento admiten la posibilidad de que los internos realicen trabajos por sistema de contratación ordinaria de empresas libres, tanto dentro como fuera de los centros.

SEGUNDO.- Además, la libertad condicional se perdía conforme al artículo 99 del derogado Código Penal por volver a delinquir o por observar mala conducta, pero no por no trabajar. No se revocaría jamás esa situación por abstenerse, incluso voluntariamente, del más mínimo esfuerzo laboral. No se alcanza a comprender por qué el esfuerzo de inserción social del todavía penado en que consiste el trabajo no ha de dar lugar a un trato diferenciado respecto de aquellos otros casos en que no se trabaja en absoluto. Por último la línea de la posibilidad de redención ha sido ya establecida por la circular 2/1992 de la Dirección de Servicios Penitenciarios de la Generalidad de Cataluña y ese plausible ejemplo debe ser seguido. Debe pues estimarse el recurso.

TERCERO.- El sentido de esta resolución motiva que las costas del recurso se declaren de oficio.

Vistos los artículos mencionados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

En atención a todo lo expuesto la Sala dispone:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora en nombre y representación de P. contra los autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, con fechas 5 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999, y revocando las expresadas resoluciones conceder al apelante los beneficios de redención de pena durante el tiempo en que efectivamente haya trabajado en situación de libertad condicional, con declaración de oficio de las costas devengadas en la sustanciación del recurso.

35. AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE FECHA 12/05/2004

No hay derecho a la redención durante la libertad condicional. La redención de penas por el trabajo tiene el límite para su obtención.

De la interpretación de la Ley y Reglamento Penitenciario, así como de los artículos vigentes del Decreto de 2 de febrero de 1956, la redención de penas por el trabajo tiene el límite para su obtención en la situación de grado penitenciario de libertad condicional. Dicho de otro modo, no parece que el penado que se encuentra en situación de libertad condicional tenga derecho a redimir la pena impuesta por el trabajo que realice en situación de libertad.

En efecto, es criterio unánimemente aceptado por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de condena de privación de libertad que se cumple en régimen de libertad plena (artículo 24.1 y 5 del Reglamento Penitenciario). Además, es una situación de cumplimiento de pena a todos los efectos idéntica a una situación de libertad por cumplimiento de la condena, véase a tal fin la Circular 8/1998 de 20 de abril sobre ayudas económicas a internos y liberados, de aquí que cuando el Reglamento Penitenciario trata del régimen de los establecimientos, el artículo 74 nada diga de régimen de cumplimiento en libertad condicional y se refiera únicamente a los internos. Por otro lado, cuando la legislación penitenciaria regula la

relación laboral penitenciaria (artículos 26 a 35 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 132 y siguientes del Reglamento Penitenciario) nos encontramos en cuanto al deber de trabajar el artículo 133 del Reglamento Penitenciario en relación con el artículo 29 de la Ley Orgánica General Penitenciaria señala que las excepciones legales al deber de trabajar no impiden que se puedan disfrutar los beneficios penitenciarios, y estos beneficios penitenciarios conforme establece el artículo 202 del Reglamento Penitenciario son dos: a) el adelantamiento de la libertad condicional y b) indulto particular. La interpretación que se hace se considera compatible con el hecho de que el artículo 100 del Código Penal Texto Refundido de 1973 y el artículo 66 del Decreto 2 de febrero de 1956 expresen la terminología de redención de penas por el trabajo a efectos de la liberación definitiva de los penados, pues se puede llegar a la liberación definitiva sin disfrutar de libertad condicional.

36. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE CEUTA DE FECHA 13/07/05

Aplicación del artículo 92.3 del Código Penal, con especial referencia a la innecesaria satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos de enfermedad muy grave.

Que en este Juzgado se tramita Expediente al n.º 415/05 en el que por el Centro Penitenciario de esta Ciudad, se ha propuesto la aprobación de la libertad condicional de un interno, por reunir las condiciones legales exigidas para ello en relación con el cumplimiento de la condena impuesta.

Remitidas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste informó en fecha 12-07-05 interesando que antes de informar sobre la libertad condicional se acredite el pago de la indemnización impuesta en sentencia de fecha 08-05-00, tal y como dispone el artículo 90 del Código Penal en relación a los artículos 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de la libertad condicional propuesta por el Centro Penitenciario de Ceuta.

Por su parte el artículo 92 del Código Penal prevé otros dos supuestos o posibilidades de acceso a la situación de libertad condicional, sin haber

cumplido los períodos mínimos de internamiento exigidos por los preceptos antes mencionados para los sentenciados septuagenarios y aquellos que según informe médico sean enfermos muy graves con padecimientos incurables.

En ambos supuestos, concurriendo los requisitos restantes, requisitos contenidos en el artículo 90 del Código Penal, la Ley permite, que puedan obtener la situación de libertad condicional; pero no impone necesariamente tal concesión, y ello es porque en realidad están concurriendo dos factores: uno, más disminuido: –razón humanitaria–, y otro la menor peligrosidad social de los así liberados por su propia capacidad disminuida para cometer nuevos delitos.

En el penado mayor de setenta años, la nota de menor peligrosidad, en principio, es dominante. En el enfermo muy grave con padecimiento incurable la nota humanitaria comienza a ser relevante, con estrecha relación con la dignidad de la persona a la que, en su tramo terminal de la vida, se le exonera de la situación de privación de libertad. Es más, por lo tanto, un supuesto de excarcelación que una situación de tratamiento penitenciario, pues eso es, y no otra cosa, la libertad condicional que busca la reintegración del sujeto en la sociedad (artículo 25.2 de la Constitución Española), como la consecuencia de un proceso de reeducación en el Centro Penitenciario.

El Ministerio Fiscal tiene razón desde el punto de la estricta legalidad en su informe cuando exige que se acredite con carácter previo que el penado tiene satisfechas las responsabilidades civiles derivadas de la sentencia de 8 de mayo de 2000, ya que así lo exige el artículo 92 del Código Penal con relación con el 90 del mismo texto y 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Pero tal diligencia en el presente caso resulta excesiva e incongruente con la finalidad que persigue este tipo de libertad condicional y ello en base a los siguientes argumentos:

Con carácter general, exigir que para que un enfermo muy grave pueda tener una muerte digna fuera del medio penitenciario, deba satisfacer antes las responsabilidades civiles, es ir contra la propia filosofía que persigue la institución a la que nos estamos refiriendo que no es otra que el penado no peligroso por esa situación patológica pueda morir en libertad, aunque sea condicional.

Con carácter específico, la sentencia de 8 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Las Palmas no concreta la cantidad determinada a pagar en concepto de responsabilidad civil, derivándola a la fase de ejecución de sentencia con lo que es muy posible que todavía pudiera estar sin determinar. Pero aun para el caso que lo estuviera no hemos de olvidar que para obtener ese dato y el estado de la ejecutoria se habría de librar un exhorto al citado órgano sentenciador para que concrete los citados extremos así como valorar la efectiva voluntad del penado de hacer frente a esas responsabilidades civiles, lo que conllevaría un tiempo precioso en estas circunstancias al tratarse de un enfermo muy grave, con la posibilidad que en ese trámite se produzca el resultado luctuoso y haga inútil la previsión del legislador, o por lo menos la cercena en forma muy gravosa si la muerte sobreviene a los pocos días de terminado el trámite.

Con carácter práctico, suponiendo en el mejor de los casos que el exhorto con todos los apercibimientos de urgencia, y por la vía más rápida se cumplimentase de forma cuasi inmediata, podemos encontrarnos con dos situaciones: 1) Que el penado haya satisfecho las responsabilidades civiles con lo que hemos retrasado la causa como mínimo 15 días, que en este supuesto puede ser media vida. 2) Que no se hayan satisfecho dichas responsabilidades, ni posibilidad de hacerlo, con lo que en pura teoría debería denegarse la libertad condicional, lo que resultaría aberrante, por lo que se acaba de decir.

Si bien el Juez que resuelve con los argumentos anteriores tendría suficiente para acceder a la libertad condicional, en el presente caso la Ley le facilita una salida más ortodoxa con el Ordenamiento vigente, y es la aplicación el artículo 92.3 del Código Penal que permite al Juez de Vigilancia Penitenciaria: “si el peligro para la vida del interno fuera patente, por estar así acreditado por informe del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario podrá autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro el pronóstico final... todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previsto en el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. De lo expuesto vemos que el artículo 92 establece dos tipos de libertad condicional para los enfermos o formas de acceder a ella, la de los enfermos muy graves con padecimientos incurables y la de los enfermos terminales. Distinción que en la práctica puede llevar a bastante confusión.

Sin embargo el apartado 3 del artículo 92 ofrece al Juez de Vigilancia de una forma no muy ortodoxa saltarse todos los requisitos de la libertad condicional, incluido el del tercer grado (competencia de la Administración Penitenciaria), y como es lógico el del pago de la responsabilidad civil, el afirmar que la misma “se autorizará sin más trámite que requerir al Centro Penitenciario el informe de pronóstico final”.

En el supuesto de autos concurren todos los requisitos que exige el artículo 92.3 del Código Penal a) El médico forense informa que nos encontramos ante “un paciente afecto de infección VIH-SIDA estado C. fase terminal”. b) El médico del Centro Penitenciario dictamina que “padece una enfermedad grave e irreversible, con mal pronóstico que sigue siendo desfavorable a muy corto plazo”. Y el pronóstico final ha quedado perfectamente acreditado y favorable en el expediente tramitado.

El artículo 90.2 del Código Penal dispone que el Juez de Vigilancia Penitenciaria al decretar la libertad condicional de un penado podrá imponer la observancia de alguna o algunas, como reglas de conducta, de las medidas previstas en el artículo 105 del Código Penal.

En este caso la trayectoria criminal del liberado y como consecuencia de la naturaleza del delito, para el mejor resultado del período de libertad condicional, en búsqueda de la total reinserción en la Sociedad del penado, es aconsejable que aquél tenga el menor contacto posible con aquellos círculos en los que el tráfico de hachís es o pueda ser habitual. En consecuencia no podrá desplazarse a la Península sin ponerlo previamente en conocimiento de este Juzgado y de los Servicios Externos Penitenciarios ni desplazarse al Reino de Marruecos.

37. PROVIDENCIA DE JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 2 DE FECHA 05/08/05

No cabe renuncia de la libertad condicional cuando la resolución ha sido firme.

Dada cuenta, el anterior escrito del interno, por el que renuncia a la libertad condicional concedida por este Juzgado mediante Auto de 22-07-05

no ha lugar a lo solicitado, ya que la resolución por la que se le concede la libertad condicional ha sido declarada firme y no existe figura alguna en el ordenamiento jurídico que contemple la renuncia a que hace referencia el interno, por lo que el referido Auto de 22-07-05 por el que se concede la libertad condicional con expulsión del territorio nacional deberá hacerse efectivo.

38. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALENCIA DE FECHA 14/08/15

Renuncia el interno a la libertad condicional. Considera que le perjudica la nueva reforma del Código Penal.

HECHOS

PRIMERO.– Con fecha 3 de agosto de 2015, se recibe el recurso formulado por el interno J.J.T.E. del Centro Penitenciario Valencia contra el Auto de fecha 29 de julio de 2015 dictado por este Juzgado en el que se suspendía la ejecución del resto de la pena y concediendo libertad condicional al penado, por un plazo de dos años, condicionada a la regla de conducta de seguimiento por los servicios sociales penitenciarios correspondientes.

SEGUNDO.– Notificada dicha resolución a las partes por el interno se interpuso recurso de reforma del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, que ha emitido informe en el sentido de interesar no se dé lugar a la reforma y se confirme la resolución ocurrida por ser ajustada a Derecho.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.– Procede la estimación del recurso de reforma en tanto que la libertad condicional es renunciable al no contravenir la Ley ni el orden público ni perjudicar a terceros debiendo quedar clasificado en tercer grado existiendo un interés legítimo por parte del penado en su renuncia habida cuenta que el nuevo régimen le resulta más perjudicial.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda estimar el recurso de reforma interpuesto por el penado J.J.T.E. contra el Auto dictado por este Juzgado con fecha 29 de julio de 2015 en los términos que se recogen en los fundamentos jurídicos de esta resolución.

39. AUTO AUDIENCIA PROVINCIAL CANTABRIA SECCIÓN 3ª AUTO 85/2015 DE 2 DE MARZO

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal. Se aplica la legislación anterior a la reforma, por ser más favorable al interno.

HECHOS

ÚNICO.- Por el Ministerio Fiscal se formuló recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria de fecha 28 de enero de 2016 en el que se concedía a L. "el beneficio de la libertad condicional adelantada a los 2/3, en las condenas que venía cumpliendo en Centro Penitenciario, aprobándose la propuesta elevada, fijándose como fecha de excarcelación el día 15 de febrero de 2016 y fijándose como lugar de residencia una vez sea excarcelado el antes señalado".

L. mostró su conformidad a la petición formulada por el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Alega el Ministerio Fiscal recurrente a lo que muestra su conformidad L. que el beneficio de la libertad condicional adelantada a los 2/3 ha de ser concedido conforme a lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal en la redacción inmediatamente anterior a la reforma

operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al resultar más favorable que la aplicación del nuevo artículo 90.2 del mismo Código.

A la vista de ambos preceptos así como del conjunto de la regulación de la libertad condicional adelantada, resulta evidente y claro que la aplicación de la libertad condicional adelantada a los 2/3 que establecía la anterior redacción del artículo 91.1 del Código Penal «...podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales» es más favorable que la nueva regulación contenida en el artículo 90.2 «También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos: a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena...» ya que de aplicarle ésta se le estaría sometiendo a un precepto perjudicial como es el artículo 90.6 «La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena» en caso de una eventual revocación de la suspensión de la condena toda vez que la regulación anterior no imponía plazo alguno de suspensión de la condena y la nueva regulación sí lo hace, y, ello, por cuanto la comparación entre la anterior y la nueva regulación ha de efectuarse de forma global, en su conjunto y no de manera individualizada.

En el presente caso, encontrándose L. en el tercer grado penitenciario, habiendo cumplido las 2/3 partes de la condena y haber «desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales» establecidas es visto que procede la concesión de libertad condicional adelantada a los 2/3 conforme a lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal en la redacción inmediatamente anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, al resultar más favorable para éste conforme a lo anteriormente razonado.

En consecuencia, la Sala no puede sino compartir el criterio del Ministerio Fiscal de que resulta de aplicación la libertad condicional adelantada a los 2/3 que establecía la anterior redacción del artículo 91.1 del Código

Penal por resultar más favorable en su conjunto que la nueva regulación de la libertad condicional establecida en el actual artículo 90.2 y concordantes del Código Penal.

Todo lo anterior obliga a la Sala a estimar el recurso confirmando la resolución recurrida pero corrigiendo la legislación aplicable en el sentido que el beneficio de la libertad condicional adelantada a los 2/3, en las condenas que venía cumpliendo en el Centro Penitenciario se concede conforme a lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal en la redacción inmediatamente anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, al resultar más favorable en su conjunto.

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

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Estimar íntegramente el recurso de APELACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 28 de enero de 2016 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cantabria, que se REVOCA parcialmente, en el sentido que el beneficio de la libertad condicional adelantada a los 2/3, en las condenas que venía cumpliendo en el Centro Penitenciario concede conforme a lo dispuesto en el artículo 91.1 del Código Penal en la redacción inmediatamente anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, al resultar más favorable. Las costas de la alzada se declaran de oficio.

***PENAS Y MEDIDAS
ALTERNATIVAS***

TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

40. SENTENCIA 96/2017 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE JULIO

Vulneración del artículo 24 de la Constitución por dar por incumplida la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

ANTECEDENTES

El día 18 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal un escrito de doña X.M.B. manifestando su voluntad de interponer recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal de 3 de febrero de 2016 se acordó librar despacho al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que se designara a la recurrente procurador y abogado del turno de oficio para su representación y defensa en el presente recurso de amparo. Recibidas las pertinentes comunicaciones de los Ilustres Colegios de Abogados y Procuradores, por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 14 de marzo de 2016 se tuvieron por designados a la Procuradora de los Tribunales doña M.C.C. para la representación de la recurrente y a la Abogada doña C.G.B. para su defensa, confiriéndose a la citada Procuradora un plazo de 20 días para que, bajo la dirección de la Abogada mencionada, presentara la correspondiente demanda de amparo.

En fecha 28 de abril de 2016, la recurrente presentó escrito solicitando que, con interrupción del plazo para presentar la demanda, se le diera vista de las actuaciones judiciales. De acuerdo con dicha petición, por diligencia de fecha 4 de mayo de 2016, la Secretaría de Justicia acordó, con suspen-

sión del plazo para presentar la demanda, dirigir atenta comunicación a la Audiencia Provincial de Santander (Sección Primera) y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria para que remitieran certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación 812-2015 y al expediente 299-2012. Una vez recibidas las actuaciones, la recurrente presentó su escrito de demanda en el registro general de este Tribunal el día 11 de julio de 2016.

Los hechos en los que se funda el presente proceso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Mediante Sentencia de 30 de julio de 2010, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander condenó a la ahora recurrente de amparo como autora de un delito de estafa a las penas de 6 meses de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo. Esta condena ganó firmeza una vez que la Audiencia Provincial de aquella capital (Sección Primera) desestimó, en Sentencia de 15 de julio de 2011, el recurso de apelación interpuesto por la ahora demandante. Incoada la ejecutoria, el Juzgado de lo Penal declaró, por medio de Auto de 5 de octubre de 2011, que no había lugar a la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al no tener la condenada, a la vista de su hoja histórica penal, la condición de «delincuente primario». En Auto de 16 de enero de 2012 el Juzgado de lo Penal acordó, no obstante, la sustitución «de la pena de seis meses de prisión por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», resultando competente para el seguimiento y control de la ejecución de esta pena sustitutiva el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente.

b) El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria formó el expediente 299-2012 para el seguimiento y control del plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad (180 jornadas) elaborado por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas. Tras una serie de vicisitudes, que determinaron que la primera entidad designada rechazara a la recurrente por no adecuarse al perfil demandado, el 9 de mayo de 2012 se fijó un nuevo plan de ejecución conforme al cual la penada debía realizar las jornadas de trabajo en el servicio de gestión de penas y medidas alternativas de Cantabria, realizando tareas de apoyo y limpieza, con horario de 15:30 a 21:30 horas.

c) El 31 de octubre de 2012 tuvo entrada en el Juzgado un escrito en el que la recurrente de amparo solicitaba un aplazamiento de la ejecución de la pena, alegando motivos personales y adjuntando documentación médica relativa al seguimiento de un tratamiento de quimioterapia. El aplazamiento solicitado fue concedido por el Juzgado en providencia de 9 de noviembre de 2012. En fecha 17 de octubre de 2013, la recurrente de amparo presentó un nuevo escrito en el que alegaba que le resultaba imposible, por motivos de salud, llevar a cabo el cumplimiento de las jornadas de trabajo, alegando que se había sometido a una «intervención quirúrgica en los dedos de los pies» y que se encontraba «en espera de operación del hombro derecho», razón por la que solicitaba que fuera señalada cita con el médico forense para la evaluación de su estado de salud.

La recurrente fue reconocida por la Médico Forense el día 11 de noviembre de 2013, recibándose en fecha 16 de diciembre siguiente el informe elaborado por esta profesional, en el que se manifestaba lo siguiente: «considerando que de la patologías referidas [por la ahora actora], la única que en el momento actual produce limitación es la del hombro derecho, consideramos que puede realizar cualquier actividad, que no demande grandes requerimientos en el hombro».

d) En fecha 7 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Juzgado el nuevo plan de ejecución de las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad pendientes (156) elaborado por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas. El plan consistía en la realización de tareas de apoyo en el archivo del Fondo de Garantía Salarial entre el 17 de febrero de 2014 y el 4 de octubre de 2014. La penada no llegó, no obstante, a iniciar el cumplimiento de este nuevo plan de ejecución alegando que no podía realizar las tareas encomendadas, razón por la cual el servicio de gestión de penas y medidas alternativas elaboró un nuevo plan de ejecución que tuvo entrada en el Juzgado el 25 de febrero de 2014. En dicho plan se establecía que el cumplimiento de las 156 jornadas pendientes de cumplimiento se realizaría en la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de Cantabria, a través de una actividad «administrativa» y «de acompañamiento» a realizar entre el 21 de abril de 2014 y el 6 de agosto de 2014.

e) En fecha 17 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Juzgado un escrito del servicio de gestión de penas y medidas alternativas en el que se ponía en conocimiento del órgano judicial, como incidencia del plan de

ejecución, que la recurrente de amparo había interrumpido el cumplimiento de la pena «alegando problemas médicos». En el informe de la jefa del servicio de gestión de penas y medidas alternativas, de 9 de septiembre de 2014, se manifestaba lo siguiente: «personada la penada a la cita hecha para alegaciones por la interrupción del cumplimiento de la pena, manifiesta que dicha interrupción se debió a haber sufrido una caída que le imposibilitó continuar el cumplimiento y que actualmente no está en condiciones de poder elaborar un nuevo plan de ejecución ni sabe cuándo esto será posible ya que sigue pendiente de diversas consultas médicas». El informe señalaba, finalmente, que la penada sólo había llegado a cumplir un total de 69 jornadas de las 180 a las que había sido condenada.

f) En fecha 24 de septiembre de 2014, el Juzgado acordó que se procediese «al reconocimiento por el Médico Forense de la interesada». Ante la imposibilidad de citarla en el domicilio fijado por la actora, el funcionario de auxilio judicial del Juzgado se puso en contacto telefónico con ella, dándole la ahora recurrente de amparo la referencia de su nuevo domicilio. La recurrente fue citada, en cualquier caso, también por teléfono para que compareciera el 30 de octubre de 2014 a efectos de ser reconocida por el médico forense en el Instituto de Medicina Legal. En fecha 26 de noviembre de 2014 se recibió en el Juzgado el informe médico forense en el que se concluye que la recurrente de amparo «se encuentra recuperada de las patologías que presentó, pudiendo realizar cualquier tipo de trabajo en beneficio de la comunidad».

g) El servicio de gestión de penas y medidas alternativas intentó citar a la ahora demandante para la elaboración de un nuevo plan de ejecución. No obstante, la primera citación fue realizada en el domicilio anterior, circunstancia que motivó que aquélla no llegara a comparecer a la cita. Advertida por el Juzgado esta circunstancia, el órgano judicial ordenó al servicio de gestión de penas y medidas alternativas que intentara citar a la ahora actora en el nuevo domicilio designado por medio de correo ordinario, certificado y con acuse de recibo. Esta segunda citación, realizada en el domicilio correcto, no fue entregada personalmente a la recurrente, por estar ésta ausente en horas de reparto, dejándose aviso en el buzón, sin que, pese a ello, la ahora actora acudiera a la oficina de correos a recoger la citación. Ante esta circunstancia, el servicio de gestión de penas y medidas alternativas remitió al Juzgado un informe de fecha 22 de mayo de 2015, manifestando que la recurrente no había comparecido a la cita.

h) Mediante Auto de 5 de junio de 2015 el Juzgado resolvió tener por «incumplida voluntariamente» por la recurrente de amparo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que le había sido impuesta.

El día 15 de junio la recurrente envió una carta manuscrita al Juzgado, manifestando lo siguiente: «[y]o no me niego a realizar ningún trabajo en beneficio de la comunidad. El caso es que yo no he recibido ninguna carta o aviso en la dirección ya indicada. La primera carta que recibí fue el día 12 del presente, que es cuando me he puesto en contacto con ustedes». A la carta presentada por la recurrente de amparo se le dio tratamiento de recurso de reforma, que fue desestimado por el Juzgado mediante Auto de fecha 24 de junio de 2015. En el fundamento jurídico único de esta resolución se señala lo siguiente: «[l]a penada dice no haber recibido ni carta ni aviso pero no es cierto pues se la cita en el domicilio que aportó y sigue siendo el suyo para darle la oportunidad de reanudar los trabajos, no acudiendo a la oficina de correos a recoger la citación ni contactando con el CIS o el Juzgado que condenó».

i) La recurrente interpuso después recurso de apelación, alegando que «no nos encontramos ante un incumplimiento voluntario de la pena sustitutiva consistente en trabajos en beneficio de la comunidad sino ante un claro incumplimiento por parte de la Administración Penitenciaria de la obligación de agotar todos los posibles medios de comunicación personal con la penada». El recurso ponía de manifiesto que constaba en el expediente un número de teléfono móvil en el que la recurrente de amparo siempre había sido localizada por el propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

j) La Audiencia Provincial de Santander (Sección Primera), en Auto de fecha 8 de octubre de 2015, desestimó el recurso de apelación. La Sala considera en la resolución dictada que sobre la condenada pesa el deber de estar pendiente de cumplir la pena que le ha sido impuesta. Estima el tribunal provincial que se la citó con acuse de recibo en el domicilio que ella misma había designado y, pese al aviso de correos en el que consta la procedencia, no acudió a recoger la citación, lo que supuso un incumplimiento de sus obligaciones. Una vez notificada esta resolución a la penada, ésta se dirigió, en fecha 18 de noviembre de 2015, al Tribunal Constitucional manifestando su voluntad de interponer recurso de amparo.

k) Recibido el expediente del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander acordó en Auto de 13 de enero de

2016, previa audiencia del Ministerio Fiscal, que se procediera, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 88.2 del Código Penal, a la ejecución de la pena de prisión originariamente impuesta en la Sentencia (156 días de prisión). A estos efectos, requirió expresamente a la demandante de amparo para que, en el plazo de cinco días, ingresara voluntariamente en el Centro Penitenciario de su elección.

Sin que dicho ingreso en prisión llegara a verificarse, la demandante de amparo solicitó en fecha 10 de febrero de 2016 que se acordara la suspensión de la ejecución de la pena impuesta «en tanto se resuelve el expediente de solicitud de amparo constitucional», petición que fue rechazada por el órgano judicial en providencia de 1 de marzo de 2016. La actora presentó, después, recurso de reforma contra esta providencia, impugnación que fue también desestimada por resolución de 21 de abril de 2016. Consta, finalmente, que mediante Auto de 15 de julio de 2016 el Juzgado de lo Penal, apreciando que el plazo de prescripción de la pena de prisión había transcurrido en su integridad sin que hubiera llegado a iniciarse en ningún momento su cumplimiento, acordó declarar «la prescripción de la pena a la que fue condenada» la recurrente de amparo, así como disponer el consiguiente «archivo de las actuaciones», decisiones ambas que ganaron firmeza al no resultar recurridas.

En su demanda de amparo, la recurrente estima que las resoluciones impugnadas vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), ya que el órgano judicial no agotó todas las posibilidades que tenía a su disposición para citarla ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la elaboración de un nuevo plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. La recurrente subraya que «estamos en presencia de una notificación para dar cumplimiento a una pena que de no llevarse a efecto supondrá la entrada en prisión», estando en juego, por tanto, su libertad personal, habilitando igualmente la decisión adoptada «la deducción de testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468 del Código Penal, por quebrantamiento de condena».

Además, según afirma la actora, el mero aviso dejado por los empleados de correos en el buzón del domicilio no puede equipararse a una notificación personal. Frustrado este primer intento de notificación, la recurrente reprocha al Juzgado que no intentara «una segunda notificación». Añade que «tampoco se intentó la localización telefónica que había resultado efi-

caz en todas las ocasiones anteriores». En esas circunstancias, el órgano judicial dedujo indebidamente que la actora había decidido voluntariamente no comparecer ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas, cuando la realidad es que no había sido citada, de acuerdo con lo que prescriben los artículos 155 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considera, en suma, la demandante que la violación del derecho fundamental radica en que el órgano judicial «no cuidó que fuesen agotados todos los medios que tenía a su alcance para llevar a cabo una notificación personal incumpliendo de este modo la diligencia que le era debida y exigible desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ... teniendo especial relevancia dicha notificación, pues significaría tener por incumplida la pena con la consecuencia del ingreso en prisión de la recurrente y su posible procesamiento por quebrantamiento de condena».

Por providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal de 13 de febrero de 2017 se acordó admitir a trámite el recurso, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, FJ 2 a)]». En consecuencia, la misma resolución dispuso que se dirigiera atenta comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria, «a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, emplaze a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, en su caso, excepto la parte recurrente en amparo, para que puedan comparecer en el presente recurso de amparo». Por último se ordenó en la referida providencia, de conformidad con lo solicitado en la demanda, que se formara la correspondiente pieza separada de suspensión.

Formada la pieza de suspensión, que fue acordada por providencia dictada por la Sección Cuarta de este Tribunal en fecha 13 de febrero de 2017, una ulterior diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de 28 de febrero de 2017 acordó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander para que remitiera certificación o copia averada de las actuaciones correspondientes a la ejecutoria 386-2011, recibándose, finalmente, copia testimoniada de éstas en fecha 28 de marzo de 2017.

Mediante Auto 57/2017, de 24 de abril, la Sala Segunda acordó, finalmente, la extinción de la pieza cautelar de suspensión al constatar que el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander había declarada prescrita la pena de prisión en la que la recurrente cifraba el daño que podía irrogársele si no se acordaba la suspensión de las resoluciones impugnadas en amparo.

El día 28 de febrero de 2017, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interesó que se le tuviera por personado en el proceso constitucional. Así fue acordado mediante diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2017, dándose asimismo vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo de veinte días, para que presentaran alegaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El día 5 de junio de 2017 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento de amparo por vulneración «del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española) o a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española)».

Tras exponer los antecedentes del caso y el contenido de la demanda, destaca el Fiscal que, antes de abordar el fondo del asunto, cabe plantearse la posibilidad de que concurran dos óbices de admisibilidad. De un lado, entiende el Fiscal que el recurso de amparo podría haber perdido objeto, puesto que la pena de prisión originariamente impuesta, cuya ejecución venía determinada por la declaración judicial de incumplimiento voluntario de los trabajos, fue declarada prescrita por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander, circunstancia que ha determinado, incluso, que el propio Tribunal Constitucional haya declarado, en el seno de este mismo proceso, la extinción de la pieza cautelar.

También puede plantearse, a juicio del Fiscal, que resulte de aplicación el óbice de falta de agotamiento de la vía judicial [artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], puesto que lo acaecido en la ejecutoria demuestra, a su juicio, que la actora aún tenía en su mano algún cauce jurídico con el que tratar de evitar la ejecución de la pena privativa de libertad, como era precisamente la petición de declaración de prescripción de la misma. La prescripción, sin embargo, fue declarada de oficio, sin que la recurrente la solicitara.

Planteados los anteriores óbices, a los que el Fiscal alude como mera opción a evaluar por el Tribunal, sin asumirlos formalmente ni interesar,

por tanto, su apreciación en Sentencia, analiza el defensor de la legalidad el fondo del recurso de amparo planteado, concluyendo que debe estimarse la demanda por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) en relación con el valor libertad (artículo 17 de la Constitución Española). Estima, en este sentido, que la decisión judicial de declarar voluntariamente incumplidos los trabajos, al abrir «la puerta al cumplimiento de la privación de libertad, tal y como se acordó... en Auto de 13 de enero de 2013», aun no afectando directamente al derecho fundamental sustantivo a la libertad, sí que suponía una «afectación de la libertad» que determina, de acuerdo con la doctrina constitucional, que el escrutinio de la decisión judicial deba ser especialmente exigente, al estar ésta sujeta a un deber reforzado de motivación. Siendo este el canon constitucional aplicable, el Fiscal estima que las decisiones judiciales de instancia y apelación dedujeron el incumplimiento voluntario de la pena de un acto de comunicación defectuosamente ejecutado, inidóneo, por ello, para sustentar el juicio de valor alcanzado por el órgano judicial.

En cuanto a los efectos de la estimación del amparo, el Fiscal interesa que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, pero considera, al tiempo, que no procede acordar retroacción alguna, dado que la pena privativa de libertad ha sido declarada prescrita y no se ha acordado, en el seno del procedimiento, la deducción de testimonio por posible delito de desobediencia.

En fecha 5 de junio de 2017 tuvieron entrada en el registro general de este Tribunal las alegaciones del Abogado del Estado, en las que se interesa la desestimación de la demanda de amparo. A juicio del representante del Gobierno, tanto el Juzgado de Vigilancia como la Audiencia Provincial se limitaron, en sus respectivas resoluciones, a apreciar la consecuencia jurídica legalmente prevista para el comportamiento realizado por la actora, que no acudió a la cita del servicio de gestión de penas y medidas alternativas. La falta de comparecencia de la interesada, según aprecia claramente la resolución de la Audiencia, fue el resultado de su falta de diligencia, ya que la sujeción a los trabajos, como pena sustitutiva de la prisión, implicaba el deber de la recurrente de colaborar activamente con los órganos competentes. Para el Abogado del Estado «decidida la aplicación de una pena sustitutiva de la prisión, ciertamente la recurrente debía en cierto modo estar al tanto o ser proactiva en este sentido, de cara al desarrollo de la ejecución». El Abogado del Estado entiende que «la notificación fue

correcta» y que «la interesada debió acudir a la Oficina de correos a retirar el aviso y enterarse del contenido material de una comunicación que la misma notificada intuía, pero insistimos que no es tanto esa intuición, que también cuanto que la actuación adecuada del empleado de comunicación en el domicilio de la penada, ante la situación de ausencia de esta última». Por tanto, concluye solicitando el representante de la Administración que el amparo sea desestimado.

En fecha 13 de junio de 2017 fueron registradas en este Tribunal las alegaciones de la demandante de amparo, en las que interesa la estimación de la demanda. En su escrito, la recurrente pone de manifiesto que ha sido designada una letrada de turno de oficio de Madrid, habiéndose producido los hechos determinantes del recurso «en Cantabria, es decir a más de 450 kilómetros de distancia, lo que imposibilita que la letrada que suscribe puede acudir a preguntar al Juzgado de Cantabria sin más».

Por providencia de 13 de julio de 2017, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se impugna en el presente recurso de amparo el Auto de 5 de junio de 2015, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria, resolución en la que el citado órgano judicial tuvo por voluntariamente incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta a la recurrente de amparo en sustitución de la pena de seis meses de prisión originariamente establecida en la Sentencia condenatoria de 30 de julio de 2010. También se impugna el Auto de 8 de octubre de 2015 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Primera), desestimatorio del recurso de apelación interpuesto frente a la anterior resolución.

La recurrente de amparo estima que las resoluciones impugnadas vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), pues en ambas se dedujo el incumplimiento voluntario de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de la incomparecencia de la recurrente a una cita con el servicio de gestión de penas y medidas de seguridad que no le había sido correctamente comunicada y de la que, por dicha razón, no había tenido conocimiento. El Ministerio Fiscal apoya la estimación de la demanda de amparo al considerar que las resoluciones dictadas no cumplen con el deber reforzado de motivación (artículo 24.1

de la Constitución Española) que es exigible a los órganos judiciales cuando está afectada la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española). Se opone, en cambio, al otorgamiento de amparo el Abogado del Estado, que estima que si la recurrente no llegó a tener conocimiento de la citación efectuada fue por su propia negligencia, ya que tenía la obligación de permanecer atenta a cualquier incidencia relativa al cumplimiento de la pena. Dicha obligación determinaba, a su juicio, que la actora debiera «intuir» que se había producido un intento de notificación en su nuevo domicilio, buscando en su buzón el aviso y presentándose, después, en la oficina de correos para recoger la notificación correspondiente.

Como se ha señalado en los antecedentes, el Ministerio Fiscal plantea la posibilidad de que concurran dos óbices de admisibilidad.

a) De un lado, afirma el Fiscal que el hecho de que la pena de prisión originariamente impuesta haya sido declarada prescrita sin que hubiera llegado siquiera a iniciarse la ejecución de la misma puede determinar que el recurso de amparo haya perdido su objeto. Alega, en este sentido, que ya el incidente cautelar tramitado en el seno de este mismo procedimiento de amparo fue declarado extinguido justamente por esa circunstancia en el Auto 57/2017, de 24 de abril. La pérdida de objeto planteada por el Ministerio Fiscal no puede, sin embargo, ser estimada, dada la diferencia que existe entre el interés tutelado en el incidente cautelar y el que debe ser atendido por este Tribunal en el trámite de dictar Sentencia:

(i) En el seno del incidente cautelar, la misión de este Tribunal es evitar la consumación de un perjuicio irreparable directamente derivado de la inmediata ejecutividad de las resoluciones impugnadas y cuya reparación no puede demorarse, por su especial naturaleza, al propio trámite de Sentencia. En el caso que nos ocupa, la recurrente alegaba en el aludido incidente que, de no acordarse la suspensión de las resoluciones impugnadas, la pena de prisión inicialmente impuesta en la Sentencia condenatoria debía ser ejecutada por disposición expresa de la ley [artículo 88.2 del Código penal, en la redacción entonces vigente]. Afirmaba, así, la actora que se cernía sobre ella un peligro cierto e inmediato de verse materialmente privada de libertad por efecto de lo acordado en las resoluciones concretamente impugnadas en el recurso amparo presentado.

Este Tribunal constató entonces, en el citado Auto 57/2017, que la pena de prisión originaria había sido declarada prescrita por el Juzgado de lo

Penal con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, y concluyó, por ello, que el riesgo de daño personal que la actora invocaba como fundamento de su petición cautelar había desaparecido por completo. La petición de suspensión realizada había perdido, por ello, su objeto, máxime cuando la ejecutoria 386-2011 había sido objeto de archivo.

(ii) La valoración de la pervivencia del objeto del recurso que ha de realizarse una vez llegados al trámite de Sentencia, estadio procedimental en el que ahora se halla este Tribunal, es, sin embargo, distinta. Como hemos señalado en otras ocasiones lo esencial, en este punto, es dilucidar si la circunstancia sobrevenidamente producida ha hecho desaparecer la causa determinante de la lesión del derecho fundamental y ha tenido, por ello, un verdadero efecto reparador, lo que no puede apreciarse, en particular, cuando «la extinción de responsabilidad de los recurrentes se fundó en motivos distintos [...] a los planteados en este recurso de amparo ... no habiéndose reparado la lesión en la vía ordinaria» (Sentencias del Tribunal Constitucional 61/2001, de 25 de febrero, FJ 2; 8/2002, de 14 de enero, FJ 2; 167/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 63/2014, de 5 de mayo, FJ 2). En dichos supuestos subsiste, pues, un interés legítimo en la resolución del amparo «sin perjuicio de que los efectos de su eventual estimación sean meramente declarativos y deban limitarse a la anulación de las resoluciones impugnadas» (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2014, de 5 de mayo, FJ 2).

A efectos, pues, de determinar la posible pérdida de objeto del recurso resulta decisivo que la circunstancia sobrevenidamente acaecida haya hecho desaparecer la causa determinante de la lesión consumada en los derechos fundamentales de la actora, teniendo, por ello, un claro efecto reparador sobre la misma. Pues bien, siguiendo dicho patrón de enjuiciamiento, puede observarse que, en el caso que nos ocupa, la declaración de prescripción de la pena originaria no ha hecho desaparecer la causa determinante de la lesión denunciada por la recurrente, en cuanto no ha supuesto el reconocimiento del carácter no voluntario del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Esto determina la pervivencia de un interés legítimo en que la lesión del derecho fundamental sea declarada formalmente y en que las resoluciones impugnadas sean anuladas para hacer desaparecer la valoración judicial sobre la existencia de un comportamiento ilícito atribuible a la penada. No puede olvidarse, en este punto, que la nulidad de las resoluciones impugnadas puede ser de utilidad

a efectos de dejar sin sustento toda posibilidad futura de incoación de un procedimiento penal por posible delito de quebrantamiento de condena.

b) De otro lado, el Fiscal parece señalar en sus alegaciones que, puesto que la pena de prisión no llegó a ejecutarse por haberse declarado prescrita y puesto que tal prescripción fue acordada de oficio por el Juzgado de lo Penal y no a instancia del propio interesado, la recurrente no llegó a agotar todos los medios de impugnación que estaban a su alcance.

Este posible óbice de admisibilidad tampoco puede ser estimado. La obligación resultante del artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la de agotar todos los medios de impugnación que están al alcance del recurrente de amparo dentro de la vía ordinaria, lo que significa que el actor tiene el deber de utilizar todas las vías procesales existentes para depurar la vulneración sufrida en sus derechos fundamentales. Tal obligación de combatir la vulneración padecida por todos los medios procesales a su alcance no puede confundirse, sin embargo, con un supuesto, y más amplio, deber de utilizar todas las estrategias legales posibles (como, por ejemplo, alegar la prescripción de la pena) para evitar el perjuicio final que puede resultar de la vulneración del derecho fundamental. Es claro que, en este caso, la posible prescripción de la pena de prisión originariamente impuesta podía constituir un medio de defensa plausible para evitar el ingreso en prisión, pero es igualmente patente que se trata de una cuestión jurídica completamente independiente de la vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución Española eventualmente acaecida en la ejecución de la pena sustitutiva, sin que una y otra compartan siquiera el mismo sustrato fáctico (que en el caso de la prescripción es el puro transcurso del tiempo y en el de la frustración de la pena sustitutiva, el incumplimiento voluntario de la misma por parte de la penada). No puede, pues, reprocharse a la actora, a efectos de apreciar un óbice de admisibilidad del recurso de amparo, que no alegara la posible prescripción de la pena de prisión originariamente impuesta.

En todo caso, la alegación del Fiscal podría dar lugar, más bien, a valorar si la demanda de amparo incurre en el óbice del artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por resultar prematura la interposición del recurso, al no haberse verificado, al tiempo de registrarse la demanda, la privación de libertad que, en última instancia, pretendía prevenirse. Pero este argumento tampoco resulta atendible, puesto que, como acaba de señalarse, este Tribunal ha estimado que la recurribilidad

en amparo de las vulneraciones del artículo 24.1 de la Constitución Española atribuidas a decisiones judiciales que implican afectación del valor libertad no está condicionada a la efectiva materialización de la ejecución de la privación de libertad correspondiente (vid. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, de 2 de noviembre, en la que el recurrente se hallaba en situación material de libertad por haber accedido a la libertad condicional), siendo lo decisivo, en el caso que nos ocupa, que en el momento de la interposición del recurso de amparo existiera un riesgo cierto de privación efectiva de libertad derivado de la ejecución de la pena de prisión originariamente impuesta, al resultar dicha privación de libertad una consecuencia legalmente asociada a la declaración de incumplimiento voluntario de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad según la redacción del Código penal vigente al tiempo de los hechos (artículo 88).

Por todas estas razones, los óbices de admisibilidad apuntados por el Ministerio Fiscal han de ser desestimados.

Descartada la concurrencia de los óbices de admisibilidad planteados por el Ministerio Fiscal, ha de realizarse una primera delimitación objetiva del presente proceso constitucional, identificando la concreta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) que queda comprometida en el mismo. Puede observarse, en este punto, que, en la demanda de amparo, la actora combina dos tipos de argumentaciones sobre la vulneración consumada en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así:

(i) De un lado, la demandante reprocha a los órganos judiciales actuantes que extrajeran una conclusión jurídica (el incumplimiento «voluntario» de la pena sustitutiva) de un hecho-base (la incomparecencia a la cita del servicio de gestión de penas y medidas alternativas) que, en su opinión, no se correspondía con la verdad. A su juicio, como se ha expresado en los antecedentes, no podía calificarse como voluntario el incumplimiento de una obligación de la que la actora ni siquiera tenía conocimiento. Desde este concreto prisma, la lesión del derecho fundamental se atribuye en la demanda al contenido argumental de las propias resoluciones impugnadas, que sería incompatible con las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) poniendo de manifiesto la actora, de forma expresa, el efecto final que la decisión adoptada por los órganos judiciales tiene en su situación personal de libertad, al ser legalmente obligada la ejecución de la pena de prisión

originaria y al resultar, igualmente, posible la deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena.

(ii) De otro lado, la actora reprocha al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que no asegurase que las comunicaciones entre el servicio de gestión de penas y medidas alternativas y la propia penada se ajustaran al régimen de los actos de comunicación procesal que, con carácter general, se regula en la Ley de enjuiciamiento civil. Desde esta perspectiva, la actora parece situar el origen de la lesión de su derecho fundamental en la forma en la que fue citada ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas y, más concretamente, en el hecho de que, una vez frustrada la primera tentativa de notificación en su domicilio, no se siguieran las formalidades legales que rigen los actos de comunicación procesal de naturaleza personal.

El Ministerio Fiscal, por su parte, centra sus alegaciones, y la consiguiente solicitud de estimación de la demanda de amparo, en la primera de las dos perspectivas aludidas, poniendo el acento en la afectación de la libertad personal que supone la decisión judicial de declarar incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Según razona, tal decisión determinaba legalmente la ejecución de la pena de prisión originariamente impuesta en la Sentencia condenatoria, circunstancia por la cual entiende que la resolución del órgano judicial quedaba sujeta a un deber reforzado de motivación (artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el valor libertad dimanante del artículo 17 de la Constitución Española), siendo las razones empleadas por los órganos judiciales para deducir el carácter voluntario del incumplimiento de la pena claramente inidóneas, según el *custos legis*, para satisfacer dicho estándar de exigencia.

Pues bien, en este marco argumental, hemos de señalar, en línea con lo alegado por el Fiscal, que es únicamente la dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) como derecho a obtener una resolución motivada, especialmente en un supuesto de afectación de la libertad individual, en los términos materialmente invocados por la recurrente en su demanda de amparo, la que está en juego en el caso que ahora nos ocupa, lo que determina que sea la solvencia constitucional de los razonamientos empleados en las resoluciones impugnadas y no la idoneidad formal de los cauces de comunicación entablados en un concreto trámite de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el objeto jurídico sobre el que hemos de centrar nuestro escrutinio.

En efecto, no puede ignorarse que la relevancia constitucional de la forma de un acto de comunicación procesal (entre el órgano judicial y las partes) está ligada, en la doctrina de este Tribunal, bien a la adecuada constitución de la relación jurídico procesal (lo que exige el correcto emplazamiento de los interesados para que puedan comparecer en el proceso), bien a la necesidad de otorgar a las partes ya comparecidas la posibilidad de alegar y probar lo que estimen necesario en defensa de sus pretensiones. En ambos supuestos, la forma en que el órgano judicial comunica con el individuo afectado adquiere una singular dimensión constitucional, al resultar directamente comprometido, en el primer caso, el derecho de acceso al proceso y, en el segundo, el derecho a no padecer indefensión en el seno del mismo, como contenidos sustanciales y autónomos del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, según la propia dicción literal del artículo 24.1 de la Constitución Española.

Siendo esto así, en el caso que ahora nos ocupa no se individualiza ningún acto de comunicación que pueda ser subsumido en una de estas dos vertientes del aludido derecho fundamental, pues la actora se hallaba debidamente comparecida en el proceso ejecutivo y no puede decirse tampoco que la omisión de una determinada formalidad en un acto de comunicación con el órgano judicial le haya privado de la oportunidad de defenderse en un trámite determinado.

La realidad es que el acto de comunicación cuestionado (cita para comparecer ante el servicio de gestión de penas y medidas alternativas para fijar un nuevo plan de cumplimiento de los trabajos) se sitúa en el ámbito ordinario de desarrollo de la relación jurídico-procesal entablada, durante la ejecución de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, entre el penado y la entidad administrativa encargada de gestionar la prestación de dichos trabajos, bajo control y seguimiento judicial. En este concreto plano, la forma de comunicación ordinaria entre los indicados servicios administrativos y el penado es, en sí misma, una cuestión de legalidad ordinaria, carente, por sí sola, de toda dimensión constitucional. Ni el Código Penal, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni tan siquiera la norma reglamentaria que desarrolla el modo de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (Real Decreto 840/2011, de 17 de junio), regulan, en realidad, un modo específico y unívoco de sustanciación de las comunicaciones ordinarias entre el penado, los servicios administrativos y la concreta entidad empleadora; comunicaciones que pueden producirse,

por ello, a través de medios que, en principio, pueden ser flexibles y que, en todo caso, resultan constitucionalmente irrelevantes.

Sí es, en cambio, objeto de regulación precisa en el Código Penal (artículo 49) la obligación que pesa sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria de valorar las incidencias acaecidas en esa relación de tracto sucesivo y determinar si suponen un incumplimiento voluntario por parte del penado de la obligación asumida de realizar la prestación de los trabajos. En el caso que nos ocupa, es esa valoración judicial, y sólo ella, la que trasciende el ámbito de la legalidad ordinaria.

En efecto, lo que puede tener un alcance que rebase el ámbito de la legalidad ordinaria para adentrarse en el nivel de la constitucionalidad es la decisión judicial que considere que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ha sido voluntariamente incumplida, lo que implica *ope legis*, como consecuencia para la penada, la ejecución de la pena de privación de libertad originariamente impuesta en Sentencia. Y todo ello en la medida en que la resolución judicial dictada no sólo ha de ser motivada (artículo 24.1 de la Constitución Española) sino que ha de cumplir con un deber reforzado de motivación por afectar a la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española).

Como ha señalado este Tribunal, que la decisión del órgano judicial no pueda reputarse directamente lesiva del derecho fundamental previsto en el artículo 17 de la Constitución Española no significa que la afectación del valor superior de la libertad no tenga un importante influjo en el examen de la eventual lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), pues, según hemos declarado, hay resoluciones judiciales que, sin lesionar dicho derecho, afectan a la libertad como valor superior del ordenamiento constitucional en cuanto «modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se llevará a cabo» (Sentencias del Tribunal Constitucional 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).

En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, hemos afirmado que debe «entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española» (Sentencias del Tribunal Constitucional 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) «de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor

superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; y 226/2015, FJ 4). Esta exigencia se hace aún más evidente desde la perspectiva resocializadora que debe presidir la ejecución de las penas privativas de libertad de acuerdo con el artículo 25.2 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/2008, FJ 4, y 226/2015, FJ 4).

No corresponde, en suma, a este Tribunal entrar a dilucidar el modo en que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad haya de ser ejecutada, mucho menos la concreta manera en que los diferentes actos de comunicación entre el servicio administrativo competente y la propia penada hayan de llevarse a efecto, cuestión que, como queda dicho, en ningún caso puede confundirse con las exigencias constitucionales relativas a la adecuada constitución de una relación jurídico-procesal o a la proscripción de indefensión en el seno del proceso, debiendo evitarse la traslación mimética de tales exigencias fuera de su marco estricto de aplicación, pues tal cosa supondría la invasión de un espacio que sólo al legislador corresponde llenar.

Como acaba de señalarse, nuestro estricto cometido en el presente recurso de amparo es examinar la suficiencia de la motivación empleada por los órganos judiciales para concluir que la frustración de la ejecución de la pena judicialmente establecida era achacable a la voluntad del penado y que no obedecía, en cambio, a la falta de diligencia de los órganos administrativos encargados de su gestión ordinaria.

Debemos recordar, en este punto, que, de acuerdo con nuestra doctrina, «para verificar ... si una resolución que afecta al valor libertad está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 de la Constitución Española, este Tribunal no debe limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Sin abandonar el plano externo de enjuiciamiento que caracteriza el examen constitucional de la motivación de las resoluciones

judiciales, debemos, antes bien, asegurarnos de que el órgano judicial ha cumplido el deber reforzado de motivación que sobre él pesaba plasmando en su resolución razones acordes a la regulación legal del beneficio penitenciario solicitado y específicamente ligadas al concreto supuesto de hecho planteado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, FJ 4), de modo que pueda comprobarse «la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma» (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996, de 24 de junio, FJ 2).

Dicho en otros términos, «la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 de la Constitución Española» (Sentencia del Tribunal Constitucional 226/2015, FJ 4), ya que se trata, en definitiva, de «comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas ... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española)» (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; y 226/2015, FJ 4).

Llevando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, puede constatarse sin mayor dificultad la realidad de la lesión denunciada por la actora y, en consecuencia, la procedencia de otorgar el amparo por ella solicitado, con las prevenciones que después se harán sobre el alcance del mismo. Los órganos judiciales de instancia y apelación entendieron que la penada había incumplido de modo voluntario la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y extrajeron tal conclusión, no de la valoración del conjunto de circunstancias acaecidas a lo largo de la ejecución de la misma, sino de una incidencia muy determinada: la falta de comparecencia de la recurrente de amparo a la cita concertada por el servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la elaboración de un nuevo plan de cumplimiento (informe del referido servicio de 22 de mayo de 2015). Sin embargo, en la resoluciones judiciales no se exteriorizan elementos de juicio suficientes, a la vista de las circunstancias del caso, para inferir de esta mera incidencia puntual la voluntariedad del incumplimiento de la pena, razón por la cual

la resolución dictada ha de reputarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) en relación con la libertad individual (artículo 17 de la Constitución Española).

En efecto, en las resoluciones impugnadas la voluntariedad del incumplimiento de la pena se deduce lisa y llanamente del hecho de que la recurrente de amparo no acudiera a la oficina de Correos a pesar de que se le había dejado un aviso en el buzón de su domicilio, no habiendo, en realidad, constancia de que dicho aviso llegara a ser conocido por la penada. Resulta notorio, en cambio, que, a efectos de lograr que tal cita fuera efectivamente cumplimentada, no se intentó siquiera, por parte del servicio de gestión de penas y medidas alternativas o del Juzgado, entablar contacto telefónico con la interesada, medio de comunicación sencillo e informal que anteriormente se había demostrado eficaz para incidencias similares con ella misma. Las circunstancias fácticas relativas al modo en que habían tenido éxito citas anteriores (como el reconocimiento forense en el Instituto de Medicina Legal) ponen de relieve, por ello, la manifiesta falta de ponderación en las resoluciones judiciales impugnadas de las circunstancias previas del asunto, que revelaban que un simple intento de contacto telefónico podía ser suficiente para salvar la incidencia acaecida. En tal sentido, la deducción de la voluntariedad del incumplimiento de los trabajos, con el consiguiente efecto de ejecución de la pena de prisión originaria, no resultó suficientemente motivada, a la luz de las circunstancias del caso, todo ello desde la óptica de los artículos 24.1 y 17 de la Constitución Española.

Por todo lo anterior, procede estimar el amparo solicitado, debiendo, no obstante, limitarse el alcance de nuestra tutela a la declaración de la vulneración del derecho fundamental y a la nulidad de las resoluciones impugnadas, sin que proceda, como advierte el Fiscal, retroacción alguna, ya que la pena de prisión originariamente impuesta ha sido declarada prescrita y la ejecutoria se encuentra en estado de archivo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña X.P.M.B. y, en consecuencia:

Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con su derecho a la libertad (artículo 17 de la Constitución Española).

Restablecerla en el citado derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de 8 de octubre de 2015, dictado por la Audiencia Provincial de Santander (Sección Primera) en el rollo de apelación núm. 812-2015. Y del Auto de 5 de junio de 2015 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cantabria, dictado en el expediente 299-2012, para el seguimiento y control del plan de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santander.

41. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2012

Competencia entre los distintos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para el control del cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 9 de agosto se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición razonada y testimonios del expediente genérico del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla La Mancha, con sede en Ocaña Toledo, planteando cuestión de COMPETENCIA POSITIVA con el de igual clase nº 6 de Madrid, acordándose por providencia de 16 de septiembre, formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 11 de octubre dictaminó: "... Nos inclinamos por el criterio del domicilio o residencia del penado, que es el sustentado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha y que aparece explícito en la normativa transcrita. Entenderlo de otra forma supondría dejar a la Administración Penitenciaria la posibilidad de alterar las normas competenciales mediante una reordenación de centros, a llevar a cabo mediante una mera resolución administrati-

va que podría incluso vulnerar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24 de la Constitución Española), garantía constitucional que es predicable no sólo del juez decidor sino también del juez ejecutor de la pena...".

TERCERO.- Por providencia de fecha 19 de noviembre se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 13 de diciembre para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la exposición razonada y testimonios remitidos planteando esta cuestión de competencia positiva, resulta, que el penado R., domiciliado en Guadalajara, estaba sometido al Servicio de Control de Penas y Medidas Alternativas de Guadalajara. La Autoridad Penitenciaria acuerda cerrar dicho Servicio en Guadalajara y traslada los expedientes al Servicio de Control de Penas y Medidas Alternativas de Alcalá de Henares (Madrid), quedando a partir de entonces el penado bajo el control del servicio de Alcalá y en consecuencia bajo la jurisdicción del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha informado de la supresión del servicio por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 27-12-2011 dictaba auto de 28/6/12 requiriendo de inhibición al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6 de Madrid, y éste rehúsa ceder su competencia por auto de 18/7/12. Planteándose así esta cuestión de competencia.

SEGUNDO.- La cuestión de competencia positiva planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del Juzgado de Vigilancia de Castilla La Mancha. Se enfrentan en esta cuestión de competencia dos criterios distintos: el de la territorialidad del centro que controla el cumplimiento (tesis que defiende Madrid), en cuyo caso la competencia correspondería a Madrid por pertenecer Alcalá de Henares a esta provincia; y el del domicilio del penado (tesis que mantiene Castilla-La Mancha), en cuyo caso la competencia correspondería a Ocaña por pertenecer la provincia de Guadalajara a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (v. artículo 3 del Real Decreto de 17 de junio de 2011 según el cual recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios de gestión

de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena).

El artículo 24 de la indicada norma reglamentaria establece también que la Administración Penitenciaria, a través de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, recibirá las resoluciones judiciales, así como los particulares necesarios, dentro de su ámbito competencial. Y el artículo 26 reitera que “cuando una persona sometida a alguna de las penas, medidas o suspensión cuya ejecución regula este Real Decreto traslade su residencia de una provincia a otra... los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al Juzgado o Tribunal competente”.

Por su parte el Anexo X de la Ley de Planta y Demarcación judicial de 28 de Diciembre de 1988, otorga jurisdicción a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Castilla-La Mancha sobre las provincias de Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo.

Así en el caso que nos ocupa, el penado R. fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Guadalajara, debiendo cumplir la pena de 450 días de trabajo en beneficio de la comunidad, cuyo control de la misma conforme lo que acabamos de decir, debe atribuirse al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla La Mancha, criterio del domicilio del penado, conforme a las disposiciones que acabamos de citar y ello porque si nos inclinásemos por el criterio de la territorialidad, las normas competenciales, quedarían al arbitrio de la Administración Penitenciaria, que ante una reordenación de Centros, como el que nos ocupa de Control de Penas y Medidas Alternativas, con supresión del de Guadalajara y traslado de los expedientes al de Alcalá de Henares, dejaría sin competencia a un Juez de Vigilancia Penitenciaria (de Castilla-La Mancha) otorgándosela a otro (el de Madrid) ello puede vulnerar el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (artículo 24 de la Constitución Española) que es predicable no sólo del juez decisorio sino también del ejecutor de la pena.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Dirimir la cuestión de competencia positiva planteada otorgando la misma al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha con sede en Ocaña (Expediente genérico 363/12) al que se le comunicará esta resolución así como al nº 6 de Madrid y al Ministerio Fiscal.

42. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª DE 3 DE JUNIO DE 2016

La competencia para el control del cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad cuando es impuesta como una condición de la suspensión de la pena, corresponde al tribunal sentenciador, no al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición y testimonios del expediente nº 46/16 del Penado P.M del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Zaragoza planteando cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia, acordando por providencia de 28 de marzo, formar rollo, designar Ponente al Excmo. Sr. D. C.C.P.T y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 22 de abril, dictaminó: "...no se trata de una pena en sí misma, sino de una medida o prestación que constituye una condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del citado texto legal apartado c es competencia del Juez o Tribunal sentenciador el control del cumplimiento de dicha prestación impuesta como condición".

Por todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado de vigilancia penitenciaria, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 no es compe-

tente cuando el Trabajo en Beneficio de la Comunidad se importe como medida o prestación que condiciona la suspensión de la ejecución...".

TERCERO.- Por providencia de fecha 18 de mayo se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 2 de junio para deliberación y resolución, lo que se llevó a efecto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la exposición y testimonios recibidos se desprende que el Juzgado Penal n° 5 de Valencia dictó Auto de 23 de septiembre de 2015 de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de nueve meses, condicionada, entre otros requisitos, a que realice 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad, de conformidad con los artículos 80, 84.1.3° y 86 del Código Penal, lo que determinó la elaboración del plan de ejecución de las jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Surge la cuestión de competencia acerca de quién –Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o Juez sentenciador– debe controlar el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es quien ha promovido la cuestión y ha elevado Exposición razonada, se considera competente para controlar la ejecución de los trabajos en los supuestos en que los trabajos hayan sido impuestos como pena principal privativa de derechos. Por el contrario, sostiene que cuando los trabajos se acuerdan –como aquí sucede– al amparo de los artículos 80 y 84.1.3ª del Código Penal, no se trata por ello de una verdadera pena sino de una condición o requisito para la suspensión condicional de la pena de prisión, en cuyo caso el control acerca del cumplimiento corresponde al Tribunal sentenciador. El Juzgado de lo Penal ha rechazado la inhibición y se estima incompetente para el control de la condición impuesta al amparo del artículo 84.1.3ª y para ello señala que el artículo 49 del Código Penal fija el control por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, sin que quepa aplicar el artículo 18 del Real Decreto 840/11 que se refiere al "órgano jurisdiccional competente para la ejecución" por tratarse de norma de rango normativo interior al Código Penal aprobado mediante Ley Orgánica. Planteando el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza esta cuestión de competencia con el Juzgado de lo Penal de Valencia.

SEGUNDO.- La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del

Juzgado sentenciador, Penal nº 5 de Valencia. La Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal ha modificado, en particular los artículos 84.1 y 80.3. Así el artículo 84.1 del Código Penal, dispone que "el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas", y en su apartado 3º se refiere a "la realización de trabajos en beneficio de la comunidad", y de otro el vigente artículo 80.3, dispone : "Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta".

En el caso que nos ocupa se ha impuesto el cumplimiento de 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad, al amparo del artículo 84.1.3º del Código Penal como regla o condición para la suspensión condicional de la prisión de 9 meses impuesta en sentencia.

TERCERO.- La principal consecuencia que la nueva normativa en general y los trascritos preceptos en particular han obrado es que los Trabajos en Beneficio de la Comunidad, sin dejar de estar contemplados como pena principal (única o alternativa), han dejado de estar previstos como pena sustitutiva, al desaparecer el artículo 88 del Código Penal, y han pasado a regularse como un efecto, medida o regla de conducta ligada a la permanencia en el disfrute de la suspensión de la pena de prisión.

En suma existen ahora supuestos, como el analizado, en los que los Trabajos en Beneficio de la Comunidad dejan de ser una pena en sentido estricto. Por lo tanto, los supuestos de concesión de la suspensión ampliada del artículo 80.3, 84.3 del Código Penal que lleven aparejada la realización de unos Trabajos en Beneficio de la Comunidad excluyen la intervención de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en su control. A mayor abun-

damiento, el resto de la normativa reguladora nos lleva a la conclusión de que la competencia corresponde al Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria. Así, el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que "el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta (...)". Por otra parte, el Capítulo IV del Real Decreto 840/11 se denomina "De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de las penas", y es aquí donde todo lo relativo a las reglas de conducta vinculadas a la suspensión de la ejecución de la pena se atribuye "al órgano jurisdiccional competente para la ejecución" (artículo 18 del Real Decreto).

Por consiguiente, mientras que el control de la ejecución de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, cualquier aspecto relacionado con las medidas condicionantes de la remisión condicional son competencia del órgano jurisdiccional competente para la ejecución, es decir, del Juzgado o Tribunal donde se tramita la ejecutoria, incluido a día de hoy los Trabajos en Beneficio de la Comunidad que por efecto de los artículos 80.3 y 84.1 se impusieron. Y es que la regulación que la reforma 1/2015 del Código Penal hace de la revocación de la suspensión nos lleva a idéntica conclusión. Así el artículo 86 del Código Penal establece:

"1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para su suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

2. Si el cumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado".

CUARTO.- Esas referencias a Juez o Tribunal y no al Juez de Vigilancia Penitenciaria son claras. De este modo, se contiene aquí una valoración análoga la que recoge el apartado 68 del artículo 49 del Código Penal, regulador de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, donde se distingue por un lado entre incidencias en la ejecución de carácter grave o

reiterado (que supondrán una declaración de incumplimiento de la pena) y de otro las de perfil leve (en cuyo caso se establece la posibilidad de dar otras respuestas distintas a la declaración de incumplimiento), y en todo caso mientras el artículo 49 del Código Penal atribuye la competencia para valorar el incumplimiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el artículo 86 hace lo propio con el Juez o Tribunal sentenciador. Y es que carecería de sentido que el control de la medida de Trabajos en Beneficio de la Comunidad en casos de suspensión condicional (artículo 84.1.3 del Código Penal) recayera sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien podría dictar un auto de incumplimiento, cuando como se ha visto dicha valoración se encomienda al sentenciador expresamente por el artículo 86 del Código Penal, quien podría efectuar su análisis y concluir, contrariamente a lo resuelto por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que se continúe con la ejecución de la medida por no ser un incumplimiento grave o estar justificado.

La nueva naturaleza del Trabajos en Beneficio de la Comunidad como "prestación o medida" (artículo 84 Código Penal) que condiciona la suspensión la sitúa fuera del ámbito de aplicación del artículo 49 del Código Penal, al no ser ya pena, por lo que el control de su cumplimiento debe volver al tribunal sentenciador, al que alude expresamente el nuevo artículo 85 del Código Penal para atribuirle la posible modificación, por cambio de circunstancias, de la decisión adoptada conforme a los artículos 83 y 84 del Código Penal o de las prohibiciones, deberes o prestaciones acordadas, así como la revocación de la suspensión (artículo 87 del Código Penal). Por lo expuesto, los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en el auto de 3 de julio de 2015, ha sido como consecuencia de la aplicación de los artículos 80.1 y 84.1, 3º del vigente Código Penal, Ley Orgánica 1/2015. Es decir, no se trata de una pena en sí misma, sino de una medida o prestación que constituye una condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del citado texto legal apartado c) es competencia del Juez o Tribunal sentenciador el control del cumplimiento de dicha prestación impuesta como condición.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Dirimir la cuestión de competencia negativa planteada otorgando la misma al Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia al

que se le comunicará esta resolución así como al nº 2 de Vigilancia Penitencia de Zaragoza (Exped. 46/16) y al Ministerio Fiscal.

43. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DE FECHA 07 DE MARZO DE 2012

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede recabar a la Administración Penitenciaria la documentación que considere necesaria para ejercer sus funciones de control.

VISTO el presente Conflicto de Jurisdicción del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, suscitado entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla-La Mancha y el Delegado del Gobierno de Castilla-La Mancha, en relación con el penado Don B., con arreglo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de junio de 2009, se dicta por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Talavera de la Reina, Sentencia por la que se condena a Don B., responsable penal por un delito de malos tratos en el ámbito familiar, imponiéndole una pena de treinta y siete días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación de tenencia y porte de armas durante diecisiete meses y prohibición de acercamiento y comunicación con la persona de M., con unas distancia mínima de 300 metros, durante el periodo de dieciséis meses.

SEGUNDO.- Comunicada la correspondiente Ejecutoria Penal a efectos del cumplimiento de las 37 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad al Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Toledo, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, el 25 de mayo de 2009 se elevó por aquél al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla-La Mancha (Ocaña) la correspondiente propuesta de Plan de Ejecución de dichas jornadas de trabajos. Dichos trabajos, consistentes en *"mantenimiento y servicios"*, se cumplirían en el Ayuntamiento de Talavera de la Reina los sábados y domingos de 09:00 a

13:00 horas a partir del 13 de agosto de 2011. Por Auto de 15 de junio de 2011 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla-La Mancha aprobó dicha propuesta.

TERCERO.- El Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, mediante comunicación de 30 de junio de 2011, comunica al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha que por razones organizativas del Ayuntamiento de Talavera de la Reina, el cumplimiento que estaba pactado para iniciar el 13 de agosto de 2011 no puede realizarse bajo su control y se propone una modificación en la Entidad a favor de Cáritas ínter parroquial de Talavera de la Reina, modificación que cuenta con la anuencia de la Entidad y del penado. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Castilla-La Mancha, mediante Auto de 9 de agosto de 2011, modifica el Auto de 15 de junio de 2011 por el que se aprueba la propuesta de plan de cumplimiento de la pena de 37 días de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado B., en los siguientes términos:

Entidad: CÁRITAS INTERPARROQUIAL DE TALAVERA DE LA REINA

Tipo de trabajo: SERVICIOS MÚLTIPLES

Horario: SÁBADOS Y DOMINGOS DE 9:00 A 13:00 H

Fecha de inicio: 13 DE AGOSTO DE 2011

Número de Jornadas: 37

El 28 de octubre de 2011 el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Toledo comunicó al citado Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla-La Mancha el Informe Final sobre el Cumplimiento de la Pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad. Dicho informe dice exclusivamente lo siguiente: *"Por la presente informo a V.I. que el/la penado/a de referencia, ha finalizado satisfactoriamente el 25 de noviembre de 2011 el cumplimiento de las jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad a que había sido condenado/a ."*

Por Providencia de 9 de noviembre de 2011 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, entendiendo que no constaba unido a dicho Informe Final copia del informe de incidencias o de finalización de la entidad colaboradora y, en su caso, del control de comparecencia o número de jornadas cumplidas, solicitó que se enviaran estos documentos adicionales.

CUARTO.- El 16 de noviembre de 2011 el Abogado del Estado en Toledo, en nombre del Delegado del Gobierno en Castilla-La Mancha, acuerda requerir de inhibición al Juzgado al amparo de la Ley Orgánica 2/1987. Dicho requerimiento, tras transcribir literalmente el artículo 49 del Código Penal y los artículos 8 y 18 del Real Decreto 840/2011, indica que este último atribuye a la Administración Penitenciaria las verificaciones necesarias sobre la ejecución del Plan, por lo que, al pretender el Juzgado verificar él mismo el cumplimiento del Plan y no hacerlo a través del informe remitido, el Juzgado está "usurpando" la competencia administrativa y sometiendo la misma a un control de legalidad que no corresponde a su jurisdicción; además, el Abogado del Estado entiende que el Juzgado carece de potestad normativa para dictar instrucciones.

Dado traslado del requerimiento al Ministerio Fiscal, la Sección Territorial de Ocaña de la Fiscalía Provincial de Toledo informó el 23 de noviembre de 2011 con un escrito que no se refiere a este supuesto sino que tiene carácter general y que, tras analizar la génesis y el texto del nuevo Real Decreto 840/2011 y tras recordar otro informe del Consejo General del Poder Judicial de 15 de diciembre de 2010, concluye que la ejecutividad administrativa del Plan de Ejecución de la pena no obsta a las funciones revisoras de suspensión o modificación del Plan que corresponden al Juez de Vigilancia Penitenciaria, debiendo rechazarse el requerimiento.

Por auto de 12 de diciembre de 2011 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla-La Mancha acordó mantener su jurisdicción y remitir lo actuado a este Tribunal de Conflictos.

De la amplia fundamentación jurídica del auto cabe destacar, como relevantes a los efectos de este conflicto, bien que en cuidado extracto, los siguientes extremos: 1) tras citar el artículo 117.3 de la Constitución, así como los consecuentes del Código Penal y de la Ley General Penitenciaria, invoca el artículo 49 del citado Código que, en relación con las penas consistentes en trabajos en beneficio de la comunidad, dispone, entre otras cosas, que *"la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios"*; 2) a fin de ejercer el control sobre la ejecución de esta pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria viene interesando de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas determinada documentación concretada en copia de la entrevista

con el penado y la notificación a éste del plan de cumplimiento o, *"como acontece en el presente caso, copia del informe de incidencias o de finalización elaborado por la entidad colaboradora y, en su caso, del control de comparecencia o número de jornadas cumplidas"*; 3) el órgano judicial ha estado recibiendo habitualmente la información interesada sin contratiempo alguno, siendo a partir de finales de octubre de 2011 cuando se produce un cambio al no remitirse la documentación interesada por el Juzgado, salvo la considerada procedente por la Administración penitenciaria que hace, por lo demás, caso omiso de los requerimientos judiciales (cambio que *"viene a ampararse en la Instrucción nº 9/11 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que regula el procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que regula el manual de ejecución con fecha de entrada en vigor el 8 de julio de 2001, coincidiendo con la entrada en vigor del Real Decreto 840/2011 que deroga la Instrucción 11/2009, de 22 de diciembre, así como el manual de procedimiento pautado para la gestión, ejecución y seguimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad"*); 4) en el caso objeto de conflicto, el Servicio de Gestión *"se limita a informar que el penado ha finalizado satisfactoriamente el cumplimiento de la pena"*; para emitir tal informe se supone que ha debido realizar una labor de seguimiento y de verificación de la entidad colaboradora, pero la función judicial de control de la ejecución de la pena y legalidad de la actuación administrativa no puede cumplirse si no se remite al órgano judicial la información interesada al amparo de los artículos 3.2 y 49 del Código Penal .

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, por providencia de 10 de enero de 2012 se acordó dar vista al Ministerio Fiscal y por la Administración interviniente, al Abogado del Estado.

El Abogado del Estado, evacuando el traslado conferido, el 19 de enero de 2012 suplica que se dicte sentencia por la que declare la competencia sobre el correcto control de la ejecución del plan corresponde al servicio de Gestión de Penas, no pudiendo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria solicitar la remisión de informe adicional alguno más allá del informe sobre incidencias y finalización de la ejecución, ya enviado, y que si el mismo es ilegal debe atacarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, única en la que reside el control de la legalidad de la actuación administrativa.

El Fiscal después de exponer las razones pertinentes, sobre la base del texto del artículo 49 del Código Penal y el articulado del Real Decreto 840/2011, el 3 de febrero de 2012 interesa que se decida el presente conflicto de Jurisdicción a favor del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº 2 de Castilla-La Mancha.

SEXTO.- Evacuado el traslado, el Tribunal de Conflictos por providencia de 7 de febrero de 2012 señaló para la decisión del presente conflicto el día 7 de marzo de 2012, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El conflicto ha sido correctamente planteado tramitándose con arreglo al procedimiento previsto en la Ley Orgánica 2/1987 de 18 de mayo de conflictos Jurisdiccionales y por órgano competente, en este caso la Delegación del Gobierno en Castilla-La Mancha.

SEGUNDO.- El conflicto de jurisdicción se suscita en relación con la pretensión de la Administración Penitenciaria deducida en el escrito formulado por el Abogado del Estado de considerar que el control de la ejecución y el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y de todas las incidencias a que los mismos pudieran dar lugar, es competencia de su Servicio de Gestión de Penas y Medias Alternativas a la prisión, a quien corresponde efectuar las verificaciones necesarias, de manera que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sólo deben examinar el informe final por aquellos remitido y, en su caso, impugnar su legalidad conforme a los principios que rigen en el control de legalidad de los actos administrativos.

Considera tal Delegación del Gobierno de Castilla-La Mancha, de la que en este caso depende dicho Servicio, que, a raíz del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, que ha derogado el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, la determinación sobre si los penados han cumplido debidamente las penas de trabajos en beneficio de la comunidad que se les hayan impuesto es algo que entra dentro de la competencia de la Administración Penitenciaria, no de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

El artículo 3.2 del Código Penal dispone en su párrafo final que *"la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes"*. Y, en relación con la pena consis-

tente en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, el artículo 49 del propio Código establece las condiciones de su ejecución, siendo la primera que *"se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios"*. Pero la cuestión –"novedosa" al decir del Fiscal– que suscita el conflicto planteado es consecuencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que, al incidir de manera relevante en el sistema de medidas penales, dio lugar al Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, como nuevo marco reglamentario regulador de las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad. En ese nuevo marco reglamentario y según la Abogacía del Estado, las competencias del Juzgado no se extienden a la forma de ejecutar los planes relativos a los reclusos, correspondiendo a la Administración Penitenciaria, "en exclusiva", la elaboración de los planes, su materialización y, efectuadas las verificaciones necesarias, la comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria de las incidencias relevantes durante la ejecución (artículo 8) y el informe final (artículo 9), ambos del Real Decreto 840/2011. Todo ello supone según el informe de la Abogacía del Estado que, "al pretender el Juzgado la verificación del plan, usurpe la competencia administrativa".

Así pues, según la Administración Penitenciaria, el control para la correcta ejecución del Plan de medidas aprobadas para el cumplimiento de la pena, debe hacerse por el Servicio de Gestión de Penas, al que conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 840/2011, es el único al que se debe remitir por la entidad en que preste sus servicios el penado el informe sobre las incidencias relevantes y la finalización de la ejecución.

TERCERO.- No puede extrañar que la cuestión aparezca como novedosa, dado que se funda en tan reciente disposición y que altera el modo habitual en el que se había operado al efecto hasta entonces en las relaciones entre la Administración Penitenciaria y el Juzgado de Vigilancia. Sí resulta sorprendente, en cambio, que, a la vista de las últimas y citadas disposiciones, pueda fundarse un requerimiento de inhibición y llegar a formalizar un conflicto jurisdiccional porque, al requerir el Juzgado determinada documentación, se entienda que "usurpa la competencia administrativa". Y la sorpresa resulta de que, vistos los artículos 3 y 49 del Código Penal, ningún fundamento se halla para entender que el control de ejecución y cumplimiento de la pena se sustraiga al órgano judicial y se traslade al

servicio administrativo de gestión: éste hace el seguimiento de la ejecución del Plan, pero no elimina el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria ni en términos generales ni en los términos concretos en los que la colisión de criterios se expresa en la documentación que obra en las actuaciones ahora consideradas.

Y ello no sólo porque el artículo 49 del Código Penal no plantea dudas al respecto, sino porque tampoco los presenta, debidamente interpretado, el Real Decreto 840/2011.

El artículo 49 del Código Penal establece, específicamente en cuanto a la pena de "trabajos en beneficio de la comunidad", que *"1. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios"*.

A su vez, el punto 6 de dicho artículo señala que: *"Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*

1. Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

2. A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

3. Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referida al desarrollo de la misma.

4. Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro".

Y concluye el punto 7 que: *"Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena"*.

Es cierto que el Real Decreto 840/2011 ha introducido una variación –para imprimir agilidad en el sistema– en el régimen de aprobación de los

Planes de cumplimiento de estas penas, planes que bajo el Real Decreto 515/2005 debían ser aprobados previamente por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y que ahora pueden ejecutarse directamente con su sola aprobación por el correspondiente Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (Administración Penitenciaria), que deberá trasladar los mismos al Juzgado, quien podrá no conocerlos en sus detalles sino también suspenderlos o modificarlos.

En este sentido se ha dotado a la Administración Penitenciaria de mayores potestades atribuyéndosele la competencia para aprobar el Plan de Ejecución. A tal efecto el artículo 5.3 del Real Decreto 840/2011 establece que la Administración Penitenciaria *"elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad"*.

Como señala el propio preámbulo del nuevo Real Decreto 840/2011, en su párrafo séptimo: "Entre las demás novedades, cabe destacar las realizadas en la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Así, debe partirse de que la legislación impone que el cumplimiento de todas las penas y medidas de seguridad debe realizarse bajo el control de los Jueces y Tribunales, conforme a lo establecido en el artículo 3.2 del vigente Código Penal ; pero la existencia de un control judicial de ejecución presupone la existencia de una ejecución administrativa que pueda llegar a ser controlada, y en este sentido el mecanismo elegido por el Real Decreto 515/2005 era el de un control judicial a priori, basado en una propuesta de la Administración que en el caso del trabajo en beneficio de la comunidad el Juez de Vigilancia debía previamente aprobar, lo que en la práctica implicaba dificultades de notificación de las resoluciones judiciales a reos que no se encuentran a inmediata disposición del Juzgado correspondiente. En el nuevo modelo diseñado por el presente Real Decreto, ordenada la ejecución por el órgano jurisdiccional competente, articulada a través de la oportuna orden o mandamiento judicial de ejecución –o de control y seguimiento–, la Administración Penitenciaria procederá a su materialización, definiendo un plan administrativo que se concretará previa citación para audiencia del sentenciado, que tiene así la oportunidad de expresar sus prioridades individuales y sociales –familiares, educativas, laborales–; una vez notificado al sentenciado el plan, éste tiene ejecutividad, y el sentenciado deberá proceder a su cumplimiento escrupuloso, sin perjuicio de las facultades revisoras de la Autoridad Judicial a la que se confíe el control judicial de

legalidad de la ejecución administrativa de la medida penal de que se trate, articuladas a través de la puesta en conocimiento del plan, sin perjuicio de que el sentenciado pueda oponerse al mismo."

Asimismo, como señala el Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido el 22 de diciembre de 2010 al proyecto de Real Decreto 840/2011, *"la novedad sustantiva de mayor interés resulta ser la aprobación de los planes de ejecución de penas y medidas por parte de la autoridad penitenciaria, tras la cual tendrán inmediata ejecutividad, sistema que se valora favorablemente, ya que la actividad de ejecución administrativa será supervisada por la autoridad judicial"*.

Ahora bien, de ello no se deduce en modo alguno que los Juzgados hayan perdido sus funciones de control, e incluso aceptación final, tanto de los planes mismos, como en especial –ya que lo que en este caso es lo que ha dado lugar al presente conflicto de jurisdicción– del correcto y efectivo cumplimiento de las penas conforme a dicho Plan.

Y es que, desde el punto de vista formal, aunque sí hay variaciones en la fase inicial, en el momento de elaborarse el Plan de Ejecución, al afirmarse la ejecutividad del mismo sin necesidad de esperar a la aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo para nada varía en el citado Real Decreto 840/2011 la sustancia del control que pueden ejercer los Juzgados respecto del Plan y, desde luego, esos cambios formales no se han producido en lo que al control del cumplimiento de la pena, una vez finalizado éste, se refiere.

Efectivamente, en cuanto al seguimiento y control de la ejecución de la pena, el texto del nuevo Real Decreto prácticamente no varía. Así, el artículo 8 del Real Decreto 840/2011 dispone que: *"Efectuadas las verificaciones necesarias, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos y en los términos previstos en el artículo 49.6, y 7 del Código Penal "*, texto que es prácticamente idéntico al anterior (sólo varía la mención del nombre de estos servicios –el Real Decreto 515/2005 hablaba de los "servicios sociales penitenciarios"–).

Es cierto que el artículo 9 del Real Decreto 840/2011 cambia algo el texto respecto de la información final una vez cumplida la pena ya que dispone ahora (a diferencia de lo que se establecía en el Real Decreto

515/2005) que: *"Una vez cumplido el plan de ejecución, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán de tal extremo al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos oportunos"*. El texto anterior, en el artículo equivalente, el 10, disponía que: *"Una vez cumplidas las jornadas de trabajo, los servicios sociales penitenciarios informarán al juez de vigilancia penitenciaria de tal extremo a los efectos oportunos"*.

Pero, en definitiva, estos cambios de redacción de los artículos 8 y 9 no significan en modo alguno que los Juzgados hayan pasado a convertirse en meros observadores, o, más allá que eso, en meros receptores formales de las comunicaciones que les mande la Administración Penitenciaria una vez que consideran se ha cumplido el plan y, por ende, la pena, ni mucho menos que el informe final sea acto administrativo cuya legalidad sólo pueda revisarse por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La interpretación que propugna la Delegación del Gobierno no solo contraviene el Código Penal y el propio Real Decreto 840/2011, sino que, como correctamente afirma el Ministerio Fiscal, dejaría sin contenido el control judicial de la pena de medidas alternativas a la prisión y las funciones que tales normas atribuyen a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

CUARTO.- Por consiguiente el Juez de Vigilancia Penitenciaria es competente para solicitar los informes que en el control de la ejecución de la pena estime oportunos, sin perjuicio de que la Administración pueda utilizar los recursos pertinentes en la vía penal si cree que el Juez de Vigilancia Penitencia se extralimita en sus funciones de control.

En consecuencia:

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos que no ha lugar a la inhibición del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, requerida por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Delegación del Gobierno de Toledo, teniendo competencia de jurisdicción el citado Juzgado (el nº 2 de Castilla-La Mancha) para recabar, en los términos en que lo ha hecho, la documentación que estima necesaria para ejercer sus funciones de control.

44. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE VALLADOLID DE FECHA 15/05/2007

Incompatible con la pena privativa de libertad.

El presente expediente se incoó en virtud de nueva propuesta, remitida por el Servicio Social Penitenciario de Segovia, para cumplimiento de 67 días de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que le restan de los 90 impuestos a G.C.A.

En principio la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que es una pena privativa de derechos, y la pena de prisión, que es una pena privativa de libertad. Ahora bien esa compatibilidad solo es posible siempre y cuando el régimen de cumplimiento de la segunda lo permita, esto es cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad está sometida a unas pautas tales que su cumplimiento no interfiera la de aquella otra, lo cual solo será factible en el caso de la libertad condicional y también, generalmente en el caso de los terceros grados.

Por lo que a los penados que cumplen conforme al régimen ordinario y cerrado, esa posibilidad está vedada, salvo que se olvide lo que implican los mismos. Centrándonos en el caso del régimen ordinario, permitir de forma indiscriminada el cumplimiento de penas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad supone o bien vaciar de contenido tratamental la pena privativa de libertad, pues el interno en vez de realizar las tareas propias del mismo se dedicaría a otras cosas, el cumplimiento de la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad, o bien justo al contrario, pues si se entiende que ese trabajo forma parte del tratamiento, entonces resultaría que el cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad sería una mera ilusión. De admitirse esta posibilidad de simultaneidad, la misma solo podría tener lugar en las horas de asueto del interno, no en aquellas otras en que conforme a los horarios del Centro Penitenciario se destinan a otro tipo de actividades. Y es que el interno en régimen ordinario o cerrado no dispone de su tiempo, se someten a un horario, horario que debe respetar las pautas del artículo 25 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Pero profundizando más, permitir esta simultaneidad en el cumplimiento contraviene la esencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad,

pues si ésta ha de orientarse a la reeducación y reinserción, conforme al artículo 25 de la Constitución Española, finalidad ésta que es el fin primordial de las Instituciones Penitenciarias, artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, si el penado se dedica a cumplir otra pena que le ocupa una parte significativa de la jornada (8 horas en este caso), difícilmente cabe entender el porqué de dar preferencia al cumplimiento de una pena que ontológicamente es de menor relevancia que la privativa de libertad.

Pero es más, desde el punto de vista organizativo, las tareas a encomendar bajo la fórmula de Trabajo en Beneficio de la Comunidad, desde lo que podríamos llamar el respeto al derecho a la reinserción de los demás internos, serían aquellas para las cuales no existiera interno alguno interesado, pues de otra forma resultaría grosero que se beneficiara a un interno, el que simultánea el cumplimiento de la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad en detrimento y a costa de los restantes.

Y desde luego, de admitirse esta posibilidad en la forma en que se propone, ello implicaría entender que el interno rechaza participar en las actividades propias del tratamiento que tienen lugar en ese horario y que el tiempo que emplee en el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden considerarse en la esfera tratamental ni mucho menos para otros eventuales beneficios (adelantamiento libertad condicional).

No apruebo el Plan elevado por el Servicio Social Penitenciario de Segovia para el cumplimiento de 67 días de T.B.C. que le restan de los 90 impuestos a G.C.A.

45. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE SALAMANCA DE FECHA 13/05/08

No procede suspensión de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que deberá cumplirse tras el tratamiento clínico.

El Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca remitió a este Juzgado, con fecha 18/04/08, testimonio de la sentencia dictada contra J.F.G.S., de 12/12/07, por la que se le condena a la pena de 46 días de Trabajos en be-

neficio de la comunidad y a ocho meses de privación y tenencia de porte de armas; así como testimonio de diversa documentación obrante en las diligencias, a los efectos del artículo 60 del Código Penal.

Por providencia de fecha 25/05/08 se incoó por este Juzgado pieza de Suspensión de Ejecución de condena y se libraron sendos oficios al Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario de Salamanca y a la Clínica Forense.

Ambos oficios fueron debidamente atendidos dando traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido que obra en autos.

Dispone el artículo 60 del Código Penal que cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se trata de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El penado J.F.G.S. permanece ingresado en la Unidad de Rehabilitación psiquiátrica (Hospital Los Montalvos) desde el día 14-04-08 para estabilización psicopatológica y entrenamiento en las habilidades cotidianas. Diagnosticado de trastorno límite de la personalidad, había presentado abuso de alcohol en las fechas previas al ingreso. El ingreso en curso, aún no tiene fecha prevista de alta. Así nos informa el médico-psiquiatra de dicha Unidad, en fecha 30/04/08.

Siguiendo lo informado por la médico-forense, en fecha 06/05/08, J.F. padece un trastorno de personalidad con algún episodio psicótico. Abuso del alcohol que le acentúa su bajo control de los impulsos y su intolerancia a la frustración.

Dicho trastorno mental de personalidad tiene un carácter permanente con necesidad de tratamiento psicofarmacológico de continuo; no así el consumo de alcohol que puede llegar a abandonar.

Ahora bien, en el momento actual su trastorno mental no le impide el conocimiento del sentido de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, siendo plenamente consciente de los hechos cometidos y de su repercusión.

Dada su poca formación laboral y sus dolencias orgánicas, el penado está capacitado para realizar trabajos sencillos, siempre que no le supongan la exposición a polvo, alérgenos u otro tipo de sustancias perjudiciales para el asma bronquial que también padece. Dicho trabajo en beneficio de la comunidad podría realizarlo después del cumplimiento del tratamiento en la Unidad de Rehabilitación de Los Montalvos, del que se vería muy beneficiado, para que adquiera más habilidades sociales y se establezca psicopatológicamente.

Resulta fundamental el cumplimiento de dicho tratamiento psicofarmacológico y el abandono del consumo de alcohol. En consecuencia, al no tratarse de un trastorno mental que impida al penado conocer el sentido de la pena, no procede la suspensión en la ejecución; si bien antes habrá que esperar a que finalice el tratamiento psicofarmacológico, ya iniciado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación:

- 1.- No ha lugar a la aplicación del artículo 60 del Código Penal.
- 2.- El penado J.F.G.S., deberá cumplir la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad impuesta en sentencia, previa propuesta de cumplimiento y posterior aprobación judicial, estando capacitado para realizar trabajos sencillos que no le supongan perjuicio para su asma bronquial.
- 3.- Comenzará el cumplimiento de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, una vez finalizado el tratamiento iniciado en la Unidad de Rehabilitación de Los Montalvos.

46. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL CÁDIZ SECCIÓN 8ª SENTENCIA 447/2012

No existe quebrantamiento de condena: la penada fue despedida del lugar donde realizaba los Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Penal del Juzgado de lo Penal Número 3 de Jerez de la Frontera, dictó sentencia el día once de junio de dos mil doce en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice: "Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a R. de la falta de hurto de la que se le acusa.

Que debo CONDENAR Y CONDENO A R. como autora responsable de un delito quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, a la pena de DOCE MESES DE MULTA con cuota diaria de tres euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme al artículo 53 Código Penal y al abono de la mitad de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, por la representación de D^a. R. y admitido el recurso y conferidos los preceptivos traslados, se elevaron los autos a esta Audiencia. Formado el rollo, se señaló el día de la fecha para la votación y fallo, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

Se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada, que se dan aquí por reproducidos en aras del principio de economía procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la parte apelante se interpone recurso de apelación por error en la apreciación de las pruebas entendiendo que no se han cometido el delito de quebrantamiento de condena, ya que cuando la trabajadora social se pone en contacto con la apelante consta que esta niega lo sucedido, ello no se puede interpretar como voluntad de no cumplir, siendo los servicios sociales los que podrían haber propuesto donde cumplir la pena y no necesariamente a la inversa, como parece deducirse de la sentencia.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Que en primer lugar por la representación del apelante se alega como motivo del recurso que el juzgador ha errado a la hora de valorar la prueba practicada. Para la resolución del recurso y como premisa inicial, debemos partir del hecho de que el juzgador „a quo" basa su convicción en la facultad que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al apreciar en conciencia las pruebas que se le ofrecen y practica con contradicción, intermediación, publicidad y concentración.

La presunción de inocencia o verdad interina de inculpabilidad, dispensa al acusado de tener que probar su inocencia, siendo la acusación a quien compete acreditar lo que imputa mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente regularse como pruebas de cargo. De dicha presunción de inocencia deriva el principio in dubio pro reo, que se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de la prueba. El Tribunal de apelación, en cuanto a la presunción de inocencia, debe analizar si las pruebas se han practicado conforme a las garantías procesales básicas, tema que en el presente caso no se discute, así como si dichas pruebas aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo. A ello debemos añadir que en vía de recurso de apelación por su naturaleza de medio ordinario de impugnación y el llamado efectos devolutivos, el Tribunal "ad quem" asume la plena jurisdicción sobre el caso de idéntica situación que el Juez "a quo" no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido se ha explicado varias veces por el Tribunal Constitucional (ss. 124/83, 54/85, 145/87, 194/90, 21/93 y 102/94) que el recurso de apelación otorga plenas

facultades al Juez o Tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum indicium.

En consecuencia en este recurso cabe la posibilidad de un nuevo análisis crítico de la prueba practicada y la comprobación de sí en la causa existe prueba de signo incriminatorio o de cargo pueda razonablemente ser calificado como suficiente para enervar la presunción de inocencia, bien según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional; a partir de la conocida sentencia de 8-7-81, este principio solo alcanza a garantizar la interdicción en cuanto al dictado de resoluciones condenatorias en el ámbito penal cuando aquellas carezcan de todo sustento probatorio o que, aun teniéndolo, la prueba hubiera sido obtenida con violación o infracción de derechos fundamentales, no así cuando conste que ha llegado al proceso o causa, en mayor o menor medida, dicho aporte probatorio material, lo que hará, desde tal instante, que adolezca de virtualidad la invocación -alusiva tantas veces relativa a la violación por inaplicación del principio, llevado a cargo de derecho fundamental, de presunción de inocencia, pues en tales supuestos lo que realmente se debate no es otra cosa que la divergente valoración que la parte realiza sobre el contenido o resultado de la prueba practicada en cuanto se imputa al juzgador una valoración errónea sobre su contenido, lo que ninguna relación guarda con el principio de referencia; es decir que no cabe confundir presunción de inocencia con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador (ver Sentencia del Tribunal Constitucional 36/83).

Que no obstante lo anterior, la valoración de la prueba realizada en el presente caso por el Juzgador "a quo" en uso de la facultad que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base la actividad desarrollada en el juicio oral goza de una especial singularidad, en cuanto el juicio oral -núcleo del proceso penal- se ha desarrollado en su presencia, y en el mismo adquieren plena eficacia los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 Constitución Española), por lo que el repetido Juzgador, desde su privilegiada posición, puede intervenir en la actividad probatoria global y apreciar personalmente sus resultados, lo que constituye una ventaja de la que carece el Tribunal "ad quem", que es llamado a visar dicha valoración en 2ª instancia; de ahí que el uso que haya

hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o de apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, que se reconoce en el precitado artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es siempre compatible con los derechos de presunción y tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se razone o motive en la sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 17-12-85, 13-6-86 y 13-5-87) y únicamente cabe ser rectificado cuando en verdad sea ficticio por no existir el imprescindible soporte probatorio de cargo, vulnerándose entonces el principio de inocencia, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos, y sin riesgo de incurrir en subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

TERCERO.- Aplicando lo anteriormente establecido al caso, nos encontramos con que la parte apelante basa el recurso en la consideración de que de la prueba practicada lo que procede es entender procedente la aplicación del principio de presunción de inocencia pues la denunciante ha mantenido en todo momento la misma versión, negando los hechos ocurridos en Madre Coraje, siendo esta la que la despidió de la asociación donde cumplía los trabajos en beneficio de la comunidad y destaca que ello no implica voluntad de incumplir sino que los servicios sociales que conocían la situación debieron proponerle otro lugar para llevar a cabo el cumplimiento de la pena y no como se pretende que sea la apelante la que deba pedir otro lugar. El juez a quo concluye que ha existido un quebrantamiento de condena y el mismo entiende no se determina por lo que haya ocurrido en Madre Coraje sino en el hecho de que a sabiendas de que debe cumplir con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y conociendo igualmente, independientemente de la realidad o no de los hechos, que de Madre Coraje fue expulsada, no ha realizado actividad alguna tendente a que se le proporcione otro lugar donde llevar a cabo el cumplimiento de la pena, desobedeciendo así la resolución judicial que le obligaba a ello que es lo que constituye el delito de quebrantamiento.

Esta sala no este conforme con tal conclusión pues el Real Decreto 840/11 de 17 de junio al regular dicha pena establece que los servicios de gestión de penas y medidas alternativas comunicaran al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena a efectos

y en los términos establecidos en el artículo 49 6 y 7 del Código Penal que a su vez regula la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, reiterando lo ya señalado y en concreto que si el penado por cualquier razón, su conducta fuera tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro una vez valorado el informe de los servicios sociales penitenciarios el juez de vigilancia podrá acordar la ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que la penada ha incumplido la pena. En el caso que nos ocupa fue el centro quien despidió a la penada, no entendiendo que quepa concluir que hay incumplimiento por esta razón sino que se le debió indicar donde debía cumplir la pena ya que se reitera no fue un abandono voluntario, por tanto al menos deben existir dudas sobre que la voluntad de la penada era incumplir la pena siendo en todo caso evidente que corresponde al juez de vigilancia acordar lo procedente, no constando que a tales efectos el mismo se haya pronunciado sobre lo que lo que debía hacer, por lo que en este supuesto entendemos que es de aplicación el principio de presunción de inocencia pues no existen pruebas suficientes que acrediten que la penada tenía la voluntad de incumplir y quebrantar la pena sino que han sido las incidencias las que ha determinado que no haya vuelto al centro y no se le haya asignado otro lugar, de lo que no se puede hacer responsable a la penada por lo que procede la absolución del delito de quebrantamiento y la estimación del recurso

CUARTO.- Que al estimar el recurso no procede la condena en costas en esta alzada.

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

FALLAMOS

Que con estimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal Número 3 de Jerez de la Frontera y DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la referida resolución al proceder ABSOLVER a R. del delito de quebrantamiento de condena por el que fue condenada, sin imposición al apelante de las costas de esta alzada.

47. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE MADRID NÚMERO 6 DE 8/11/2013

No se exige coincidencia aritmética entre el número de jornadas impuestas y el número de sesiones formativas o actividades del taller o programa.

Que en este Juzgado se ha recibido escrito del Ministerio Fiscal relativo al interno M.R.J.C. formulando recurso de Reforma contra el Auto de fecha 23/10/2013, dictado por este Juzgado, aprobando el plan de cumplimiento de la pena de 540 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad correspondiente a la Ejecutoria del Juzgado Penal nº 3 de Alcalá de Henares.

Que admitido el recurso de reforma, se notificó al penado, conforme el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

No procede en el presente supuesto reformar la resolución recurrida debiendo mantenerse la misma en todos sus términos por ser plenamente ajustada a Derecho.

En efecto, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 6/2010 de 22 de junio (en línea con la pauta ya iniciada en tal sentido por el Real Decreto 1879/2009 de 04 de diciembre, modificativo del hoy derogado Real Decreto 515/2005 de 06 de mayo que contempló la posibilidad del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en talleres o programas formativos en los supuestos de penas impuestas por delitos contra la seguridad del tráfico), ha venido a establecer dos formas de cumplimiento diferenciadas, respecto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Por un lado la que podría denominarse “ordinaria”, mediante la cual el penado cumple “jornada a jornada”, en la entidad correspondiente y a través de la realización de una determinada actividad, la pena impuesta, coincidiendo en tal caso de manera aritmética el número de jornadas impuestas con el número de jornadas realizadas.

Junto a esta modalidad de ejecución, el artículo 49.1 del Código Penal hace alusión a otra forma de cumplimiento cuál es la de talleres o programas formativos o de reeducación, no existiendo limitación alguna (a

diferencia de lo que sucedió con el Real Decreto 1849/2009), respecto de la tipología delictiva a la que resulta de aplicación.

Pues bien, esta segunda modalidad presenta una estructura y contenido diversos a los que caracterizan la que hemos llamado “ordinaria”, no coincidiendo de forma aritmética el número de jornadas impuestas con el número de sesiones formativas o actividades que integran el taller o programa.

Añadir, a lo ya expuesto, que en la práctica y con carácter general es la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la que, en coordinación con los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, fija la estructura y el contenido de los Talleres o Programas.

Un ejemplo de lo expuesto son los Talleres de Seguridad Vial (TASEVAL), diseñados a través de la Instrucción 2/10 y su Adenda de 16/6/10 por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y que constan de un número de sesiones formativas (el mismo con independencia de las jornadas impuestas) y un número de actividades de utilidad pública (mayor o menor en función del número de jornadas a que ha sido condenado el penado), no estableciéndose una coincidencia aritmética entre unas u otras, ni en su conjunto, (a salvo de mera coincidencia) con el número de trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en sentencia.

Añadir por último, que corresponde a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, con arreglo a lo establecido en el artículo 5.1 del Real Decreto 840/2011 de 17 de junio, y en función de las circunstancias o características del condenado o su etiología delictiva ofertar al mismo la posibilidad del cumplimiento en talleres o programas.

Pues bien, ajustándose el programa “Pensamiento Prosocial” que se lleva a cabo en el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Alcalá de Henares a la normativa más arriba referida (artículo 49 del Código Penal y Real Decreto 840/2011 de 17 de junio), resultaba procedente como así se hizo en el auto que ahora se combate por vía de recurso aprobar el plan de ejecución elevado en relación con el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta a M.R.J.C. en Ejecutoria del Juzgado Penal nº 3 de Alcalá de Henares

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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por este Juzgado con fecha 23/10/13 en estas actuaciones, debo mantener y mantengo éste en toda su integridad.

RECURSO DE APELACIÓN

Juzgado de lo Penal 3 de Alcalá de Henares - 2 de enero de 2014

HECHOS

Con fecha de 25 de octubre de 2013 por el Ministerio Fiscal, en tiempo y forma, se ha presentado recurso de apelación contra el Auto de fecha de 23 de octubre de 2013 por el cual el Ilmo. Sr. Juez de Vigilancia Penitenciaria desestimaba el recurso de reforma presentado contra la resolución que aprobaba el plan de cumplimiento de la pena de 540 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado. Recurso que formulaba en bases a unas alegaciones que damos expresamente por reproducidas en aras a la brevedad.

Al interponerse en tiempo y forma se dio traslado del mismo al penado, no formulando alegaciones.

Conforme establece la Disposición Adicional Quinta, núm. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redacción dada por la Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayor es competencia, del órgano sentenciador la resolución del presente recurso, remitiéndose las actuaciones a este órgano judicial en el día de la fecha, formándose a tal efecto la presente pieza separada en la Ejecutoria al margen referenciada, quedando las actuaciones para dictar la resolución pertinente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El artículo 49 del Código Penal dispone que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.^a La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.^a No atentará a la dignidad del penado.

3.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.^a Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.^a No se supeditará al logro de intereses económicos.

6.^a Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena.

7.^a Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días a jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto”.

A su vez, el artículo 6 del Real Decreto 340/2011, de 17 de junio dispone que:

“1. Cada jornada tendrá una duración máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración y el plazo en el que deberán cumplirse las

jornadas, se valorarán las cargas personales o familiares del penado, así como sus circunstancias laborales y, en el caso de programas o talleres, la naturaleza de los mismos.

2. La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, se podrá contemplar el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días”.

En el caso de autos, el Ministerio Fiscal fundamenta el recurso presentado en el hecho de que el programa de ejecución de la pena establecido por el CIS Melchor Rodríguez García no se corresponde con las 540 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que fueron impuestas por auto del Juzgado de lo Penal nº 3 de Alcalá de Henares de fecha: de 7 de mayo de 2013.

Sin embargo, partiendo de que el artículo 49 del Código Penal prevé la posibilidad de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a través de talleres o programas formativos o de reeducación, sin que se imponga límite alguno respecto a. la tipología delictiva a la que resulta de aplicación, lo cierto es esta modalidad de ejecución presenta una estructura y contenido diversos a los que caracterizan al cumplimiento ordinaria de la pena (el que se realiza jornada a jornada, coincidiendo el número de jornadas impuestas con el número de jornadas realizadas), siendo factible que no coincidan de forma aritmética el número de jornadas impuestas con el número de sesiones formativas o actividades que integran el taller o programa.

Tomando en consideración los argumentos esgrimidos, y estimándose que el programa “Pensamiento Prosocial” se ajusta a la normativa expuesta en el precedente Razonamiento Jurídico de la presente resolución, procede desestimar el recurso presentado, manteniéndose su contenido en todos sus términos.

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

DISPONGO: Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha de 23 de octubre de 2013, el cual se confirma en todos sus términos.

48. SENTENCIA 4/2014 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA SECCIÓN 1ª DE 13 DE ENERO

Absolución por incumplimiento de Trabajos en Beneficio de la Comunidad a cumplir en Proyecto Hombre. Se incorpora en otra institución para la realización de un programa terapéutico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de septiembre de 2.012, por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Salamanca, se dictó sentencia en el procedimiento de referencia que contiene el siguiente FALLO:

"Condeno a V. como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468-1 del Código Penal, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21-7ª en relación con el artículo 21-5ª del Código Penal a la pena de SEIS MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE TRES EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de la multa no abonadas. Y al pago de las costas."

SEGUNDO.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora en nombre y representación de V., que solicitó la revocación de la sentencia recurrida dictando en su lugar otra por la que se absuelva a su representada del delito por el que ha sido condenada con todos los pronunciamientos favorables. Por otra parte, el Ministerio Fiscal impugnó el citado recurso, solicitando su desestimación, la confirmación de la Sentencia recurrida y la condena en costas de la apelante.

TERCERO.- Recibidas que fueron en esta Audiencia Provincial referidas diligencias se instruyó el presente rollo y se siguieron las disposiciones procesales de rigor. No habiéndose propuesto prueba y no estimándose necesaria la celebración de vista, se señaló día para la votación y fallo del presente recurso de apelación, poniéndose las actuaciones de manifiesto al Ilmo. Sr. Magistrado para dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente, fue condenada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Pontevedra en sentencia de 2 febrero 2006 a la pena de un mes de multa de 3 euros diarios y por auto de 20 octubre 2006 se acordó ante el impago de la multa la pena de 15 días de privación de libertad que debía cumplir en régimen de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Por el Centro de Inserción Social se formuló propuesta de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad en el Proyecto Hombre de Salamanca debiendo iniciar los trabajos el 15 febrero 2007 y finalizando el 18 marzo 2007.

El 2 febrero 2007 por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 5 de Castilla y León (Salamanca) se aprobó el cumplimiento de la pena bajo la forma trabajos en beneficio de la comunidad, recibándose comunicación del Centro de Inserción Social el 20 marzo 2007 indicando que V. ha dejado de cumplir 3 jornadas, si bien desde el Proyecto Hombre de Vigo se informa que había ingresado allí, por lo que se solicitó se elaborase una nueva propuesta de cumplimiento.

El Proyecto Hombre de Salamanca en comunicación de 19 marzo 2007 señala que en contra del equipo terapéutico V. había interrumpido su proceso de rehabilitación y reinserción sociolaboral de trabajos en beneficio de la comunidad los días 15,17 y 18 marzo 2007.

Al Folio 28 de las actuaciones consta que la recurrente se había puesto en contacto con el Centro de Rehabilitación de Toxicómanos, Proyecto Hombre de Vigo, iniciando tratamiento el 16 marzo 2007.

Al folio 99 de las actuaciones consta la declaración de V. reconociendo haber incumplido durante 3 días el plan de trabajos en beneficio de la comunidad procediendo a pagar en los juzgados de Pontevedra la parte proporcional de la multa por los días incumplidos.

Al folio 211 consta Providencia de la titular del Juzgado de Instrucción número 3 de Pontevedra dejando constancia de que V. había abonado la cuantía de 18 euros, relativa a los 3 días que le restaban por cumplir. El Fiscal informa en relación con la citada providencia "a la vista de que no consta el requerimiento personal y el pago efectuado, modifica el informe

en el sentido de que se tenga por cumplida la pena y que se archiven las actuaciones".

Por Providencia de la titular del Juzgado de Instrucción número 3 de Pontevedra de 11 agosto 2007 se tiene por ejecutado en todas sus partes la sentencia archivándose la ejecutoria.

Por sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Salamanca de 28 septiembre 2012 se condena a V. como autora responsable de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.1 del Código Penal, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de 6 meses de multa con una cuota diaria de 3 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad cada 2 cuotas de la multa no abonadas y pago de las costas.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto debe ser estimado.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad fue impuesta como sustitución de la pena principal de multa a la que fue condenada la recurrente por sentencia del Juzgado de Instrucción número 3 de Pontevedra de 2 febrero 2006, dictada en un juicio de faltas. Así consta expresamente en el Auto del mismo juzgado de 20 octubre 2006 .

Debe tenerse en cuenta además que V. abandonó los trabajos en beneficio de la comunidad cuando restaban tan sólo 3 días de trabajos, pero advirtiendo expresamente el Centro de Inserción Social que había previa constancia de que se había incorporado al Proyecto Hombre de Vigo y se había remitido el expediente a los servicios sociales de dicha ciudad para la elaboración de una nueva propuesta de cumplimiento. Consta en las actuaciones informe del Proyecto Hombre de Vigo según el cual V. se había incorporado al día siguiente de abandonar los trabajos en beneficio de la comunidad en Salamanca al Centro de Rehabilitación de Toxicómanos para realizar un programa terapéutico-educativo.

A la vista de estos datos, cabría preguntarse hasta qué punto ha existido un auténtico incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando el mismo Centro de Inserción Social acuerda remitir el expediente a los servicios sociales de Vigo para elaborar una nueva propuesta de cumplimiento.

Pero además la recurrente, que se había beneficiado de una sustitución de la pena de multa por la de trabajos en beneficio de la comunidad, ha procedido a abonar los días de multa que restaban, hasta el punto de que el Juzgado que dictó la sentencia condenatoria, y ante la que se sigue la ejecutoria correspondiente, el 11 agosto 2007 considera que se ha ejecutado en todas sus partes la sentencia dictada y procede al archivo de la ejecutoria, con informe favorable Ministerio Fiscal.

Si el Juzgado en último término responsable de velar por el cumplimiento de la pena impuesta, considera que la misma se ha cumplido en todos sus términos, decretando el archivo de las actuaciones, difícilmente puede hablarse de un quebrantamiento de condena por mucho que se considere que formalmente, se han dejado de cumplir 3 días de trabajos en beneficio de la comunidad, máxime si estos 3 días de trabajos han sido cumplidos conforme a lo ordenado en la sentencia al imponer la pena principal de multa.

En cualquier caso podríamos llegar a hablar de la existencia de un error invencible de la recurrente, respecto del cual el artículo 14 del Código Penal excluye totalmente la responsabilidad criminal, ya que antes de haber sido localizada para ser oída en relación con las diligencias incoadas por el presunto quebrantamiento de condena ya había procedido al pago de 18 euros por los 3 días de multa que restaban cumplir y, según consta en la Providencia de 8 agosto 2007 del Juzgado de Instrucción de Pontevedra, habiendo manifestado en su declaración, de 6 febrero 2008 que en el Centro le habían dicho que podía pagar la multa por esos 3 días.

TERCERO.- Estimado el recurso de apelación interpuesto no ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas del mismo.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de V. debemos revocar y revocamos la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Salamanca de 28 septiembre 2012 absolviendo a V. del delito de quebrantamiento de condena del que era acusada, declarando las costas de oficio y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso.

49. AUTO DEL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA DE HUELVA DE FECHA 17/02/2015

Revisa y anula el plan de ejecución. La asociación no tiene carácter de interés general.

HECHOS

ÚNICO.– Se ha recibido en este Juzgado procedente del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del CIS de Huelva plan de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta al penado M.A.G.O. de 40 jornadas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.– Dispone el artículo 49 del Código Penal que «los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios ...».

El desarrollo reglamentario de dicho precepto se lleva a cabo por Real Decreto 840/2011, de 17 de junio. Tal y como señala dicha norma reglamentaria, debe partirse de que la legislación impone que el cumplimiento de todas las penas y medidas de seguridad debe realizarse bajo el control de los Jueces y Tribunales, conforme a lo establecido en el artículo 3.2 del Código Penal; pero la existencia de un control judicial de la ejecución presupone la existencia de una ejecución administrativa que pueda llegar

a ser controlada. En el nuevo modelo diseñado por dicho Real Decreto, ordenada la ejecución por el órgano jurisdiccional competente, articulada a través de la oportuna orden o mandamiento judicial de ejecución, la Administración Penitenciaria procederá a su materialización, definiendo un plan administrativo que se concretará previa citación para audiencia del sentenciado, que tiene la oportunidad de expresar sus prioridades individuales y sociales; una vez notificado al sentenciado el plan, éste tiene ejecutividad, y el sentenciado debe proceder a su cumplimiento escrupuloso, sin perjuicio de las facultades revisoras de la Autoridad judicial a la que se confía el control judicial de la legalidad de la ejecución administrativa de la medida penal, articuladas a través de la puesta en conocimiento del plan, sin perjuicio de que el sentenciado pueda oponerse al mismo.

SEGUNDO.— La normativa actual establece que la actuación a llevar a cabo por la administración penitenciaria, una vez recibido el mandamiento u orden judicial de ejecución de la pena y los particulares necesarios, consiste en la valoración del caso para determinar la actividad más adecuada, informando al penado de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo; asimismo, se escuchará la propuesta que el penado realice y realizada la valoración, elaborará el plan de ejecución dando traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Puesto que la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3 y que de acuerdo con ello, el control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio compete al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (artículo 49 del Código Penal), corresponde a este juzgado precisar cuáles son las medidas oportunas para ejercer adecuadamente ése.

Y en el presente supuesto, se ha elaborado un plan de ejecución a propuesta del penado, en una entidad (Asociación de Protección Animal con uñas y dientes) que, a criterio de esta juzgadora no puede considerarse una asociación de interés general a las que expresamente alude el artículo 49 del Código Penal ni los trabajos previstos, a tenor del plan elaborado (limpieza, alimentación y cuidado de los animales) pueden tampoco considerarse como trabajos en beneficio de la comunidad, sino únicamente en beneficio de la entidad, por lo que, en ejercicio de la facultad revisora de

este órgano judicial, procede acordar la nulidad del plan elaborado por la Administración Penitenciaria.

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

PARTE DISPOSITIVA

S. S^a dispone: Revisar el plan de ejecución de las 40 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad impuesta al penado M.A.G.O. en la Ejecutoria n° 694/14 del Juzgado de lo Penal n° 1 de Huelva y anular el mismo.

Requírase al Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del CIS de Huelva para la elaboración de un nuevo plan ajustado a derecho, con la remisión de la documentación pertinente.

50. AUTO 242/2015 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE FECHA 11 DE SEPTIEMBRE

Se estima recurso contra la no sustitución de la pena por Trabajos en Beneficio de la Comunidad, pese a informe desfavorable del SGPYMA.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra integrada por los Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite contradictorio el presente Rollo penal de Sala procedente del Juzgado de lo Penal N° 1 de Pamplona/Iruña en el que se sustancia el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, obrando en nombre y representación procesal del condenado Sr. E., defendido por la Letrada frente al Auto de 5 de mayo pasado, en el que se desestima el recurso de reforma, interpuesto por la expresada representación procesal frente al auto de fecha 30 de marzo pasado, en el que se acuerda denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y la sustitución de dicha pena de 5 meses de prisión que fue impuesta al penado E., en aplicación de lo dispuesto en los artículos 80 y 88 del Código Penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Auto de fecha de 30 de marzo de 2015, se acordó:

"...DENEGAR la SUSPENSIÓN de la ejecución de la pena privativa de libertad y la SUSTITUCIÓN de dicha pena de 5 meses de prisión que fue impuesta al penado E., en aplicación de lo dispuesto en los artículos 80 y 88 del Código Penal.

En el caso de que el afectado se encuentre en un centro terapéutico o de deshabitación a adicciones en cumplimiento de una medida penal y así se acredite ante el cuerpo policial actuante por los responsables del centro exhibiendo la documentación de derivación remitida por el SGPMAP, antes de proceder a la detención y conducción a prisión se comunique tal circunstancia al juzgado ordenante".

Frente a la expresada resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora de los Tribunales, obrando en nombre y representación procesal del condenado Don. E., mediante escrito fechado el 13 de abril pasado en el cual después de exponer una única alegación en sustento de su recurso solicitaba del Juzgado que:

"...se digno dictar Resolución por la que se acuerde estimar el Recurso de Reforma, acordando la sustitución de la pena privativa de libertad por la de trabajos en beneficio de la comunidad, con todo lo demás que en derecho proceda".

Conferido oportuno traslado, el Ministerio Fiscal, en su informe del pasado 22 de abril, interesó la desestimación del recurso y por tanto la confirmación de la resolución recurrida al considerarla ajustada a derecho. Mediante Auto de fecha 4 de mayo pasado se dispuso:

"...Desestimar el recurso de reforma interpuesto contra el auto de este Juzgado de fecha 30 de marzo de 2015, confirmando el mismo en todos sus extremos".

En virtud de escrito presentado por la Procuradora de los Tribunales, obrando en nombre y representación procesal del condenado con fecha 28 de mayo pasado se interpuso recurso de apelación frente a la anterior resolución en el cual después de exponer cinco alegaciones en sustento

de su recurso, solicitaba de este tribunal que dictará resolución por la que estimando dicho recurso:

"...Porque no contesta a la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a Don E. por la de trabajos en beneficio de la comunidad, o subsidiariamente, para el caso de que no se estime la anterior solicitud, se incluyó por la pena de localización permanente, con todo lo demás que en derecho proceda...".

Conferido oportuno traslado del recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal con arreglo al contenido de su informe del pasado 31 de mayo.

SEGUNDO.- Enviados los autos a este Tribunal y turnados a la presente Sección, se formó el rollo penal; habiéndose procedido a la deliberación y resolución del presente rollo de apelación penal.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso, se han observado, las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

No se aceptan los razonamientos jurídicos de los Autos de fecha 30 de marzo y 4 de mayo de mayo pasado, en cuanto se opongan a lo que a continuación se razona.

PRIMERO.- En la Sentencia, de 13 de enero, la Ilustrísima señora Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Pamplona/Iruña, dictó sentencia de conformidad en la que condena Don E. (junto a las otras dos personas imputadas) por un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, a la pena de cinco meses de prisión.

En el acta de juicio oral, se expresa lo siguiente: "Se solicita la sustitución de la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, manifestando expresamente los 3 acusados su conformidad con el cumplimiento de los trabajos, si se acuerda la sustitución una vez el SGPYMA haya dado informe favorable. Se les indica la obligación de comparecer a la cita ante el SGPYMA, con apercibimiento de no acordar la sustitución de no acudir a la cita. Así como la obligación de cumplir los trabajos una vez se acuerda su cumplimiento, con apercibimiento de revocación e ingreso en prisión. A tales efectos los 3 condenados ratifican como domicilio para notificaciones, el que consta en las actuaciones. De todo lo cual se extiende la

presente acta, que leída y hallada conforme es firmada por el penado y su letrado, de lo que doy fe".

En el Informe efectuado por el SGPYMA (folio 6) se reseña Don E., tiene de una relación anterior dos hijos con los que no tiene una relación con su pareja actual –igualmente condenada en la sentencia referida– D^a M., tiene un hijo de año y medio. Es analfabeto total y nunca ha trabajado. Niega consumo de tóxicos. La familia (conviven en el mismo domicilio 17 personas) ha creado y crea numerosos problemas de convivencia en el municipio, iguales que los que crearon en otros municipios. Las quejas vecinales son reiteradas por lo que el Ayuntamiento de Fitero no la va a admitir para cumplir una condena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. El diagnóstico social que se efectúa es el siguiente: "Veo desaconsejable la sustitución de la condena por Trabajos en Beneficio de la Comunidad por los siguientes motivos: - No ser admitido por el Ayuntamiento para el cumplimiento de la misma. - No existir en el municipio otro recurso que admita cumplimiento de condenas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. - Precariedad económica que le impediría trasladarse diariamente a otro municipio. - Nula capacitación laboral. - Nula experiencia laboral. - Falta de hábitos laborales".

El Auto de 30 de marzo de 2015 que deniega la suspensión y la sustitución contiene los siguientes argumentos: "...del examen de la causa y de la hoja histórico penal del acusado, se desprende, que la conducta del condenado, con frecuente participación, en hechos delictivos de similar naturaleza, no hace aconsejable la sustitución de la pena impuesta, y en especial en lo relativo a la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad y a la vista del informe del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Navarra, en el que se informa en relación a la dificultad de cumplimiento de dicha pena por el penado"

El Auto de 4 de mayo de 2015 –en el que se desestima el recurso de reforma interpuesto, frente a la anterior resolución– contiene los siguientes fundamentos: "...en el acto de la comparecencia no se acordó la sustitución de la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, advirtiéndose expresamente a las partes de que la posibilidad de sustitución dependía de un informe previo que se iba a solicitar al servicio de gestión de penas sobre la viabilidad del cumplimiento de la citada pena. Esa viabilidad no depende de que haya plazas o no, que de hecho las hay y actualmente se cumplen bastantes penas de seis meses o más de trabajos

en beneficio de la comunidad, sino de la posibilidad real de cumplir que tiene el condenado. Y ello porque cuando se solicita la sustitución dicha juzgadora no conoce las condiciones personales de los condenados, que sin embargo ellos evidentemente sí saben, y las mismas son determinantes a la hora de cumplir esa pena, máxime teniendo en cuenta la duración de la que se solicita en este caso. Los trabajos en beneficio de la comunidad requieren del consentimiento que no es meramente formal, sino que debe ser real, en el sentido de que debe prestarse por un condenado que conoce lo que suponen (trabajar), que se sabe capaz de realizarlos y que consciente y voluntariamente accede a ello".

La representación procesal del apelante pone de manifiesto, al interponer el recurso de reforma, que alcanzó la conformidad con el Ministerio Fiscal, debido a que la pena de prisión se sustituiría, en ejecución de sentencia, por la de trabajos en beneficio de la comunidad, que del visionado de la celebración del Juicio Oral se desprende que el Ilustre Juzgado informa a los penados de los términos de la conformidad y de que el único condicionante a la sustitución sería el que se encontraran plazas para ejecutar dichas penas, por la extensión de las mismas; que el Servicio de Gestión de Penas nada opone al respecto sobre este concreto particular, por ello considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de su representada lo que le ha causado una indefensión total. En los motivos del recurso de apelación reitera lo ya expresado, añade que el propio auto reconoce la existencia de plazas, que su defendido prestó su consentimiento consciente de lo que ello suponía: evitar entrar en prisión a cambio de realizar el trabajo que se le encomendase según sus características personales, tras la entrevista con el Servicio de Gestión de penas; que la sustitución evitaría la desestructuración familiar al dotar a su hijo de un año y medio de la compañía y asistencia de sus progenitores; que cuando el Ayuntamiento se niega a ofertar plaza está infringiendo un deber de colaboración. Efectúa, además, una serie de consideraciones relacionadas con la eficacia rehabilitadora de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y entiende que el auto que recurre vulnera el artículo 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 24.2 de la Constitución Española.

El Ministerio Fiscal, en los sucesivos informes se opone a la concesión de la sustitución de la pena impuesta. Encuentra la resolución recurrida ajustada a Derecho y suficientemente motivada, comparte los argumentos de la resolución que deniega la sustitución. En el traslado conferido como

consecuencia del recurso de apelación, añade que no puede decirse que el auto adolezca de motivación "pues lejos de un puro decisionismo judicial expone y argumenta su parecer con sustento derivado de los informes que la propia Juzgadora requirió para argumentar su decisión".

SEGUNDO.- El artículo 88.1 del Código Penal –conforme a la legislación en vigor en el momento de la comisión de los hechos– dispone que los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a la ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por trabajos en beneficio de la comunidad, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por una jornada de trabajo.

Además, los trabajos en beneficio de la comunidad –conforme a lo que dispone el artículo 49 del Código Penal– no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, y obligan a éste "a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública" explicitando el mismo precepto, "que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo asistencia a las víctimas, así como la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares". El mismo precepto (inc. 3.^a) determina que el trabajo será facilitado por la Administración, mandato que, de forma imperativa, se reitera en el artículo 4 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio .

Como se desprende de lo reseñado en él, Don E. manifestó expresamente su "conformidad con el cumplimiento de los trabajos si se acuerda la sustitución una vez el SGPYMA haya dado informe favorable". Además, acudió a la cita ante el SGPYMA, obligación impuesta bajo apercibimiento de no acordarse la sustitución.

Dados los requisitos objetivos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, que no se encuentran en cuestión en este caso; la única exigencia –previa al comienzo de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad– que la legislación penal impone es que la persona penada preste su consentimiento, y no resulta pertinente dudar de la validez del que prestó el recurrente, incorporando como exigencia de un consenti-

miento real que el condenado conozca lo que supone trabajar, y sea capaz de realizar el trabajo, atendiendo al informe social efectuado.

Es cierto que en este informe se desaconseja la sustitución de la condena, pero los motivos que se señalan no parecen atendibles. En primer lugar, porque se alegan genéricos problemas de convivencia en el municipio con un grupo familiar, para validar que el Ayuntamiento no admita a uno de los integrantes de ese grupo para el cumplimiento de la pena, cuando resulta claro que el trabajo en beneficio de la comunidad debe ser facilitado por la Administración. En segundo lugar, porque la condición de analfabeta, de no haber trabajado nunca, de no tener capacitación laboral y de falta de hábitos laborales de una persona de 24 años, no puede resultar impedimento para la realización de algún trabajo de utilidad pública adecuado a sus capacidades y habilidades. Porque, además, en el Informe nada se dice acerca de que la entrevistada se hubiera negado a realizar alguno o algunos de los trabajos que se le hubieran podido proponer, o hubiera planteado exigencias inatendibles para su realización.

La orientación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a la reeducación y reinserción social resulta indiscutible, y se encuentra claramente recogida en el artículo 49 del Código Penal ya citado, cuando a título ejemplificativo se afirma que los trabajos podrán consistir en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, etc. Deberá convenirse que ante el contenido y orientación de esta disposición normativa resulta claramente contradictorio fundamentar la negativa a la concesión de la sustitución de una pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad en la falta de conocimientos y de hábitos laborales de la persona condenada; cuando, además, su concesión puede resultar una oportunidad para adquirirlos.

Por todo lo expuesto, procede sustituir la pena de cinco meses de prisión impuesta por la de 150 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, se ejecutará la pena de prisión inicialmente impuesta.

TERCERO.- Por los argumentos que acabamos de expresar el recurso de apelación que hemos examinado ha de ser estimado, declarando de oficio las costas procesales causadas en su tramitación –artículo 901 párrafo

segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto aplicado por analogía—.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda ESTIMAR, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, obrando en nombre y representación procesal del condenado Don E., frente al Auto de 5 de mayo pasado, en el que se desestima el recurso de reforma, interpuesto por la expresada representación procesal frente al auto de fecha 30 de marzo pasado, en el que se acuerda denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y la sustitución de dicha pena de 5 meses de prisión que fue impuesta al penado, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 80 y 88 del Código Penal; revocando y dejando sin efecto dichas resoluciones disponiendo en su lugar que procede sustituir la pena de cinco meses de prisión impuesta a Don E, en Sentencia de 13 de enero de 2015 por la de 150 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, se ejecutará la pena de prisión inicialmente impuesta.

51. AUTO 464/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA SECCIÓN 3ª DE FECHA 04/10/2016

Puede cumplir las jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad en sus periodos vacacionales. Justificación por contrato de trabajo en Francia. De ser necesario podría recurrirse la Ley 23/2014.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de los de Santander, se dictó en fecha 25 de abril de 2013, Auto por el que se acordaba desestimar la solicitud de G. de continuar con la suspensión del cumplimiento de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad impuesta por el Juzgado de lo penal número 1 de Santander en la ejecutoria 251/2013.

Contra dicho Auto por la representación procesal de D. G. se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación interesando que se dejase sin efecto la citada resolución y se procediera a acordar conceder al penado la continuación de la suspensión del cumplimiento de dicha pena durante el plazo adecuado para que no se produzca la prescripción.

El recurso de reforma fue desestimado por Auto dictado por dicho Juzgado en fecha 11 de mayo de 2016, interponiéndose contra dicha resolución el recurso de apelación que ha motivado la incoación del presente rollo de Apelación.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Alega el recurrente, que en la actualidad se encuentra trabajando en Francia donde reside con su compañera sentimental y sus hijos, habiéndole sido renovado el contrato de trabajo el 1 de marzo de 2016, afirmando que los ingresos que obtiene de su actividad laboral son el único sustento para su familia. Por ello, interesa que se le conceda un nuevo aplazamiento del cumplimiento de la pena sustitutiva de Trabajos en Beneficio de la Comunidad durante un plazo que evite que la misma prescriba. De igual modo, el recurrente en su recurso se compromete a aprovechar todos los periodos vacacionales de que disponga para desplazarse a España e ir cumpliendo en dichos periodos los Trabajos en Beneficio de la Comunidad a que ha sido condenado.

SEGUNDO.- Examinadas con detenimiento las presentes actuaciones, la sala ha podido constatar, que el penado efectivamente fue condenado por sentencia de 17 de mayo del 2013 como autor de un delito de robo de uso de vehículo a motor cometido el 23 de marzo del 2012 a la pena de 1 año de prisión, acordándose en la misma sentencia la sustitución de dicha pena por 1 año de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. De igual modo, consta documentado en la causa que para la ejecución de dicha pena sustitutiva se remitió al Juzgado de Vigilancia penitenciaria el oportuno testimonio de particulares, constando acreditado que entre el 7 de agosto de 2013 y el 15 de enero de 2015, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria llegó a elaborar con la anuencia del penado, hasta seis planes de cumplimiento sucesivos

de dicha pena (folios 1, 10, 14, 18, 21 y 24), ello toda vez que ninguno de los planes fue cumplido en su integridad por el penado, el cual alegó como causas justificativas de dicho incumplimiento motivos diversos tales como que "no entendió en qué consistía el plan de trabajo", "motivos económicos para el desplazamiento" y "motivos laborales y económicos", motivos todos ellos que fueron atendidos por el Servicio de gestión de penas y medidas alternativas.

De igual modo, consta en la causa que en fecha 25 de septiembre de 2015 (folio 28) el penado presentó ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria un escrito manifestando que le habían dado un trabajo en Francia y solicitando el aplazamiento de los trabajos, aplazamiento que le fue concedido por providencia de 12 de noviembre de 2015 por plazo de 6 meses. Transcurrido dicho plazo de suspensión se elaboró el séptimo y último de los planes de ejecución en fecha 27 de mayo de 2016 (folio 93), restándole a dicha fecha aún por cumplir un total de 113 jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Es tras este plan, cuando el penado alegando disponer de un nuevo contrato laboral, en este caso, de duración indeterminada, interesa un nuevo aplazamiento de los trabajos, el cual le es de denegado por el auto que ahora se recurre.

TERCERO.- En este contexto, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio de la ejecución de la pena, el hecho de que se han elaborado hasta siete planes de cumplimiento, y que el contrato de trabajo aportado por el recurrente es de duración indeterminada, la sala entiende que concederle un nuevo aplazamiento no haría sino retrasar el momento en el que el penado de forma ineludible tendría que cumplir la pena impuesta, entendiéndose la sala que de no cumplirse dicha pena en España en los periodos vacacionales del penado, opción que el mismo considera en su recurso, siempre cabría acudir a otros mecanismos distintos de la suspensión interesada, que prevé nuestro ordenamiento jurídico y que permitirían conciliar actividad laboral del penado con el necesario cumplimiento y efectividad de las resoluciones judiciales, pudiendo acudirse a dicho fin a la vía de la cooperación internacional.

En este sentido, la Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre del Consejo de la Unión Europea es de aplicación cuando se haya impuesto una sentencia sin pena de privación de libertad que conlleve vigilancia de medidas de libertad condicional o se hayan impuesto penas sustitutivas a una persona que no tenga su residencia legal habitual en el

Estado de condena, y afecta tanto a las medidas de libertad vigilada, como al reconocimiento mutuo y la vigilancia de las penas suspendidas, las penas condicionales, las penas sustitutivas y las resoluciones sobre libertad condicional. En ella se afirma, que dicho reconocimiento mutuo tiene por objeto incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos, culturales y de otra índole. El contenido de dicha Decisión Marco ha sido objeto de transposición al Derecho español por la Ley 23/2014 de 23 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones penales en la Unión Europea. Entre los instrumentos de reconocimiento mutuo que se enumeran en el artículo 2 se encuentran: a) La orden europea de detención y entrega. b) La resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad. c) La resolución de libertad vigilada –que comprende en sus artículos 93 y 94.i) los Trabajos en Beneficio de la Comunidad como los que nos ocupan–. d) La resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional. e) La orden europea de protección. f) La resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas. g) La resolución de decomiso. h) La resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias. i) El exhorto europeo de obtención de pruebas. Asimismo, nos encontramos con que Francia también ha incorporado a su ordenamiento jurídico penal y procesal (artículos 764.1 a 764. 43 de su Código de Procedimiento Penal), mediante su Ley 2015-993 de 17 de agosto, la mencionada Decisión Marco transpuesta en España por la Ley 23/2014 .

Por todo ello, la sala entiende que no procede suspender el cumplimiento de la pena, por cuanto existe la posibilidad de que el penado, como así lo pone de manifiesto en la alegación cuarta de su recurso, cumpla la pena en España en sus periodos vacacionales, pudiendo asimismo si se estima pertinente acudir a los mecanismos de cooperación internacional para el cumplimiento de la pena sustitutiva en territorio francés.

Por todo lo anterior, ha de confirmarse el Auto de instancia.

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. G. contra el Auto de fecha 25 de abril de 2013 dictado por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de los de Santander, que se CONFIRMA en su integridad.

52. AUTO 94/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA SECCIÓN 3ª DE 13/02/2017

No procede la revocación de la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad; oportunidad de compatibilizar su cumplimiento con el proceso de desintoxicación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de noviembre de 2015, S. fue condenado por sentencia dictada por el juez de lo Penal nº 1 de Córdoba a la pena de nueve meses de multa con la cuota diaria de seis euros –como autor de un delito contra la seguridad vial–. Tal resolución devino firme.

SEGUNDO.- En fecha 4 de mayo de 2016, tal órgano judicial resolvió imponerle la pena de 135 días de privación de libertad por impago de la multa.

TERCERO.- Por auto de 19 de mayo de ese año, el juez de lo Penal nº 1 de Córdoba decidió sustituir la pena de 135 días de privación de libertad por la de 135 días de Trabajo en Beneficio de la Comunidad.

CUARTO.- El Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas citó al penado para organizar los trabajos a realizar el día 3 de agosto de 2016, no compareciendo el mismo.

QUINTO.- Tras los trámites de audiencia correspondientes, en la Ejecutoria se dictó auto el día 11 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: *Revoco al penado S. la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad de la pena de 135 días de prisión fijada en el auto de 4 de mayo de 2016, debiendo proceder al cumplimiento de esta última.*

SEXTO.- Contra tal resolución, S. interpuso recurso de apelación, solicitando que no se produjera la revocación de la sustitución acordada.

SÉPTIMO- Trasladado el recurso a las demás partes, éstas hicieron las alegaciones que tuvieron por conveniente: el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del mismo por creer que la resolución impugnada está ajustada a derecho.

OCTAVO.- Recibida la causa en esta Audiencia el día 19 de enero de 2017, se ha formado el rollo correspondiente, se ha turnado la ponencia y se ha fijado como fecha para la deliberación el día 9 de febrero de ese año.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *La resolución recurrida y el objeto del recurso.*

El auto apelado acuerda revocar la sustitución de una pena corta privativa de libertad por trabajos en beneficio de la Comunidad, revocación que decide el juez de la Ejecución por no haberse presentado el penado para iniciar los trabajos impuestos, fundamentando su decisión en que no debe de quedar a capricho del mismo su cumplimiento.

El recurrente combate esa resolución, entendiendo que tal resolución sería contraproducente para la rehabilitación de su adicción al alcohol en la que está inmerso, siendo esa la razón por la que no pudo comparecer el día que fue citado para iniciar el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad.

SEGUNDO.- *Los hechos de interés al recurso interpuesto.*

De la ejecutoria de referencia, se obtienen los siguientes datos:

1º. El 14 de octubre de 2015, S.L. comete un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, siendo condenado a la pena de nueve meses de multa con la cuota diaria de seis euros;

2º. Ante el impago de la multa impuesta, en fecha 4 de mayo de 2016 se le impone la pena de 135 días de privación de libertad por impago de la multa.

3º. Esa privativa es sustituida el 19 de mayo de ese año por la de 135 días de trabajos en beneficio de la Comunidad.

4°. El Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas citó al penado para organizar los trabajos a realizar el día 3 de agosto de 2016, no compareciendo el mismo.

5°. Ante tal incomparecencia, el 11 de noviembre de 2016, el juez de la Ejecutoria revoca la sustitución y le impone el cumplimiento de la pena privativa de libertad;

6°. Desde hace años, S.L ha estado y está en tratamiento de desintoxicación al consumo de bebidas alcohólicas, habiendo tenido diversas recaídas.

TERCERO.- La ley aplicable al beneficio penitenciario de sustitución de pena privativa de libertad.

El artículo 53.1 del Código Penal permite que el juez decida el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una sanción de multa, a través de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Tal cumplimiento habrá de atenerse a las siguientes reglas:

1ª. El penado ha de prestar previamente su conformidad a la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad;

2ª. Cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo;

3ª. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.

Con esta regulación legal se pretende que las penas privativas de libertad de corta duración no obstaculicen, dificulten o impidan la reeducación y reinserción social del penado, último y superior objetivo que ha de marcarse el cumplimiento de toda sanción penal, como reconoce el artículo 25.2º de la Constitución, sustituyéndose la breve estancia en prisión de la persona condenada por otras penas menos afflictivas a sus derechos fundamentales y, las más de las veces, más útiles y eficaces a la finalidad resocializadora que se pretende, como es el caso de los trabajos comunitarios.

Se trata, no obstante, de una decisión facultativa del tribunal que habrá de motivar adecuadamente atendiendo a las particulares circunstancias del caso, una decisión en la que a este tribunal no le incumbe otra función que la de revisar aquellas decisiones judiciales que sean ilegales, arbitrarias, irracionales, absurdas o incoherentes.

CUARTO.- La decisión revocatoria del juez de la Ejecutoria es precipitada y no está expresamente contemplada por la ley.

El juez de la Ejecutoria revoca el beneficio penitenciario concedido a S.L. porque "...ninguna justificación más allá de sus afirmaciones presenta el penado..." para explicar su incomparecencia inicial en el programa de ejecución de la pena impuesta.

Cuando de decidir sobre la sustitución de una pena por otra se trata, el juez ha de buscar siempre y ante todo la eficacia resocializadora de la que se elija, porque estamos en presencia, no de un mero beneficio penitenciario de concesión graciable por el juez, sino de una institución que, justo es reiterarlo hasta la saciedad, tiende a la rehabilitación social de quien cometió el delito de la manera más adecuada, atendidas sus particulares circunstancias personales, familiares y sociales.

En el caso que nos ocupa, contamos con un penado de un perfil muy determinado: se trata de una persona claramente adicta al consumo de bebidas alcohólicas y, por eso, lleva tiempo en tratamiento de deshabitua- ción, aunque parece tener múltiples recaídas, habiendo sido penalmente condenado una sola vez en su vida, justo por el delito de conducción de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas que es el que abre esta ejecutoria.

Frente a tal perfil delictivo, parece razonable reconocer que la reacción penitenciaria ha de ser doble: por un lado, debe de cumplirse la pena impuesta para asegurar el grado suficiente de autocontención delictiva del penado a fin de evitar la reiteración de otras conductas antisociales graves contra la seguridad vial; por otro, la pena a cumplir ha de coadyuvar al tratamiento de desintoxicación iniciado y tantas veces interrumpido.

Entonces, lo más sensato y lógico es que el penado no vaya a cumplir 135 días de prisión, estancia que compromete derechos básicos de un delincuente primario que ha cometido un delito bagatela y, sobre todo, arriesga la resocialización especializada que se busca, y sí que cumpla esos mismos días de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, días en los que podrá ser útil socialmente y, además, aprehender ese deber de respeto a la seguridad vial que afrentó con el delito cometido, todo ello sin dejar de arraigarse en el programa de deshabitua- ción seguido. Por eso, una vez que el pago de la multa se hizo inviable, hizo muy bien en su día el juez de la Ejecutoria con escoger la vía penitenciaria de reinserción laboral para S.,

porque es la que más se ajusta a su particular perfil de drogodependiente, una vía que, por su particular naturaleza, es compatible con los avatares personales, familiares y hasta sociales de quien la sigue, lo que invita a interpretarla con flexibilidad y sin rigidez jurídica por quien la guía, sin que en modo alguno ello suponga una ejecución penitenciaria "a la carta".

Este tribunal entiende que aquel hombre merece la oportunidad de iniciar el proceso de ejecución penal desempeñando Trabajos en Beneficio de la Comunidad, compatibilizando tal labor social con su proceso de desintoxicación, oportunidad que está amparada en que la falta de atención a una única convocatoria del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas perfectamente pudiera estar justificada por una nueva recaída en el consumo del alcohol –tal y como él mismo alega– que le indispuso para atenderla, pero que en modo alguno es razonable traducir por la voluntad firme y determinante de no cumplir la pena, de suerte que la decisión revocatoria impugnada se antoja en este momento precipitada.

Y ello, con más razón cuando la sustitución de pena que precipitadamente hace el juez de la Ejecutoria lleva a una pena privativa de libertad en su día abandonada y a la que ya no se puede acudir en caso de incumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad, siendo en ese escenario de aplicación el artículo 49.6ª del Código Penal en caso de incidencias.

Así las cosas, procede, con estimación del recurso interpuesto, dejar sin efecto el auto que revoca el cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, permitiéndose de esta manera que la ejecutoria continúe su camino tendente a tal fin, lo que no obsta, claro está, para que en el futuro se puedan adoptar las medidas contempladas en el artículo que se acaba de mencionar.

QUINTO.- *Costas procesales.*

El pronunciamiento estimatorio del recurso de apelación interpuesto que se anuncia en el razonamiento precedente lleva a declarar de oficio las costas procesales causadas en esta instancia. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por S. contra el auto de 11 de noviembre de 2016 del Juez de lo Penal Número 1 de Córdoba, dejando sin efecto el mismo, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta instancia.

SUSTITUCIÓN DE CONDENA: POR EXPULSIÓN

53. AUTO 585/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 17ª DE 2 DE JULIO

Procede la sustitución por la expulsión. No la suspensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sección se tramita Recurso de Apelación nº 224/04, interpuesto por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación procesal de M. contra el auto de fecha 30 de abril del 2004 procedente del Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid.

SEGUNDO.- Contra dicho auto formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación la representación procesal del recurrente. Desestimado el primero, se admitió a trámite el segundo y se dio traslado para alegaciones a las demás partes personadas. Elevadas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista, quedando dispuesto para resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación del penado M. se interpone recurso subsidiario de apelación contra la resolución referida, alegando vulneración de los artículos 80 y siguientes del Código Penal, así como del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución, viniendo a exponer que su representado es acreedor del beneficio de la suspensión en

cuanto entiende cumple con los requisitos del artículo 81 del Código Penal, así como que no se le ha dado traslado de la suspensión y la sustitución de la pena, vulnerando su derecho de defensa.

SEGUNDO.- El artículo 80 del Código Penal determina que los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, siendo condiciones necesarias para dejar en suspenso dicha ejecución: a) que el condenado haya delinquido por primera vez; b) que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad; c) que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo que el Juez o Tribunal, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Por otra parte el artículo 89 de dicho texto legal, establece que las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero, no residente legalmente en España, serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

TERCERO.- Centrada así la cuestión, la facultad recogida en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, es una facultad motivadamente discrecional del Tribunal o Juez sentenciador, aunque no por ello arbitraria o no razonada ya que la resolución que ha de dictarse ha de estar necesariamente motivada, pues solo así se puede hacer un control posterior en evitación de cualquier posible arbitrariedad (Sentencia del Tribunal Constitucional 115/97 de 16 de junio), siendo el fundamento de dicho beneficio como exponía la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/92 de 14 de diciembre, a la que se remitía la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2001 de 15 de enero, "la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que tales supuestos no solo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de reinserción y readaptación del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo".

La facultad de suspensión de la pena, ha de ser contemplada, pues, desde la óptica del artículo 25.2 de la Constitución, de tal forma que la rehabilitación y reinserción social ha de ser la finalidad perseguida tanto en la ejecución de la pena como en su suspensión.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, si bien la pena privativa de libertad derivada de la responsabilidad civil subsidiaria del impago de la multa impuesta, sería inferior al límite establecido en el artículo 81 del Código Penal y ha sido declarada la insolvencia del recurrente por auto de 30 de abril de 2004, no puede entenderse errónea la resolución impugnada, considerando la situación irregular en España del condenado, la falta de acreditación de medios de subsistencia, la propia actuación procesal del referido quien lejos de estar a disposición del juzgado tuvo que efectuarse requisitoria judicial, a los efectos de requerirle el cumplimiento de la sentencia, todo lo que pone en evidencia la no existencia de un pronóstico favorable de no cometer nuevos delitos; por lo que el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Respecto a la sustitución de la pena acordada al amparo de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal, es preciso reseñar en primer lugar, que la resolución impugnada se acordó previa solicitud urgente de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, en la que informaba que el penado se hallaba interno en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Moratalaz, por orden del Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid, por lo que encontrándose además de forma irregular en España y visto el contenido del artículo 89 referido es ajustada a derecho la resolución impugnada, no existiendo obstáculo legal alguno para la autorización de la expulsión y por tanto la sustitución de la pena impuesta.

SEXTO.- Por último, respecto a la indefensión alegada, por no haberse dado traslado previo de la suspensión y sustitución de la pena, si bien el artículo 80 del Código Penal, prevé la audiencia previa de las partes cuando se acuerde dejar en suspenso la ejecución de la pena, no regula dicho trámite previo en el supuesto de no suspensión, no regulando tampoco audiencia previa específica, del condenado para la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión dentro del contexto en que se produjo, por lo que no se vulnerado ninguna norma esencial del procedimiento, con la resolución impugnada, adoptada previo informe del Ministerio Fiscal sin generar indefensión alguna al recurrente, quien notificada la resolución referida y conocedor de los motivos de la misma ha podido alegar e inter-

poner los recursos pertinentes, garantizándosele sus derechos de intervención, contradicción y defensa, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- No se aprecian motivos para imponer, por temeridad o mala fe, las costas de esta instancia.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Que debe desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de M. contra el auto dictado con fecha 30 de abril del 2004 por el Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid y, en consecuencia, confirmar dicha resolución.

54. SENTENCIA 901/2004 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL DE 8 DE JULIO

Audiencia del penado como única garantía de salvaguarda del interés en conflicto más relevante. Interpretación del artículo 89 del Código Penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado, seguido por delito contra la salud pública, contra K.M.I., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección I, que con fecha 19 de noviembre de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados :

«I.- En la mañana del día 9 de febrero de 2003 en la entrada del poblado Las Barranquillas de esta ciudad, K.M.I., con antecedentes penales no computables en este proceso a los efectos de la reincidencia, fue interceptado por agentes policiales, en el cacheo le incautaron escondida en su chaqueta una bolsa con una sustancia que una vez analizada resultó ser heroína con un peso de 380 gramos y una pureza del 24%; la sustancia

estaba destinada a la venta a terceros y tenía un precio en el mercado ilícito de 18.707,40 euros. K.M.I. presenta una importante adicción al consumo de heroína y cocaína y realizó los hechos a causa de esa adicción, para procurarse la droga». (sic).

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

«Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a K.M.I. como autor responsable de un delito contra la salud pública, con la atenuante de drogadicción, a las penas de tres años de prisión con la accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18.707,40 euros, con arresto de quince días en caso de impago; así como al pago de las costas procesales. Se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, al que no podrá volver en el plazo de diez años. Se acuerda el comiso de la droga intervenida». (sic)

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

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

I.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de los artículos 89 del Código Penal y 24.1 de la Constitución Española.

II.- Por Quebrantamiento de Forma por vulneración de derechos fundamentales al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 10, 17, 24 y 25 de la Constitución).

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 1 de julio de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 19 de noviembre de 2003 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a K.M.I. como autor de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

Los hechos se refieren a la venta efectuada por el condenado de una papelina de heroína.

Se ha formalizado recurso de casación por K.M.I. que lo desarrolla en dos motivos que tienen como común denominador impugnar la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión.

SEGUNDO.- Estudiamos conjuntamente ambos motivos por la íntima conexión que tienen. En efecto, en el motivo primero, por la vía del *error iuris* del artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento criminal denuncia como indebidamente aplicado el artículo 89-1º del Código Penal por cuanto no se ha celebrado la preceptiva comparecencia para que el recurrente fuese oído en orden a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión, petición que fue hecha ex novo por el Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, y en el motivo segundo se denuncia la vulneración de los derechos a la dignidad, seguridad jurídica y defensa como consecuencia de la acordada expulsión.

La cuestión que motiva el recurso tiene una indudable importancia desde una triple perspectiva: a) del número, cada vez más creciente, de personas susceptibles de que se les aplique tal medida de seguridad por aumento del número de inmigrantes ilegales, b) desde la afectación directa que tiene la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas afectadas, con independencia de su condición de inmigrante ilegal y, finalmente, c) porque la regulación actual del artículo 89, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros constituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal. En efecto, por lo que se

refiere al artículo 89, podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal –Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre– hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la Ley Orgánica 8/2000 desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera –la actualmente en vigor– dada por la Ley Orgánica 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003, no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos.

Centrándonos en la regulación actualmente en vigor, que es la que estaba en vigor cuando se dictó la sentencia sometida al presente control casacional –de fecha 19 de noviembre de 2003–, de ella podemos destacar, en lo que interesa al presente recurso, las siguientes notas :

a) Se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años «las penas privativas de libertad... podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional», se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual artículo 89-1º «las penas privativas de libertad serán sustituidas », de suerte que lo antes de la Ley Orgánica 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario. No es difícil buscar la razón de tan importante giro en una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley que se comenta, de «evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto», justificándose tal decisión porque la expulsión «se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido» En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

b) Consecuencia de la imperatividad de la expulsión es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que «la naturaleza del delito» exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

c) El período de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del artículo 96 llevada a cabo –en este caso– por la Ley Orgánica 15/2003 que entrará en vigor el 1 de octubre de este año de 2004. En el párrafo 3º apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros.

Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona –sea o no inmigrante, ilegal o no– que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba –y así está en la actualidad– respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción,

debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión».

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente y así:

a) La sentencia de 18 de febrero de 1991 –caso Moustaquim vs. Bélgica– declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de enero de 1993 (sic) –caso Boncheski vs. Francia– se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de abril de 1997 –caso Mehemi vs. Francia– consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia –casado con francesa–, y la relativa gravedad del delito cometido –tráfico de drogas–; la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –Dalia vs. Francia– o la de 8 de diciembre de 1998 (Decisión).

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional –Sentencias del Tribunal Constitucional 99/85 de 3 de septiembre, 242/94 y 203/97–, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es «vivir juntos» –Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988), *Olsson vs. Suecia*, 9 de junio de 1998, *Bronda vs. Italia*, entre otras–, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión.

Esta misma Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo 17/2002 de 21 de enero –anterior a la actual regulación– acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión –motivada– corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las Sentencias del Tribunal Supremo 330/98 de 3 de marzo y 1144/2000 de 4 de septiembre.

Desde esta doctrina pasamos a estudiar las concretas denuncias efectuadas por el recurrente:

a) Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto, el artículo 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada o como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso en una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado *sic et simpliciter* tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del artículo 89-1º.

b) Se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas.

Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer *ex ante* y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia –artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 del Convenio Europeo, artículo 39 de la Constitución–.

c) Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de esta. Tampoco le falta razón al recurrente.

d) Finalmente se denuncia el arraigo del penado en España, se dice en el motivo que reside en España desde hace 17 años, tiene constituida familia desde hace años, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad. No nos corresponde indagar sobre la veracidad y acreditación de tales afirmaciones, sólo verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89, que como ya hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado.

En tales casos, como ya hemos adelantado procede estimar no ajustada a derecho la decisión de expulsión, lo que se traduce en eliminar del fallo de la sentencia la orden de expulsión, dejando intacto el resto de los pronunciamientos.

Procede la estimación del recurso.

TERCERO.- La estimación del recurso tiene por consecuencia la declaración de oficio de las costas causadas de acuerdo con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formalizado por la representación de K.M.I., contra la sentencia dictada por la Sección I de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2003, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA N°: 901/2004

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de julio de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid, seguida por delito contra la salud pública, contra K.M.I., en prisión provisional por esta causa desde el 11.2.03; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por los razonamientos incluidos en la sentencia casada, eliminamos el pronunciamiento de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del recurrente.

FALLO

Que debemos eliminar del fallo de la sentencia de instancia el siguiente pronunciamiento: «Se sustituye la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional al que no podrá volver en el plazo de diez años».

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

55. AUTO 132/2006 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 4 DE ABRIL

Cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española en el caso de que la expulsión acordada no pueda hacerse efectiva.

Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante, en relación al último párrafo del apartado primero del artículo 89 Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, por posible vulneración de los derechos a la igualdad y a la libertad personal y a la seguridad: cuestión notoriamente infundada: inadmisión .

I. ANTECEDENTES

1.- El día 6 de mayo de 2004 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante, al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 26 de abril de 2004, en el que se acuerda promover ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del apartado primero del artículo 89 Código Penal , en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre , de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

2.- Los hechos relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alicante, dictó Sentencia de 2 de marzo de 2004 condenando al acusado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, entre otras, a la pena de seis meses y diez días de prisión; acordando, igualmente, la sustitución de esta pena por su expulsión de territorio nacional por un plazo de tres años.

b) El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante, acordó por providencia de 22 de marzo de 2004, con carácter previo a la decisión judicial sobre cómo habría de continuar la ejecución de la pena privativa de libertad por

la imposibilidad de ejecutar la expulsión en el plazo legal, dar trámite de alegaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del apartado primero del artículo 89 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, por si el mismo pudiera «(...) vulnerar el derecho constitucional a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española en relación directa con el artículo 17.1 del mismo texto legal, al otorgar a los extranjeros en situación irregular un tratamiento discriminatorio en el modo de ejecutar las sentencias condenatorias en el ámbito penal al imponer con carácter imperativo el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad aun en los supuestos en los que la expulsión no pueda llevarse a efecto, haciendo abstracción de las causas que han impedido tal expulsión, y, lo que es más grave, al margen absolutamente de cualquier consideración sobre la gravedad del hecho y las circunstancias personales del recurrente».

c) El Ministerio Fiscal, por escrito de 30 de marzo de 2004, consideró que resultaba conveniente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si bien no constaba que concurriera el supuesto de hecho previsto en la norma de cuya constitucionalidad dudaba el Juez, toda vez que no había constancia de la efectiva imposibilidad de proceder a la expulsión del condenado.

d) Por providencia de 5 de abril de 2004 se acordó solicitar informe a la Brigada Provincial de Extranjeros y Documentación de la Comisaría de Policía de Alicante sobre las causas que hubieran impedido la expulsión y que una vez verificado se diera nuevo traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones. El informe fue remitido por fax el 5 de abril de 2004 haciendo constar que la expulsión no se había podido llevar a efecto al no haberse logrado la documentación original del condenado y no poder ser documentado ante las Autoridades de su país. El Ministerio Fiscal, por escrito de 7 de abril de 2004, consideró acreditado el supuesto de hecho de la norma cuestionada dando por reproducido su anterior informe sobre la conveniencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) La representación del condenado, por escrito registrado el 6 de abril de 2004, alegó, en primer lugar, que se produce una laguna legal que permite al juzgador interpretar el precepto cuestionado en el sentido más fa-

vorable al reo, aplicando la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad si se dan los requisitos legalmente exigidos para ello. Y, en segundo lugar, que de no admitirse esta interpretación y entenderse que la condena impuesta había de ser íntegramente cumplida se daría un verdadero agravio comparativo lesivo del derecho a la igualdad, lo que justificaría el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

f) La representación de la acusación particular, por escrito registrado el 7 abril de 2004, alegó que no era el momento procesal oportuno para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que la misma ha de plantearse dentro del plazo para dictar sentencia, y en el presente caso ya existe sentencia firme.

3.- Por Auto de 26 de abril de 2004, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante acordó «plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el último párrafo del apartado primero del artículo 89 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, donde dice "se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente" por posible infracción del derecho a la igualdad, artículo 14 de la Constitución Española, en relación con la libertad personal y el sistema de penas de nuestro derecho penal, artículo 17 de la Constitución Española». A esos efectos en este Auto, tras descartarse la objeción formal presentada por la acusación particular respecto del carácter no oportuno del momento de su presentación –acudiendo para ello a las declaraciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre – y dar cuenta de las sucesivas modificaciones legalmente experimentadas por la medida de expulsión de los ciudadanos extranjeros del territorio nacional como alternativa a la imposición a los mismos de una pena de prisión inferior a seis años, se concluye que la nueva versión dada al artículo 89.1 Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003 conduce, en el caso de que la medida de expulsión no pudiera llevarse a efecto –como aquí habría sido el caso– a la «imposibilidad absoluta de aplicar cualquier sustitutivo al efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad de los contenidos en los artículos 80 (suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con

padecimientos incurables), 87 (suspensión en supuestos de drogadicción) y 88 (sustitución)».

En opinión del órgano judicial, tal conclusión –que, desde su punto de vista, necesariamente se deriva de las previsiones establecidas en el artículo 89.1 Código Penal– constituye una vulneración del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, en el sentido de que, si bien dicho precepto admitiría un trato diferenciado de los extranjeros en el disfrute de determinados derechos, dicho trato diferenciado no estaría justificado en supuestos de ejecución de la pena impuesta por motivo de la comisión de un delito, ya que, de la misma manera que «todos los delincuentes deben poder recibir la misma pena cuando cometan una idéntica infracción criminal», también «deben potencialmente poder acogerse a las mismas modalidades de extinción de su responsabilidad criminal, sin ser objeto de trato distinto por motivaciones ajenas a los fines de prevención general y especial propios del sistema jurídico-penal». En consecuencia, la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de las penas privativas de libertad no pueda ser excluida «a priori a toda una clase de delincuentes, sin ni siquiera permitir la valoración judicial de las circunstancias concurrentes, pues ahí radica la conversión del trato diferenciado en injustificado». En suma, para el Juez de lo Penal «el último párrafo del apartado primero del artículo 89 sitúa en posición de desigualdad al delincuente no residente legalmente en España, en relación con los delincuentes nacionales o extranjeros residentes legalmente en España..., al permitir a los segundos acceder a todo un amplio elenco de medidas alternativas al efectivo ingreso en prisión que también extinguen su responsabilidad criminal, posibilidad que impide de raíz a los delincuentes no residentes legalmente en España, aun a pesar de que se haya constatado la imposibilidad de llevar a efecto la opción prioritaria de su expulsión por causas ajenas a su voluntad, y con total abstracción de las circunstancias personales del delincuente y objetivas del delito cometido. Como ello va a incidir esencialmente, como en el caso que nos ocupa, sobre delincuentes primarios y penas cortas privativas de libertad, la razonabilidad y proporcionalidad de dicha decisión son aún más difíciles de alcanzar».

Por último, el Auto de planteamiento de la cuestión se hace eco de la doctrina sentada por este Tribunal en el sentido de que únicamente cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una

interpretación conforme a la misma, señalando que dicha interpretación conforme podría hipotéticamente mantenerse argumentando que el párrafo tercero del artículo 89.1 Código Penal, al disponer que «la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88», únicamente se está refiriendo al primer párrafo de dicho apartado y no al último en el que se establece que «se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente» en el caso de que la expulsión no haya sido posible. Pero el Juez de lo Penal entiende que tal interpretación, no sólo no se compeadece con el entendimiento conjunto del precepto, sino que iría en contra del tenor literal de ese último apartado, toda vez que «la expresión cumplimiento de la pena privativa de libertad es algo opuesto e incompatible con la posible aplicación de alguno de los sustitutivos al efectivo cumplimiento». De manera que, en su opinión, «cualquiera de los criterios de interpretación que utilicemos (literal, sistemático, histórico o teleológico)» conducen «a una misma conclusión: la norma quiere, en aras a lograr a ultranza la eficacia de una determinada política criminal en materia de inmigración ilegal, excluir a todo extranjero en situación irregular de la posible aplicación de cualquier sustitutivo al efectivo ingreso en prisión..., colocando al extranjero en situación irregular en una posición distinta, y [...] discriminatoria, con el resto de posibles condenados (nacionales y extranjeros con residencia legal) frente al sistema de penas previsto en nuestro Código Penal».

4.- Por providencia de 8 de noviembre de 2005 la Sección Segunda de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, conforme a lo previsto en el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, expusiera lo que considerara conveniente sobre la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuera notoriamente infundada.

5.- El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 2 de diciembre de 2005, interesando su inadmisión por considerar que la misma resultaba notoriamente infundada. La totalidad de la argumentación desarrollada en el Auto de planteamiento se basa en la literalidad del precepto, a la que se anuda una pretendidamente pacífica e incuestionable interpretación de su sentido último, por lo que lo planteado no es tanto el hipotético desajuste entre una norma y la Constitución sino el apreciable entre una determinada interpretación de

una norma y la Constitución. A partir de ello, recuerda el Fiscal General del Estado que la finalidad de los procesos de inconstitucionalidad no es otra que la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que se hallen en franca contradicción con la Constitución, y no la anulación de un determinado modo de interpretarlas, por muy sólido que éste sea, cuando aquéllas ofrecen otras significaciones posibles que, a partir de los mismos elementos interpretativos, permiten llegar a conclusiones diametralmente opuestas a las que en este caso sustenta el Juzgado proponente. Así, en el presente caso, considera que el órgano judicial podía haber acomodado por vía interpretativa el precepto a aplicar con tan sólo entender que el término «cumplimiento» no es necesariamente sinónimo de ingreso en prisión, de suerte que una vez establecida la pena a cumplir cabe todavía un ulterior pronunciamiento sobre la posibilidad de su remisión condicional de conformidad con lo establecido en el artículo 80 Código Penal. Pero incluso admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que la interpretación que del precepto cuestionado sugiere el Juzgado proponente es posible, no cabría entender que su contenido lesiona el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, ya que el término de comparación que se aporta no es el adecuado, dado que no se trata de comparar a españoles y extranjeros en idéntica situación de residentes en España, sino de comparar a ambos con extranjeros ilegalmente residentes en España sobre los que, además, pesa una orden de expulsión que posteriormente se revela imposible de cumplimentar.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el último párrafo del apartado primero del artículo 89 Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por posible vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española). Dicho párrafo establece que «[e]n el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente».

El artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuera notoriamente infundada la cuestión suscitada. A esos efectos, este Tribunal ha reiterado que el concepto de «cuestión notoriamente infundada» encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de tal modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (por todos, Autos del Tribunal Constitucional 269/2003, de 15 de junio , F. 2 y 63/2004, de 24 de febrero , F. 2).

2.- En el presente caso, estamos ante uno de esos supuestos en que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas, al ser susceptible el precepto cuestionado de una interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, compatible con el derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 de la Constitución Española).

El órgano judicial proponente considera que el precepto cuestionado ha introducido un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad personal, para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, cuya expulsión del territorio nacional hubiese sido decretada como alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando dicha expulsión no hubiese podido ser llevada a efecto, pues en tal caso el cumplimiento de la pena de prisión resultaría indefectible al no poder serles aplicados, aun cuando se dieran los requisitos legales para ello, los artículos 80 –suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con padecimientos incurables–, 87 –suspensión en supuestos de drogadicción– y 88 –sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad–, ya que en el párrafo tercero del

artículo 89.1 Código Penal se establece que «[l]a expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal».

Tal conclusión no es, sin embargo, en modo alguno obligada, ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica. Por el contrario, tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 Código Penal, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del período de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión. Esta previsión, en sí misma considerada, resulta plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutiva de expulsión del penado, es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano. De hecho, la duda de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Penal no se refiere a esta lógica consecuencia, sino al hecho de que, puesta en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de ese mismo artículo 89.1 Código Penal, pudiera concluirse que, en el caso de que finalmente fuera imposible expulsar al penado extranjero no residente legal en España, tampoco podrían serle aplicadas las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad reguladas en los artículos 80, 87 y 88 Código Penal.

Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del artículo 89.1 Código Penal no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los artículos 80, 87 y 88 Código Penal en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término «cumplimiento», puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal

como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los artículos 73, 75 y 76 Código Penal en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero del artículo 89.1 Código Penal viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que «la expulsión se llevará a efecto», lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto.

La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del artículo 89.1 Código Penal se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del artículo 89.1 Código Penal constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los artículos 80, 87 y 88 Código Penal.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto período de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales.

En definitiva, la posibilidad de interpretar la norma cuestionada en forma compatible con el artículo 14 de la Constitución Española puesto en relación con el artículo 17 de la Constitución Española determina que la presente cuestión de inconstitucionalidad esté incurso en la causa de inadmisión señalada.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

56. SENTENCIA 130/2006 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS SECCIÓN 1ª DE 26 DE SEPTIEMBRE

Prevalencia del artículo 89 del Código Penal sobre las formas de sustitución contempladas en el artículo 88 (actualmente derogado) en el caso de extranjeros residentes ilegalmente en España.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En las diligencias del Procedimiento Abreviado de referencia, por el Juzgado de lo Penal 3 de Burgos, se dictó sentencia de fecha 10 de mayo de 2006, cuya declaración de Hechos Probados y Parte Dispositiva son del tenor literal siguiente:

Hechos Probados:

«Único.- Resulta probado y así se declara que el día 4 de octubre de 2005, P.M., mayor de edad, sin antecedentes penales, propinó un empujón a S., con quien había mantenido una relación sentimental estable durante seis o siete meses que finalizó pocos días antes, en septiembre de 2005.

Que asimismo P.M. la amenazó en diversas ocasiones diciendo "te voy a arrancar la cabeza, te voy a sacar los ojos, márchate de Miranda; como te vea con otro te voy a pegar un tiro y yo me voy a Marruecos".

Que con fecha 24 de mayo de 2004 la Subdelegación del Gobierno en Salamanca dictó resolución de expulsión contra P.M. por estancia ilegal y condena superior a 1 año, ejecutándose dicha expulsión el 28 de mayo de 2004 por la frontera de Ceuta, teniendo prohibida la entrada en territorio español hasta el 28 de mayo de 2014. El 25 de febrero de 2005 fue detenido por funcionarios de la Comisaría de Miranda, y solicitada la devolución al país de origen se acordó el 28 de febrero de 2005».

SEGUNDO.- La parte dispositiva en la sentencia recaída en la primera instancia, de fecha 10 de mayo de 2006, dice literalmente lo que sigue: «Fallo: Que debo condenar y condeno a P.M. como autor responsable criminalmente de un delito de malos tratos y un delito de amenazas en el ámbito familiar, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena por cada uno de los delitos de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte armas por tiempo de dos años, así como la de prohibición de aproximación a menos de 300 metros de S., su domicilio, lugar de trabajo o lugar en que se encuentre por tiempo de DOS AÑOS, con imposición al mismo de las costas procesales.

La pena impuesta se sustituye por la expulsión del territorio español, no pudiendo regresar al mismo en un plazo de diez años, contados desde la fecha de la expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena».

TERCERO.- Por el referido inculpado, con la representación y defensa aludidas, frente a dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación en el que se alegaron los fundamentos que se estimaron convenientes, contra lo estimado por el Juzgador y admitido en virtud de providencia en la que se dispuso el traslado del escrito de recurso a las demás partes personadas, por término de diez días, para que alegaran lo que estimaran oportuno, remitiéndose seguidamente lo actuado a esta Sección Primera; dándose por recibidos, y turnándose al Ilmo. Sr. Ponente, señalándose para Examen los autos, y quedando pendientes para resolución.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida y, en consecuencia, se dan por reproducidos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia de Instancia.

PRIMERO.- Por la representación procesal de P.M. se impugna la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Burgos, de fecha 10 de mayo de 2006, que le condenaba como autor de un delito de malos tratos y otro de amenazas en el ámbito familiar.

Alega la Defensa del recurrente la existencia de error en la valoración de la prueba, en el sentido de considerar que, tanto con respecto al delito del maltrato, como con el delito de amenazas debería haberse aplicado, atendiendo a la naturaleza de los hechos, los tipos atenuados previstos en los artículos 153.4 y 171.6 respectivamente.

Por otra parte, alega infracción de normas del ordenamiento jurídico, considerando que la pena impuesta únicamente puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, tal y como prescribe el artículo 88 del Código Penal, sin que en ningún caso pueda ser sustituida por la Expulsión del Territorio Nacional, tal y como se ha verificado en el presente caso.

SEGUNDO.- Plantea el recurrente, como primer motivo de recurso que se ha cometido error en la valoración de la prueba, considerando que debían haberse aplicado los subtipos privilegiados que aparecen reflejados respectivamente en los artículos 153.4 y 171.6, y ello, porque –según se argumenta–, «S. declaró en el juicio oral que el día del hecho...» por la calle la empujó. Él quería hablar, le dije que no, seguí caminando, me siguió y me dio un empujón «No habiéndose tenido en cuenta por el juzgador a la hora de imponer la pena, por lo que procede imponer la pena inferior en grado por este delito de malos tratos».

En cuanto a las amenazas, señala que, en el acto del juicio declaró la testigo que «las amenazas proferidas por el acusado y el miedo que en su momento le produjeron, y que parece que con el paso del tiempo se ha desvanecido toda vez que no ha tenido más contacto con el acusado».

Pues bien, al respecto debe recordarse la jurisprudencia del Supremo y del Constitucional de la que debe partirse para tener en cuenta los límites en que debe desenvolverse la revisión por el Tribunal a quem. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005 establece que:

«Por otra parte, con carácter general cuando se imputa al Juzgador de instancia valoración errónea de la prueba, deberán de señalarse aquellos razonamientos, deducciones, e inferencias, que han sido realizadas por aquél, y que le han llevado a obtener las conclusiones que plasma en el "factum" de la sentencia, y que a juicio del apelante carecen de apoyatura fáctica, tanto por la falta de prueba directa, como por la insuficiencia de la prueba indiciaria practicada, así como la posible, vulneración de los derechos constitucionales, reflejados en la Carta Magna .

Asimismo, por parte del órgano "Ad quem" deberá de tenerse presente que la intermediación de la que goza el Juzgador de instancia y de la que se carece en la segunda, coloca a aquél en una posición privilegiada a la hora de apreciar directamente las pruebas, y que rigiendo el principio consagrado en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (apreciación en conciencia de las pruebas), deberá de respetarse al máximo aquellas apreciaciones realizadas en la instancia derivadas de observación directa de los testimonios prestados por las partes y testigos, y por ello la cognitio de este órgano de Apelación se encuentra en cierta medida limitada a la revisión de la racionalidad de las conclusiones a las que ha llegado el Juez "a quo", sin que sea posible sustituirlas por otras postuladas por cualquiera de las partes, salvo que se aprecie el denunciado error valorativo.

En definitiva, sólo cabe revisar la apreciación hecha por el Juez de la prueba recibida en el acto del juicio oral en la medida en que aquélla no dependa sustancialmente de la percepción directa o intermediación que el mismo tuvo con exclusividad y, en consecuencia, el juicio probatorio no sólo será contrastable por vía de recurso en lo que concierne a, las inducciones y deducciones realizadas por el "Juez a quo", de acuerdo con las reglas de la lógica, pero no en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídos por el juzgado, haciendo hincapié en si tales inferencias lógicas han sido llevadas a cabo por el órgano judicial de forma absurda, irracional o arbitraria, es decir, si la valoración de la prueba ha sido hecha mediante un razonamiento que cabe calificar de incongruente o apoyado en fundamentos arbitrarios como aquellos que aplican criterios contrarios a los preceptos constitucionales».

Por tanto, teniendo en cuenta los límites señalados, debemos entrar en el análisis del motivo de recurso, en coherencia intrínseca con el motivo impugnatorio invocado.

En primer lugar debe resaltarse lo sorprendente de la alegación del recurrente ya que, teniendo la oportunidad de plantear de forma subsidiaria a la petición de absolución la aplicación de los subtipos privilegiados, dicha petición no consta ni en el escrito de acusación, en el que interesa únicamente la libre absolución, ni en el acta del juicio donde, sin hacer alteraciones, consta que elevó sus conclusiones a definitivas sin plantear esta calificación de forma subsidiaria.

Por ello no puede sorprenderse el recurrente de que la juez de instancia no se haya pronunciado al respecto, ya que dicha cuestión no fue planteada por ninguna de las partes.

Cierto es, que ello no le hubiera impedido la aplicación del tipo privilegiado, ya que el principio Acusatorio le impedía únicamente condenar por tipos distintos y más agravados que los interesados por el Ministerio Fiscal. Pero, en todo caso, debe decirse que la aplicación de dichos tipos privilegiados depende de la valoración de las variables determinadas por la Ley («las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho»).

Ninguna de ellas ha sido apreciada por la juzgadora de instancia y, lo mismo debe decirse de la apreciación realizada por esta Sala ya que, del conjunto de pruebas practicadas no se ha puesto de manifiesto ninguna circunstancia específica y especial, concurrente en la personalidad del recurrente, que determine la apreciación del tipo privilegiado.

De la misma manera debe decirse que tampoco apreció la juzgadora de instancia –quien contó con la inmediación propia de la prueba practicada en el juicio oral–, la concurrencia de ninguna circunstancia específica en la realización del hecho punible que llevara a la apreciación del tipo privilegiado alegado, sin que pueda pretender el recurrente que el hecho de que el paso del tiempo haya mitigado levemente el miedo que sintió la víctima en el momento de los hechos pueda servir como elemento atenuatorio de su conducta.

Por ello, esta Sala, carente de dicha inmediación y, sin que se haya propuesto ni practicado prueba alguna en esta segunda instancia, no puede desvirtuar las apreciaciones realizadas por la juzgadora de instancia, debiendo limitarse al análisis de la racionalidad de los silogismos y juicio lógico seguido por la juez «a quo».

Así, en el caso concreto, la Juez de instancia, al valorar la testifical de las personas comparecientes al plenario, dice que «Así, la declaración de la víctima, la testigo, S. resulta clara y sin contradicciones. Declaró la misma en el juicio oral que el día del hecho, 4 de octubre de 2005, "por la calle la empujó. Él quería hablar, le dije que no, seguí caminando, me siguió y me dio un empujón". Añadió que durante la relación y unos días después la amenazó en los términos que constan en los Hechos Probados. La testigo, por otro lado, manifestó en juicio que "le tenía miedo al acusado, que a veces tenía un carácter violento, y entonces –en la fecha de los hechos– pensó que las amenazas podrían hacerse realidad". Cierto es que la testigo sufrió unas lesiones que se encuentran objetivadas en el informe forense obrante a los folios 30 y 31, ahora bien, las cuales pudieran haber sido causadas por el acusado como en su momento declaró S., si bien, nada ha manifestado en la vista sobre este particular. En cualquier caso, el hecho cierto y probado del empujón ya es de por sí constitutivo del delito del artículo 153.1 del Código Penal, y en este punto, la testigo en su declaración se mostró contundente y rotunda, como también en lo relativo a las amenazas proferidas por el acusado y al miedo que en su momento le produjeron y que parece que con el paso del tiempo se ha desvanecido, toda vez que no ha tenido más contacto con el acusado, lo que es obvio no impide la calificación de los hechos en el modo señalado, constitutivos del delito de amenazas del artículo 171.4 de que se acusa. En definitiva, en la declaración de la víctima concurren las notas que la Jurisprudencia exige para constituir prueba de cargo válida».

Así pues, analizando el juicio lógico llevado a cabo por la juzgadora debe concluirse que, por la misma, se aprecia la coherencia y persistencia de la víctima en las distintas declaraciones depuestas en el transcurso del proceso, y cómo dichas declaraciones se ven reafirmadas por otros datos y elementos periféricos como son, entre otros, la declaración de la testigo compareciente al plenario.

En definitiva, la Sala no encuentra fundamento alguno para mantener el motivo de recurso alegado por el recurrente, al no existir falta de coherencia, irracionalidad o arbitrariedad en el esquema y desarrollo lógico seguido por la Juez a quo, hecho este que debe hacer decaer dicho motivo de recurso.

TERCERO.- Así las cosas, y en lógica respuesta a los motivos impugnatorios planteados sucesivamente en el escrito del recurso, debe conti-

nuarse con el análisis de la alegada infracción de normas del ordenamiento jurídico, al considerar el recurrente que la pena impuesta únicamente puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, tal y como prescribe el artículo 88 del Código Penal, sin que en ningún caso pueda ser sustituida por la Expulsión (artículo 89 Código Penal), tal y como se ha verificado en el presente caso.

Pasando pues a analizar el contenido de ambos artículos, el primero de ellos señala que: «artículo 88 Código Penal: 1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código».

Por su parte, el artículo 89 Código Penal señala, en su apartado 1º, que: «artículo 89.1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

Así pues, el artículo 88 Código Penal, señala una especialidad por razón del delito cometido en el privilegio de la sustitución estableciendo que en el caso de la violencia de género la pena privativa sólo podrá sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad. Y lo establece de forma imperativa.

Por su parte, el artículo 89 establece una especialidad en la figura de la sustitución esta vez, por razón del sujeto activo, y así establece que en el caso de extranjeros ilegales la pena privativa será sustituida por expulsión, imponiéndolo también de forma imperativa.

Pues bien, en el presente caso se dan ambas circunstancias ya que el recurrente se encuentra en situación de ilegal en el territorio español y, además, ha sido condenado por delitos de violencia de género. Y nos encontramos con dos normas, de carácter imperativo, aplicables al caso y, en principio contradictorias.

Sin embargo, dicha contradicción es sólo aparente ya que está resuelta por el propio legislador en el artículo 89 Código Penal, estableciendo, en todo caso, la preferente aplicación del artículo 89 siempre que se den las circunstancias en el establecidas. Así señala dicho precepto, en el mismo apartado 1º que «La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento admi-

nistrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente».

Así pues, la aplicación del artículo 89 del Código Penal, resulta preferente sin que se pueda, en principio, aplicar al extranjero en situación irregular en España los beneficios previstos en el artículo 88 Código Penal, entre los cuales se encuentra la previsión de sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad en los casos de delitos de Violencia de Género.

A este respecto conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en el Auto de 4 de abril de 2006, en el que declaró la constitucionalidad de este último párrafo del artículo 89. 1º del Código Penal frente a la cuestión de inconstitucionalidad que se había planteado desde el juzgado de lo penal número 3 de Alicante.

Así, dicho Auto señal que, «En el presente caso, estamos ante uno de esos supuestos en que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas, al ser susceptible el precepto cuestionado de una interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, compatible con el derecho a la igualdad (artículo 14 Constitución Española) en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 Constitución Española) ática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del artículo 89.1. El órgano judicial proponente considera que el precepto cuestionado ha introducido un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad personal, para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, cuya expulsión del territorio nacional hubiese sido decretada como alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando dicha expulsión no hubiese podido ser llevada a efecto, pues en tal caso el cumplimiento de la pena de prisión resultaría indefectible al no poder serles aplicados, aun cuando se dieran los requisitos legales para ello, los artículos. 80 –suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con padecimientos incurables–, 87 –suspensión en supuestos de drogadicción– y 88 –sustitución por multa o trabajos en

beneficio de la comunidad—, ya que en el párrafo tercero del artículo 89.1 Código Penal se establece que "la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal".

Tal conclusión no es, sin embargo, en modo alguno obligada, ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica. Por el contrario, tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos. 80, 87 y 88 Código Penal, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del período de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión. Esta previsión, en sí misma considerada, resulta plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutoria de expulsión del penado, es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano. De hecho, la duda de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Penal no se refiere a esta lógica consecuencia, sino al hecho de que, puesta en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de ese mismo artículo 89.1 Código Penal, pudiera concluirse que, en el caso de que finalmente fuera imposible expulsar al penado extranjero no residente legal en España, tampoco podrían serle aplicadas las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad reguladas en los artículos 80, 87 y 88 Código Penal.

Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del artículo 89.1 Código Penal no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los artículos 80, 87 y 88 Código Penal en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término "cumplimiento", puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita

con su utilización, por ejemplo, en los artículos 73, 75 y 76 Código Penal en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero del artículo 89.1 Código Penal viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que "la expulsión se llevará a efecto", lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto. La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática artículo 89.1 Código Penal se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del artículo 89.1 Código Penal constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los artículos 80, 87 y 88 Código Penal.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto período de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales. En definitiva, la posibilidad de interpretar la norma cuestionada en forma compatible con el artículo 14 de la Constitución Española puesto en relación con el artículo 17 de la Constitución Española determina que la presente cuestión de inconstitucionalidad esté incurso en la causa de inadmisión señalada».

En definitiva, de la exégesis de los artículos analizados y de la declaración de constitucionalidad del Alto Tribunal se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º- Que el artículo 89 Código Penal es de preferente aplicación con respecto a los privilegios recogidos en el artículo 88 Código Penal.

2º- Que el extranjero residente ilegal en territorio español que haya sido condenado a pena privativa de libertad dentro de los límites establecidos por la Ley deberá ser expulsado por vía de sustitución de la pena conforme al artículo 89 del Código Penal.

3º- Que de este principio general no quedan excluidos los extranjeros que cometan delitos de Violencia de Género, ya que la posibilidad de expulsión del artículo 89 Código Penal excluye la aplicación del 88 Código Penal en toda su integridad.

4º- Que ello no supone una discriminación de trato para el ciudadano extranjero sin residencia legal.

5º- Que sólo en el caso de que no pudiera llevarse a cabo la expulsión podría aplicársele la sustitución prevista en el artículo 88 Código Penal, es decir, sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad.

Ahora bien, debe decirse que la decisión de expulsión no es automática, como ha señalado el Tribunal Supremo sino que precisa la ponderación de los distintos intereses en juego (el interés administrativo en la expulsión y el de cumplimiento de la pena, lo que depende de la gravedad y alarma social causada por el delito) y de los factores de arraigo del sometido a la medida.

Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de julio de 2005, entre otras señala que: «En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo

que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad».

En el presente caso la audiencia al penado tuvo lugar en el acto del juicio oral, ya que la petición de expulsión fue realizada por el Fiscal en el mismo escrito de acusación, tal y como exige el Tribunal Supremo, (folio 54 de las actuaciones), por lo que la cuestión pudo ser objeto de debate y defensa en el acto del plenario, sin que se haya producido indefensión en cuanto a que la decisión de expulsarle no ha sido sorpresiva.

Por otra parte, en cuanto al arraigo que debe tenerse en cuenta se ha venido definiendo en virtud de lo recogido en el artículo 45 del Reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004, que señala que: «A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa». En el mismo sentido de familia nuclear se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en las diversas instrucciones emitidas al respecto.

Lo peculiar de los casos en que el extranjero a expulsar comete un delito de Violencia de Género es que, el arraigo familiar del condenado por estos delitos, viene constituido, en muchas ocasiones, por la propia víctima del delito, si esta resulta ser la cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad.

Podríamos plantearnos a este respecto si la mujer, en estos casos, víctima de este tipo de conductas delictivas, debe ser considerada a efectos de valorar si el condenado tiene o no arraigo.

La respuesta deberá darse en cada caso concreto dependiendo, en buena manera, de si existen otros parientes en línea recta como hijos o padres no afectados por los actos de violencia.

La recta interpretación de todo ello es que, en el caso presente, no consta que el recurrente posea estos vínculos familiares directos que se requieren para constatar la existencia de arraigo ya que, en este caso, la víctima es su expareja de hecho con la que mantuvo una relación de aproximadamente medio año, según se refiere de la declaración de S. (folio 2 de las actuaciones).

Igualmente debe considerarse la importancia y gravedad del delito ya que, en los delitos de cierta gravedad el interés del cumplimiento de la pena prevalece sobre los demás.

No es este el caso que nos ocupa por lo que tampoco esta circunstancia es contraria a la expulsión.

En consecuencia, habiéndose cumplido todos los requisitos legales y las cautelas jurisprudenciales debe concluirse que, lo que procede, en el presente caso, es la sustitución de la pena por expulsión del Territorio Nacional, de conformidad con lo acordado por la juez de instancia, expulsión ésta que se une al acuerdo administrativo de expulsión existente ya contra el penado.

Por todo lo anterior procede la desestimación del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo preceptuado en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberán resolverse sobre el pago de las costas procesales», procediendo la imposición de costas al recurrente al haberse desestimado el recurso de apelación formulado, conforme preceptúa el artículo 901 Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicando analógicamente (artículo 4 Código Civil).

Vistos los preceptos y razonamientos citados, en nombre de SM el Rey.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de P.M., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Burgos, de fecha 10 de mayo de 2006, confirmándose en su integridad la expresada resolución, imponiéndose las costas de esta alzada al recurrente.

57. SENTENCIA 110/2009 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE MAYO

Otorgamiento de amparo. Incorrecta aplicación del artículo 89.1 del Código Penal. No hay sustitución sino acumulación de la pena y de la medida de expulsión.

I. ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 30 de noviembre de 2005 el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don A. A., solicitó la suspensión del plazo para interponer recurso de amparo contra Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 11 de noviembre de 2005 hasta que le fuera nombrado Abogado de oficio habilitado para actuar ante este Tribunal.

2.- Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Tercera de este Tribunal se acordó dirigir atenta comunicación al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid a fin de que, conforme a lo dispuesto en la Ley 1/1996 y Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita, se designara, si así procedía, Abogado del turno de oficio. El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid comunicó el 23 de enero de 2006 la designación del colegiado.

3.- Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 27 de febrero de 2006 el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don A. A., formuló demanda de amparo contra Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 11 de noviembre de 2005, procedente del Juzgado de Ejecuciones Penales núm. 12 de Madrid.

4.- Los hechos más relevantes de los que trae causa la demanda de amparo, son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante fue condenado por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, de fecha 26 de octubre de 2004, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación y una falta de lesiones, a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y diez

días de multa, con una cuota diaria de dos euros, así como al abono de las costas procesales.

b) Por diligencia de ordenación de 10 de noviembre de 2004 el Juzgado de Ejecuciones Penales núm. 12 de Madrid solicitó informe del Ministerio público sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente. El Fiscal, a su vez, interesó con carácter previo informe de la Brigada de Policía Judicial sobre la situación de legalidad o ilegalidad del penado. En respuesta a esta solicitud la Dirección General de la Policía informó al Juzgado del expediente de expulsión incoado al demandante con fecha 8 de mayo de 2004. El siguiente 13 de diciembre de 2004 el Ministerio Fiscal, a la vista de dicho informe, solicitó la expulsión del demandante del territorio nacional. Concedido el oportuno trámite para alegaciones, el recurrente se opuso a la expulsión interesada por el Fiscal. Por Auto de 12 de enero de 2005 el Juzgado declaró no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

c) Una vez iniciado el 2 de noviembre de 2004 el cumplimiento de la pena privativa de libertad, por Auto de 28 de febrero de 2005, el citado Juzgado acordó su sustitución por la expulsión del territorio nacional, con prohibición de regresar a España en un plazo de diez años, advirtiendo, no obstante, que si la expulsión no pudiera llevarse a efecto se cumpliría la pena privativa de libertad originariamente impuesta, permaneciendo el reo en prisión en tanto se diera cumplimiento a la expulsión. Interpuesto recurso de reforma, el Juzgado, por nuevo Auto de 28 de marzo de 2005, lo desestimó, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

d) Interpuesto contra este último Auto recurso de apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, por Auto de 11 de noviembre de 2005, lo desestimó, por considerar que, pese a lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal no existía ningún obstáculo para decretar la expulsión en fase de ejecución de Sentencia, «máxime cuando ya se había procedido a incoar expediente gubernativo de expulsión con anterioridad a la fecha de los hechos objeto de estas diligencias», lo que descartaba la tacha de imposición de una doble condena por el mismo delito denunciada por el recurrente.

5.- En su demanda de amparo, el recurrente, al igual que ya hiciera en la vía judicial, denuncia de modo principal que la expulsión acordada en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta ha vulnerado sus de-

rechos a la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) y a la legalidad penal (artículo 25.1 Constitución), pues, al haberse acordado «a los cinco meses de su ingreso en prisión», los Autos impugnados han incumplido lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal, que exige que la sustitución deba ser acordada en Sentencia y no en fase de ejecución de la condena, imponiéndole por este motivo una distinta y acumulada sanción por el mismo hecho.

6.- Por providencia de 10 de septiembre de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007 y disposición transitoria tercera de la referida Ley, concedió a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal plazo común de diez días para formular alegaciones en relación con el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

7.- Una vez presentados los respectivos escritos de alegaciones por ambas partes, que coincidieron en solicitar la admisión a trámite del recurso, por providencia de 3 de marzo de 2009 la Sala Segunda acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda, y, obrando ya en la Sala copia de las actuaciones y no habiendo otras partes a quien emplazar, dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo de veinte días para presentar alegaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

8.- El día 26 de marzo de 2009 se registró la entrada del escrito de alegaciones de la parte recurrente, en el que se reiteran las formuladas en la demanda de amparo.

9.- El Ministerio público presentó sus alegaciones el día 2 de abril de 2009, interesando el otorgamiento del amparo solicitado. A juicio del Fiscal, que toma pie en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2006, de 8 de mayo, dictada en un asunto muy semejante, los Autos impugnados vulneraron efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) puesto que la expulsión del territorio nacional que acuerdan en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente no resulta razonable a la luz de lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal y comporta de hecho, una modificación sustancial de la parte dispositiva de la Sentencia condenatoria.

10.- Por providencia de 7 de mayo de 2009 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- En el presente recurso de amparo se impugna el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de noviembre de 2005, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 28 de marzo de 2005 del Juzgado de Ejecuciones Penales núm. 12 de Madrid, que confirmó, en vía de reforma, su Auto anterior de 28 de febrero de 2005, que acordó la sustitución por la expulsión del territorio nacional de la pena privativa de libertad de dos años impuesta al recurrente por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, de 26 de octubre de 2004, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación y una falta de lesiones.

El demandante de amparo denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) en su vertiente de derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales, y el principio de legalidad penal (artículo 25.1 de la Constitución) por considerar, en síntesis, que la sustitución de la pena privativa de libertad por su expulsión del territorio español es una decisión judicial irrazonable y contraria a lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal que establece que, en los supuestos de penas privativas de libertad inferiores a seis años, su sustitución por la expulsión sólo podrá ser acordada en la propia Sentencia condenatoria y no, por tanto, como sin embargo ha sucedido, una vez ya iniciado el cumplimiento de la pena de prisión impuesta y mediante simple Auto, so pena, en caso contrario, de consentir la imposición en fase de ejecución de una pena distinta y acumulada a la originariamente impuesta. Por parecidos motivos, el Ministerio Fiscal interesa igualmente el otorgamiento del amparo solicitado.

2.- Sobre el derecho a la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes en sus propios términos existe ya una reiterada y consolidada doctrina constitucional que está resumida, entre otras muchas, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2003, de 16 de junio, 223/2004, de 29 de noviembre, 209/2005, de 18 de julio, 145/2006, de 8 de agosto, y 11/2008, de 21 de enero.

Conforme a esta doctrina constitucional, que comienza por subrayar, en expresión ya normalizada, que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), «ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial», hemos declarado, en lo que ahora exclusivamente importa, que el control que corresponde verificar a este Tribunal sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado es limitado y debe ceñirse a examinar la correspondiente decisión judicial a fin de comprobar si la interpretación del fallo, por alterarlo o apartarse del mismo, incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error. En tal comprobación, como también está dicho en esa misma jurisprudencia constitucional, debe tenerse en cuenta, de un lado, el sentido del fallo mismo interpretado en su propio contexto, de otro, lo resuelto con posterioridad para llevarlo a cabo, analizando si existió o no una desviación irrazonable, arbitraria o errónea en relación con el contenido y alcance de los pronunciamientos que integran la parte dispositiva de la resolución.

3.- En el presente caso, según con más detalle se ha expuesto en los antecedentes, el demandante fue condenado a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y diez días de multa con una cuota diaria de dos euros, así como al abono de las costas procesales, comenzando el 2 de noviembre de 2004 a cumplir la pena privativa de libertad.

Como también antes se ha recordado, el Juzgado de Ejecuciones Penales, por Auto de 28 de febrero de 2005, acordó la sustitución de la citada pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de precisar que, en el supuesto que la expulsión no pudiera llevarse a efecto, el recurrente debería cumplir la pena de prisión originariamente impuesta, permaneciendo entretanto en prisión. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial, por Auto de 11 de noviembre de 2005, lo desestimó por considerar que no existía ningún obstáculo legal a la expulsión acordada en sustitución de la pena de prisión originariamente impuesta al existir expediente gubernativo de expulsión incoado con anterioridad a los hechos que dieron lugar a la causa penal.

Con estos antecedentes, y al igual que hemos declarado en otro supuesto muy semejante (Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2006, de 8

de mayo), debemos concluir sin mayor esfuerzo argumental que efectivamente los Autos impugnados, como también ha entendido el Ministerio Fiscal, no superan el test de razonabilidad que antes hemos anunciado. En forma manifiesta porque, conforme ya pusieramos de relieve en aquel otro caso, el artículo 89.1 del Código Penal establece que la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España debe ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años, permitiendo excepcionalmente que pueda serlo en fase de ejecución únicamente en el caso de que la pena privativa de libertad sea superior a seis años y siempre, además, a petición del Ministerio Fiscal.

Comoquiera que en el presente caso, según se ha recordado, la pena de prisión impuesta originariamente al demandante de amparo fue de dos años y la controvertida sustitución de dicha pena por su expulsión del territorio nacional fue acordada, no en la propia Sentencia condenatoria, sino mediante Auto dictado en fase de ejecución del cumplimiento de la condena, es patente que los Autos impugnados se fundan en una interpretación manifiestamente irrazonable del citado artículo 89.1 del Código Penal. Por añadidura, al igual que en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2006, de 8 de mayo, importa notar también ahora que en rigor ni siquiera estamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, al haberse ya iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el recurrente, lo que se produce en realidad es una acumulación sucesiva de dicha pena con la medida de expulsión, consecuencia que tampoco en modo alguno se desprende del citado artículo 89.1 del Código Penal, y sin que el hecho, puesto de manifiesto por la Audiencia Provincial, de que con anterioridad a los hechos que dieron lugar a la causa penal existiera un expediente gubernativo de expulsión pueda servir de justificación, toda vez que, según es inconcuso, porque así está reconocido en el propio Auto de 11 de noviembre de 2005, el citado expediente gubernativo nada tiene que ver con la causa penal considerada.

En suma, por las razones dichas los Autos impugnados se han apartado sin ninguna justificación razonable de lo dispuesto en la Sentencia a ejecutar y, en consecuencia, lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución del recurrente. Procede en consecuencia otorgar el amparo interesado, sin que sea necesario entrar a examinar el resto de motivos alegados en la demanda de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don A. A. y, en consecuencia:

1º.- Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española

2º.- Restablecerlo en la integridad de su derecho y a tal fin declarar la nulidad de los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de noviembre de 2005 y del Juzgado de Ejecuciones Penales núm. 12 de Madrid de 28 de febrero de 2005.

58. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL SECCIÓN 1ª 949/2009 DE 28 DE SEPTIEMBRE

Es necesaria una mayor motivación de la denegación de la sustitución de la pena por la expulsión.

I. ANTECEDENTES

1 (...)

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO *Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a N., como autor responsable de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, previsto y penado en los artículos 178 y 179 del Código Penal, concurriendo la circunstancia analógica de embriaguez (artículo 21.6, 21.1 y 20.2 del Código Penal), a la pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 200 metros y comunicación con E. durante 9 años.*

En materia de responsabilidad civil el acusado indemnizará a E. en la cantidad de 18.000 euros en concepto de daño moral, más intereses legales, y costas procesales".

En fecha 28 de octubre de 2008, se dictó auto de aclaración de sentencia, en el sentido de: *PARTE DISPOSITIVA: DISPONEMOS ordenar la ACLARACIÓN de la resolución de fecha 23 de octubre de 2008 y en el sentido de que donde dice: "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a N., como autor responsable de..." debe decir "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a A., como autor responsable de..."*.

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

4.- El Ministerio Fiscal, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: ÚNICO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 89.1-2 del Código Penal .

5.- La representación del recurrente A. basa su recurso de casación en los siguientes motivos: ÚNICO.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

6.- Instruido el Ministerio Fiscal y el recurrente A., impugnaron el motivo aducido por la parte contraria; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de septiembre de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona condenó al acusado como autor de un delito de agresión sexual, con la atenuante analógica de embriaguez, a la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproxi-

mación a menos de 200 metros y de comunicación con la víctima durante nueve años, a quien indemnizará además en 18.000 euros.

Contra esa resolución recurrió en casación la defensa del acusado alegando como motivo único que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

Y también recurrió el Ministerio Fiscal por indebida inaplicación del artículo 89.1, párrafo segundo, del Código Penal, al no acceder el Tribunal de instancia a acordar la expulsión del condenado del territorio nacional, una vez que se cumplieran las tres cuartas partes de la pena o alcanzara el tercer grado penitenciario.

A) Recurso de A.

SEGUNDO.- (...)

B) Recurso del Ministerio Fiscal

TERCERO.- 1. El Ministerio Público formula un solo motivo de impugnación, por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 849.1, párrafo segundo, del Código Penal al no haberse accedido a la solicitud de que el acusado fuera expulsado del territorio nacional en caso de obtener el tercer grado penitenciario o una vez que se entendieran cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

La sentencia impugnada acoge como argumento para rechazar la expulsión que es "oportuno que el acusado cumpla íntegramente la pena en un centro penitenciario español, sin perder el control directo de la reinserción social del acusado una vez que acceda teóricamente al tercer grado, o a la libertad condicional".

El Ministerio Fiscal alega como razón determinante para cuestionar la sentencia que la regla general, según lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal, es la expulsión del territorio nacional una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o alcanzado el tercer grado penitenciario. Y para apartarse de ella, según requiere la norma, deberá dictarse una resolución motivada que atienda a la naturaleza del delito.

En el presente caso, señala el Ministerio Público, la sentencia sólo motiva la denegación de la expulsión arguyendo la necesidad de controlar la reinserción social del acusado, sin ponderar otros aspectos relevantes. Y

así, subraya el Fiscal, que no se contemplan las circunstancias personales del acusado, la política criminal expresada en la ley y las necesidades preventivo generales del sistema penal, por lo que no puede considerarse como una resolución razonada. Además, aduce que no puede operar en estos casos el derecho a la reinserción social.

2. En los dos primeros párrafos del artículo 89 del Código Penal se preceptúa lo siguiente: *"Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España"*.

"Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las Sentencias del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 8 de julio, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos

fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (Sentencias del Tribunal Supremo 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2I; 166/2007, de 14-2I; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995, en la sentencia 242/1994, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentó que *"precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, artículo 39.1 de la Constitución Española), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión"*.

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del artículo 89 del Código Penal ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del artículo

89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (*perspectiva de la prevención general negativa*), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (*perspectiva de la prevención general positiva*).

Por consiguiente, si bien el legislador en su reforma del artículo 89 por la Ley Orgánica 11/2003 ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

Como casi la totalidad de las resoluciones dictadas por la Sala de Casación se refieren a la aplicación del párrafo primero del artículo 89, esto es, a la sustitución en sentencia de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, se suscita ahora la cuestión de si ha de acudirse a las mismas pautas jurisprudenciales para aplicar el párrafo segundo del precepto.

3. Circunscribiéndonos ya al supuesto que ahora se contempla, es decir, a la problemática propia de la expulsión del territorio nacional con motivo del cumplimiento de penas de prisión de seis o más años, conviene destacar, de entrada, que si la redacción del párrafo primero presenta aspectos muy conflictivos que han sido objeto de merecidas críticas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hasta el punto de que –según se ha señalado– ha sido preciso hacer una relectura en clave constitucional del precepto para poder operar con él, otro tanto pudiera decirse en lo que atañe al párrafo segundo.

En primer lugar, porque no parece muy razonable que la sustitución de las penas privativas de libertad de seis años de prisión en adelante deba acordarse en sentencia. Si partimos de la premisa de que la sustitución punitiva se ha de llevar a cabo una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o cuando el penado ha accedido al periodo de libertad condicional, resulta claro que lo habitual será que hayan transcurrido unos años de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando se proceda a ejecutar la expulsión. Por lo cual, lo más probable es que, llegado el momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social hayan perdurado en el tiempo. Ello quiere decir que la fase de sentencia no es la más indicada para adoptar una medida que se va a aplicar transcurridos unos años y cuando muy probablemente ya no permanecen vigentes los datos objetivos con que se ha operado en el momento de acordarse la medida en sentencia.

De otra parte, también se considera en cierto modo contradictorio y distorsionador que a un penado se le esté aplicando un tratamiento penitenciario que tiene como fin primordial su reinserción o rehabilitación social, para, a continuación y sin periodo intermedio alguno, pasar a adoptar una medida de expulsión que no tiene nada que ver con los fines de integración en el ámbito social, pues lo drástico y expeditivo de su contenido revela unas miras muy distintas a los fines propios de la pena.

No parece tampoco muy compatible con las razones y los fines del Derecho penal que, tras haber cumplido el periodo más importante de la pena privativa de libertad, esto es, de haber saldado en gran medida las deudas con la sociedad y haber seguido un tratamiento rehabilitador, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción. Con lo cual,

al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida afflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene más bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida.

Debe pues entenderse que, a tenor de los argumentos que se han venido exponiendo, procede también ajustar la interpretación del párrafo segundo del artículo 89 del Código Penal a las pautas que se han ido estableciendo en la jurisprudencia a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio. De modo que, realizando una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, se opere aquí también con los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia. Ello significa que ha de ampliarse la excepción de expulsión ponderando 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.

Así lo han entendido también el propio Ministerio Fiscal en su Circular 2/2006, de 27 de julio, cuando interpreta el párrafo segundo del artículo 89 del Código Penal, y esta misma Sala, si bien de forma tangencial y como obiter dicta, en la Sentencia del Tribunal Supremo 636/2005, de 17 de mayo.

Por todo lo anterior, le asiste la razón al Ministerio Público en su queja de que el Tribunal de instancia no motivó la denegación de la expulsión del acusado del territorio nacional una vez que cumpliera la pena en sus tres cuartas partes o tras acceder al tercer grado penitenciario. La falta de toda referencia a los datos individualizadores de la situación personal, familiar y social del acusado impide conocer si la denegación de la expulsión resulta o no acorde a derecho.

Dicho lo anterior, ni cabe ratificar la decisión inmotivada de la sentencia recurrida en la que se denegaba la expulsión, ni tampoco puede acordarse de plano la expulsión sin exponer las razones individualizadoras que la justifiquen. Lo procedente, ante la falta de argumentación sobre datos concretos que permitan dirimir la cuestión suscitada (artículo 120.3 y 24.2 de la Constitución Española) es anular la denegación de la medida de expulsión del acusado del territorio nacional en las condiciones que se prevén en el artículo 89.1, párrafo segundo, y devolver la causa al Tribunal de

procedencia para que motive debidamente la denegación de la sustitución punitiva de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso, en aplicación del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por vulneración de derecho fundamental interpuesto por la representación de A. contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona el 23 de septiembre de 2008, dictada en la causa seguida por delito de agresión sexual, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la referida sentencia, por la falta de motivación de la denegación de la medida de expulsión del acusado del territorio nacional. Y, en consecuencia, casamos y anulamos sólo en ese extremo concreto la referida sentencia, devolviéndose la causa al Tribunal de procedencia para que, reponiéndola al estado en que se produjo la omisión, por los mismos Magistrados se dicte nueva sentencia con arreglo a derecho en la que se solvete la falta que ha determinado la nulidad parcial. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Sentencia 84/10 de la Audiencia Provincial de Tarragona Sección 4ª de 19 de febrero

No procede la sustitución “ad futurum” de la pena por la expulsión dada la posibilidad de entrar en futuros conflictos con derechos fundamentales del penado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de octubre de 2008 se dictó sentencia por esta sección en la que se condenaba a A. como autor de un delito de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez (artículo 21.6, 21.1 y 20.2 Código Penal), a la pena de seis años de prisión, inha-

bilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 200 metros y comunicación con S. durante nueve años, y que en materia de responsabilidad civil indemnice a S. en la cantidad de 18.000 euros en concepto daño moral, más intereses legales y costas procesales.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 28 de septiembre de 2009 desestimó el recurso de casación interpuesto por la representación de A., confirmando la sentencia condenatoria dictada en la instancia, si bien estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal por falta de motivación de la denegación de la medida de expulsión del acusado del territorio nacional, y en consecuencia, anuló este único extremo de la sentencia acordando la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que por los mismos magistrados se dicte sentencia en la que se solvete la falta que ha determinado la nulidad parcial.

TERCERO.- Convocadas las partes a vista, se concedió la palabra al condenado para que pudiera alegar lo que a su derecho conviniera respecto a la medida de expulsión del territorio nacional una vez accediese al tercer grado penitenciario o se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, con el resultado que consta en acta videográfica.

A continuación se concedió la palabra al Ministerio Fiscal para que informase, ratificándose en la petición de la medida de expulsión del acusado, si bien considera que para compatibilizar dicha medida con la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deberá, una vez llegado el momento, con carácter previo a hacerse efectiva medida de expulsión, en una lectura del precepto compatible con los postulados constitucionales, procederse a una nueva valoración de las circunstancias de arraigo, dado que éstas han podido cambiar durante el cumplimiento de la pena, tanto si antes no existían condiciones de arraigo familiar o de otro tipo pueden haberse producido durante este lapso de tiempo, o si antes existían han podido desaparecer en el momento de acceder al tercer grado o de entender cumplidas las tres cuartas partes de la condena, por lo que entiende que en cualquier caso la decisión deberá ser ratificada o corregida en ese momento procesal.

Por su parte la defensa se opone a la medida de expulsión, al considerar que el condenado goza de arraigo familiar en España, con varios hermanos y sobrinos en España, incluso una hermana suya ha fallecido reciente-

mente de cáncer en España, tiene una oferta de trabajo, lleva largo tiempo residiendo en España, afiliado a la seguridad social durante año y medio, así como refiere la existencia de un peligro para la vida en su país natal, Colombia, pues su ex mujer tiene relación con los cárteles del narcotráfico.

Evacuados los informes, se concedió la última palabra al condenado, oponiéndose a la medida de expulsión.

HECHOS PROBADOS

Se da por reproducida la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de fecha 23 octubre 2008 confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 septiembre 2009.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se dan por reproducidos en lo restante los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia de fecha 23 octubre 2008 confirmados por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 septiembre 2009.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo anula parcialmente la anteriormente dictada por esta misma sección en el pronunciamiento relativo a la denegación de la medida de expulsión del territorio nacional para que se resuelva de forma debidamente motivada.

En nuestra anterior sentencia expresábamos lo siguiente:

"considera la Sala que no resulta procedente acordar "ad futurum" la expulsión del territorio nacional en caso de acceder al tercer grado penitenciario o una vez se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, lo que así consideramos en atención a la naturaleza de los hechos enjuiciados, resultando oportuno que el acusado cumpla íntegramente la pena en Centro Penitenciario Español, sin perder el control directo de la reinserción social del acusado una vez que acceda teóricamente al tercer grado o a la libertad condicional".

No obstante dicho razonamiento ha sido considerado insuficiente por el Alto Tribunal que anula el pronunciamiento ordenando una nueva y debida motivación que trataremos de ofrecer en base a los siguientes razonamientos.

El artículo 89 del Código Penal, en su redacción actualmente vigente, dice así: 1. "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente".

2. "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena".

3. "El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

4. "Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal".

La alusión a «la naturaleza del delito» como criterio para entender justificado el cumplimiento de la condena en Centro Penitenciario español, constituye una expresión imprecisa que parece sugerir, a nuestro juicio, que en caso de gravedad –dadas las circunstancias del caso– pudiera interpretarse la expulsión como una fuente de efectiva impunidad. En esta hipótesis, esa visión, unida al temor de que la sustitución pueda producir un «efecto de llamada» y a la sensación de hacer de mejor condición al delincuente extranjero que al español (e incluso, en ciertos aspectos, al que, no siéndolo, se encuentre legalmente en España), puede llegar a provocar respuestas injustas, discriminatorias, y una explicable alarma social.

Por el contrario, como la expulsión implica la prohibición de retorno, produciría un efecto "inocuidador" respecto del territorio del Estado Español, igual o mayor que el internamiento del culpable en un centro penitenciario. Ahora bien, este criterio tampoco nos parece definitivo pues no debemos olvidar que la denegación de la medida de expulsión en sentencia no obsta a que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional, pueda imponer, al amparo del artículo 90 in fine y artículo 96.3 del Código Penal, la expulsión del territorio nacional, momento en el que cabe valorar de forma más circunstanciada y acorde a las circunstancias personales del penado los intereses en conflicto, ni tampoco obsta a las medidas que una vez cumplida la pena pudieran acordarse en el ámbito administrativo (artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), lo que no deja desprotegida a la sociedad en modo alguno por el simple hecho de que la sentencia acuerde el cumplimiento íntegro de la pena en establecimiento penitenciario español.

En nuestra anterior resolución el criterio que nos llevó a denegar la medida de expulsión se basó exclusivamente en la naturaleza del delito, estimando que no era preciso en tal caso mayores razonamientos sobre la existencia o no de arraigo del acusado en territorio español, pues la denegación de la expulsión no comprometía sus derechos fundamentales, ponderación que en otro caso hubiera resultado imprescindible si la naturaleza del delito hubiera abonado la concesión de la expulsión.

Intuimos que al haberse declarado la nulidad parcial de dicha decisión, dicho criterio basado en la naturaleza del delito no es válido por sí mismo,

sino que el Alto Tribunal precisa, en el caso concreto, una valoración de las circunstancias personales y de arraigo.

TERCERO.- Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 8-7-04 la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado.

Por ello, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión, lo que conlleva la necesidad de insertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

La anterior doctrina dictada de forma mayoritaria en relación con la aplicación del párrafo 1º del artículo 89 del Código Penal, presenta aún mayores matices en relación con el apartado 2º, que requiere un pronunciamiento en sentencia autorizando la expulsión, pero su efectividad se demora hasta que acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, desconociéndose en el momento de dictar la sentencia cuál pueda ser la situación familiar, económica, del penado, esto es, cuáles puedan ser los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto en el momento de hacer efectiva dicha medida, puesto que es

evidente que aunque el momento de dictar sentencia el acusado no ostente arraigo, precisamente el transcurso de un prolongado periodo de tiempo en prisión dado que la pena impuesta ha de ser superior a seis años, puede posibilitar el establecimiento de lazos familiares, pues aunque la persona se halle privada libertad, no se ve privado de otros derechos como el derecho a establecer, fundar y formar una familia, por lo que de acordarse tal medida de expulsión y llevarse a cabo en la forma que literalmente establece el precepto podrían contravenirse en el caso concreto derechos fundamentales de la persona, como bien apunta la sentencia del Alto Tribunal de la que trae causa la presente, pronunciándose de la siguiente forma:

"Por lo cual, lo más probable es que, llegado el momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social hayan perdurado en el tiempo".

En cualquier caso consideraríamos improcedente la posibilidad de decretar la medida en ejecución de sentencia para el caso de que no se hubiese acordado en el fallo de la sentencia, como parece sugerir el Ministerio Fiscal, revisando en ese momento si el arraigo ha desaparecido, dado que el precepto exige que el pronunciamiento se realice en sentencia. Lo contrario supondría una interpretación en contra del reo que ha sido descartada por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 110/09).

Por otro lado también apunta el Tribunal Supremo en la sentencia "resulta en cierto modo contradictorio y distorsionador que a un penado se le esté aplicando un tratamiento penitenciario que tiene como fin primordial su reinserción o rehabilitación social, para, a continuación y sin periodo intermedio alguno, pasar a adoptar una medida de expulsión que no tiene nada que ver con los fines de integración social".

Y sigue "parece muy poco compatible que tras haber cumplido el periodo más importante de la pena privativa de libertad, esto es, de haber saldado en gran medida las deudas con la sociedad y haber seguido un tratamiento rehabilitador, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción, con lo que sin duda se están apuntando rasgos de posible inconstitucionalidad del precepto, de no favorecerse una interpretación correctora".

Por otro lado no podemos dejar de apuntar la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en supuesto semejantes. Así la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1991 –caso Moustaquim vs. Bélgica– declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

La sentencia de 26 de abril de 1997 –caso Mehemim vs. Francia– consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia –casado con francesa–, y la relativa gravedad del delito cometido –tráfico de drogas–; la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2003 analizó el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 1993 –caso Boncheski vs. Francia– se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –Dallia vs. Francia– o la de 8 de diciembre de 1998 o de 21 de octubre de 1997.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional –Sentencias del Tribunal Constitucional 99/85 de 3 de septiembre, 242/94 y 203/97–, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita del derecho a la libertad de residencia y desplazamiento, y con mayor motivo estimamos que habrá de mantenerse tal exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es "vivir juntos" –Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

CUARTO.- Expuesto todo lo anterior, la Sala sigue considerando improcedente la expulsión del penado, tal y como solicita el Ministerio Fis-

cal. Resulta un tanto desconcertante que el Ministerio Fiscal solicite en el presente supuesto la medida de expulsión, y que en otros semejantes, ante esta misma Sala, razone que no procedería acordar dicha medida apoyándose exclusivamente en el dato de la naturaleza del delito o en la gravedad del hecho.

Respecto a las razones en las que ahora debemos basar la denegación de la medida de expulsión, ahondando en las razones que ya expusimos en la anterior sentencia sobre la improcedencia de acordar en sentencia "ad futurum" la efectividad de una medida sino posibilidad de excluir futuros conflictos con derechos fundamentales del penado una vez acceda al tercer grado penitenciario o una vez se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, así como la naturaleza de los hechos enjuiciados y la necesidad de no perder el control directo sobre la reinserción social del acusado una vez que acceda teóricamente al tercer grado o a la libertad condicional, sin perjuicio de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional, pueda imponer, al amparo del artículo 90 in fine y artículo 96.3 del Código Penal, la expulsión del territorio nacional, momento en el que cabe valorar de forma más circunstanciada y acorde a las circunstancias personales del penado los intereses en conflicto, o de las medidas que en el ámbito administrativo puedan adoptarse (artículo 57 Ley Orgánica 4/200). A ello se sumarían las razones que expone el Alto Tribunal, relativas al "ne bis in idem" o a la distorsión que provocaría la expulsión en el tratamiento de reinserción o rehabilitación social al que se orienta el cumplimiento de la pena privativa de libertad, motivo por el que ya expusimos como conveniente en nuestra anterior resolución que la Sala no perdiera el control directo sobre la reinserción social del acusado.

En lo relativo a la situación de arraigo del condenado, debemos manifestar que aunque éste alega en el acto de la vista celebrada llevar viviendo en España durante nueve años, que tiene en España hermanos y sobrinos, que incluso una hermana falleció recientemente el pasado mes de noviembre víctima de cáncer en España, que dispone de una oferta de trabajo, y que ha trabajado afiliado a la seguridad social durante año y medio, así como refiere amenazas de muerte en su país de origen (Colombia), dichas alegaciones en ningún momento pueden estimarse acreditadas, constituyendo meras alegaciones.

En el acto de juicio no se aportó ningún tipo de documentación ni otros medios de prueba que acreditaran dichos extremos, ni tampoco constan en

la pieza de situación personal, a salvo la documentación médica de la hermana que refiere ya fallecida, lo cual redundaría en una disminución de las circunstancias de arraigo. Hubiera sido fácil, a nuestro juicio, acreditar su estancia en España durante tan largo período de nueve años, bien mediante posibles asistencias médicas, apertura de cuentas bancarias, informe de vida laboral etc., etc., o incluso la "oferta de trabajo" valedera para "dentro unos años", pero nada esto se ha solicitado ni ha sido aportado.

Debemos concluir que no se acredita que el acusado disponga una situación de arraigo familiar, social, laboral, o económico en España, ni tampoco existe atisbo alguno de veracidad en cuanto a su alegación de hallarse su vida en peligro si retorna a Colombia, siendo además que en este supuesto no tendría por qué regresar a su país de origen, donde manifiesta no desea reanudar su vida.

Aún expuesto lo anterior, no cabe excluir que el condenado, en el tiempo transcurrido en prisión, y hasta tanto tenga cumplidas las tres cuartas partes de la condena o acceda al tercer grado, pueda fundar vínculos sólidos y estables en nuestro país, lo que a tiempo presente no consta.

En resumen, aún a pesar de que el condenado carece de arraigo de tipo alguno en nuestro país, lo cual abonaría su expulsión, no obstante consideramos que la decisión que resuelve de forma adecuada el conflicto de intereses que se nos presenta, en una lectura constitucional del precepto, salvaguardando otros intereses en juego, como la protección de la víctima, al haber acordado la medida de prohibición de acercamiento, así como la necesidad de que prosiga el tratamiento rehabilitador, incluso con las medidas que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede establecer al acordar la libertad condicional en aplicación del artículo 96.3 del Código Penal, o por la autoridad administrativa en base al artículo 57 de la Ley Orgánica reguladora de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros, debemos denegar la medida de expulsión del territorio nacional.

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

FALLO

LA SALA ACUERDA:

- a) No haber lugar a acordar la medida de expulsión del territorio nacional del condenado.
- b) Dar por reproducidos en lo restante el fallo contenido en la sentencia de fecha 23 octubre 2008 confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 septiembre 2009.

59. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN 6ª 364/2015 DE 23 DE ABRIL

Sustitución por expulsión: naturaleza y requisitos (criterios).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que condeno al acusado A. como autor penalmente responsable de un delito de robo con violencia en grado de tentativa y de una falta de lesiones, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas: a) Nueve meses de prisión por el delito; b) 50 días de multa con una cuota diaria de 8 euros por la falta, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas diarias no satisfechas".

En fecha 24.3.14 se dictó auto de aclaración en el que se incluyó la siguiente mención: "La pena de 9 meses de prisión impuesta al acusado por el delito debe ser sustituida por su expulsión del territorio español con prohibición de entrada al mismo por tiempo de 5 años".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia el acusado interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes, y siendo elevado a esta Sección de la Audiencia Provincial para su resolución. Por diligencia de ordenación de 15.9.14 se acordó formar el

correspondiente rollo, designándose ponente y fijando fecha para la deliberación y fallo el 20.4.15.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTA la declaración de hechos probados contenida en la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

SE ACEPTAN los de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los de la presente resolución.

PRIMERO.- Motivo de recurso: error en la apreciación de la prueba por no declarar probado el sustrato fáctico determinante de la aplicación de la atenuante de drogadicción de los artículos 20.2 y 21.1 Código Penal.

1.1. El apelante afirma sufrir una severa dependencia a las drogas, padecimiento que justifica la apreciación de la correspondiente atenuante. Cita, en apoyo de su petición, el contenido del documento obrante al folio 13.

1.2. El motivo debe ser rechazado. La sentencia de instancia analiza detalladamente la cuestión y explicita los motivos por los que rechaza la aplicación de la atenuante solicitada. Poco pueda añadirse al exhaustivo razonamiento en ella contenido. En definitiva, la única prueba que consta en la causa es un informe, carente de firma, que no objetiva antecedentes ni signos compatibles con una dependencia prolongada a las drogas. Dicho documento da cuenta de la solicitud del recurrente de seguir tratamiento por dependencia a la cocaína y al alcohol, y de sus manifestaciones, no corroboradas, expresivas de que consume 1 gramo al día de cocaína, así como del hecho de que no siguió el tratamiento por haber dejado de acudir a las visitas programadas. Si a ello se suma que cuando fue detenido fue trasladado a un centro médico diagnosticándosele, en exclusiva, trastorno de ansiedad inespecífico, ha de concluirse que no se cuenta con datos objetivos y elementos probatorios que evidencien una especial limitación de las facultades intelectivas y volitivas que llegara a repercutir de forma en el elemento normativo de capacidad de culpabilidad.

En consecuencia, se desestima este motivo de impugnación.

SEGUNDO.- Voluntad impugnativa tácita: infracción de precepto legal por indebida aplicación del artículo 89 Código Penal,

2.1. Pese a que el apelante no combate la decisión del juez de instancia por la que acuerda sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, la Sala II, de forma reiterada, ha afirmado la posibilidad de apreciación de oficio de gravámenes normativos al amparo de la llamada voluntad impugnativa tácita, siempre y cuando suponga un beneficio para la persona condenada en la instancia. Dicha doctrina estima tal facultad implícitamente comprendida en el supuesto de infracción de norma legal, por entender, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 141/2012, de 8.3.12, que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede verse mermado por formalismos exacerbados en la interpretación de los motivos de recurso, por lo que cabe corregir, en beneficio del reo, los errores legales de que adolezca la sentencia recurrida.

2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15.10.2010, recuerda que el precepto que regula la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años de prisión por la expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial desde la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003 con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales y a la jurisprudencia que los interpreta. Indica la mencionada resolución:

"Y así, en las Sentencias del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio, y 636/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe 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. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de

políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (Sentencias del Tribunal Supremo 1231/2006, de 23-11 ; 35/2007, de 25-1 ; 108/2007, de 13-2 ; 140/2007, de 26-2 I; 166/2007, de 14-2 ; 682/2007, de 18-VII-2 ; 125/2008, de 20-2 ; 165/2009, de 19-2 ; y 498/2009, de 30-4 , 439/2010 de 12.5 entre otras) que sintetizan los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión en:

- Extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión el tipo exige dicho presupuesto (Sentencia del Tribunal Supremo 636/2005 de 17.5).
- Condenados con una pena no grave inferior a 6 años prisión.
- Que la expulsión haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada.
- Que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión.
- 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.

En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (Sentencia del Tribunal Supremo 166/2007). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas".

Resulta controvertida la naturaleza jurídica de la institución. En síntesis, se ha sostenido que nos encontramos ante una pena, una medida de se-

guridad o una solución pragmática para evitar la saturación de los centros penitenciarios o instrumental a los fines de la política de extranjería. En cualquier caso, el análisis jurisprudencial de la cuestión no debe hacerse en el vacío, sino que ha de conectarse con las consecuencias jurídicas pretendidas.

Bajo este ángulo, escaso rendimiento cabe obtener de las últimas posturas apuntadas, puesto que el abordaje es estrictamente factual y, como es sabido, incurriríamos en la falacia naturalista si pretendiéramos extraer de la descripción empírica (del "cómo funciona" la sustitución de la pena de prisión por la expulsión) consecuencias en el orden normativo, cuando de lo que se trata es de determinar cómo debe operar dicha sustitución. En cualquier caso, la decisión judicial no impediría la aplicación por parte de la Administración de la normativa de extranjería. Con ello no olvidamos que el Tribunal Constitucional ha afirmado su naturaleza funcional a la política de extranjería en su auto 106/1997. Simplemente, ponemos de relieve que dicha aproximación es poco fructífera. Así, el Alto Tribunal señaló que la expulsión no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, ya que no se trata de una pena ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están garantizadas por el simple regreso del penado a su país. Desde esta perspectiva, la expulsión no sustituiría la condena, sino que la suspendería para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España. Ahora bien, tal análisis sigue sin precisar la naturaleza concreta de la institución (en sentido propio, tampoco nos encontramos ante un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad), con lo que no facilita una aproximación a los problemas que se suscitan.

Se ha planteado igualmente su naturaleza de medida de seguridad al amparo de dos argumentos: la expulsión del extranjero se encuentra prevista de modo expreso como tal en el artículo 96.3.2º Código Penal y no lo está como pena en el catálogo del artículo 33 Código Penal. A mayor abundamiento, en otros preceptos del Código Penal se contempla la sustitución de penas por medidas de seguridad. Así, en el artículo del Código Penal 99 in fine. Ahora bien, nos encontramos con el óbice de que las medidas de

seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan (artículo 6.1 Código Penal) entendida como probabilidad de la comisión de nuevos delitos (artículo 95.1.2ª Código Penal). Por tanto, de no justificarse en el caso concreto dicha peligrosidad no procedería la adopción de la medida, lo que alteraría el juego de regla-excepción que parece decantarse del tenor literal del artículo 89.1 Código Penal.

Finalmente, se ha defendido su naturaleza de verdadera pena. En esta línea resulta de interés la Sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.3.2006. Aquélla desgrana las razones por las cuales nos encontraríamos ante una pena en sentido estricto:

a) En primer lugar, del principio de legalidad penal (artículo 2 Código Penal), se sigue necesariamente su naturaleza de verdadera pena. Su carácter sustitutivo no puede convertirse en argumento de contrario para negarle su ratio punitiva en cuanto implica privación de derechos de especial relevancia constitucional. Su ubicación en el propio texto del Código Penal, abona esta conclusión. Esto es, parece razonable afirmar que las privaciones de derechos que se contienen en el Código Penal cuando afectan a los sujetos activos de un delito por el que son declarados autores o partícipes sólo pueden ser tenidas como medidas de seguridad o penas.

b) Desde una perspectiva sistemática, ha de convenirse en que las cláusulas previstas en un texto normativo reciben una parte importante de su significado específico del propio contexto en que se insertan, ya que ha de presumirse la coherencia y racionalidad sistemática del legislador. Consecuentemente, puede concluirse que la prohibición de regreso al territorio nacional durante 10 años corresponde a la tipología de pena grave de prohibición de residencia en determinados lugares prevista en el artículo 33 Código Penal. Los mecanismos previstos en los artículos 96 y 108 Código Penal abundan en lo expuesto.

c) En cuanto a las posibles objeciones derivadas de la aplicación del artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial imponiendo la sujeción a la doctrina del Tribunal Constitucional, debe recordarse que los primeros pronunciamientos del Alto Tribunal se referían a la previsión legal contenida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, norma que, por otro lado, no preveía una prohibición temporal de regreso por tiempo específicamente determinado desvinculado de la duración de la pena. Por tanto, el Tribunal Constitucio-

nal no pudo plantearse las implicaciones consideradas en los argumentos de corte sistemático antes referidos (inclusión en el Código Penal, y prohibición de retorno). La existencia de una resolución posterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, que analizó, ya sí, el artículo 89 Código Penal, no constituiría óbice alguno en la medida en que la cuestión se analizó como obiter dicta, y, además, en términos contradictorios al afirmar que "la orden de expulsión decretada por la autoridad administrativa no es una pena... a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero condenado... que tampoco es una pena...".

2.3. Partiendo de la consideración de la sustitución como pena o, al menos, como figura equivalente a la misma, y siendo la regla la sustitución y la excepción el cumplimiento de la condena en España (artículo 89.1 Código Penal), se trataría de llenar de contenido la fórmula "razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en España", para lo que habrán de ponderarse aspectos preventivo-generales, especiales y retributivos, re-conducibles éstos últimos al principio de proporcionalidad, y sin que la dicción literal ("razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España") haya de ser entendida necesariamente como ejecución de la pena de prisión, ya que no existe prohibición legal que impida al penado extranjero acceder a la suspensión o sustitución ex artículo 88 Código Penal de la pena de prisión, tal y como prevé de modo expreso el artículo 89.6 párrafo segundo Código Penal.

2.4. Aplicando las precedentes consideraciones al presente caso, cabe señalar:

a) En términos de proporcionalidad, cuestionaría el principio de prohibición del exceso sustituir una pena menos grave (prisión de 9 meses) por una sanción próxima al límite mínimo de la pena grave (privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a 5 años).

b) Además, ha de valorarse la escasa gravedad del delito por el que resultó condenado el acusado, próximo por su escasa ofensividad al hurto.

c) Por otra parte, en el presente caso, la pena es susceptible de sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, al no tener el acusado la consideración de delincuente habitual conforme al artículo 94 Código Penal, o de suspensión, al carecer de antecedentes penales vigentes.

El conjunto de estas circunstancias justifican, bajo consideraciones estrictamente jurídico-penales, el cumplimiento de la condena en España. Lo contrario equivaldría a afirmar la peor condición de los ciudadanos extranjeros frente a los nacionales frente al derecho penal, permitiendo la infiltración y la prevalencia de consideraciones de política de extranjería sobre las estrictamente jurídico penales, atinentes a la necesidad y finalidad de las penas impuestas (artículo 25.2 Constitución Española). En definitiva, tratándose de penas muy leves, respecto de hechos delictivos de escasa entidad ("naturaleza del delito", como dice el artículo 89 Código Penal), resulta desproporcionado imponer la sanción sustitutiva.

2.5. Por último, debe recordarse, que el próximo 1 de julio entra en vigor la Ley Orgánica 1/2015, que aprueba la reforma del Código Penal, que modifica el artículo 89.1 Código Penal, excluyendo la sustitución de las penas de prisión inferiores a 1 año por la expulsión del territorio nacional, lo que significa que el legislador ha tomado en consideración la desproporción a la que se ha hecho referencia. No parece razonable, en esta línea, que pueda retrasarse la consecuencia derivada de la publicación de una norma penal más favorable, aun cuando formalmente no haya entrado en vigor por haberse fijado un plazo de *vacatio legis*.

2.6. Ello no impide que la Administración adopte las medidas que estime oportunas aplicando los principios propios del derecho administrativo, aun cuando exista proceso penal en fase de ejecución.

TERCERO.- Costas. Conforme a los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por lo que respecta a las costas procesales causadas, procede declararlas de oficio.

VISTOS los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE en parte el recurso de apelación interpuesto por D. A. contra la sentencia de fecha 14.4.14 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona REVOCANDO EN PARTE la mencionada resolución, en el solo sentido de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional del acusado, confirmando el resto de

pronunciamientos de la sentencia apelada, y declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

60. SENTENCIA 300/16 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA SECCIÓN 4ª DE 13 DE JUNIO

La cuantía de las penas se determina individualmente, no en su conjunto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal número 12 de Sevilla dictó sentencia el día 3 de noviembre de 2014 en la causa de referencia, cuyos hechos probados y fallo literalmente dicen: "Que el día 24 de febrero de 2012, sobre las 03:15 horas, P. nacido en Senegal, en situación irregular en territorio nacional, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontró en una calle de Sevilla con A., con quien ha mantenido una breve relación sentimental, que cesó aproximadamente sobre el mes de noviembre de 2011. Insistió en acompañarla hasta casa, lo cual rehusó A., pero P. la siguió hasta el domicilio de una amiga suya, donde entró tras empujar la puerta y entabló una discusión con un tercero que se encontraba durmiendo allí, A., a quien pilló desprevenido, propinándole varios golpes sin darle tiempo a reaccionar, lanzando objetos, golpes y patadas. Como A. intentó parar la agresión, P. le dio varios golpes en la cara, quedándole como lesiones contusión con hematoma en raíz nasal, en zona frontal izquierda y en pómulo derecho que no requirió para su sanidad para su sanidad más que una primera asistencia facultativa y tardando en curar 4 días no impositivos.

A., de treinta años de edad, sufrió heridas incisivas en cuero cabelludo, en zona parietal derecha con cicatriz levemente sobre elevada normo coloreada, herida en frente de 3 cm cicatriz lineal perpendicular a la frente, zona abrasiva en frente, pequeñas cicatrices de herida incisa en zona más central de la frente, cicatriz de herida incisa en hemicuello derecho lineal, cicatriz redondeada en dorso de la mano derecha (por mordedura), dos cicatrices en raíz y nudillo de segundo dedo de la mano izquierda que

precisó para su sanidad, la cual se produjo en 15 días siendo dos de ellos impeditivos, además de una primera asistencia médica, sutura con grapas considerado tratamiento quirúrgico y quedando como secuelas las dos cicatrices frontales, valoradas como perjuicio estético en 3 puntos, según informe pericial.

Estos hechos dieron lugar a que el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Sevilla dictara auto de 24 de febrero de 2012 a favor de la perjudicada".

Y que "en concepto de responsabilidad penal, debo condenar y condeno al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que, en concepto de responsabilidad penal, debo condenar y condeno a P., como autor criminalmente responsable de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, del artículo 153.1 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de ocho meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años; y la prohibición de aproximación a A., a su domicilio lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ella a menos de 300 metros durante 2 años, y de comunicarse por el mismo tiempo.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a A. en la cantidad de 120€ por las lesiones y a A. la cantidad de 502€ y en la de 806€ por las secuelas en concepto de responsabilidad civil. Esa suma se incrementará con los intereses de demora del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Que debo absolver y absuelvo a P. como autor responsable de un delito de coacciones, allanamiento de morada y amenazas, de los que le acusaba el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Se condena del acusado al abono de 2/3 de las costas devengadas, incluyendo la mitad de las causadas a la acusación particular.

Se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, con la prohibición de regresar al territorio español durante el plazo de 5 años, conforme al artículo 89 del Código Penal.

Se alzan, si las hubiera, las medidas cautelares acordadas".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, fue recurrida en apelación por la representación de P., y admitido a trámite el recurso por el Juzgado y conferidos los traslados preceptivos, se remitieron los autos a esta Audiencia, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto a la Sección Cuarta, y por diligencia de ordenación al Magistrado que suscribe.

Formado el rollo, se señaló el día de la fecha para la votación y fallo, quedando visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan íntegramente los que como tales se declararan en la sentencia de instancia, que figuran transcritos en el primer antecedente de esta resolución y se dan aquí por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso formulado por la representación de P. se refiere exclusivamente al pronunciamiento de la sentencia referido a la sustitución de las penas impuestas por la pena de expulsión, alegando que lleva siete años residiendo en España, está empadronado y realiza actividades que favorecen su integración, y que su expulsión atentaría contra su derecho a la vida, dado que en Guinea Conakry existe una epidemia de ébola.

El Ministerio Fiscal se opone argumentando que nada se acredita acerca del posible arraigo del recurrente que pueda justificar el cumplimiento de la condena en España, pese a que la solicitud de expulsión se había efectuado ya en el escrito de acusación, y que de la documentación obrante en autos resulta que la nacionalidad del recurrente es senegalesa.

SEGUNDO.- El artículo 89 del Código Penal, en su redacción anterior establecía que "las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o

Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

En relación con esa modalidad de sustitución, el Tribunal Supremo (véase reciente auto de 14 de abril de 2016) recuerda que tal precepto ha venido siendo interpretado suavizando su literalidad y adecuando su contenido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, se ha venido argumentando sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Esta doctrina, ha venido experimentado igualmente precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, y que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado. Consecuentemente con esta doctrina lo que ha pretendido corregirse son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique, aun cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado entonces vigente, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el precepto sólo contempla la sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad superiores a un año, respecto de las que el juez o tribunal sólo excepcionalmente podrá acordar su ejecución en España, con el fin de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, y no en su totalidad, sino de un máximo de las dos terceras partes de la condena. Asimismo, contempla de forma expresa la

necesaria proporcionalidad de la medida, al señalar que la decisión debe adoptarse a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España

En este caso, se trata de un extranjero en situación irregular en España, respecto del cual se solicitó por el Ministerio Fiscal la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión ya en su escrito de acusación, por lo que el acusado tuvo conocimiento de la pretensión, y tuvo ocasión de desplegar la actividad probatoria adecuada para oponerse a la medida solicitada.

Ahora bien, el recurrente es condenado por un delito del artículo 147 del Código Penal a la pena de nueve meses de prisión, y por un delito del artículo 153.1 a la pena de ocho meses de prisión. Como señalábamos en sentencia de 24 de febrero de 2016, la pena impuesta por cada uno de los delitos por los que se condena no alcanza el límite penológico ("prisión de más de un año") que establece el párrafo primero del precepto, ajustando, como destaca el preámbulo de la ley, el límite a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la ley de extranjería. Podría plantearse sí este límite penológico lo es por cada una de las penas que se impongan en sentencia o es posible la suma de las penas impuestas para alcanzarlo. El tenor literal del precepto "las penas de prisión de más de un año" apunta a que este requisito temporal es exigible de todas y cada una de las penas y no puede dejar de advertirse que cuando el legislador ha querido que puedan sumarse las diferentes penas para alcanzar los límites que establece, lo ha previsto de forma expresa, como sucede en el artículo 89.2 del Código Penal o en el artículo 80.2 2ª a propósito de la suspensión de la ejecución de la pena. Es el criterio seguido en la circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

Por ello, atendidos los términos de la condena y procediendo la aplicación del artículo 89.1 en su redacción vigente, que pudiera resultar más favorable para el reo, dado que éste ha manifestado en escrito remitido desde centro penitenciario y posteriormente a través de recurso en debida forma, su voluntad de no ser expulsado, no cabe acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión acordada, por lo que procede estimar el recurso interpuesto y dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la sustitución de las penas impuestas por la expulsión.

TERCERO.- De conformidad con los artículos 239, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos de aplicación general, especialmente lo dispuesto en los artículos 795 y 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora, en nombre de P., contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2014 por el Juzgado de lo Penal número 12 de Sevilla, revocamos parcialmente la sentencia impugnada, dejando sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, manteniendo el resto de los pronunciamientos y declarando de oficio las costas de esta alzada.

61. SENTENCIA 23/2016 DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 29 DE JULIO

Se procede a la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de penado comunitario. (Solamente se reproducen aquellos aspectos concernientes a la expulsión).

HECHOS PROBADOS

En fechas no concretadas suficientemente, pero, en todo caso, próximas a los últimos meses del año 2011, los procesados que luego se concretarán se concertaron para introducir en Europa, a través de España, una importante cantidad de cocaína procedente de Sudamérica. En dicha actividad ilegal habría de participar un entramado delictivo hispano-sudamericano, dividido en dos ramas perfectamente estructuradas en lo referente a las relaciones de jerarquía grupal y al rol de cada uno de sus miembros, que decidieron aunar sus esfuerzos para la consecución de su proyecto criminal: una rama, radicada en Galicia y, la otra, integrada por súbditos colombianos, teniendo las dos por objeto, cada una dentro de su esfera compe-

tencial, procurar la infraestructura material y personal necesaria para traer la droga, vía marítima, desde Sudamérica hasta nuestro país, así como distribuirla ulteriormente en territorio de la Unión Europea; actuando, a tal efecto, junto con una organización búlgara, igualmente definida en lo atinente a estructura, jerarquía y rol de parte de sus componentes, que sería la encargada del transporte material de la droga.

(...)

PENALIDAD Y COMISO

(...)

5.- A.D.

El Ministerio Fiscal solicita la pena de 6 años y 6 meses de prisión y multa de 400.000.000 de € (trescientos millones de euros), con la accesoria, ex artículo 55 del Código Penal, de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, comiso de los bienes, efectos y dinero intervenidos, que se adjudicarán al Fondo de Bienes Decomisados, y pago de costas. Este acusado se ha conformado con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal.

Su representación solicitó la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal. Establece el artículo 89 en sus números 2 y 3 que "2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. 3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena".

En el presente caso el acusado ha estado en prisión provisional desde que fue detenido, casi cuatro años, lo cual es una parte muy significativa

de la pena impuesta finalmente, ante lo cual, el Tribunal entiende que se ha cumplido ya una parte suficiente a fin de que este cumplimiento resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Por otro lado, la nacionalidad búlgara del acusado, no debe ser obstáculo para la expulsión, así como tampoco la dificultad que ofrece el espacio de seguridad europeo para asegurar la ejecución de la sustitución, puesto que la previsión legal restrictiva de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, lo es solo para el caso de que tal medida se adopte en contra de la voluntad del condenado. Por ello habida cuenta la conformidad existente entre la petición del Ministerio Fiscal y el acusado se procede a sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional durante diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Se procederá a ejecutar la expulsión cuando haya pasado el plazo para recurrir en casación esta sentencia y este extremo no haya sido recurrido, o cuando el Ministerio Fiscal manifieste su voluntad de no recurrir esta sentencia en lo que se refiere a este condenado.

SÉPTIMO

- COSTAS.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 123 Código Penal y 239 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede la imposición proporcional de las costas de este juicio a los acusados condenados, procediendo a su declaración de oficio en lo se refiere al acusado absuelto.

Por lo expuesto, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

EN EL NOMBRE DE S.M. EL REY

FALLAMOS: (...)

1. Que debemos condenar y condenamos a

2.5.- A. como autor de un delito contra la salud pública ya definido a la pena de 6 años y 6 meses de prisión y multa de 400.000.000 de € (trescientos millones de euros), con la accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, comiso de los bienes, efectos y dinero intervenidos, que se adjudicarán al Fondo de Bienes De-

comisados, y pago de costas. Esta pena se sustituye por la expulsión del territorio nacional por tiempo de diez años.

62. SENTENCIA 19/2017 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SECCIÓN 1ª DE 30 DE MAYO

No procede la sustitución por la expulsión en el caso de ciudadana comunitaria. Especial mención a la evolución de la figura de la expulsión.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó el 27 de febrero de 2017 la Sentencia, procedente del Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Sobre las 06,30 horas, del día 13 de julio de 2016, la acusada, E., nacida en Portugal, mayor de edad y sin antecedentes penales, llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas procedente de Sao Paulo (Brasil), portando en su ropa interior 4 cilindros que contenían cocaína, con los siguientes pesos y riqueza: uno de 160,950 gramos y una riqueza del 81,8%, otro de 17,298 gramos y una riqueza del 80,3%, otro de 19,010 gramos y una riqueza del 80,5%, y el último de 19,194 gramos, con una riqueza del 81,3%. El valor en el mercado, en la venta al por menor, de la cocaína intervenida era de 25.862 euros.

La cocaína la llevaba la acusada para su venta a terceras personas.

La acusada se encuentra privada de libertad por esa causa desde el 13 de julio de 2016".

SEGUNDO.- La referida sentencia contiene los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

Que debemos condenar y condenamos a la acusada, E., como autora de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, tipificado en los artículos 368, 374 y 377

del Código Penal y del artículo 368, inciso primero y párrafo segundo, del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 26.000 € con responsabilidad personal subsidiaria de diez días en caso de impago, así como al pago de las costas procesales, con comiso de la sustancia y efectos ocupados, a los que se dará el destino legalmente previsto.

Se deniega la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión de la acusada del territorio nacional.

TERCERO.- Notificada la referida sentencia, se interpuso contra ella recurso de apelación por D.^a E., alegando como motivo único que concurren los requisitos exigidos en el artículo 89 del Código Penal para acceder a la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de expulsión del territorio nacional.

CUARTO.- Mediante escrito de 27 de marzo de 2017, el Ministerio Fiscal impugna el mentado recurso de apelación que formula D.^a E. y solicita la confirmación de la Sentencia recurrida en todos sus extremos, "*considerando que la sentencia objeto de recurso es plenamente conforme a Derecho, tanto desde la perspectiva de la valoración de la prueba que tuvo lugar en el juicio oral, como de la aplicación de los preceptos normativos y de la doctrina legal que los interpreta*".

QUINTO.- Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se elevaron las Actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con entrada en este Tribunal, incoándose el correspondiente rollo de Sala.

SEXTO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada se presentó escrito de abstención alegando como causa de la misma, vínculo matrimonial con el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó la sentencia de 27 de febrero objeto del recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Por Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 24-4-2017, se nombró al Ilmo. Sr. Magistrado para integrar la Sala para la resolución de la Abstención, señalándose para la deliberación el día 26 de abril de 2017.

OCTAVO.- Por Auto de fecha 28 de abril de 2017, se estimó la abstención de la Magistrada, siendo apartada del recurso, la Ponente del mismo, corresponde a su sustituto legal en la causa, asumir la referida Ponencia.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se contrae, exclusivamente, a examinar la pretensión de D.^a E., de que la pena que le ha sido impuesta sea sustituida por la expulsión del territorio nacional, tal como posibilita el artículo 89 del Código Penal.

En el recurso, se dice que se ha producido "una aplicación automática del artículo 89.4 del Código Penal sin tener en cuenta las circunstancias personales de mí representada, factor que entendemos determinante y también previsto en el propio precepto penal".

Y así, se indica que "consta en Autos, en el informe del SAJIAD (folios 78 a 82) que Doña E. tiene dos hijos de 11 y 2 años en Portugal, que además tiene diagnosticado V.I.H. desde hace 3 años. En relación con el arraigo, mi representada no ha residido nunca en España, por lo que lo que resultaría desproporcionado sería no expulsarla y tenerla en prisión en España.

Asimismo ha de valorarse que Doña E. lleva privada de libertad por esta causa desde el día 13 de julio de 2016, por lo que ya ha cumplido casi ocho meses de la pena finalmente impuesta".

Del mismo modo se refiere que debe tenerse en cuenta otras circunstancias como el hecho de que la recurrente es delincuente primario.

Por otro lado, se afirma que en casos similares, se ha accedido a lo que aquí se solicita, la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea condenado por un delito contra la salud pública, como pone de manifiesto la sentencia de 18-11-2016 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación del recurso, entiende bien denegada por el órgano sentenciador, la solicitud que aquí se reproduce dado que se trata de una ciudadana de la Unión Europea y no concurren los requisitos que establece el artículo 89 del Código Penal.

Y ello porque la expulsión, en este caso, sólo se permite cuando la persona condenada represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y sus circunstancias personales (artículo 89.4 del Código Penal).

Resultando que "ninguna de estas circunstancias se ha acreditado en autos" distando mucho de corresponderse con las exigidas, las circunstancias personales y del delito cometido, por la apelante.

La sustitución por la expulsión –sigue diciendo el representante del Ministerio Fiscal– es "un supuesto excepcional", siendo la regla general, el cumplimiento de las penas impuestas. Y en ninguna parte del artículo 89 se permite que la expulsión quede a la discrecionalidad o elección del condenado.

TERCERO.- El artículo 89 del Código Penal de cuya interpretación depende la resolución del presente recurso de apelación, se ha convertido, tras la reforma del Código Penal operada la Ley Orgánica 1/2015, en un supuesto de sustitución de la pena privativa de libertad para extranjeros condenados, junto al régimen general de la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, en los casos y con las modificaciones, introducidas por la reforma.

Como es sabido, la expulsión de un condenado del territorio nacional, fue un tipo de pena, denominada "extrañamiento" y que duraba el tiempo de la condena, según establecía el artículo 86 del Código de 1973, última norma que lo acogió.

En los Fueros y en Las Partidas ya existía y fue una pena que aparecía en los primeros Códigos penales, ya de modo perpetuo o temporal, desapareciendo en el Código Penal de 1928 pero "reviviendo" con el Código Penal de la II República, en 1932.

El Código Penal de 1995 no lo contempla, pues fue evolucionando hasta convertirse en una pena para extranjeros, no para nacionales, si bien, el extrañamiento, la deportación o la expulsión, con sus matices diferen-

ciales, tiende, en derecho comparado, a suprimirse de los códigos pues se considera que es una medida unilateral ya que la expulsión del territorio nacional de quienes han delinquido, va en contra de los intereses de los Estados a donde van a parar quienes sufren dicha pena de extrañamiento, los cuales, en uso de un legítimo derecho, pueden negarse a admitir dentro de sus fronteras a dichos delincuentes.

Probablemente esta breve referencia histórica, explica que el actual artículo 89 del Código Penal donde aparece como una medida sustitutiva de la ejecución de una pena privativa de libertad, haya sufrido hasta cinco redacciones diferentes desde 1995, a fin de ir afinando su contenido y efectos.

De modo paralelo, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido a la interpretación de esta figura jurídica, sobre la que existe un consenso en torno a los siguientes extremos:

- Se fundamenta en razones defensivas y de seguridad, junto con razones económicas, en cuanto se trata de prescindir de ciudadanos cuya presencia no resulta positiva para el Estado que de ese modo, igualmente, se ahorra los importantes costes que supone su custodia y mantenimiento en centros penitenciarios nacionales.

- La dialéctica de la expulsión de un ciudadano no nacional condenado por delito, pasa por evaluar de modo equitativo, la evitación de que se convierta tanto en un modo de impunidad como en convertirse en "una carga" innecesaria para el Estado.

- No cabe hablar de un derecho fundamental a la sustitución de la pena por la expulsión (Sentencia del Tribunal Constitucional 203/97, 26-11).

- La expulsión tiene carácter excepcional, pues el derecho penal se aplica y ejecuta por los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de la nacionalidad de los condenados, ya que rige el principio de territorialidad y "corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español" (artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) "juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3 de la Constitución Española).

- La medida en cuestión, requiere llevarse a efectos tras una "lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona" (Sentencia del Tribunal Supre-

mo 901/2004, de 8-7), entre los que destacan el derecho a no ser discriminado "por razón de nacimiento" "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (artículo 14 de la Constitución), el derecho a circular y residir libremente en el territorio nacional (artículo 19 Constitución Española) y a la "reeducación y reinserción social" (artículo 25.2 Constitución).

- Para la adopción de la medida, es preciso proceder a un "juicio de ponderación", en el que se tenga en cuenta la proporcionalidad de la medida, ajena a cualquier discrecionalidad (Sentencia del Tribunal Supremo 1146/14, de 26-6) y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso, ya que el "automatismo" es contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal (Sentencia del Tribunal Supremo 588/12, de 29-6).

- La decisión sobre la expulsión, requiere seguir un procedimiento, en el que es esencial que haya sido solicitada, escuchar al ejecutoriado y decidir, teniendo en cuenta la concreta regulación que sea aplicable al caso, acompañada de la debida motivación.

CUARTO.- En el presente caso, es de aplicación el artículo 89.4 párrafo segundo, que dice:

"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".

No resulta aplicable, en consecuencia, ni el régimen general para los restantes extranjeros, que se contienen en otros apartados del citado precepto, ni tampoco lo previsto en el artículo 84 tercer párrafo, para el caso de que se trate de ciudadanos comunitarios que hubieran residido en España durante los diez años anteriores a la comisión del delito.

Es decir, nos encontramos ante una ciudadana de la Unión, al que corresponde el derecho primario e individual a circular y residir libremente en cualquier territorio de un Estado miembro.

Este derecho, constituye la piedra angular de la ciudadanía de la Unión que creó el Tratado de Maastricht de 1992 y que, conforme a los Acuerdos de Schengen, ha dado lugar a la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y que el Tra-

tado de Lisboa confirmó y aparece incluido en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia.

La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, contiene y precisa los derechos y obligaciones de los ciudadanos de la Unión Europea en cuanto a la residencia en otro Estado miembro e igualmente, las restricciones al derecho de entrada y de residencia, así como los supuestos de expulsión, que son por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Al respecto, en la directiva se dice que las decisiones de expulsión no se adoptarán por motivos económicos y han de cumplir el principio de proporcionalidad y basarse en la conducta personal del individuo.

De igual modo, se proclama el derecho a la igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado pero se recogen, igualmente limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por las indicadas razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

En particular, la Directiva indica que para la expulsión, la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Debiendo resolverse la cuestión sólo con justificaciones que tengan relación directa con el caso concreto.

QUINTO.- En el caso al que se refiere el presente recurso, estamos ante un delito de narcotráfico, sobre el cual la jurisprudencia ha indicado que en estos casos, la sustitución "además de la impunidad respecto de conductas de inequívoca gravedad como es el tráfico de drogas", (Sentencia del Tribunal Supremo 2ª 183/2004, de 28-10 SIC), hace que los ciudadanos extranjeros que sean condenados y repatriados a su país tras escaso –o nulo– tiempo de prisión, "adquirirían la convicción de tener una especie de licencia para la comisión delictiva, generándose como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen" (Sentencia del Tribunal Supremo 2ª 1165/2004, de 8-7-2005) y convertirían la expulsión "en instrumento desprotector del bien jurídico tutelado (la salud pública) y favorecedor del delito" (Sentencia del Tribunal Supremo 2ª 217/2004, de 21-12 SIC).

En el recurso, se dice que se ha producido "una aplicación automática del artículo 89.4 del Código penal sin tener en cuenta las circunstancias

personales" de la afectada, que tiene dos hijos menores de edad, no ha residido nunca en España, es delincuente primaria y lleva en prisión desde julio de 2016. Y, por otro lado, se afirma que en casos similares, y se cita una reciente sentencia de la Audiencia nacional, se ha accedido a lo que aquí se solicita.

Sin embargo, a la vista de la fundamentación jurídica que hemos expuesto, y teniendo en cuenta la atinada impugnación del recurso efectuada por el Ministerio Fiscal, la regla general en toda sentencia condenatoria, sea el ejecutoriado nacional o extranjero, es el normal cumplimiento de la pena, y cuando se está ante una ciudadana comunitaria –como es el caso– ha de aplicarse la normativa específica que para este caso se establece en el artículo 89.4 y que subordina la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea, "solamente" –se dice– a que "represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública".

Es preciso, por tanto, descartar la idea de que el artículo 89 del Código Penal permita que la expulsión quede a la discrecionalidad o elección del condenado y que basten meras razones humanitarias, para ello.

Pues bien, ni el delito cometido ni las circunstancias personales de la recurrente, abonan que estemos ante un caso de la gravedad que autoriza el mentado precepto, para proceder a la expulsión.

El delito de narcotráfico, constituye un azote para la comunidad internacional, por sus devastadores efectos personales, familiares y sociales, debiendo evitarse por tanto, todo mensaje que pueda interpretarse como favorecedor de la impunidad y por ello, contrario a las funciones de prevención general y especial de la norma penal.

Por otro lado, la expresión "amenaza grave para el orden público o la seguridad pública", requiere que existan datos, informes o antecedentes que permitan fundamentar que se trata de quien constituye un peligro o amenaza real, actual y suficientemente relevante, para la convivencia y el orden social, por su hoja histórico-penal, sus conexiones delictivas o el delito cometido –por ejemplo, contra la seguridad nacional–. Y nada de esto, se da, en el presente caso.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (así Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23-11-2010 asunto "Tskouridis -C- 145/2009, ha afirmado que para considerar la "seguridad pública" o el

"orden público" afectados de modo grave , ha de estarse ante "circunstancias excepcionales" es decir, que se alcance un menoscabo a la seguridad con "un nivel particularmente elevado", ya que suponen una excepción al principio fundamental de la libre circulación de personas, lo que exige una interpretación estricta.

En definitiva, la expulsión de un ciudadano comunitario es legítima cuando constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida.

Por todo ello, si se está ante una ciudadana comunitaria, sin residencia anterior en España, y no se ha acreditado concurren los específicos requisitos que establece el artículo 89 del Código Penal, para acordar su expulsión del territorio nacional, no cabe otra respuesta que desestimar el recurso y confirmar la sentencia, ante el único motivo objeto de esta apelación.

SEXTO.- No se aprecian razones para una especial imposición de las costas del recurso, que se declaran de oficio *ex artículo 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

En virtud de lo expuesto y vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D.^a E., CONFIRMANDO la Sentencia nº 22/2017, de 27 de febrero, dictada por la Sección Quinta de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, sin especial imposición de las costas de este recurso.

SUSTITUCIÓN DE CONDENA: POR LOCALIZACIÓN PERMANENTE

63. SENTENCIA 202/2015 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE SECCIÓN 1ª DE 24 DE MARZO

Sustitución de la pena por localización permanente a indigente por considerarlo más adecuado que la imposición de multa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Son HECHOS PROBADOS de la Sentencia apelada, los del tenor literal siguiente: En aras a la brevedad se dan por reproducidos los hechos probados de la Sentencia de instancia.

Segundo.- El FALLO de dicha Sentencia recurrida literalmente dice: "Debo condenar y CONDENO a C. como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de HURTO, en grado de tentativa, a la pena de CUARENTA DÍAS DE MULTA con cuota diaria de SEIS euros, lo que hace un total de DOSCIENTOS CUARENTA EUROS (240,00 euros), así como al pago de las costas procesales causadas, con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resulten impagadas".

Tercero.- Contra dicha Sentencia, en tiempo y forma y por la representación procesal de C. se interpuso recurso, que fue admitido a trámite elevándose las actuaciones a esta Audiencia donde se formó el Rollo N° 000029/2015 de esta Sección, tras haber dado traslado del mismo a las otras partes.

Cuarto.- En la sustanciación de ambas instancias del presente proceso se han observado todas las prescripciones legales procedentes.

SE ACEPTA el Antecedente de HECHOS PROBADOS de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso formalizado en un papel manuscrito por el propio denunciado viene a reconocer la responsabilidad en la comisión de

los hechos que pregona la sentencia, en cuanto que admite que cogió los productos del supermercado, los ocultó entre sus ropas y cuando había rebasado la línea de cajas fue interceptado por vigilante de seguridad del establecimiento que había observado su maniobra y permitió la recuperación de los efectos y el cálculo de su valor.

En su escrito lo que el apelante viene a manifestar es su estado de extrema necesidad y que se encontraba influenciado por las bebidas y sustancias estupefacientes que había ingerido, estado de semiobnubilación que concuerda con la apreciación del Agente que figura en el atestado, quien lo encontró como bebido o en estado de ofuscación por la ingestión de algún producto. Si bien, ese estado no puede trascender en la apreciación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad por expresa prohibición del artículo 638 Código Penal. No obstante, ello no impide que sean tenidas en cuenta tales circunstancias personales y de las influyentes en la comisión del hecho al objeto de imponer una pena proporcionada a las mismas.

Por ello, atendiendo al estado físico y a la afectación que parecía presentar el denunciado, así como a que por su conocida trayectoria delictiva en actos similares, como resulta de las alusiones del Vigilante del supermercado, de quien es conocido por su dedicación a tales sustracciones; y muy especialmente a la precaria situación económica que se desprende de su estado y comportamiento, de las que resulta que la pena de multa se asemeja inadecuada, porque se le pondría en el brete de reiterar las sustracciones para poder sufragarla y evitar la pena privativa de libertad subsidiaria, que, a la postre, sería la que en realidad se le habría impuesto, al carecer de medios con que afrontar el pago de la multa principal; parece más proporcionado y acorde con las circunstancias del apelante y del hecho cometido, imponer la pena de cuatro días de localización permanente, cuyo cumplimiento se acomoda más adecuadamente a las mismas.

SEGUNDO.- Declaro de oficio las costas de esta apelación (artículos 239 y 240 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

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

PARTE DISPOSITIVA

FALLO: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por C., revoco la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Alicante, en el sentido de imponer la pena de cuatro días de localización permanente, en lugar de la de cuarenta días de multa que figura en la sentencia; manteniendo sus restantes pronunciamientos; declarando de oficio las costas de esta apelación.

SUSTITUCIÓN DE CONDENA: POR TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

64. AUTO 172/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA (SECCIÓN 1) DE 24 DE NOVIEMBRE

Criterios para la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora en nombre y representación de D. J.M. se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 10 de septiembre de 2004, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4, de los de Donostia-San Sebastián. Admitido que fue el mismo a trámite se elevó a esta Audiencia testimonio de particulares, teniendo entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 30 de septiembre de 2004, siendo turnados a la sección 1ª y quedando registrados. La fecha para la celebración de DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 23 de noviembre de 2004, a las 11.30 horas de su mañana.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate en esta instancia

La representación procesal de D. J.M. interpone recurso de apelación frente a los autos, de fecha 4 de junio y 10 de septiembre de 2004, por los que se acuerda el ingreso en prisión del recurrente para el cumplimiento de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas en la sentencia firme. En los razonamientos jurídicos del auto que acuerda la ejecución de la pena de prisión (resolución de 4 de junio de 2004) se explicita que no procede la suspensión ni la sustitución de la pena de prisión impuesta por no reunir los requisitos legales.

La representación procesal de D. J.M. interpone recurso de apelación frente a las mentadas resoluciones. Postula su revocación, estimando que no procede la ejecución de las penas de prisión impuestas en la sentencia firme, postulando la aplicación de los remedios jurídicos previstos en nuestra legislación para evitar el cumplimiento de la pena de prisión.

SEGUNDO.- La sustitución de la pena de prisión

I.- El sistema de ejecución penal se nutre de principios de política criminal autónomos. En concreto, la ejecución de la pena debe satisfacer tres criterios complementarios. A saber:

a.- abarcar la significación antijurídica del hecho, transmitiendo a la comunidad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma penal como instrumento idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario (principio de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho);

b.- proteger a las víctimas, evitando fuentes de riesgo de nueva victimización procedentes de la conducta del victimario condenado (principio de protección de las víctimas);

c.- posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de "responsabilización" por el hecho antijurídico cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño (principio de reintegración comunitaria del victimario).

II.- El examen de las actuaciones desarrolladas en la ejecución penal permite obtener la siguiente información en relación a D. J.M.:

a.- fue condenado por sentencia firme, de fecha 27 de mayo de 2004, a la pena de seis meses de prisión por un delito de hurto y seis meses de prisión por un delito de amenazas, así como a la pena de alejamiento pre-

vista en el artículo 57 del Código Penal, prohibiéndole acercarse a menos de 500 metros de Dña F. y de comunicarse con ella, por cualquier medio, incluso visual, durante cinco años; en concepto de reparación del daño se le condena a abonar a Dña F. la cantidad de 1.800 euros;

b.- fue condenado por sentencia firme, de fecha 14 de enero de 1998, a la pena de tres años, nueve meses y un día de prisión como autor de un delito contra la salud pública;

c.- la pena de prohibición de acercamiento y comunicación impuesta se comenzó a cumplir el día 27 de mayo de 2004, estando prevista su extinción el día 25 de mayo de 2009;

d.- el condenado se encuentra, en la actualidad, siguiendo un programa de incorporación social dirigido por el Ayuntamiento de Bergara; su evolución es favorable, habiéndose observado una implicación en su incorporación social; trabaja como peón especialista con el puesto de envasado de material eléctrico desde el día 30 de septiembre de 2003 en la delegación de Bergara de K.L., S.L.

e.- se muestra favorable a la retención de la nómina que percibe como trabajador de K.

III.- El auto que acordó la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia firme (auto de fecha 4 de junio de 2004) explicita, en sus razonamientos jurídicos, que no concurren los requisitos legalmente diseñados para la suspensión o sustitución de la pena de prisión. El primer aserto (no concurren los requisitos precisos para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión) es cierto; el segundo (no acaecen los requisitos precisos para la sustitución de la pena de prisión) no se adecúa a nuestra legislación penal.

En concreto, explicita el artículo 88.1 del Código Penal que los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o

por una jornada de trabajo. Concluye el precepto estableciendo que el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por el tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

La sustitución de la pena de prisión está presidida por los principios de adecuación a la significación antijurídica de los hechos, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario. Su limitación a penas privativas de libertad que, en todo caso, no excedan de dos años constituye una aplicación concreta del principio de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho. La contemplación del esfuerzo para reparar el daño como un criterio jurídico de la sustitución y la implementación de reglas de conducta para reducir las posibilidades de comisión de nuevos delitos y consiguiente creación de nuevas víctimas supone una plasmación del principio de protección de las víctimas. La referencia a las circunstancias personales del victimario como criterio jurídico que permite la sustitución de la pena conlleva un reconocimiento del principio de reintegración comunitaria.

En el presente proceso se encuentran presentes los siguientes factores:

1.- La suma de las penas de prisión impuestas por los delitos de hurto y amenaza no exceden de un año;

2.- Las circunstancias personales del penado (desempeña un puesto de trabajo en la esfera organizativa de K.L., SL, sigue un programa de incorporación social tutelado por el Ayuntamiento de Bergara), denotan un proceso de integración comunitaria;

3. Presenta una disposición a reparar el daño (efectuó una comparecencia judicial para que se procediera al embargo de su salario y con su importe realizar un pago fraccionado de la indemnización fijada en concepto de daños y perjuicios);

4.- Tiene, en términos jurídicos, un antecedente penal "vivo", referido a una condena por un delito contra la salud pública pronunciada en el año 1999.

5.- Está condenado a cumplir una pena de prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima que tiene una duración de cinco años, estando prevista su extinción en el año 2009.

Todos estos factores diseñan el supuesto de hecho previsto en el artículo 88.1 del Código Penal en la medida que:

- 1.- se trata de un reo no habitual;
- 2.- condenado a cumplir una pena privativa de libertad cuya duración no excede de un año;
- 3.- vive en la actualidad circunstancias que permiten su reintegración comunitaria y posibilitan la reparación del daño;
- 4.- se encuentra sujeto a un marco jurídico de contención de riesgos de nueva victimización que permiten una adecuada protección de las víctimas.

Por todo lo afirmado, procede sustituir la pena de prisión impuesta en la sentencia firme por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sustituyéndose cada día de prisión por una jornada de trabajo. Así mismo se impone como regla de conducta el seguimiento durante un año del programa de incorporación social del Ayuntamiento de Bergara atribuyéndose al SAER el control de su cumplimiento, con dación de cuenta, cada tres meses, al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

En razón de lo expuesto

LA SALA DISPONE

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. J.M. revocamos los autos, de fecha 4 de junio y 10 de septiembre de 2004, pronunciados por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián y, en su lugar, emitimos otra resolución por la que acordamos sustituir las penas de prisión impuestas en la sentencia firme, de fecha 27 de mayo de 2004, por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sustituyéndose cada día de prisión por una jornada de trabajo. Así mismo se impone, como regla de conducta, la obligación de seguir, por el plazo de un año, el programa de incorporación social organizado por el Ayuntamiento de Bergara atribuyéndose al SAER el seguimiento de su cumplimiento, con dación de cuenta, cada tres meses, al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

65. AUTO 353/2010 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA (SECCIÓN 4ª) DE 5 DE MAYO

Una vez revocada la suspensión, a la vista de las circunstancias del caso, procede la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 12 de Sevilla el 20 de junio de 2006, firme el 30 de enero de 2007, D. S. fue condenado como autor de un delito de amenazas leves en la pareja, a la pena de nueve meses de prisión, por hechos sucedidos el 9 de junio de 2006. Por auto de 23 de marzo de 2007 se acordó suspender por un plazo de dos años la ejecución de la pena de prisión.

SEGUNDO.- Con posterioridad a la fecha de la notificación de la suspensión el condenado lo fue nuevamente en sentencia de conformidad dictada el 10 de diciembre de 2008 por el Juzgado de Instrucción número 1 de Carmona como autor de un delito de conducción sin permiso, cometido el día 3 del mismo mes, a penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad. Sobre esta base, el Juzgado de lo Penal número 12 dispuso por auto de 17 de diciembre de 2009 la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en esta ejecutoria, decretando el ingreso en prisión del condenado.

TERCERO.- Contra el auto de revocación interpuso la defensa del condenado recurso de reforma, interesando se acordase la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de trabajos en beneficio de la comunidad. El recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal y desestimado por auto de 19 de marzo de 2010. Contra este auto interpuso la defensa del condenado recurso de apelación, que fue admitido en un solo efecto por providencia de 8 de abril de 2010 y nuevamente impugnado por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Remitido a la Audiencia Provincial el oportuno testimonio de particulares, el conocimiento del recurso correspondió por especialización a esta Sección Cuarta, a la que fue turnado el asunto el 30 de abril de 2010; designándose Magistrado Ponente al Sr. J.M.P.V. el siguiente día 3 de mayo, desde cuya fecha pende el recurso de resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Aceptada por la defensa del condenado, por su propia evidencia, la imperatividad legal de revocar el beneficio de suspensión de condena que en su día se otorgó al mismo, al haber cometido éste nuevo delito durante el plazo de la suspensión, la cuestión objeto del recurso queda reducida a la posibilidad y procedencia de acordar ahora, no el cumplimiento de la pena de prisión suspendida, sino la sustitución de la misma por la de trabajos en beneficio de la comunidad, en los términos y conforme a los módulos de conversión del artículo 88.1 del Código Penal.

Desde nuestro auto 642/2006, de 30 de noviembre, hemos venido sosteniendo, y lo mantenemos ahora, que no cabe negar en abstracto la posibilidad de acordar la sustitución de una pena de prisión una vez revocada la suspensión de la ejecución de la misma. La razón que abona esta conclusión es doble: por un lado, el artículo 85.1 del Código Penal dispone que "revocada la suspensión se acordará la ejecución de la pena", pero ello no implica automáticamente el cumplimiento efectivo de la pena de prisión, puesto que la sustitución tiene legalmente la consideración de una forma de ejecución de la pena, de acuerdo con la rúbrica del capítulo del Código Penal que regula tanto la suspensión como la sustitución; por otro, el artículo 88.5 del propio Código sólo excluye la sustitución de penas sustitutivas de otras, pero nada dice de las penas suspendidas, en caso de revocación del beneficio.

Ahora bien: en nuestro auto antes citado calificábamos ya esta posibilidad de sustitución posterior a la revocación de la suspensión como una "solución excepcional", que sólo se justifica en supuestos muy especiales en que las circunstancias del caso y del culpable hagan desaconsejable el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta, desde la perspectiva de los fines de prevención especial y de resocialización del delincuente. La razón de esta restricción es obvia: sólo en supuestos excepcionales puede admitirse que un delincuente que ha gozado ya de una oportunidad a prueba para no tener que cumplir una condena firme de prisión, y ha fallado en el cumplimiento de la condición impuesta, pueda gozar de un beneficio adicional y posterior para eludir la prisión, cuando no respondió adecuadamente al primero.

Sin embargo, a diferencia de lo que parece ser el criterio del órgano de instancia y del Ministerio Fiscal, el Tribunal entiende que no cabe descartar sin más que puedan concurrir esos supuestos de excepción, por lo que es preciso prestar una atención individualizada a la pluralidad de factores concurrentes en cada caso antes de adoptar la decisión de cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad por revocación de la suspensión; debiendo tenerse en cuenta datos tales como la naturaleza y características criminológicas del delito inicial y del sobrevenido, la relación que pueda existir entre los mismos por el bien jurídico protegido, por los sujetos o por la dinámica comisiva, la peligrosidad delictiva que demuestre el delito que motiva la revocación, la pena impuesta por este segundo delito y, en caso de ser privativa de libertad, lo que se haya acordado o pueda acordarse respecto a sus modalidades de ejecución, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito cuyo cumplimiento o sustitución se trata, la evolución seguida durante ese tiempo por el delincuente en cuanto a su integración sociolaboral y sus perspectivas de vida honrada en libertad, incluidas posibles causas penales pendientes, la existencia o no de responsabilidades civiles y en caso afirmativo el esfuerzo reparatorio del condenado, la actitud, en su caso, de la víctima y la existencia de otras penas adicionales a la privativa de libertad y las vicisitudes de su cumplimiento.

SEGUNDO.- Proyectando estos criterios generales sobre el caso objeto del recurso, el Tribunal no puede compartir el criterio negativo que sobre la procedencia de la sustitución mantienen ambas acusaciones y el órgano a quo.

En efecto, partiendo del cumplimiento de todos los requisitos legales del artículo 88 del Código Penal (la pena de prisión no excede de un año, el condenado no es delincuente habitual y no existen responsabilidades civiles pendientes de satisfacción), la sustitución de la pena de prisión resulta, a juicio del Tribunal, indudablemente adecuada en el caso de autos, de acuerdo con la principal finalidad político-criminal de dicha medida, que no es otra que la de evitar el ingreso en prisión de delincuentes para los que no es posible o aconsejable la suspensión, pero tampoco es necesario a fines de prevención especial el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. Y esta situación es la que se produce a nuestro entender en este supuesto, a la vista de factores como los siguientes:

a) El delito de cuya pena el recurrente obtuvo inicialmente la suspensión de su ejecución fue calificado como una amenaza leve a la ya ex pareja

del autor, lo que implica su carácter ocasional, la ausencia de violencia física y su menor gravedad relativa, que de no mediar el componente de género habría determinado su consideración como falta.

b) El sujeto cometió este delito hace cerca ya de cuatro años, sin que en ese dilatado período haya vuelto a reiterar actos de la misma índole, no habiendo surgido incidencias en el cumplimiento de la pena adicional de alejamiento de la víctima, lo que indica la total ausencia de riesgo de reincidencia y la falta de necesidad preventivo-especial del cumplimiento efectivo de la pena de prisión; habiendo comprobado por su parte el Tribunal que no figuran tampoco nuevas causas incoadas al recurrente por cualquier motivo en el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia.

c) El delito que ha determinado la preceptiva revocación de la suspensión de condena carece igualmente de naturaleza violenta, no tiene ninguna relación criminológica con el anterior que nos ocupa, ha sido sancionado con penas no privativas de libertad y no es revelador de una especial peligrosidad delictiva del autor, como no sea, si acaso, para la seguridad vial, bien jurídico por completo ajeno al aquí en juego.

d) Adicionalmente, y aunque sea con valor sólo accesorio, la víctima del delito de amenazas no se opuso en su día a la suspensión de la ejecución de la pena, según resulta del auto que la concedió; por lo que, aunque no conste su postura sobre la sustitución, es razonable suponer que no pueda tener inconveniente al respecto más de dos años después y sin haber denunciado nuevos problemas con el condenado.

En las condiciones expuestas, sería contradictorio y contraproducente, desde la perspectiva de prevención especial y reinserción social que debe primar en esta fase de ejecución, que un sujeto al que se consideró innecesario ingresar en prisión en un momento razonablemente próximo a la perpetración de un delito de amenazas leves hubiera de hacerlo porque casi cuatro años después haya sido condenado por conducir un vehículo de motor sin permiso de conducción, precisamente cuando el transcurso del tiempo y la evolución de su situación personal y familiar permiten un pronóstico favorable de peligrosidad criminal en el ámbito aquí relevante; existiendo para evitar este resultado anómalo una medida alternativa legalmente hacedera y adecuada en caso concreto, como es la sustitución de la pena de prisión, que, por otra parte, no presenta el riesgo de provocar una

aparición de impunidad, pues en definitiva el condenado habrá de cumplir efectivamente una pena por su delito, bien que de distinta naturaleza a la originalmente impuesta.

TERCERO.- Sentada así la posibilidad y procedencia de sustituir la pena de prisión impuesta en sentencia, la aplicación del último párrafo del artículo 88.1 del Código Penal determina que la sustitución sólo sea posible por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, al haber sido condenado el reo por un delito relacionado con la violencia de género. Deben imponerse así, de acuerdo con los módulos de conversión del mismo precepto, un total de 270 días de trabajos en beneficio de la comunidad, que habrán de ir acompañados de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del artículo 83.1 del Código Penal; fijándose en un año a partir de su notificación el plazo de las prohibiciones de acudir al domicilio de la víctima y de aproximarse a menos de trescientos metros o comunicar con ella por cualquier medio, y quedando la determinación de los programas específicos de reeducación en materia de violencia de género deferida a la elaboración del plan de intervención y seguimiento que, junto con el plan de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad deberán elaborar los Servicios Sociales Penitenciarios, de conformidad con el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo. En estos términos el recurso debe, en definitiva, ser estimado.

PARTE DISPOSITIVA

VISTOS, además de los preceptos legales citados, el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala ACUERDA:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador, en nombre del condenado D. S., contra el auto dictado el 19 de marzo de 2010 por la Ilma. Sra. Magistrada titular del Juzgado de lo Penal número 12 de Sevilla, auto que, desestimando la reforma de otro de 17 de diciembre de 2009 que acordó revocar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta al recurrente, denegó también expresamente la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad; revocando la resolución recurrida en cuanto a este último pronunciamiento.

Y, en su lugar, disponer la sustitución de la pena de nueve meses de prisión impuesta al condenado por 270 días de trabajos en beneficio de la comunidad, sin perjuicio del previo abono de la privación de libertad que haya podido sufrir en esta causa el recurrente y con apercibimiento de que el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva conllevará la ejecución de la parte restante de la pena de prisión inicialmente impuesta, con el descuento que proceda según las jornadas de trabajo cumplidas; imponiendo además a dicho condenado la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico en materia de violencia de género y la observancia de las prohibiciones de acudir al domicilio de la víctima y de aproximarse a ella a menos de trescientos metros y comunicar con ella por cualquier medio, ambas por tiempo de un año.

Para la elaboración del plan de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y del plan de intervención y seguimiento de las medidas acordadas, el Juzgado de lo Penal remitirá a los Servicios Sociales Penitenciarios los testimonios oportunos, en los términos y a los efectos previstos en el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo.

SUSPENSIÓN DE CONDENA: GENERAL

66. SENTENCIA 25/2000 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 31 DE ENERO

Insuficiente motivación en la denegación de suspensión en el supuesto de enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

En el recurso de amparo núm. 2768/1997, promovido por don S. representado por procurador y asistido por letrado contra los Autos de 4 de febrero y 29 de mayo de 1997, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al recurrente. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de junio de 1997, don M. procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don S. interpuso recurso de amparo, turnado con el núm. 2768/1997, contra los autos referidos en el encabezamiento, que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente.

2.- Los hechos más relevantes para la presente demanda son los siguientes.

a) El recurrente fue condenado por la Audiencia Provincial de A Coruña en Sentencia de 14 de enero de 1995 como autor de un delito de homicidio frustrado, del artículo 407 en relación con el artículo 3 del Código Penal, texto refundido 1973 a la pena de seis años y un día de prisión mayor. Interpuesto recurso de casación, se declaró no haber lugar al mismo por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996. Asimismo el Gobierno denegó el indulto instado por Resolución del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1996.

b) El recurrente solicitó de la Audiencia Provincial de A Coruña la suspensión de la ejecución de la pena conforme al artículo 80.4 del Código Penal de 1995, alegando padecer una enfermedad muy grave e incurable y los efectos negativos que el ingreso en prisión tendría para su enfermedad, avalando todo ello con distintos informes médicos.

c) La Audiencia Provincial denegó la suspensión mediante Auto de 4 de febrero de 1997 con el siguiente fundamento jurídico único: «Dada la entidad del delito (homicidio en grado de frustración) por el que fue condenado S. que el Consejo de Ministros, por Resolución de fecha 31 de octubre pasado, deniega el indulto solicitado, y que en el expediente tramitado al efecto ya alega los padecimientos que sufre el penado, no procede acceder a la suspensión de la ejecución de la pena».

d) Interpuesto recurso de súplica, la Audiencia Provincial solicitó informe del médico forense de reconocimiento del condenado, en particular, sobre la enfermedad que padece, tratamiento al que está sometido, en su caso, y tiempo de curación estimado. En el informe forense consta: que el condenado padece una enfermedad crónica e irreversible –artereopatía periférica obliterante en miembros inferiores, insuficiencia venosa crónica y diabetes mellitus– y que su patología puede empeorar por el estrés o ansie-

dad, siendo el pronóstico sombrío, porque, dado el cuadro ansioso depresivo que padece el sujeto debido a su situación personal, se vislumbra poco éxito en la curación y posibilidad de intervención quirúrgica. En los otros informes médicos aportados consta que la artereopatía le provoca edema en las extremidades, dolores, pérdida de movilidad en articulaciones y heridas al mínimo roce, siendo posible la necesidad de operación quirúrgica para amputación de las zonas afectadas si se produce gangrena, pues existe riesgo de que ésta se genere ya que la enfermedad se ha agravado en los últimos seis años debido a la diabetes.

e) La Audiencia Provincial por Auto de 29 de mayo de 1997, desestimó el recurso de súplica con el siguiente fundamento jurídico único: «Debe ser rechazado el recurso ahora interpuesto, pues resulta evidente que ninguna infracción se ha venido a cometer con la Resolución atacada, ya que el penado no se encuentra incurso dentro de los supuestos y requisitos prevenidos en los artículos. 80 y 81 Código Penal para la concesión de la suspensión de condena, y ninguna infracción de precepto alguno se ha venido a causar con aquella resolución, ni que la referencia genérica a preceptos constitucionales, como hace la parte recurrente, pueda tener virtualidad alguna, máxime cuando de los informes aportados no parece desprenderse circunstancia alguna que pueda hacer merecedor al penado de la inejecución que insta, pues el estrés y la angustia que puede provocar el régimen de prisión forma parte del carácter aflictivo que infunde toda pena, y todo ello sin perjuicio de que, una vez ingresado en el órgano penitenciario, y atendiendo a su estado de salud, puedan aplicarle alguno de los beneficios de dicho orden».

3.- El recurrente alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución Española) por falta de motivación fundada en derecho de los autos que deniegan la suspensión de la ejecución de la pena solicitada y vulneración del derecho a la vida e integridad física (artículo 15 Constitución Española).

Se alega, en primer término, la ausencia de fundamentación en derecho de los autos recurridos al no ajustarse a lo establecido en el artículo 80.4 del Código Penal de 1995, dado que este precepto prevé la posibilidad de conceder la suspensión, en casos de enfermedad grave e incurable, de cualquier pena impuesta y sin sujeción a requisito alguno, salvo en los casos en los que, en el momento de comisión del delito, estuviera suspendida por el mismo motivo otra pena impuesta. Los autos mencionados no habrían tomado

en consideración que las exigencias de motivación inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva son más estrictas cuando se conectan con otro derecho fundamental. De forma que las resoluciones impugnadas tampoco se ajustarían a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, que, si bien fue enunciada respecto de la concesión de la libertad condicional en casos de enfermedad grave y padecimientos incurables, sería aplicable a la suspensión de la ejecución de la pena solicitada en base al mismo presupuesto, hoy recogido en el artículo 80.4 Código Penal de 1995. De conformidad con ella, el órgano judicial debería haber ponderado que la finalidad de la institución es lograr un equilibrio entre el derecho a la vida e integridad física del penado y el derecho a la seguridad colectiva.

En segundo término, se pretende lesionado el derecho a la vida y a la integridad física del recurrente, dado que, de los informes médicos aportados, deriva que la denegación de la suspensión de la ejecución y consiguiente ingreso en prisión produciría un riesgo cierto para la vida e integridad física del penado. Y, dada la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, ello es suficiente para entender vulnerado el derecho a la vida e integridad física del artículo 15 de la Constitución Española.

4.- Por Providencia de 13 de octubre de 1998, la Sección, con carácter previo a la decisión sobre la admisión del presente recurso de amparo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acordó requerir a la Audiencia Provincial de A Coruña para que, en el plazo de diez días, remitiera la pieza separada de ejecución de Sentencia del Juzgado de Instrucción número 2 de El Ferrol.

5.- Por Providencia de 8 de febrero de 1999, la Sección acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones remitido, admitir a trámite la demanda de amparo, y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dar vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que dentro de dicho término pudieran presentar alegaciones. Igualmente acordó abrir la pieza separada de suspensión solicitada, y, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de conceder plazo común de tres días para que el Ministerio Fiscal y el solicitante de amparo alegasen lo que estimaren pertinente en relación con la suspensión interesada.

6.- La representación del recurrente, en escrito registrado en este Tribunal el 15 de febrero de 1999, reiteró las alegaciones expuestas en la deman-

da de amparo sobre la pertinencia de la suspensión de la ejecución de los autos recurridos, toda vez que el ingreso en prisión del recurrente le ocasionaría un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su finalidad. Se entiende que el objeto del recurso coincide con el de la pieza de suspensión ya que se pretende el no ingreso en prisión del recurrente debido al riesgo para la vida y la integridad física que el mismo conlleva. Por ello se sostiene que una respuesta negativa a la suspensión de los autos dejaría sin finalidad el recurso, anticipando una respuesta negativa a la demanda de amparo. Por tanto, las mismas razones que avalan la pretensión de amparo, sustentan la necesidad de suspender la ejecución de los autos recurridos.

7.- El Ministerio Fiscal, en escrito registrado en el Tribunal con fecha 19 de febrero de 1999, consideró improcedente la suspensión instada. Pues, de un lado, dado que la Resolución impugnada tiene contenido negativo, la denegación del beneficio de suspensión de la condena, su posible suspensión sólo tendría el efecto de retornar a la situación preexistente, es decir, a una Sentencia firme condenatoria que debería ser ejecutada. De otro, si se atiende al contenido de la Sentencia condenatoria, de conformidad con la doctrina constitucional, no procedería la suspensión dada la gravedad del delito por el que fue condenado y la duración de la pena impuesta.

8.- Por Auto de 14 de junio de 1999, la Sala Primera acordó denegar la suspensión solicitada teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal y la propia jurisprudencia del Tribunal sobre la interpretación del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

9.- El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 5 de marzo de 1999, interesó la desestimación de la demanda de amparo.

En relación con la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, parte el Ministerio Fiscal de la constatación de que, si bien el Código Penal no establece otros requisitos que el padecer una enfermedad grave e incurable, la concesión de la suspensión no deja de ser una facultad del Tribunal, de manera que los requisitos constituyen condiciones mínimas pero no suficientes de la suspensión. Las exigencias de motivación operarían en un doble nivel, de un lado, en cuanto a la concurrencia de los requisitos del artículo 80.4, y, de otro, en caso de que concurran, como exigencia de exteriorización de las razones de su facultativa concesión o denegación.

La concurrencia o no de los requisitos para conceder la suspensión de la condena por razón de enfermedad, constituye una cuestión meramente

fáctica cuya apreciación es competencia de los Tribunales ordinarios, que no requiere argumentos jurídicos, sino que ha de estar basada en criterios de experiencia del juzgador y del contenido de las pericias aportadas. En este orden de cuestiones se sostiene que el concepto de gravedad de la enfermedad requiere una valoración atendiendo al fundamento de la facultad que el artículo 80.4 del Código Penal concede al juzgador, que lejos de configurarlo como una medida de gracia humanitaria, que no sería competencia de los órganos jurisdiccionales, pretende dar una solución de política penitenciaria para aquellos supuestos en los que la ejecución de las penas carece de eficacia para el cumplimiento de los fines rehabilitadores y de reeducación que son propios de las sanciones penales.

Teniendo en cuenta estos criterios, concluye que el Auto de 4 de febrero adolece de falta de fundamentación, sin que pueda entenderse que la remisión genérica a las razones de la denegación del indulto por parte del Consejo de Ministros pueda cubrir el vacío argumental denunciado. Por el contrario, entiende que el Auto de 29 de mayo de 1997 de la Audiencia Provincial contiene una fundamentación, subsanando el defecto de la resolución anterior, por cuanto se hace referencia al informe del médico forense, cuyo contenido asume, si bien se entiende que no se encuentra en ninguno de los supuestos de los artículos 80 y 81 del Código Penal. El Tribunal penal se habría detenido en el primer nivel de valoración al negar la concurrencia de los presupuestos legales para poder hacer uso de la facultad discrecional que le atribuye el Código Penal, aunque añadió la suficiencia de los medios que la Administración penitenciaria dispone para hacer frente a las consecuencias de la enfermedad alegada. Se concluye, en consecuencia, la existencia de una motivación expresa, aunque no exhaustiva, que permite conocer los motivos de la denegación, como lo demuestra la falta de alegación de indefensión o desconocimiento de las razones de la desestimación, centrandó más bien su oposición en combatir el criterio judicial denegatorio.

Asimismo niega el Ministerio Fiscal que se produzca la vulneración del derecho del recurrente a la vida y a la integridad física, pues sería inexacto y carente de fundamento fáctico y legal. Se afirma que ante la existencia de diferentes dictámenes e informes médicos, el Tribunal estimó que el cumplimiento de la pena privativa de libertad no afectaría negativamente a los bienes del penado, señalando expresamente que el régimen penitenciario dispone de los instrumentos necesarios para evitar tales daños. A partir de

todo ello, no parece irrazonable admitir que el cumplimiento de la pena sea compatible con la enfermedad, sin que ésta haya de agravarse por tal motivo. En consecuencia, y teniendo en cuenta las posibilidades de tratamiento individualizado que permite la legislación penitenciaria, no se aprecia que el cumplimiento de la pena impuesta haya de producir un ataque a la vida e integridad física del actor.

10.- Transcurrido el plazo para efectuar alegaciones sin que procediese a efectuarlas la representación del recurrente, por Providencia de 8 de octubre de 1999 se señaló para la deliberación y fallo el día 11 del mismo mes y año, fecha en que se inició el trámite que ha finalizado hoy.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- La presente demanda de amparo impugna los autos de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Segunda) que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al recurrente, desde la perspectiva de los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución) y a la vida e integridad física (artículo 15 Constitución), que habrían resultado vulnerados. Se sostiene, en primer término, la ausencia de fundamentación en derecho de los autos recurridos, pues no se ajustarían ni a lo dispuesto en el artículo 80.4 del Código Penal de 1995, ni a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 25 de marzo, que, en un supuesto similar de denegación de la libertad condicional a un penado que padecía una enfermedad grave e incurable, afirmó que la finalidad de la institución es lograr un equilibrio entre el derecho a la vida e integridad física del penado y el derecho a la seguridad colectiva. En segundo término, se pretende lesionado el derecho a la vida y a la integridad física del recurrente, pues de su ingreso en prisión derivaría un riesgo cierto para su vida e integridad física, siendo ello suficiente para entender vulnerado este derecho a la luz de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996.

Si bien el examen de las vulneraciones aducidas ha de iniciarse por la alegación referida al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto su eventual estimación tendría como efecto la anulación de los autos recurridos con la consiguiente retroacción de actuaciones, y convertiría, en consecuencia, en innecesario el análisis de la segunda vulneración alegada, ello no puede tener como consecuencia en este caso la total ausencia de consideración de esta última, puesto que al haber alegado el recurrente

como fundamento de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena padecer una enfermedad muy grave e incurable, ambas pretensiones aparecen conectadas, al menos en sus presupuestos fácticos.

2.- Para una más adecuada decisión del caso enjuiciado, resulta oportuno recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (Sentencias del Tribunal Constitucional 131/1990, de 16 de julio, F. 1 y 112/1996, de 24 de junio. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 122/1991, de 3 de junio, F. 2, 5/1995, de 10 de enero, F. 3, y 58/1997, de 18 de marzo, F. 2).

En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere «arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable» no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1987, de 23 de febrero, F. 3, 112/1996, de 24 de junio, F. 2 y 119/1998, de 4 de junio, F. 2).

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1996, de 16 de abril, F. 2, 34/1997, de 25 de febrero, F. 2, 175/1997, de 27 de octubre, F. 4, 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4, 83/1998, F. 3, 116/1998, de 2 de junio, F. 4, y 2/1999, de 25 de enero, F. 2, entre otras), como también lo es, aunque en distinta medida, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el valor libertad. Así, en relación con la concesión de los permisos penitenciarios, este Tribunal ha señalado que si bien su denegación no supone una lesión del derecho a la libertad en sentido propio, dado que el título legítimo de la privación de libertad es la sentencia condenatoria, sin embargo, las resoluciones denegatorias afectan al valor superior libertad. Por ello, «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor su-

perior» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, F. 2, 79/1998, de 1 de abril, F. 4, y 88/1998, de 21 de abril, F. 4).

Finalmente, hemos de considerar que los órganos judiciales no resultan dispensados del deber de motivar sus resoluciones por el hecho de que hayan de dictarlas en un ámbito en el que gozan de un cierto margen de discrecionalidad, pues como este Tribunal ha afirmado, «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1992, de 14 de diciembre, F. 3).

3.- De conformidad con lo expuesto, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado, dado que en un supuesto como el examinado, el deber de explicitar el fundamento de la decisión se conecta tanto con el valor libertad como con el derecho a la integridad física (artículo 15 Constitución).

En efecto, la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de Centros Penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que, en el caso examinado, la suspensión se solicita con fundamento en los efectos negativos que el ingreso en prisión del condenado tendría para la evolución de su enfermedad, de forma que se alega el riesgo de afección de la integridad física que la ejecución de la pena privativa de libertad conllevaría. Por consiguiente, la decisión judicial, ni en cuanto a su forma de expresión, ni en cuanto al contenido de su fundamentación, puede dejar de tomar en consideración

el derecho fundamental a la integridad física del recurrente que se estima quedaría restringido.

En efecto, el deber de motivación exigido por este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que se conectan con un derecho fundamental se refuerza, respecto del exigido con carácter general «ex» artículo 24.1 Constitución, por dos exigencias esenciales. De un lado, en cuanto a la forma o exteriorización de la motivación, este Tribunal tiene declarado que, dada la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, «todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental que se estime conculcado por la resolución impugnada debe ser resuelto expresamente», por lo que no es posible una motivación tácita (Sentencias del Tribunal Constitucional 34/1997, de 25 de febrero, F. 2 y 83/1998, de 20 de abril, F. 3, entre otras). Y, de otro, en cuanto al contenido de la fundamentación, la limitación o restricción de derechos fundamentales requiere que el razonamiento «respete el contenido constitucionalmente garantizado» del derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1999, de 8 de marzo F. 2). Por tanto, resulta necesario que se exprese el juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego en cada caso, «haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1997, de 1 de julio, F. 3).

4.- Proyectada la anterior doctrina al caso enjuiciado, ha de darse la razón al recurrente, en cuanto los autos que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena lesionaron su derecho a la tutela judicial efectiva, pues si bien se ajustaron formalmente al deber de motivación, al exteriorizar las razones de la decisión denegatoria, no puede entenderse que el fundamento de ésta, que en ellas aparece explicitado, constituya una razonable interpretación y aplicación al caso de las normas aplicables.

En efecto, el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad aparece previsto con carácter general en el vigente Código Penal, estableciéndose la posibilidad de concederla «mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto» (artículo 80.1), siempre que concurran los requisitos que se determinan en el artículo 81: haber delinquido por primera vez, que la pena impuesta no supere los dos años de prisión y haber satisfecho las responsabilidades civiles. De este régimen general se separa la suspensión de la ejecución de la pena en casos de enfermedad muy grave, pues el artículo 80.4 establece que los «Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar

la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo».

Del régimen específico de la suspensión de la ejecución para los casos en que se alegue enfermedad muy grave, deriva que, ciertamente, los Tribunales sentenciadores cuentan con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en la concesión o denegación de la suspensión. De un lado, en cuanto a la apreciación del presupuesto de la suspensión excepcional, es decir, en la ponderación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero, de otro, también existe un núcleo discrecional en la decisión misma de exonerar al condenado, en el caso concreto, de la concurrencia de los requisitos generales para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena.

Por tanto, sin necesidad de analizar cuál sea la interpretación más acertada de la citada norma, dado que no compete a este Tribunal la interpretación de los preceptos penales, en lo atinente a la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, pues se trata, en principio, de una cuestión de legalidad ordinaria, al igual que la apreciación de la concurrencia de los requisitos para la concesión de los beneficios penitenciarios como los permisos de salida o la libertad condicional (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, F. 2, 81/1997, de 22 de abril, F. 3, 193/1997, de 11 de noviembre, F. 3, y 75/1998, de 31 de marzo, F. 3), procede, no obstante, señalar que una resolución fundada en Derecho en este marco sería aquella que exteriorizara las razones por las cuales estimase, de un lado, si concurrir o no el presupuesto habilitante de la suspensión específica –enfermedad muy grave con padecimientos incurables–, y, de otro, las que ponderen y justifiquen que, aun concurriendo el mencionado presupuesto fáctico, es improcedente la suspensión atendiendo a las circunstancias individuales del penado, así como otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión.

5.- Llegados a este punto conviene tener presente la fundamentación de los autos impugnados. Por lo que se refiere al inicial Auto denegatorio de 4 de febrero de 1997, su fundamento jurídico único es del siguiente tenor literal:

«Dada la entidad del delito (homicidio en grado de frustración) por el que fue condenado S., que el Consejo de Ministros, por Resolución de fecha 31 de octubre pasado, deniega el indulto solicitado, y que en el expediente tramitado al efecto ya alegan los padecimientos que sufre el penado, no procede acceder a la suspensión de la ejecución de la pena».

Por su parte, el fundamento jurídico único del Auto de 29 de mayo de 1997, resolutorio de la súplica, tiene como contenido el que a continuación se transcribe:

«Debe ser rechazado el recurso ahora interpuesto, pues resulta evidente que ninguna infracción se ha venido a cometer con la Resolución atacada, ya que el penado no se encuentra incurso dentro de los supuestos y requisitos prevenidos en los artículos 80 y 81 del Código Penal para la concesión de la suspensión de condena, y ninguna infracción de precepto alguno se ha venido a causar con aquella Resolución, ni que la referencia genérica a preceptos constitucionales, como hace la parte recurrente, pueda tener virtualidad alguna, máxime cuando de los informes aportados no parece desprenderse circunstancia alguna que pueda hacer merecedor al penado de la inexecución que insta, pues el estrés y la angustia que puede provocar el régimen de prisión forma parte del carácter afflictivo que infunde toda pena, y todo ello sin perjuicio de que, una vez ingresado en el órgano penitenciario, y atendiendo a su estado de salud, puedan aplicarle alguno de los beneficios de dicho orden».

6.- En cuanto a la concurrencia o no en el penado de una enfermedad de las características exigidas como presupuesto del beneficio de la suspensión, no se encuentra en los autos impugnados razonamiento expreso al efecto, ni afirmación alguna que permita inferir si para la Audiencia Provincial ha de entenderse inexistente una enfermedad grave que ocasione en el condenado padecimientos incurables, no obstante existir en los informes médicos aportados a la causa por el recurrente, y en el informe forense, datos suficientes para adoptar una decisión fundada sobre tal presupuesto básico.

Si bien este Tribunal no puede afirmar ni cuestionar la concurrencia en el presente caso de una enfermedad grave que ocasiona padecimientos incurables, ni tampoco imaginar las razones que podrían avalar una u otra hipótesis, al constituir su apreciación tarea atribuida a los Tribunales ordinarios, ello no impide estimar el amparo por falta de motivación de las

resoluciones impugnadas, dado que la ausencia de fundamentación acerca de la existencia del que constituye el presupuesto de la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena es suficiente a estos efectos, pues ningún argumento de otro tipo puede suplir la carencia de aquél.

No obstante lo cual, y a mayor abundamiento, ha de advertirse que si sobre los Tribunales ordinarios recae el deber de argumentar los motivos y circunstancias que podían respaldar la negativa a la suspensión instada, con los perjudiciales efectos que en la salud del penado podía tener su ingreso en prisión, las resoluciones impugnadas no contienen los requeridos razonamientos, en orden a considerar satisfechas las necesidades de ponderación de los bienes y valores comprometidos.

Así, no aparecen en las citadas resoluciones argumentos sobre la ponderación de las circunstancias individuales del penado de las que se derive que haya de primar el valor de la seguridad colectiva sobre el de la integridad física de aquél. Como sostiene el Ministerio Fiscal, ni la entidad del delito ni la remisión indirecta a las razones de la negativa a la concesión del indulto por el Gobierno —a las que apela el Auto de 4 de febrero— expresan las razones de la negativa. De un lado, porque la entidad del delito se refleja en la gravedad de la pena impuesta, y éste es uno de los requisitos cuya exención o no ha de fundamentarse. De otro, porque la remisión a las razones de la negativa a la concesión del indulto particular por el Gobierno, cualesquiera que éstas sean, no pueden avalar la denegación de la suspensión, ya que se trata de un instituto con un fundamento netamente distinto al de la suspensión de la ejecución, que se otorga en el ámbito del derecho de gracia, y se concede por el Gobierno y no por los Tribunales.

Tampoco hallamos en el Auto de 29 de mayo de 1997, resolutorio del recurso de súplica, expresión de un adecuado e individualizado juicio de ponderación, pues, de un lado, a estos efectos, una remisión genérica a preceptos legales, incluso aunque fueran aplicables al caso, no puede considerarse fórmula apropiada, dado que expresa un juicio generalizado y desvinculado de las circunstancias específicas del caso. Y, de otro, tampoco el último inciso del fundamento jurídico de dicho Auto refleja la toma en consideración del riesgo para la integridad física del penado derivado, no del estrés que de forma general afecta a toda persona que ingresa en prisión, sino del estrés y angustia específicamente alegados como padecidos por el ahora demandante de amparo.

7.- La anterior conclusión resulta reforzada si se tiene en cuenta, de un lado, que la afección del valor libertad exige «motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, F. 2, 79/1998, de 1 de abril, F. 4, y 88/1998 de 21 de abril, F. 4); de otro, que el propio artículo 80.1 del Código Penal establece que las resoluciones sobre la concesión de la suspensión de la ejecución deben motivarse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto; y por último que, ciertamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 25 de marzo, invocada por el recurrente, señaló que la posibilidad de otorgar la libertad condicional en casos de enfermedad grave, similares a los actuales de suspensión de ejecución de la pena, pretende un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. En consecuencia, una motivación fundada en Derecho requiere la ponderación de los bienes y derechos en conflicto: de un lado, la seguridad colectiva que podría verse afectada por el no ingreso en prisión de un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia, dadas sus circunstancias personales y, sobre todo, en atención a la incidencia en dicho pronóstico de la enfermedad padecida por el mismo y, de otro, el grado de afección del derecho a la vida e integridad física del condenado teniendo en cuenta el tipo de enfermedad y la mayor o menor incidencia que el ingreso en prisión de quien la padece tendría en ella.

8.- Nada de todo ello aparece expuesto en los autos impugnados, por lo que ha de concluirse que vulneraron el derecho del recurrente a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho sobre el fondo del asunto, y, en consecuencia, procede estimar el amparo solicitado con anulación de dichas Resoluciones, a fin de que la Audiencia Provincial de A Coruña vuelva a emitir el oportuno pronunciamiento debidamente fundado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por don S. y, en consecuencia:

1º Reconocer al recurrente su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 Constitución)

2º Anular los Autos de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Segunda) de 4 de febrero y 29 de mayo de 1997.

3º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el primero de los mencionados autos, a fin de que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña dicte nueva resolución debidamente fundada en Derecho.

67. SENTENCIA 222/2007 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 8 DE OCTUBRE

Otorgamiento de amparo. Necesidad de fundamentación reforzada en relación con la concurrencia de los presupuestos de la suspensión solicitada.

I. ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 31 de julio de 2006 la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don M.A.D. interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se hace mérito en el encabezamiento.

2.- Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El recurrente fue condenado en Sentencia firme, dictada de conformidad por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, el día 25 de enero de 2002, a la pena de tres años de prisión y multa de 243.423 pesetas, con las accesorias legales, como autor de un delito contra la salud pública con la concurrencia de la atenuante de drogadicción. En esta resolución se considera probado que el acusado fue sorprendido por la Guardia civil en posesión de doce papelinas de cocaína, que tenía ánimo de vender en el mercado ilegal, y que tales hechos fueron realizados bajo los

efectos de su condición de drogadicto, teniendo sus facultades intelectivas y volitivas afectadas.

La representación procesal del recurrente presentó un escrito, registrado en la Audiencia Provincial de Alicante el día 15 de febrero de 2002, en el que solicitaba la suspensión de la pena de prisión impuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 87 y concordantes del Código Penal, aportando al efecto documentación justificativa del tratamiento de deshabituación por adicción a la cocaína.

Mediante Auto de fecha 6 de mayo de 2002 la Sala declaró la firmeza de la Sentencia, accedió al pago aplazado de la multa impuesta en seis mensualidades (cinco de 240,4 € y una última de 261 €) y, en relación con la suspensión solicitada, acordó reclamar los antecedentes penales al Registro de Penados y Rebeldes. La solicitud de dicha información se cursó vía fax ese mismo día, obrando en las actuaciones al folio siguiente de la misma un documento, emitido por el Registro de Penados y Rebeldes el día 6 de junio de 2002 en el que consta la existencia de una condena anterior, firme el 1 de junio de 1998 y suspendida.

b) Una vez recibidos los antecedentes penales la actividad de la Sala se limitó a verificar el pago de la multa, sin que resolviera sobre la suspensión de la pena privativa de libertad. Y por providencia de 28 de mayo de 2003 se acordó requerir al condenado, mediante exhorto al Juzgado de Paz de Jávea, el pago de la cantidad que le quedaba pendiente y que ascendía a 20,60 €. Consta en las actuaciones una diligencia del requerimiento practicado a tal efecto positivamente en su persona el día 14 de julio de 2003.

Posteriormente, mediante providencia de 24 de febrero de 2004, se acordó efectuar un nuevo requerimiento en el mismo domicilio al no haberse ingresado la cantidad pendiente de pago de la multa. En este caso el Juzgado de Paz de Jávea extendió una diligencia, de fecha 14 de octubre de 2004, en la que el Secretario del Juzgado hace constar que, «personado el agente en el domicilio indicado, los vecinos le informan de que no conocen a M.A. y que nunca ha vivido en dicho domicilio; consultado el padrón de habitantes de esta localidad, dicho señor no aparece registrado en el mismo».

c) Desde entonces no se observa actividad procesal alguna en la ejecutoria hasta que, por providencia de 21 de febrero de 2006, la Audiencia acordó pasar la causa al Ministerio público para que informase sobre si procedía o no la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

El día 3 de marzo de 2006 el Fiscal emitió un informe en el cual afirma que, dado que el condenado no se encuentra a disposición del Tribunal, y ante su ignorado paradero, no procede la suspensión solicitada, sino su busca y captura y su ingreso para el cumplimiento de la pena impuesta.

De conformidad con tal criterio, mediante providencia de 10 de marzo de 2006, la Sala ordenó la busca y captura y el ingreso en prisión del condenado, «dado su ignorado paradero». A tal fin se remitieron oficios a los Directores Generales de la Policía y de la Guardia civil en los que se hace constar como último domicilio conocido del penado la calle S.P, de la localidad de Carcaixent (Valencia). El día 10 de mayo de 2006 el recurrente fue detenido y puesto a disposición de la Audiencia, que libró mandamiento de ingreso en prisión al centro penitenciario de Alicante.

d) Ese mismo día el Letrado del recurrente solicitó que se dejara sin efecto el ingreso en prisión y se procediera a la suspensión y remisión de la condena, dado el tiempo transcurrido desde la misma (más de cuatro años) sin que la Sala se pronunciara sobre la suspensión (pese a haberse solicitado y acreditado el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos) y sin que el condenado hubiera delinquido, habiendo rehecho su vida y estando ya socialmente integrado. También puso de relieve que se habían cumplido los condicionantes en su día impuestos (tratamiento de desintoxicación y pago íntegro de la multa) y los errores existentes durante la ejecución de la Sentencia (falta de conocimiento de las actuaciones de la ejecución, no imputable al señor D. sino, tal vez, al fallecimiento de su Procurador); y lo erróneo de que se encontrara en paradero desconocido, pues nunca lo había estado. Subsidiariamente solicitó que se decretara la nulidad de actuaciones.

Requerido informe acerca de la posible suspensión al Ministerio público, éste reprodujo el anteriormente emitido, manifestando que, no obstante, si la Sala encontrase justificadas las alegaciones de la defensa no se opondría a la suspensión.

e) Mediante Auto de 15 de mayo de 2006 la Sala acordó, con la siguiente fundamentación jurídica, que no había lugar a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta:

«La redacción del artículo 87 del Código Penal vigente tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 señala que aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con

audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabi-tuado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

A la vista de la hoja histórico penal del penado se comprueba que con anterioridad ya disfrutó del beneficio de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta anteriormente y, lejos de aprovechar dicha oportunidad para rehabilitarse y alejarse del delito, volvió a delinquir en pleno período de suspensión. En efecto, fue condenado por sentencia de 23 de febrero de 1998 (firme el 1 de junio de 1998) de la Audiencia Provincial de Valencia a la pena de un año de prisión, suspendiéndose la ejecución el 11 de septiembre de 1998 por un plazo de tres años, cometiéndose los hechos origen de la presente ejecutoria el 6 de junio de 1999.

La reincidencia delictiva y la comisión del delito en pleno período de suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad anterior revelan la peligrosidad criminal del penado, frustrando los fines perseguidos por el Legislador con el beneficio concedido, no haciéndose merecedor de la concesión de una nueva suspensión de la ejecución de la pena.

En el caso de autos la Sala no estima oportuno la concesión del beneficio de la suspensión al penado cuando ha resultado estéril el beneficio anterior concedido y concurre un evidente riesgo de reincidencia delictiva».

f) Frente a dicho Auto se interpuso recurso de súplica, desestimado por Auto de fecha 3 de julio de 2006 con la siguiente fundamentación jurídica:

«Obra en la presente ejecutoria diligencia de constancia del Juzgado de Paz de Jávea que manifiesta "que personado el agente judicial en el domicilio indicado, por los vecinos le informan que no conocen a M.A. y que nunca ha vivido en dicho domicilio, consultado el padrón de habitantes dicho señor no aparece registrado en el mismo".

A la vista de la mencionada diligencia, el Ministerio Fiscal interesa la busca y captura del penado y su ingreso en prisión al no estar a disposición del Tribunal, informando que no procede la suspensión de la ejecución de

la pena privativa de libertad acordándose la busca y captura e ingreso en prisión por providencia de 10 de marzo de 2006.

Del análisis de las actuaciones se comprueba que no hay defecto alguno en la tramitación de la presente pieza de ejecución.

Una vez a disposición del Tribunal el penado, por Auto de 15 de mayo del 2006 se resuelve sobre la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, denegándose atendiendo a que el penado ya disfrutó del beneficio de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad anterior y lejos de aprovechar dicha oportunidad para rehabilitarse y alejarse del delito, volvió a delinquir en pleno período de suspensión. Como manifiesta el Auto impugnado, no procede la suspensión interesada atendiendo a la peligrosidad criminal del penado, cometiendo los hechos precisamente cuando estaba en el período de suspensión de otra condena anterior. En efecto, de la hoja histórico penal del penado se comprueba que fue condenado por sentencia de 23 de febrero de 1998 (firme el 1 de junio de 1998) de la Audiencia Provincial de Valencia a la pena de un año de prisión, suspendiéndose la ejecución el 11 de septiembre de 1998 por un plazo de tres años, cometiendo los hechos origen de la presente ejecutoria el 6 de junio de 1999. El penado ya disfrutó del beneficio de la suspensión de la ejecución de una pena anterior y, lejos de aprovechar dicha oportunidad para rehabilitarse y alejarse del delito, volvió a delinquir en pleno período de suspensión, circunstancia reveladora de su peligrosidad criminal y de la inutilidad del beneficio de la suspensión».

3.- El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y a la libertad (artículo 17 de la Constitución) en relación con el artículo 25.2 de la Constitución Española.

Tras exponer los hechos del caso se queja el recurrente de que no se dio traslado a su representación procesal o a su Letrado de la diligencia negativa de notificación personal y de que dicha diligencia se realizó en un domicilio distinto al designado para notificaciones, en el cual no se intentó notificación alguna. De tal diligencia sólo se da traslado al Fiscal y se acuerda la no suspensión y el ingreso en prisión por ignorado paradero (pese a no haberse intentado la diligencia en el domicilio correcto, ni intentado en otros obrantes en las actuaciones, ni consultar las bases públicas), lo que se notifica a un procurador distinto del designado por el

condenado (al parecer por fallecimiento del anterior) y sin que él tuviera noticia de ello. Posteriormente el Auto de 15 de mayo de 2006 deniega la suspensión sin argumentar sobre el ignorado paradero, sino sobre la base de los antecedentes penales, a partir de una hoja histórico-penal solicitada y obtenida el 6 de junio de 2002, caducada y sin valor alguno, y sin haber solicitado una nueva, en la que hubieran figurado cancelados los citados antecedentes, así como que el recurrente no ha vuelto a delinquir desde 1999, cuando sucedieron los hechos origen de la presente causa, momento en el cual el recurrente tenía sólo veinte años de edad. Y sobre esos datos se afirma la peligrosidad del condenado y se deniega la suspensión, sin entrar a considerar las circunstancias personales del caso, toda la documental aportada en orden a acreditar el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos en el artículo 87 del Código Penal y sin tener en cuenta que desde la firmeza de la Sentencia y la solicitud de suspensión habían transcurrido más de cuatro años sin que el condenado hubiera delinquido, por lo que procedería la remisión de la pena pues la demora en la resolución de la solicitud de suspensión (que el artículo 82 del Código Penal exige que se realice con urgencia), imputable exclusivamente al órgano judicial, no puede perjudicar al condenado.

De conformidad con lo anteriormente expuesto se articulan en la demanda dos motivos de amparo. El primero, por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el derecho de contradicción y defensa en el proceso penal, y en particular respecto de las cuestiones que afectan a libertad personal (artículo 17 de la Constitución). Se queja el recurrente de que, tras haber sufrido la tramitación de la pieza de suspensión un retraso de más de cuatro años, sin audiencia del condenado y mediante una providencia se ordena la busca y captura y el ingreso en prisión sobre la base de una errónea apreciación de que resultaba ignorado su paradero. Con cita de diversas Sentencias de este Tribunal se destaca que la audiencia de las partes constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (artículo 24.1 Constitución Española), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente, en el cual lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario. En dicho trámite podría haberse contrarrestado la errónea apreciación del Tribunal acerca de la ignorancia del paradero del recurrente, circunstancia determinante de que se ordenara el ingreso en prisión de éste.

Como segundo motivo de amparo se denuncia la vulneración del artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 25.2 y 9 de la Constitución, por la insuficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales recurridas, que se invoca desde una triple perspectiva: la de que las resoluciones estén fundadas en Derecho y se ajusten a las exigencias legales de los preceptos que regulan la institución; que den respuesta a todas las cuestiones planteadas; y que respeten la exigencia de deber de motivación reforzado que pesa sobre las resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo, como es el de libertad. Cita las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 y de 10 de octubre de 2005.

En el suplico de la demanda se solicita la nulidad, tanto de la providencia de fecha 10 de marzo de 2006, que ordenó el ingreso en prisión del recurrente, como de los Autos de 15 de mayo y de 3 de julio de 2006 dictados por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante que mantienen la prisión y deniegan la suspensión interesada.

Mediante otrosí se solicita la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas al amparo del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.- Por providencia de 20 de febrero de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio público un plazo común de diez días para que formularan alegaciones en relación con lo previsto en el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, en particular, respecto de la exigencia de motivación reforzada en el caso.

El día 13 de marzo de 2007 presentó sus alegaciones la representación procesal del demandante de amparo, reiterando las contenidas en la demanda respecto a las cuestiones relativas a las resoluciones recurridas en amparo por tardías, erróneas (errores patentes sobre los presupuestos fácticos que determinan su sentido) y faltas de motivación, aportando un certificado de antecedentes penales actualizado del recurrente.

El día 15 de marzo de 2007 el Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó la admisión a trámite de la presente demanda por entender que no carece de contenido constitucional.

5.- Mediante providencia de 24 de abril de 2007 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. Obrando ya en la Secretaría de la Sala testimonio de las actuaciones judiciales se acordó dar vista de las mismas a la parte recurrente y al Ministerio público por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar alegaciones conforme determina el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6.- En esa misma fecha se acordó formar la oportuna pieza separada para la sustanciación de la suspensión interesada, y conceder un plazo común de tres días al recurrente y al Fiscal para alegar lo que estimasen pertinente sobre dicha suspensión. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 4 de junio de 2007, la Sala acordó suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de enero de 2002 y la de los acuerdos adoptados en los Autos de 15 de mayo y 3 de julio de 2006.

7.- La representación procesal del demandante de amparo formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 29 de mayo de 2007, en el que se remite a las alegaciones vertidas en sus escritos anteriores.

8.- El día 1 de junio de 2007 presentó sus alegaciones el Ministerio público, interesando la estimación del recurso por entender que las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), tanto en su vertiente de derecho de motivación, reforzada al estar en juego el derecho a la libertad (artículo 17.1 Constitución), como en su vertiente de derecho a no padecer indefensión.

Comienza señalando el Fiscal que en el recurso de amparo se plantean dos tipos de cuestiones. Por una parte, en relación con la citación y el requerimiento llevados a efecto en la persona del condenado para que efectuara el abono del último tramo del plazo de la multa que le había sido impuesta en sentencia, citación infructuosa y que determinó la orden judicial de busca y captura y el ingreso en prisión, se cuestiona si la citación agotó las exigencias constitucionales de busca y, por ende, si el acuerdo de adoptar el ingreso en prisión cubrió las exigencias de motivación reforzada en relación con el derecho a la libertad. En segundo lugar se cuestiona la motivación tanto del Auto que decidió denegar la suspensión de la condena como del que denegó el recurso de súplica deducido contra el anterior, a

los que se reprocha que no han cumplido con los requisitos y exigencias de los artículos 80 y siguientes del Código Penal, tanto los de carácter formal, relativos a la necesidad de audiencia, como los de fondo, al no tener en cuenta la cancelación del antecedente penal que se esgrime como razón básica de la denegación, ni la condición de drogodependiente del condenado y su sometimiento a un programa de desintoxicación.

Respecto de la decisión de acordar la busca y captura del condenado y su detención e ingreso en prisión, mediante una providencia de fecha 10 de marzo de 2006, sostiene el Ministerio público que, no sólo cabe cuestionar la forma de dicha resolución (parecería más apropiada la de Auto), sino que ésta se realiza con una casi inexistente motivación, en una materia en la que la constante doctrina del Tribunal Constitucional viene exigiendo, por la conexión entre los artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución, motivación reforzada. Destaca el Fiscal que, aun cuando el condenado venía obligado a fijar un domicilio (artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y atenerse al mismo, comunicando cualquier cambio al órgano judicial, en las actuaciones se percibe una notoria confusión en cuanto a los lugares de comunicación y, en todo caso, se constata que ante la gravedad de la medida a adoptar no se agotaron las posibilidades de localización, sino que se procedió directamente a acordar la busca y captura que acabó con la privación de libertad del condenado. A juicio del Fiscal el órgano judicial incumplió el deber de asegurar la real eficacia del acto de comunicación que resulta exigida de manera constante por la doctrina constitucional (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2002, de 28 octubre). «A tal efecto conviene resaltar que el órgano judicial no había acordado aún la suspensión condicional de la condena impuesta, y la busca y captura se acuerda no en atención a esa condena sino al impago del último plazo de la multa impuesta. La medida acordada, pues, ni tiene justificación proporcional ni se adoptó con esa motivación reforzada que viene advirtiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero). A ello se debe añadir que el condenado disponía de letrado y procurador y tampoco el Juzgado recurrió a los mismos, tanto para conocer el paradero del condenado como a notificar las resoluciones adoptadas». Por todo ello el Fiscal estima que la providencia de 10 de marzo de 2006 y las resoluciones judiciales que la confirman vulneraron el deber de motivación reforzada derivado del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 Constitución).

Por lo que respecta al Auto de 15 de mayo de 2006, en virtud del cual se denegaba la concesión de la suspensión condicional de la condena impuesta, como dato previo constata el Ministerio público que el Tribunal no ha cumplido formalmente con la exigencia de audiencia de las partes (artículo 80.2 de la Constitución). Aun cuando podría entenderse que con la petición inicial de la parte se habría cumplido tal exigencia, a juicio del Fiscal (y a la vista de lo alegado en el escrito de nulidad de actuaciones y en el de súplica), no parece que la inicial petición de aplazamiento del pago de la pena de multa y la mera petición de suspensión de condena puedan salvar la omisión del trámite de audiencia, esencial para garantizar los principios de defensa y contradicción. La omisión indicada ha generado una situación de indefensión real, puesto que la denegación de la suspensión se fundamenta exclusivamente en la comisión del delito por el cual el ahora recurrente fue condenado en la causa de la que trae origen el presente recurso de amparo durante el período de suspensión de una anterior condena, ignorándose cualquier otra consideración, tanto respecto de la posibilidad de cancelación de dicho antecedente, cualquiera que fuera su trascendencia final, como de su condición de reinserción sociolaboral. «El debate sobre los requisitos de la condena condicional se hacía, pues, inevitable atendidas las circunstancias que concurrieron en el caso de autos. Así lo exigía el hecho de la concurrencia de antecedentes penales que pudieron estar cancelados (artículo 81.1 in fine Código Penal) o la condición de drogodependiente del condenado (artículo 87 Código Penal), como alegaba la representación de éste en el recurso de súplica. Si a ello se añade la exigencia de una motivación expresa (Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1992, de 14 de diciembre) para con la denegación de los beneficios de la suspensión de la condena, forzoso es concluir en que las resoluciones judiciales recurridas no cumplieron con ese deber en el caso de autos».

9.- Por providencia de 4 de octubre de 2007 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- El presente recurso de amparo se dirige contra la providencia de 10 de marzo de 2006, que ordenó la busca y captura y el ingreso en prisión del ahora demandante de amparo, y contra los Autos de 3 de julio y 15 de mayo de 2006, que denegaron la suspensión de la pena privativa de liber-

tad impuesta al recurrente en Sentencia de 25 de enero de 2002. Resoluciones todas ellas dictadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante y en el marco de la tramitación de la solicitud de suspensión de la pena de prisión impuesta a don M.A.

Como con mayor detenimiento se expone en los antecedentes, en la demanda de amparo se denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución) y a la libertad (artículo 17.1 Constitución Española), en relación con el artículo 25.2 de la Constitución, ante la indefensión generada al recurrente en la sustanciación de la suspensión y la deficiente motivación de las resoluciones recurridas, que debían incluir una motivación reforzada al estar en juego el derecho fundamental a la libertad. Lejos de ello se ordena, mediante una providencia, el ingreso en prisión del condenado, sin audiencia y sobre la base de la errónea apreciación de que era ignorado su paradero; y, posteriormente, se deniega la suspensión de la pena (con un retraso de más de cuatro años) ignorando las circunstancias del caso y la regulación legal de la institución, sin dar respuesta a las cuestiones planteadas por la defensa del condenado y con el fundamento ofrecido por una hoja de antecedentes penales aportada cuatro años antes al proceso, caducada y sin valor alguno.

El Ministerio público, por su parte, interesa la estimación del recurso al considerar vulnerados los artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución Española, por cuanto entiende que ni el ingreso en prisión ni la denegación de la suspensión se articulan a través de resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias de motivación reforzada impuestas por la presencia del derecho a la libertad, y porque, además, considera, a la vista de las circunstancias del caso, que el incumplimiento del trámite de audiencia a las partes exigido en el artículo 80.2 del Código Penal generó indefensión real al recurrente.

2.- En su primer motivo de amparo denuncia el recurrente la indefensión sufrida en la tramitación del incidente de suspensión, dado que, después de más de cuatro años sin haber resuelto sobre su solicitud, el órgano judicial ordenó su busca y captura y su ingreso en prisión sin haberle dado audiencia ni posibilidad de contradecir la errónea apreciación de que estaba en ignorado paradero.

Como hemos declarado en otras ocasiones son varios los preceptos del Código Penal que, específicamente en relación con la institución de la sus-

pensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, requieren la audiencia de las partes (artículos 80.2, 81.3, 84.2, 87.1). Dicha audiencia, aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (artículo 24.1 Constitución Española) y que resulta tanto más relevante cuando lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario (Sentencias del Tribunal Constitucional 248/2004, de 20 de diciembre, F. 3; 76/2007, de 16 de abril, F. 5). Pero también hemos de recordar que, conforme a nuestra doctrina, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (Sentencias del Tribunal Constitucional 134/2002, de 3 de junio, F. 3; 94/2005, de 18 de abril, F. 5).

Pues bien, en el presente caso existía una solicitud inicial del condenado, de fecha 15 de febrero de 2002, en la que se trataba de justificar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la concesión del beneficio de la suspensión. Ciertamente el transcurso de un lapso temporal de más de cuatro años desde la presentación de esa solicitud hasta que se ordenó el ingreso en prisión del recurrente, sin haber acordado previamente la denegación de la suspensión y sobre la base de que era ignorado su paradero impide entender que el trámite de audiencia constitucionalmente exigido resulta suplido por la existencia de la solicitud, por cuanto en el momento de la presentación de ésta el recurrente no había podido alegar y defenderse en relación con las circunstancias que resultaron determinantes de su ingreso en prisión. Sin embargo con posterioridad se presentó un escrito solicitando que se dejara sin efecto el ingreso en prisión del Sr M.A. y reiterando la solicitud de suspensión de la pena que le había sido impuesta, escrito en el cual se realizaron las alegaciones que se estimaron oportunas para el ejercicio del derecho de defensa; alegaciones que se pudieron reiterar al interponerse el recurso de apelación contra el Auto que denegó la suspensión interesada. Por tanto, y pese a la omisión de un específico trámite de audiencia con carácter previo al dictado de la providencia que ordenó el ingreso en prisión del recurrente, ello sólo constituye una irregu-

laridad procesal sin relevancia constitucional, dado que en la subsiguiente tramitación del procedimiento de suspensión fue oído y tuvo oportunidad de alegar de nuevo, tanto en relación con la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para la concesión del beneficio como sobre las especiales circunstancias concurrentes en el caso y que determinaron su ingreso en prisión, todo lo cual excluye la relevancia constitucional de la indefensión denunciada (*mutatis mutandi*, Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2007, de 16 de abril, F. 5).

Cuestión distinta (y que examinaremos a continuación) es la de si la respuesta obtenida por parte del órgano judicial cumple con las exigencias constitucionales desde la perspectiva de su motivación.

3.- En relación con el segundo motivo de amparo, en el cual se denuncia la insuficiente motivación de las resoluciones recurridas, hemos de comenzar recordando que el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Este derecho se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) e implica, en primer lugar, que las resoluciones judiciales han de estar motivadas, es decir, han de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que las fundamentan, esto es, su *ratio decidendi*. En segundo lugar, que la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues, tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere «arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable» no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, F. 2, y las allí citadas).

Dicho deber de motivación incumbe también a los órganos judiciales cuando han de dictar resoluciones en un ámbito (como el que nos ocupa) en el que gozan de un cierto margen de discrecionalidad, pues como este Tribunal ha afirmado, «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la

misma en evitación de toda posible arbitrariedad» (Sentencias del Tribunal Constitucional 224/1992, de 14 de diciembre, F. 3; 25/2000, de 31 de enero, F. 2; 202/2004, de 15 de diciembre, F. 3; 320/2006, de 15 de noviembre, F. 3; 75/2007, de 16 de abril, F. 6).

Y también hemos de recordar que, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental, el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso, lo que se ha identificado con la exigencia de una tutela «reforzada», que también ha de entrar en juego, si bien en una específica o propia medida, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el valor libertad. En esos casos, «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior» (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, F. 2; 79/1998, de 1 de abril, F. 4; 88/1998, de 21 de abril, F. 4; 25/2000, de 31 de enero, F. 2).

4.- En concreto, y en relación con la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, dado que se trata de una medida que se enmarca en el ámbito de la ejecución de la pena y, que, por tanto, ha de tener como presupuesto la existencia de una Sentencia condenatoria firme que constituya título legítimo para restringir el derecho a la libertad del condenado, las resoluciones por las cuales se concede o deniega no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, pero sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en la que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo (Sentencias del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, F. 3; 8/2001, de 15 de enero, F. 2; 110/2003, de 16 de junio, F. 4; 57/2007, de 12 de marzo, F. 2). Esa afectación al valor libertad exige que esta resolución, no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 8/2001, de 5 de enero, F. 2; 25/2000, de 31 de enero, FF. 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, F. 4; 57/2007, de 12 de marzo, F. 2). En particular, y dado que la suspensión constituye una de las medidas que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y

reinserción social contenido en el artículo 25.2 de la Constitución, las resoluciones judiciales en las que se acuerde deben ponderar las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitiman (Sentencias del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre, F. 4; 248/2004, de 20 de diciembre, F. 4; 320/2006, de 15 de noviembre, F. 2; 57/2007, de 12 de marzo, F. 2).

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se regula con carácter general en los artículos 80 y 81 del Código Penal, si bien en el artículo 87, separándose de ese régimen general, se permite al Juez o Tribunal acordar, con audiencia de las partes, y aun cuando no concurren las condiciones generales para la suspensión establecidas en el artículo 81, 1 y 2 (que el condenado haya delinquido por primera vez y que las penas impuestas no sean superiores a dos años), acordar la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta cuando su duración no sea superior a cinco años, siempre y cuando se trate de hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.1 del Código Penal y el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto. «El artículo 87.1 del Código Penal se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los artículos 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del artículo 87.1 del Código Penal, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas –caso habitual del llamado traficante/consumidor– reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella» (Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2003, de 16 de junio, F. 4).

Sin necesidad de analizar cuál es la interpretación más adecuada de la citada norma en cuanto a la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para conceder la suspensión, tarea que no compete a este Tribunal por ser una cuestión de legalidad ordinaria (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, F. 4), sí que hemos de señalar que una resolución fundada en Derecho y motivada de conformidad con las exigencias anteriormente expuestas sería aquella que, por una parte, exteriorizase las razones por las cuales entiende que concurre o no concurre el presupuesto habilitante de esta suspensión específica (que se trate de hechos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.1 del Código Penal y que el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto) y, por otra, justificara, cuando así fuera, que, aun concurriendo tal presupuesto, resultaría improcedente la suspensión en atención a las circunstancias individuales del penado y del caso en virtud de una ponderación de los bienes e intereses en conflicto que tuviese presente tanto los fines de la institución (reeducación y reinserción social y, específicamente la rehabilitación del drogodependiente y la evitación del efecto desocializador del ingreso en prisión cuando éste fuese presumible) como las finalidades que legitiman la imposición de penas privativas de libertad.

5.- La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso enjuiciado, a la luz de las circunstancias del mismo, lleva a apreciar la vulneración en él del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y, con ello, conduce al otorgamiento del amparo.

En efecto, tras haber sido condenado en el año 2002 el ahora recurrente a una pena privativa de libertad de tres años de prisión por una Sentencia en la cual se declara probado que los hechos en razón de los cuales se dicta fueron realizados bajo los efectos de su condición de drogadicto, solicitó la suspensión de la ejecución de dicha pena, de conformidad con lo previsto el artículo 87.1 del Código Penal intentando acreditar cumplidamente, según consta en las actuaciones, que reunía los requisitos que para ello establece el citado precepto legal. Nada se resolvió sobre dicha petición durante más de cuatro años, tiempo en el cual permaneció en libertad hasta que, por providencia de 21 de febrero de 2006, se acordó pasar la causa al Fiscal para que informase sobre la suspensión. Seguidamente, mediante providencia de 10 de marzo de 2006, se acordó su busca y captura y su ingreso en prisión sobre la base de que su paradero resultaba ignorado, lo

que era un dato que se afirmó exclusivamente a partir de un intento fallido de notificación de una providencia en la cual se le requería para la entrega de una cantidad pendiente de pago de la multa impuesta, y sin que (como se denuncia en la demanda y pone de relieve el Ministerio público) conste intento alguno de notificación a la representación procesal del recurrente o a su defensa, ni intento de localización en otros domicilios obrantes en las actuaciones, en concreto, en el domicilio para notificaciones, ni la utilización de otras posibles vías para hacer llegar el requerimiento judicial a su destinatario.

Una vez detenido e ingresado en prisión el Sr M.A. se dictó un Auto, de fecha 15 de mayo de 2006, en el que (como se recoge en los antecedentes, reproduciendo literalmente su fundamentación jurídica), tras recordar el tenor literal del artículo 87 del Código Penal se denegó la suspensión interesada argumentándose exclusivamente al efecto sobre la base de una hoja histórico penal del penado aportada en el año 2002; en concreto basándose en el dato de que en otra ocasión anterior había disfrutado del beneficio de la suspensión de la ejecución de otra pena privativa de libertad y volvió a delinquir en pleno período de suspensión, cometiendo los hechos por los que ahora ha sido condenado, reincidencia delictiva que, se estimó, pone de relieve la peligrosidad del penado y frustra los fines perseguidos por el beneficio. El Auto de 3 de julio de 2006, que desestimó el recurso de súplica contra el anterior, reprodujo sustancialmente la argumentación de éste.

Ninguna de las resoluciones impugnadas contiene, consiguientemente, fundamentación alguna acerca de la concurrencia del presupuesto de la suspensión solicitada (deshabitación o sometimiento a tratamiento), ni de sus razonamientos se puede concluir que hayan tenido en cuenta en la ponderación que realizan las circunstancias individuales del penado en el momento en que se adoptaron, algo que en el presente caso vendría impuesto por la exigencia constitucional de que la motivación sea concordante con los supuestos en que la Constitución permite la afectación del valor superior de la libertad, y en particular, por la necesidad de tener presente la finalidad de reinserción social de la institución, conectada con el artículo 25.2 de la Constitución Española, finalidad genérica que, en los supuestos concretos del artículo 87 del Código Penal se implementa con la de favorecer la rehabilitación del drogodependiente y evitar los efectos desocializadores de su ingreso en prisión.

Siendo esto así, el órgano judicial no podía ignorar en su ponderación un dato fundamental: el lapso de tiempo transcurrido entre el dictado de la Sentencia condenatoria y la denegación de la suspensión, más de cuatro años, y lo acaecido en ese período (*mutatis mutandis*, Sentencia del Tribunal Constitucional 251/2005, de 10 de octubre, F. 4). Un lapso de tiempo en el que el condenado había permanecido en libertad, alega no haber vuelto a delinquir (como se desprende del certificado de antecedentes penales actualizado aportado por el recurrente, y que no solicitó el órgano judicial, quien tomó exclusivamente en consideración el aportado en el año 2002) y manifiesta haberse sometido a tratamiento de desintoxicación, rehecho su vida y estar socialmente integrado, así como no haber estado nunca en paradero desconocido. Sin embargo nada de esto fue tomado en consideración (para valorarlo luego como resultara procedente, junto con el resto de los factores a considerar en la ponderación), ni antes de ordenar el ingreso en prisión (momento en el que ni siquiera se había oído al condenado), ni cuando se denegó la suspensión (pese a que había sido alegado en el escrito en el cual el Letrado solicitó que se dejara sin efecto el ingreso en prisión y se procediera a suspender la pena), ni al desestimar el recurso de súplica contra el Auto denegatorio de la suspensión (aun cuando en este recurso se trató de acreditar documentalmente las alegaciones en él efectuadas).

Por consiguiente hemos de concluir que las resoluciones impugnadas, al motivar de forma no conforme a las exigencias constitucionales la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad solicitada, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) del ahora demandante de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don M.A. y, en consecuencia:

1º.- Declarar que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) del recurrente.

2º.- Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal efecto, anular los Autos de 3 de julio y 15 de mayo de 2006, así como la providencia de 10 de marzo de 2006, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de estas resoluciones a fin de que, tras los trámites procesales oportunos, se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental reconocido en los términos expuestos en el fundamento jurídico quinto.

68. SENTENCIA 768/2014 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE NOVIEMBRE

La medida de libertad vigilada no es incompatible con el régimen de suspensión.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a N. como responsable de dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años de edad, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Dos de Sant Boi de Llobregat de los de Barcelona incoó Diligencias Previas, contra N. Una vez conclusas las remitió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha diecinueve de diciembre de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«1º).- Se declara expresamente probado que: el acusado N., actualmente de 81 años de edad y sin antecedentes penales, en fechas no determinadas del último trimestre de 2011 entró en contacto con las menores M.L. y M.M., de 10 y 12 años respectivamente, aprovechando que ambas pasaban cada día frente al bar "Los Maños" cuando, sobre las 08,45 horas de la

mañana hacían un recorrido desde su casa hasta la escuela, ubicada en la ciudad de Sant Boi de Llobregat.

2º).- Aprovechando la confianza que progresivamente iba estableciendo con ellas, en fecha no concretada del mes de noviembre de 2011, el acusado pidió a M.L. –que aquel día iba sola– que le acompañara hasta unos matorrales existentes en el cruce de la citada avenida con la calle Galicia, y una vez allí le ofreció 2 euros a cambio de que le dejara tocarle los pechos por encima de la ropa. Una vez entregada la moneda, y antes de que pudiera ejecutar acción alguna, pasó casualmente por el lugar el conserje de la escuela, lo que provocó que la niña y el acusado se separaran precipitadamente y cada uno reanudara su marcha sin mayores incidencias. Al extrañarle dicha reacción, el conserje puso en conocimiento de la Dirección del centro escolar el hecho, lo que motivó que la jefa de estudios decidiera a su vez comunicarlo a la Policía Local ante la sospecha de que pudiera estarse cometiendo un abuso sexual infantil. Las Autoridades policiales decidieron establecer un seguimiento cautelar aleatorio de ambas menores, a fin de verificar la autenticidad de tales sospechas.

3º).- En fecha 17 de abril de 2012, sobre las 08,50 h., cuando M.L. y M.M. se dirigían a la escuela, el acusado les salió al paso y les propuso que le acompañaran hasta el cruce de calles antes descrito, zona peatonal muy poco transitada a aquellas horas de la mañana. Una vez allí, le ofreció 2 euros a cada una si se dejaban tocar los pechos por debajo del sujetador, a lo que accedieron ambas. Dicha acción plural –ejecutada con ánimo de satisfacer sus instintos sexuales– fue presenciada a una distancia de 25 metros y fotografiada con "zoom" por el dispositivo policial, formado aquel día por tres Agentes del cuerpo Mossos d'Esquadra y dos Agentes de la Policía Municipal, repartidos y ubicados estratégicamente para cubrir un ángulo de visión de 360°. Al comprobar el alcance de la acción libidinosa, el jefe del operativo dio la orden de detención del acusado, identificación de las menores y decomiso de los 4 euros que estas recibieron para acceder a la solicitud del autor.

4º).- Como consecuencia de los hechos descritos, ninguna de las menores sufrió trastorno emocional ni ha requerido tratamiento psicológico. No consta que el incidente haya afectado a su desarrollo psicoafectivo en cuanto a la relación con personas del sexo masculino.

5º).- El acusado tenía 79 años de edad cuando ocurrieron tales hechos; su nivel cultural es bajo, está viudo desde el año 2000, jubilado percibiendo una pensión mensual, y tenía sus facultades cognitivas conservadas en relación a la capacidad para distinguir la ilicitud jurídica y moral de sus actos, si bien padecía ya una acusada disminución sensorial respecto a los factores espacio y tiempo, por demencia senil progresiva».

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

«FALLO.- Que debemos condenar y condenamos al acusado N., como responsable en concepto de autor de dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años de edad, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante cualificada de alteración psíquica, y por ello le imponemos la pena de UN AÑO de prisión por cada delito (total 2 años), con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas. En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a las perjudicadas M.L. y M.M. en la suma de 1.000 euros a cada una, siendo beneficiarios/as de dicha suma a título de administradoras sus respectivos/as progenitores que ostenten la guarda y custodia.

Imponemos al procesado la pena accesoria de prohibición de acercamiento a ambas víctimas, su domicilio, lugar de estudios o trabajo, a distancia no inferior a 500 metros, durante un periodo de 2 años a contar desde la firmeza de esta resolución.

Notifíquese la presente sentencia a todas las partes personadas en este proceso, y al acusado en forma personal, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo, recurso que se deberá anunciar ante esta Sala en el plazo preclusivo de cinco días, cumpliendo los requisitos formales establecidos en la ley de enjuiciamiento criminal».

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

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1° Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 8, 106, 192 del Código Penal.

4.- La representación legal de N. se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, impugnando el único motivo del recurso; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día treinta de octubre de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal: un único motivo por infracción de ley (artículo 849.1° Ley de Enjuiciamiento Criminal). Considera que la Sentencia conculca la legalidad al prescindir de la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad que incluía en su pretensión acusatoria.

Se intuye enseguida que la trascendencia práctica concreta del recurso será probablemente nula o muy escasa. La edad del penado, su estado mental del que se hace eco el hecho probado y la pronosticable –según anuncia el Tribunal– intercalación de un sustitutivo penal que puede tener una duración de hasta cinco años y que puede mitigar e incluso evaporar la necesidad de ejecutar esa medida alimentan esa intuición. Pero la casación tiene un alcance que trasciende el caso concreto: homogeneizar la interpretación de la ley. Desde esa óptica es patente la utilidad del recurso. La función nomofiláctica es una de las funciones genuinas y más clásica del recurso de casación.

La medida de libertad vigilada fue acogida en el derecho penal de adultos en la última gran reforma del Código Penal. Son pocos todavía los pronunciamientos sobre tal medida de nueva planta. El Fiscal provoca ahora un nuevo acercamiento jurisprudencial para aclarar una de las cuestiones que puede suscitar alguna duda; o, al menos, la ha suscitado al Tribunal a quo. Contribuye así a esa tarea de unificar la aplicación de las normas penales.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial omite la medida de libertad vigilada posterior argumentando que la condena –dos penas que suman un

total de dos años de prisión– es susceptible de suspensión conforme a lo previsto en el artículo 81 del Código Penal.

Tal discurso en una primera aproximación parece razonable: si a través de la suspensión de condena se podrán imponer reglas de conducta en gran parte similares al eventual contenido de la libertad vigilada (artículo 83 Código Penal), establecer además esa medida sería –discúlpese el casticismo– como poner "albarda sobre albarda". La libertad vigilada quiere abrir la posibilidad de que algunos penados, acabado el tiempo de prisión, se sometan a pautas o controles para embridar su eventual peligrosidad. Si la pena impuesta es susceptible de suspensión y, por tanto, no va a ser efectivamente cumplida y durante el tiempo de suspensión –que puede extenderse hasta cinco años– el artículo 83 Código Penal faculta para establecer unos controles semejantes, decaería la razón de ser de una medida adicional de libertad vigilada cuyo contenido y finalidad quedarían absorbidos por ese otro instituto jurídico, de naturaleza dogmática muy diferente pero de contenido no solo equivalente sino casi simétrico.

TERCERO.- El recurso del Fiscal ha de ser estimado.

La literalidad de la ley es clara. No admite interpretaciones correctoras, aunque sean bienintencionadas y aparezcan revestidas de una cierta lógica que, sin embargo, claudica ante un examen más detenido.

El artículo 106.2 Código Penal obliga (deberá imponer) al Juez o Tribunal a establecer la medida de libertad vigilada como complemento de la pena de prisión "siempre que así lo disponga de manera expresa el Código".

El artículo 192 del Código Penal; precepto que denuncia como infringido el Ministerio Público dispone:

“A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”.

Se habla de los "condenados a prisión", no de los que cumplan pena de prisión

La libertad vigilada impone un sometimiento a control judicial a través de una o varias de las once medidas previstas (obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicación inmediata de cualquier modificación de residencia, o puesto de trabajo; prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio sin autorización; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que se determinen; prohibición de acudir o residir en lugares específicos; o de desempeñar actividades que faciliten la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares; tratamiento médico externo; o control médico periódico).

La fórmula procesal para la aplicación de esta nueva medida de seguridad se recoge en el segundo apartado del artículo 106 Código Penal: el Juez o Tribunal deben imponerla (obviamente, y por imperativo del principio de legalidad, sólo en los casos en que lo disponga el Código de manera expresa; en la actualidad únicamente supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) en la misma sentencia de condena, pero para su cumplimiento diferido en el tiempo. Ha de ejecutarse después de la pena privativa de libertad (o de la última de ellas, si se hubieran impuesto varias). La medida se inicia en el momento de extinción de la pena de prisión.

A tal fin, con una antelación de dos meses, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elevar al juez o Tribunal sentenciador una propuesta que concrete el contenido aconsejable de la medida, fijando de manera individualizada las obligaciones y prohibiciones específicas que deba observar el condenado.

De forma expresa se prevé que si son varias las medidas de libertad vigilada impuestas y no pueden cumplirse simultáneamente, se ha de llevar a efecto de manera sucesiva. Esta singular previsión legal es significativa a los efectos de lo que aquí se está debatiendo (si las medidas inherentes a una suspensión de condena excluyen una libertad vigilada posterior). Al legislador no le repugna una sucesión de medidas de libertad vigilada. Tampoco debe considerarse, por tanto, extravagante una libertad vigilada que siga a una suspensión de condena.

Con el Fiscal podemos deducir de la exégesis de los preceptos aludidos:

a) Que es preceptiva la imposición de la medida de libertad vigilada a todos los delinquentes sexuales condenados a pena privativa de libertad. Solo cuando se trata de un único delito cometido por un delincuente primario el Juez o Tribunal puede prescindir de ella. No es el caso: el acusado ha sido condenado por dos delitos. El legislador no ha previsto –como podía– otras excepciones.

b) Que la pena impuesta sea susceptible de suspensión no significa que necesariamente haya de concederse ese beneficio. Es más, si se ha dejado de imponer por esa razón la libertad vigilada y luego la suspensión ha de ser revocada por incumplimiento de las condiciones o comisión de un nuevo delito (artículo 84 Código Penal), resultará que dejará de aplicarse después de la prisión una medida complementaria (la libertad vigilada) que el Código prevé como obligatoria.

c) La suspensión de condena según se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo 450/2012 de 24 de mayo con criterio también insinuado en las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/2013, de 6 de mayo o 152/2013, de 9 de octubre no deja de ser una forma de cumplimiento como puede inferirse de la rúbrica del capítulo donde está regulada. Por tanto no puede decirse que en esos casos no produciéndose "cumplimiento" no puede existir una medida posterior al "cumplimiento". Estamos ante una forma sustitutiva de ejecución.

d) No está la libertad vigilada entre las penas susceptibles de ser "suspendidas" a tenor del artículo 81 Código Penal. La suspensión opera respecto de las penas privativas de libertad, pero no respecto de medidas como la libertad vigilada. Esta puede ser revisada, o acortada o clausurada; pero no "suspendida" (sin perjuicio de lo que dispone el artículo 97 del Código Penal).

e) Que en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –últimado el cumplimiento de la pena– ha de realizarse una valoración inicial y un seguimiento posterior no solo para fijar las condiciones y contenido concretos, sino también para reducir su duración o incluso cancelar su ejecución: artículos 106.2 y 3 y 97 Código Penal.

Esta segunda premisa hace que ni siquiera puede tacharse de ilógica o poco razonable la imperatividad de la medida también cuando va prece-

dida de un sustitutivo penal como es la suspensión de condena con unos contenidos eventualmente equiparables. En esa dirección apuntan varios argumentos:

i) Si la suspensión de condena se ha revelado como suficiente para anular la peligrosidad y deviene innecesaria una libertad vigilada posterior, el órgano judicial podrá no ya acotar su contenido o reducir su tiempo, sino incluso dejar de ejecutar esa medida (artículo 106.3). Si esa posibilidad legal se mantiene abierta, no tiene sentido anticipar en el momento de la sentencia una decisión que podrá tomarse contando con datos actualizados que favorecen el acierto cuando llegue el momento de ejecución de la medida. Si se revela como innecesaria, no habrá de cumplirse. No es razonable cerrar esa puerta que el legislador mantiene accesible hasta que llegue el momento de concretar la medida.

ii) Aunque muy similares, no son idénticos los contenidos eventuales de una libertad vigilada y de las condiciones previstas como regla de conducta en el artículo 83 Código Penal. Como tampoco son iguales las consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de unos y otros (artículos. 84 y 106.4 del Código Penal).

Por las razones expuestas procede la estimación del motivo con declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a N. como responsable de dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años de edad, por estimación del motivo único de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Segunda Sentencia nº: 768/2014 de fecha 11 de noviembre de dos mil catorce

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sant Boi de Llobregat, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima), y que fue seguida por un delito continuado de abusos sexuales contra N., teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Procede imponer asimismo una medida postdelictual de libertad vigilada tal y como se ha razonado en la anterior sentencia.

III. FALLO

Que manteniendo en su integridad el resto de pronunciamientos de la Sentencia de instancia debemos condenar y condenamos igualmente a Norberto a que cumpla la medida de libertad vigilada por un tiempo de CINCO AÑOS una vez extinguidas las penas de prisión impuestas y sin perjuicio de las previsiones del artículo 106 del Código Penal.

69. SENTENCIA 113/2015 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO DE 1 DE OCTUBRE

En las suspensiones de condena, no se puede descontar ningún periodo ya cumplido por abono de las medidas cautelares de igual naturaleza que le fueron impuestas en la instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Penal Núm. 2 de Toledo, con fecha 1 de octubre de 2014, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "1º. Debo condenar y condeno a DON J. como autor criminalmente responsable de un DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES, UN DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO, OTRO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y UN DELITO DE CONTINUADO DE AMENAZAS –VIOLENCIA DE GÉNERO– previstos y castigados en los artículos 153.2 y 3, 153.1 y 3, 173.2 y 3 y 171.4 y 74 del Código Penal, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecto del primero de los delitos al agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal a las penas de:

Por el delito de malos tratos habituales del artículo 173 del Código Penal a la pena de 1 AÑO Y 9 MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como y al amparo de lo establecido en los artículos 48 y 57 del Código Penal la pena de prohibición de aproximarse a las víctimas a su mujer –pena ya cumplida– y a sus dos hijos, a su domicilio o puesto de trabajo a una distancia inferior a los 500 metros durante 3 años y de comunicar con los mismos por cualquier medio durante el mismo periodo de tiempo –pena ya cumplida respecto–, así como a la privación del derecho de uso, porte y tenencia de armas durante el plazo de 3 años.

Por el delito de violencia de género del artículo 153.1 y 3 del Código Penal la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad así como y al amparo de lo establecido en los artículos 48 y 57 del Código Penal la pena de prohibición de aproximarse a su esposa, a su domicilio o puesto de trabajo a una distancia inferior a los 500 metros durante 9 meses y un día y de comunicar con la misma por cualquier medio durante el mismo periodo

de tiempo -pena ya cumplida-, así como a la privación del derecho de uso, porte y tenencia de armas durante el plazo de 9 meses y un día.

Por el delito de maltrato en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 del Código Penal, a la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad así como y al amparo de lo establecido en los artículos 48 y 57 del Código Penal la pena de prohibición de aproximarse a su hijo, a su domicilio o puesto de trabajo a una distancia inferior a los 500 metros durante 9 meses y un día y de comunicar con el mismo por cualquier medio durante el mismo periodo de tiempo –pena ya cumplida–, así como a la privación y del derecho de uso, porte y tenencia de armas durante el plazo de 9 meses y un día.

Por el delito continuado de amenazas –violencia de género– del artículo 171.4 y 74 del Código Penal a la pena de 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad así como y al amparo de lo establecido en los artículos 48 y 57 del Código Penal la pena de prohibición de aproximarse a las víctimas a su esposa, a su domicilio o puesto de trabajo a una distancia inferior a los 500 metros durante 9 meses y un día y de comunicar con la misma por cualquier medio durante el mismo periodo de tiempo –pena ya cumplida–, así como a la privación del derecho de uso, porte y tenencia de armas durante el plazo de 9 meses y un día.

En el orden de la responsabilidad civil procede la condena del acusado a que indemnice a los perjudicados, su esposa y sus dos hijos, en la cantidad de 4500 euros, suma que devengará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente sentencia hasta su completo pago.

2º Se decreta la SUSPENSIÓN CONDICIONAL por un plazo de 3 AÑOS, de la pena de PRISIÓN impuesta al reo, siempre que no delinca durante dicho periodo –que comienza el día 1/10/2014 y termina el día 1/10/2017–, habiéndose apercibido personalmente al penado que, en caso de delinquir durante el plazo de la suspensión, se revocará la misma y se ordenará su ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena privativa de libertad suspendida.

3º Se declara la insolvencia total de bienes del acusado, con declaración judicial de imposibilidad total de pago de la responsabilidad civil, sin perjuicio de que si viniere a mejor fortuna deberá llevar a cabo el pago dentro de los 15 años siguientes a la fecha de esta resolución, para lo cual por

parte de la Secretaria de este Juzgado anualmente se deberán llevar a cabo comprobaciones integrales en el PNJ sobre el estado de bienes del acusado.

4° Al acusado, en el plenario, para el cumplimiento de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad se le hicieron los apercibimientos legales personales tal y como constan en el soporte video audio.

5° Procede, dado que es firme la presente sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de Diciembre, comunicar la condena impuesta al condenado acompañando testimonio de esta sentencia, a la autoridad administrativa a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador, en su caso.

6° Debo condenar y condeno a Don J. al pago de las COSTAS del presente procedimiento abreviado".-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por el Ministerio Fiscal, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación y formalizado el recurso se remitieron los autos a esta Audiencia, donde personadas las partes, se formó el oportuno rollo y nombrado Magistrado-Ponente, quedaron vistos para deliberación y resolución.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la sentencia dictada de conformidad por el Juzgado de lo Penal establecía condicionar la suspensión condicional de la pena privativa de libertad: 1º) a que el penado realice con éxito los programas educacionales y formativos sobre violencia de género; 2º) que el acusado no se aproxime a menos de 500 metros a su esposa y sus dos hijos, lugar de trabajo y domicilio, ni comunique con los mismos durante el plazo de 2 años y 9 meses, debiéndose descontar el periodo ya cumplido por abono de las medidas de igual naturaleza que le fueron impuestas en la instrucción y que se mantuvieron durante más de 7 años.

El Ministerio Fiscal recurre precisamente dicha limitación o descuento impuesto por el Juez de lo Penal, solicitando en su escrito que se condicione la suspensión de la pena privativa de libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 del artículo 83.1 del Código Penal sin que haya lugar a descontar ningún periodo en las mismas.

El recurso debe ser estimado. Efectivamente, en el presente caso debe tenerse en cuenta que no se puede abonar la medida cautelar de alejamiento y comunicación a las reglas de conductas que, en todo caso y con carácter imperativo, establece el artículo 83.1 párrafo segundo en los delitos de violencia de género (el artículo en este sentido es claro "El Juez o Tribunal condicionará en todo caso"), pues el legislador no ha hecho previsión en tal sentido.

Es evidente que en los delitos de violencia familiar conforme al artículo 57 del Código Penal es preceptiva la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima, como se ha hecho en la sentencia ahora recurrida, pero las referidas prohibiciones con el carácter de penas accesorias, aunque tengan el mismo contenido, son de naturaleza distinta a la prohibición de aproximación a la víctima o de comunicación con la misma que como norma de conducta y condición para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión recoge el artículo 83.2 del Código Penal.

SEGUNDO.- En méritos a lo que se acaba de exponer, procede revocar la resolución recurrida, estimando el recurso interpuesto, y consiguientemente debe ser revocada parcialmente la sentencia dictada en el sentido de que se condicione la suspensión de la pena privativa de libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 del artículo 83.1 del Código Penal sin que haya lugar a descontar ningún período en las mismas.

TERCERO.- Las costas procesales se declaran de oficio.

FALLO

Que ESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal del Ministerio Fiscal, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Núm. 2 de Toledo con fecha 1 de octubre de 2014, del Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Toledo, del que dimana este rollo, en el sentido de que se condicione la suspensión de la pena privativa de libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 del artículo 83.1 del Código Penal sin que haya lugar a descontar ningún período en las mismas.

70. AUTO 69/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN SECCIÓN 3ª DE 26 DE ENERO

No procede la revocación de la suspensión pese a comisión de nuevo delito. Saldó las responsabilidades civiles y la pena supondría el riesgo de pérdida de la condición de funcionario.

HECHOS

ÚNICO.- Por el Juzgado de lo Penal nº. 1 de Ponferrada en fecha 14 de marzo de 2016 se dictó Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se acuerda revocar el auto de suspensión de la ejecución de la pena de fecha 20 de diciembre del 2011, quedando pendiente del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta a D. J.A., por Sentencia de 20 de diciembre 2011 en ese Procedimiento acordando su cumplimiento".

Notificada que fue dicha resolución a las partes, por la Defensa de J.A. se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación siendo desestimado el primero de ellos por auto de 13 de abril de 2016 y, una vez admitido y tramitado el recurso de apelación, se remitieron las actuaciones para la resolución de dicho recurso a esta Sección Tercera.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El apelante, fue condenado en sentencia dictada de conformidad de fecha 20 de diciembre de 2011 por un delito de lesiones a la pena de dos años de prisión.

Por auto de 27 de febrero de 2012 se acordó suspender la ejecución de dicha pena privativa de libertad por tiempo de cinco años.

El penado fue condenado en sentencia firme de 30 de noviembre de 2015 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cometido el día 29 de noviembre de 2015.

El Juzgado sentenciador dictó el auto recurrido en el que se revoca la suspensión de la ejecución de la pena de prisión acordada en el auto de 27 de febrero de 2012, por haber delinquido el penado durante el plazo de suspensión y el apelante impugna dicha resolución destacando que no

existe identidad de bien jurídico protegido entre el delito por el que fue condenado y el nuevamente cometido durante el periodo de suspensión; que dejar sin efecto la suspensión le ocasionaría un perjuicio irreparable y que la ejecución de la pena de prisión no cumpliría los fines de reinserción constitucionalmente asignados a las penas privativas de libertad.

SEGUNDO.- Así las cosas, la respuesta que haya de merecer la impugnación que nos ocupa no puede hacerse a espaldas del sentido de la reciente reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 31 de marzo que alcanzó, dentro de la que se conoce como Parte General, a la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad con la finalidad, se dice en el apartado IV del Preámbulo de dicha Ley Orgánica, de dotarla de una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial que hagan posible una "resolución justa de las diversas situaciones que puedan plantearse".

Pues bien, un ejemplo en esa línea de reconocer mayores cuotas al arbitrio judicial en la materia se aprecia cuando nos detenemos en el contraste entre la regulación primitiva del instituto de la revocación de la suspensión y la reciente pues, mientras en la primera de ellas, para supuestos como el que nos ocupa, de comisión de nuevos delitos durante el periodo de suspensión, la revocación de este beneficio era insoslayable al disponer el entonces artículo 84 del Código Penal que "si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena", en cambio, el actual artículo 86.1.a) del Código Penal, para el mismo supuesto, dispone que: "El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenara la ejecución de la pena cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida".

Es decir, con la nueva regulación la comisión de un nuevo delito durante el tiempo de la suspensión no va a conllevar, en todo caso, la revocación de la suspensión, sino que solo se producirá esta si el nuevo delito hace decaer la expectativa en la que se fundaba la decisión de la suspensión, mereciendo la supresión del automatismo de la revocación por comisión de nuevo delito un juicio positivo y exigiendo la resolución de estos casos una valoración sobre la peligrosidad del penado y el fundamento de la suspensión. De modo que, como dice en "De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional", tendrá que valorarse si la con-

ducta delictiva en cuestión es relevante para el pronóstico de peligrosidad criminal del sujeto.

Aplicadas al caso tales opiniones es como consideramos oportuno corregir el sentido de lo resuelto en el auto recurrido, más atento al criterio del automatismo, propio de la legislación derogada, que a los postulados de la más reciente ordenación en la materia.

En tal sentido, y sin desconocer que los tipos penales por los que se siguieron la causa criminal en la que se le concedió al apelante la suspensión de la ejecución y la nueva, que ha motivado la revocación que aquí se combate, tienen un fundamento común como es la protección de la vida e integridad de las personas no es menor cierto que, se trata de tipos penales con distinta estructura pues si el de lesiones se consuma en virtud de que exista o no un daño o, valga la redundancia, lesión, el delito contra la seguridad vial de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se considera cometido por la puesta en peligro del bien jurídico protegido pues se realiza con la producción de un estado de riesgo o probabilidad de daño para aquel bien protegido jurídicamente, siendo esa diferente estructura entre ambos tipos de delito y, al fin, la falta de una homogeneidad total entre ellos la que, en ausencia del juicio de expertos, dificulta para concluir que el nuevo delito cometido por el apelante haya hecho decaer la expectativa en la que se fundaba la suspensión que le había sido concedida y, por eso, que consideremos procedente mantenerla, aunque solo sea como una nueva oportunidad que esperamos el penado sabrá aprovechar.

TERCERO.- Por otra parte, van a ser razones que tienen que ver con las circunstancias concurrentes en el caso y las personales del apelante, así como nuestro afán por dar al caso la solución que nos parece más justa, (criterio este con ecos, como hemos dicho y a modo de interpretación auténtica, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015) los que refuercen nuestra convicción sobre la procedencia de dejar sin efecto la revocación controvertida. Véase que la pauta de tomar en cuenta esa clase de circunstancias tiene reflejo, por ejemplo, en el nuevo artículo 80.1, párrafo segundo del Código Penal cuando establece que para adoptar la resolución sobre la suspensión el Juez o Tribunal valorará las circunstancias personales del penado, no advirtiéndolo nosotros motivo para desechar una herramienta de juicio similar cuando se trata, como sucede en nuestro caso, de mantener o revocar una suspensión precedentemente concedida.

En tal sentido merecen ser destacadas en pro del mantenimiento de la suspensión las siguientes dos circunstancias: una, consistente en el hecho de que el apelante, ya con anterioridad al acto del juicio donde se le impuso la pena de prisión, saldó con la víctima de las lesiones las responsabilidades civiles que había contraído con ella (Ver que el artículo 80.1 del Código Penal que surge de la Ley Orgánica 1/2015 otorga al esfuerzo por reparar el daño causado una importancia singular "en particular", dice el precepto, cuando se trata de decidir sobre la concesión o no de la suspensión) y, la otra, representada por el hecho de tratarse el apelante de una persona vinculada por una relación laboral de más de veintisiete años de antigüedad con una Administración pública lo que apunta a la conveniencia de no truncar sus expectativas de mantenimiento de su puesto de trabajo en este momento en el que tan difícil resulta conseguir ese bien tan preciado cuando, además, como se certifica por quien compete de dicha Administración, al ahora apelante (dicho sea con la excepción de las causas penales de mención en estas actuaciones) "no le consta expediente disciplinario ni nota desfavorable alguna".

CUARTO.- Procede declarar de oficio las costas del recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por J.A. contra el auto de fecha 14 de marzo de 2016, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ponferrada y se deja sin efecto dicha resolución como, también, el auto de 13 de abril de 2016, resolutorio del recurso de reforma.

71. AUTO 169/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA SECCIÓN 1ª DE 27 DE ABRIL

Deber de adoptar todas las medidas necesarias para la notificación personal del auto de suspensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de diciembre de 2016, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca, se dictó Auto cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que ha lugar a REVOCAR la suspensión de la ejecución de la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN impuesta a E. en la presente causa.

Una vez firme esta resolución expídanse las órdenes oportunas para el ingreso de la penada en prisión.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días."

Segundo.- Contra referida resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora en nombre y representación de E., y dado traslado de referido escrito a las partes, por medio de Auto de 20 de febrero de 2017 se rechazaba el recurso de reforma y notificado a las partes, por repetida Procuradora en la representación antes indicada se interponía recurso de apelación, admitiéndose el mismo, y verificados los traslados pertinentes, se elevó testimonio de particulares a la Audiencia Provincial para dictar resolución, y pasando las actuaciones a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En materia de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, son los artículos 80 y siguientes del Código Penal los que regulan la figura de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18-01-2000 recuerda que "la mera concurrencia de los requisitos legales mínimos no es más que un pre-

supuesto necesario para la concesión de la suspensión, pero no suficiente, pues esta constituye una facultad motivadamente discrecional del Tribunal", lo que reitera la de 19-10-2000 al disponer que la concesión del beneficio es una facultad discrecional del tribunal, que faculta pero no obliga.

En el caso presente, entra también en juego la discrecionalidad del juzgador para decidir si procede o no dejar en suspenso o sustituir la pena privativa de libertad, decisión que ha de ser motivada a los efectos de poner de manifiesto que no es arbitraria o caprichosa. Tanto la doctrina constitucional, sobre el artículo 25.2 de la Constitución, como las interpretaciones doctrinales del artículo 80 del Código Penal se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva.

Las finalidades de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, pueden sintetizarse en dos:

1. Concentrar las decisiones de la ejecución de las penas cortas de prisión hasta dos años en una única resolución a fin de agilizar el procedimiento, preferentemente en la propia Sentencia (artículo 82 1) y caso de no ser ello posible en fase de ejecución de la misma. En efecto, esta es una de las medidas más positivas al acercarse a un sistema de ejecución concentrada y se caracteriza por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas. Por una parte se mantiene la suspensión ordinaria del artículo 80 del Código Penal, la suspensión por razón de drogadicción del artículo 87 y la suspensión extraordinaria por enfermedad del artículo 80.4. Y por otra parte se configura la sustitución de la pena privativa de libertad del artículo 88 del Código Penal –por multa o Trabajo en Beneficio de la Comunidad– como un supuesto de suspensión de su ejecución. De la misma forma la libertad condicional del artículo 90 y siguientes se regula como una modalidad de suspensión del resto de la pena de prisión que quede por cumplir.

Con la reforma se pretende poner fin a la situación, en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delinquentes adictos al consumo de drogas, y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos de reforma y apelación. La Exposición de Motivos explica esta modificación diciendo que "De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de pri-

sión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas".

Una de los importantes déficits que presenta la ejecución penal en España es la ausencia de un procedimiento que regule los mecanismos de petición de las partes, contradicción y audiencia, a fin de resolver en una única resolución judicial si la pena debe ser ejecutada mediante ingreso en centro penitenciario o en cualquiera de las modalidades previstas en el texto del Código Penal vigente a la fecha de los escritos –suspensión o sustitución–. La finalidad del nuevo sistema es terminar con esta situación y agilizar el procedimiento.

A partir de la entrada en vigor de la reforma, el Juzgador deberá, en la ejecución de penas cortas de prisión, decidir en una sola vez, si procede al ingreso en prisión o a la suspensión de la pena y dentro de ella deberá optar por las distintas modalidades: a) la que conocemos como ordinaria del artículo 80.1 del Código Penal para penas no superiores a dos años de prisión; b) la del artículo 87 del actual Código Penal que en la reforma pasa a ser el artículo 80.5 en casos de drogadicción para penas hasta cinco años de prisión; c) o por la modalidad de suspensión sustitutiva –multa o trabajos en beneficio de la comunidad– y que en la reforma pasa a ser el artículo 84 para penas hasta dos años de prisión.

Continúa siendo potestativa la decisión de otorgar la suspensión por parte del juzgador, supeditada a que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria. Es también novedoso el redactado de los criterios a tener en cuenta, de forma que desaparece la referencia a la "peligrosidad criminal" y la "existencia de otros procedimientos penales" que tantas críticas había suscitado por la afectación al derecho a la presunción de inocencia. Dichos criterios se sustituyen por los siguientes: las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Los criterios son mucho más adecuados y actualizados a un derecho penal moderno, aunque las limitaciones del Juzgador en este ámbito seguirán residiendo en la inexistencia de informes técnico-sociales o de pronóstico criminal en el futuro. Al no existir en nuestra ley procesal un auténtico incidente de ejecución de las penas, la mayor dificultad en la que nos encontramos es la falta de información y de acreditación de las

circunstancias personales del acusado cuando se ha de dictar la sentencia –momento procesal en el que la reforma invita a resolver la posible suspensión de la pena– o posteriormente, en auto motivado.

Entre los principios que inspiran la ejecución penal con las debidas garantías de seguridad jurídica debemos citar la efectividad. Significa que lo que se ejecuta ha de respetar lo fallado y ser enérgico si es preciso frente a la oposición del condenado y de terceros. En la práctica el automatismo con el que se conceden los beneficios quiebra en muchas ocasiones este principio. Ahora bien, sin este principio rector, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 949/2009, de 28 de septiembre "no solo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva), además de quebrar el fin de prevención especial de la pena (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

SEGUNDO.- Debe ponerse de relieve, con carácter previo, y una vez más, que nuestro modelo de ejecución penal se basa en un principio general por el cual la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración debe ceder a favor de medidas suspensivas condicionadas cuando, además de concurrir los presupuestos legales, exista un pronóstico razonable de que mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad en forma específica pueden frustrarse expectativas personales de reinserción o resocialización en la persona condenada.

Es cierto, no obstante, que la concesión de las medidas suspensivas se condicionan al juicio de oportunidad del juez de la ejecución por lo que no puede afirmarse un derecho incondicionado a su concesión y en su caso, al mantenimiento. Pero no lo es menos, de conformidad de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional –Sentencias del Tribunal Constitucional 110/2003, 75/2007, 76/2007– que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto sí afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo. Ello comporta la necesidad de aplicar estándares muy exigentes de motivación.

En este sentido, la peligrosidad, como pronóstico de tendencia criminal, reclama una precisión de todas las circunstancias concurrentes, y no solo las relativas al tipo delictivo por el que se autor fue condenado o las condiciones de producción o el grado de culpabilidad exteriorizado. La peligrosidad debe fundarse en un pronóstico que de forma razonable patente que la persona condenada no es "motivable", valga la expresión, por la norma, que puede tender a realizar nuevos hechos delictivos, que no quiere interiorizar, a la postre, los valores de paz, seguridad y libertad en los que se funda la convivencia democrática en un Estado Constitucional. Para ello deberán individualizarse, como exige el artículo 80 del Código Penal sus circunstancias personales, de vida, de arraigo, de trabajo, de edad, de familia..., en fin, de futuro, sin desconocer, desde luego, la información que nos ofrece su pasado, en particular, sus antecedentes. Porque solo así puede justificarse suficientemente una afirmación que, sin perjuicio de su operatividad normativa, debe administrarse con prudencia ni no se quiere socavar fundamentos esenciales del sistema penal que ampara nuestra Constitución.

Como se normativiza en la regulación actual, para adoptar la decisión sobre la concesión o no de cualquier decisión suspensiva debe valorarse la necesidad de cumplimiento de la pena de corta duración en forma específica, y para ello debe descartarse que el penado no merece una oportunidad, que no se dan las condiciones para confiar en que dicha ejecución de la pena privativa de libertad no es necesaria para obtener fines de resocialización.

En las presentes actuaciones, D. E., que fue condenado por sentencia de 16 de diciembre de 2015, como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal, a la pena de prisión de seis meses, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas, por auto de 22 de enero de 2016 en aplicación artículo 80 del Código Penal, se suspendió por plazo de dos años la ejecución de la pena de seis meses de prisión, condicionada a que el penado no vuelva a delinquir en el plazo indicado y también condicionada a que el penado comunique cualquier cambio de domicilio que efectúe durante el plazo de suspensión y según se resuelve en las resoluciones recurridas en la presente ejecutoria, el penado se encuentra en ignorado paradero y pese a las diligencias interesadas para

conocer su actual paradero, estas han resultado infructuosas. Así pues el penado a fecha actual, ni siquiera conoce la suspensión de la ejecución condicionada, también a comunicar cualquier cambio de domicilio. La falta de notificación de esta obligación no puede conllevar la consecuencia que se deriva de las resoluciones recurridas, máxime en atención a la corta duración de la pena privativa de libertad, que es un ciudadano portugués que no consta su arraigo en este país y que fundadamente no conoce las consecuencias que se derivan de la imposibilidad de notificar el auto de 22 de enero de 2016 y sin que conste que en el tiempo transcurrido desde la sentencia firme de 16 de diciembre de 2015, hasta la fecha, haya vuelto a delinquir, en consecuencia estimamos el recurso de apelación, dejando sin efecto las resoluciones recurridas, y se proceda por el juzgado de la penal de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal a adoptar todas las medidas necesarias para la preceptiva notificación personal del auto de 2 de enero de 2016 y a partir de la fecha de notificación de la referida resolución, se comenzará a computarse el plazo de suspensión de dos años, pudiendo ser revocada la suspensión de la ejecución en los casos previstos en la ley.

En atención a lo expuesto:

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Estimar el recurso de apelación promovido por E. contra el auto dictado por la Magistrada Juez de lo Penal nº 1 de Salamanca, de fecha 20 de febrero de 2017, desestimatorio de reforma del auto de 12 de diciembre de 2016, resoluciones que revocamos dejando sin efecto lo acordado en las mismas y en consecuencia se procederá por el Juzgado de lo Penal nº 1 de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la preceptiva notificación personal del auto de 22 de enero de 2016, y a partir de la fecha de la notificación, se comenzará a computar el plazo de suspensión de dos años.

72. AUTO 84/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA SECCIÓN 7ª (MELILLA) DE 10 DE MAYO

No es necesaria la presencia del penado para la notificación de la suspensión de la pena.

HECHOS

PRIMERO.- Tras los trámites oportunos, el Juzgado de lo Penal nº Dos de esta Ciudad, dictó Auto de fecha 28 de marzo de 2016 cuya Parte Dispositiva es del siguiente tenor:

«Se revoca el auto de suspensión de ejecución de la pena de fecha 28/2/2013, quedando pendiente del cumplimiento de la pena impuesta en este procedimiento.»

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, el Procurador en nombre y representación del penado A., interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación alegando que no se le ha notificado la resolución por la que se acordaba la suspensión de la ejecución ni de sus consecuencias; que por esto tampoco se puede tener en cuenta la condena posterior de la Audiencia Nacional; que lo mismo cabe decir respecto de la condena del Juzgado de lo Penal nº Tres de Cartagena, y tras alegar cuanto a su derecho convido, terminó suplicando que se deje sin efecto la revocación del beneficio penitenciario concedido a su mandante, y en su lugar se acuerde la notificación personal de dicho beneficio con todos los apercibimientos oportunos.

TERCERO.- Admitido a trámite, se dio traslado del recurso al Ministerio Fiscal quien emitió informe de fecha 15/11/2016 por el que interesó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

El Juzgado dictó Auto de fecha 30/12/2016 por el que desestimó el recurso de reforma, y volvió a dictar Auto de 12/01/2017 resolviendo sobre el mismo objeto, esto sobre el mismo recurso de reforma que volvió a desestimar.

El Juzgado tuvo por interpuesto el recurso subsidiario de apelación, y en trámite de alegaciones la representación procesal del penado recurrente dio por reproducidas sus alegaciones anteriores contenidas en el recurso, y

por el Ministerio Fiscal se alegó que se adhería al recurso al no constar que se hubiera notificado al penado ni a su representación procesal el auto de suspensión de la ejecución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución de este recurso exige poner de manifiesto los trámites que se han seguido durante la tramitación de la Ejecutoria.

El penado recurrente fue condenado por Sentencia de fecha 31/8/2012, recaída en la presente Ejecutoria, a la pena de 12 meses y 2 días de prisión.

Por Auto de fecha 28/2/2013 se acordó "suspender por el plazo de tres años la ejecución de la pena de doce meses y dos días de prisión, impuesta al penado A., quedando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia condenatoria".

Posteriormente, por Auto de fecha 28/3/2016 el Juzgado acordó revocar la suspensión de la ejecución concedida por Auto de 28/2/2013.

En esta Ejecutoria la representación procesal de penado ha interpuesto dos recursos de reforma y subsidiaria apelación: Uno contra el Auto de 28/3/2016 que revocaba la suspensión de la ejecución, y otro contra el Auto de no suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa. El Juzgado de lo Penal ha dictado dos Autos resolutorios de recursos de reforma: Uno de fecha 30/12/2016 y otro de fecha 12/1/2017; pero en ambos se resuelve sobre lo mismo, esto es: sobre el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de revocación de la suspensión de fecha 28/3/2016, desestimando dicho recurso de reforma; por lo que respecto de la apelación subsidiaria formulada frente a dicho Auto es sobre lo que debemos ahora pronunciarnos.

SEGUNDO.- Frente al mencionado Auto de fecha 28/3/2016, por el que se acuerda la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de privativa que le fue impuesta, se alza la representación procesal del penado alegando que el Auto de 28/2/2013 por el que se le concedió dicha suspensión no le fue notificado, ni se le informó de sus consecuencias; y que, por consiguiente, no se puede tener en cuenta la condena posterior de la Audiencia Nacional, y que lo mismo cabe decir respecto de la condena del Juzgado de lo Penal nº Tres de Cartagena.

Ante estos argumentos del recurrente nos encontramos con dos posturas del Ministerio Fiscal. En un primer momento, en informe de fecha 15/11/2016, al evacuar el trámite conferido en el recurso de reforma, impugnó el recurso e interesó su desestimación y la confirmación del Auto recurrido. Sin embargo, posteriormente, tras la desestimación del recurso de reforma, y en el trámite de alegaciones para el subsidiario de apelación, dicho Ministerio presentó otro informe de fecha 3/4/2017 en el que manifiesta que se adhiere al recurso porque no consta que la notificación al penado ni a su representación procesal del Auto por el que se le concede la suspensión, desconociendo por tanto las obligaciones y condiciones impuestas.

Este Tribunal ha examinado la Ejecutoria, y de lo actuado en la misma se desprende que el Juzgado de lo Penal llevó a cabo varios intentos de notificar personalmente al penado el Auto de 28/2/2013, por el que se le suspendió la ejecución de la pena, oficiando a la Policía Judicial para que averiguase el paradero del penado y acudiendo también al auxilio judicial, enviando sendos exhortos a los Juzgados de San Javier (Murcia) de cuya Policía Local también se interesó la localización del penado; todo ello con resultado negativo.

Cierto es que no se pudo notificar personalmente el Auto al penado, pero ello fue por causas imputables a él puesto que se constituyó en ignorado paradero, contravieniendo el deber de toda persona sujeta a una causa penal de informar al Juez o Tribunal que conozca de la misma de su nuevo domicilio o residencia. Pero también es cierto que el referido Auto de fecha 28/2/2013 fue notificado al Procurador del penado, mediante lexnet con fecha 4/3/2013 según consta en el correspondiente reporte acreditativo de la práctica de dicho acto de comunicación procesal.

TERCERO.- Determinado sector doctrinal entiende que es necesaria la presencia del penado para la concesión, y posterior notificación, del Auto de suspensión de la ejecución de la pena.

Sin embargo, esta Sala viene sosteniendo en reiteradas resoluciones que no es necesaria la presencia del penado para poder conceder al mismo el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena previsto en el artículo 80 y siguientes del Código Penal, por lo que tampoco resulta necesaria su presencia para llevar a cabo la notificación personal del Auto por el que se concede la suspensión de la ejecución.

Esta Sala considera que de una interpretación armónica e integradora de la previsión legal o mandato contemplado en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo al cual en la primera comparecencia por el secretario judicial se requerirá al imputado para que designe un domicilio en España en el que se practicarán las notificaciones de rigor, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia explícita de que la citación verificada en dicho domicilio o a dicha persona permitirá la celebración del plenario en los supuestos previstos en el artículo 786 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal –lo que de facto supone la posibilidad de que pueda ser condenado con penas de hasta dos años de privación de libertad o de seis años si fueren de distinta naturaleza–, se revela la idoneidad de dicho domicilio o la designación de la persona nominada a los efectos de la notificación del auto suspendiendo la ejecución de la pena impuesta en la ejecutoria de su razón.

La suspensión de la ejecución de la pena no puede condicionarse a ese requisito de la presencia del penado para podersele notificar el auto de concesión. Esta presencia del penado era un requisito que exigía la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre Condena Condicional, que ha sido derogada por la Disposición Derogatoria Única apartado 1.b) del vigente Código Penal. En la actualidad no hay ninguna norma que disponga que la notificación deba hacerse personalmente, por lo que la notificación del mencionado auto habrá de hacerse conforme a lo previsto, para todos los actos de comunicación en general, en los artículos 166 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 270 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO.- De lo anterior se colige que el Auto de suspensión de ejecución de la pena fue notificado en legal forma.

Tras la notificación de dicho Auto, el penado fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº Tres de Cartagena, en Sentencia de fecha 21/4/2014, por hechos ocurridos el 3/4/2014, como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar (artículos 171.4 y 171.5 Código Penal). También fue condenado por la Audiencia Nacional por Sentencia firme de 30/9/2015, como autor de un delito de tráfico de drogas, aunque por hechos ocurridos con anterioridad a los dieron lugar a la presente Ejecutoria.

En cualquier caso, lo anterior pone de manifiesto que el penado ahora recurrente delinquirió durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 86.1-a) del Código

Penal (y anterior artículo 84.1 Código Penal), la resolución del Juzgado revocando la suspensión, resulta ajustada a derecho. De ahí que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no apreciándose que el recurrente haya obrado con temeridad o mala fe, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en este recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador en nombre y representación del penado contra el Auto de fecha 28 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Penal nº Dos de esta Ciudad, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; con declaración de oficio de las costas causadas en este recurso.

73. AUTO 976/17 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 25 DE JULIO

No procede la revocación de la suspensión pese a comisión de delito durante el plazo de suspensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de L., se interpuso recurso subsidiario de apelación contra el auto de fecha 9/06/2017, que desestimó la reforma interpuesta contra la resolución de fecha 23/01/2017, dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 32 de Madrid, dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 32 de Madrid, de Ejecuciones Penales, por el que se revocó al penado los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por auto de fecha 19/08/2013, dándose traslado al Ministerio Fiscal que, en su informe de fecha 7/07/2017, se opuso al mismo.

La reforma interpuesta fue desestimada por auto de fecha 9/06/2017.

SEGUNDO.- El día 24/07/2017 se celebró la correspondiente deliberación, que se continuó el día 25 de julio de 2017, quedando entonces el recurso pendiente de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de L., se interpuso recurso subsidiario de apelación contra el auto de fecha 9/06/2017, que desestimó la reforma interpuesta contra el auto de fecha 23/01/2017, dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 32 de Madrid, de Ejecuciones Penales, por el que se revocó al penado los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por auto de fecha 19/08/2013, viniendo a alegar, en esencia, que procedía la aplicación del artículo 86.2 del Código Penal, según redacción otorgada por Ley Orgánica 1/2015, de 30/03, en relación con los artículos 80, párrafos 1º, 2º y 3º, y 84.1, todos del Código Penal, realizando distintas alegaciones sobre la sesión del juicio oral celebrada ante el Juzgado de lo Penal número 36 de Madrid, cuya sentencia fue dictada en trámite de conformidad, y por la que se condenó al hoy Recurrente, por un delito de quebrantamiento de condena, a la pena de prisión de seis meses. En el recurso también se alegan determinadas circunstancias personales y familiares del Recurrente, relativas a ciertos padecimientos físicos de su madre y del propio L., y todo ello, por vía de la vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, interesando que se revoque el auto de fecha 23/01/2017, por el que se revocó la suspensión inicialmente concedida, y subsidiariamente que se acuerde la sustitución de la pena impuesta por otras medidas menos gravosas para el penado.

Por el Ministerio Fiscal, en su escrito de fecha 7/07/2017, que tuvo por reproducido su inicial informe de fecha 7/04/2017, oponiéndose a la apelación interpuesta, señaló que el Recurrente, ha incumplido el plazo de suspensión de dos años, al haber sido condenado posteriormente a la inicial condena impuesta.

No constan alegaciones a este respecto formuladas por D^a. B.

Conviene, en todo caso, indicar que el penado, y hoy Recurrente, fue condenado por sentencia firme, de fecha 27/05/2013, dictada por el Juzga-

do de lo Penal núm. 34 de Madrid, como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado, en el artículo 153, 1º y 3º, Código Penal, por hechos acaecidos el día 11/11/2011, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de once meses, con las correspondientes accesorias legales, y a las penas de prohibición de comunicación y de acercamiento por término de tres años respecto a D.^a B.; resolución ésta que fue confirmada por esta Sección.

La Sra. Magistrada a quo, en el auto resolutorio de la reforma interpuesta, de fecha 9/06/2017, entendió que L., había sido condenado durante el plazo de suspensión fijado, por vía del artículo 83 del Código Penal de dos años, haciendo expresa referencia a la sentencia dictada en trámite de conformidad por el Juzgado de lo Penal núm. 36 de Madrid, firme el día 28/09/2016, por hechos acaecidos el día 4/04/2015, por un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 Código Penal a la pena de prisión de seis meses, por lo que entendió incumplida la condición de no volver a delinquir durante el plazo establecido de dos años.

SEGUNDO.- Centrada así la cuestión, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30/03, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23/11, del Código Penal, en vigor desde el 1/07/2015, el artículo 80 Código Penal, establece, respecto de la ejecución de la suspensión de las penas privativas de libertad que:

1.- Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. 2.- Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1.^a Que el condenado haya delinquirado por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se

tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. 2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento. 3.- Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta. 4.- Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. 5. -Aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el

momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación. 6.- En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

Por su parte, el artículo 84 Código Penal, sobre el cumplimiento de prestaciones o medidas, establece:

"1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.^a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. 2.^a El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. 3.^a La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.^a del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de

una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común".

Además, el artículo 85 Código Penal sobre modificación de las circunstancias valoradas para la suspensión, señala que: "Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas".

Y por último, el artículo 86 Código Penal para los supuestos de revocación de la suspensión, determina que:

"1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá: a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas. b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al

apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª.

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver".

TERCERO.- La nueva regulación, en consecuencia, tiene como finalidad esencial dotar de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión.

A los efectos que aquí interesan, hemos de señalar también que en la reforma examinada se ha establecido una regulación unitaria de la suspensión y la sustitución, resultando esta última una modalidad de la primera, tal como se señala en la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica 1/2015, que expresaba que con la modificación "se pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que Jueces y Tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas".

Se trata, por tanto, de una facultad discrecional de Jueces y Tribunales que, en su caso, se acordará una vez se compruebe la concurrencia de dos grupos de requisitos. Alguno de esos requisitos versan sobre la no habitualidad (con remisión a lo establecido en el artículo 94 Código Penal y otros a la naturaleza de la pena (de prisión hasta dos años), funcionan en todo caso, como criterios objetivamente establecidos por la Ley. Otros –ya presentes en la anterior regulación con respecto al beneficio de la sustitución de la pena de prisión, exclusivamente, en el desaparecido artículo

88 Código Penal, sin contenido tras la modificación que examinamos— se refieren a las circunstancias personales del penado, en cuyo caso la posibilidad de suspensión atiende a los fines de prevención y reinserción social (circunstancias personales del reo, naturaleza del hecho, conducta de aquél y, en particular, el esfuerzo realizado para reparar el daño causado). Ciertamente, la peligrosidad criminal del penado, no aparece explícitamente recogida en el artículo 80 Código Penal, vigente —como antes no lo estaba en el artículo 88 que regulaba el beneficio de la sustitución de forma específica—, pero es evidente la vinculación existente entre las circunstancias personales del autor, su conducta o la naturaleza del hecho que son también elementos de valoración de la mayor o menor probabilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito.

Objetivo directo y fundamental de la suspensión de la pena referido en el primer párrafo del vigente artículo 80 del Código Penal, como hemos enunciado expresamente, es que se faculta a Jueces y Tribunales para adoptar tal decisión "cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos". Circunstancia también referida en la Exposición de Motivos cuando, al justificar la nueva regulación, señala que "la experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión".

Lo que subyace, en consecuencia, en la normativa que regula la suspensión de la pena es su consideración de institución claramente excepcional que opera en sí misma como un mecanismo resocializador, al conferirse al delincuente puntual la oportunidad de evitar el tratamiento penitenciario derivado del ingreso en prisión, sin duda mucho más restrictivo, con las condiciones que se le van a imponer al suspendersele la pena, y desde esta perspectiva, en cuanto el Juzgador razone la suspensión o su denegación en congruencia con esos criterios legales, deberá respetarse en la alzada su criterio, de modo que sólo podrá ser corregido cuando no se ajuste a los presupuestos legales o su razonamiento sea arbitrario, absurdo o manifiestamente erróneo.

CUARTO.- A los efectos que aquí interesan, debe precisarse igualmente que el concepto de delincuente primario no es un concepto coincidente con la circunstancia agravante de reincidencia, pues si bien es cierto que participan de una nota común –la realización anterior de uno o varios delitos que condicionan la concesión del beneficio o la apreciación de la agravación– no es menos cierto que mientras el artículo 22.8 Código Penal, establece que no la realización de cualquier delito comporta la concurrencia de reincidencia –sólo los comprendidos en el mismo Título de imputación y que participen de la misma naturaleza– en cambio el concepto de delincuente primario viene determinado por la realización indistinta de cualquier delito siempre que éste sea doloso. Así, la diversa función del concepto de delincuente primario, y la eficacia de la reincidencia, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina (Sentencia del Tribunal Supremo de 2/04/1992), que establece que: "...La omisión de los antecedentes penales que por no ser computables a efectos agravatorios de la responsabilidad... no es óbice para que sean tomados en consideración por el Tribunal sentenciador como antecedentes del reo, no equivalente a reincidencia, pero si con posibilidad de apreciarse por aquél para hacer uso de la facultad que le otorga la Ley, en orden a la concesión o denegación del beneficio", de donde resulta que la hipotética no concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas "no vulneraría de ninguna manera los artículos 18 Ley Orgánica del Poder Judicial, y 24 de la Constitución Española pues la eventual declaración en los Hechos Probados de una sentencia en el sentido de la inexistencia de antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, sólo tiene relevancia a la hora de calificar los hechos enjuiciados e individualizar las penas a imponer por los delitos cometidos, pudiendo el Juzgado o Tribunal sentenciador valorar los antecedentes penales omitidos para hacer uso de la facultad que le otorga la Ley, en orden a la concesión o denegación del beneficio, como queda dicho".

En consecuencia, no son coincidentes los conceptos de reincidencia y de primariedad delictiva (Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, núm. 285/2004, de 1/09), de modo que, para que el condenado «no haya delinquido por primera vez» debe existir una sentencia condenatoria firme (Sentencia del Tribunal Supremo 1567/2004, de 27-12 y 1196/2000, de 17/07; Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, 138/2005, de 28/04 y Jaén, Sección 3ª, 50/2005, 21/04), no bastando con que en el momento de cometer el delito por el que se le impuso

la pena que se pretende suspender, el condenado haya realizado un hecho que pueda ser delictivo, sino que es necesario que en esa fecha exista una condena anterior por delito impuesta en sentencia firme (Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 326/2002, 15/11 y Barcelona, Sección 3ª, de 8/06/1999). Por ello se establece que el verbo delinquir va referido, no a la fecha de la comisión de los hechos, sino a la fecha de la firmeza de la sentencia, que así lo declara probado (Auto de la Audiencia Provincial de Gerona Sección 3ª, 170/2002, 15/04). Esto es, para considerar que una persona no es delincuente primario a los efectos suspensivos (artículo 80.2.1º Código Penal), no basta con el dato que en el momento de cometer el delito por el que se le impuso la pena que se trata de ejecutar haya realizado un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesario que en esa fecha, exista una condena anterior por delito impuesta por sentencia firme (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2134/1994 de 7/12).

Este mismo criterio ha sido adoptado en el Acuerdo de Unificación de doctrina de las Secciones Penales de esta Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 6/06/2012, al señalar que "el momento en el que se debe valorar la existencia y vigencia de antecedentes penales previos a los efectos de conceder la suspensión de condena, es al propio momento de la concesión o denegación de la suspensión".

QUINTO.- En el presente caso, y con dichos antecedentes, han de atenderse a las concretas circunstancias del supuesto objeto de recurso.

1.- En efecto, y como ya se ha expuesto, el hoy Recurrente fue condenado por sentencia firme, de fecha 27/05/2013, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 34 de Madrid, como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado, en el artículo 153, 1º y 3º, Código Penal por hechos acaecidos el día 11/11/2011, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de once meses, y a las penas de prohibición de comunicación y de acercamiento por término de tres años respecto a D.ª B ; resolución ésta que fue confirmada por esta Sección en el Rollo de Apelación de 27/05.

2.- Por auto de fecha 19/08/2013, por el Juzgado núm. 32, se suspendió por término de dos años la ejecución de la pena de prisión impuesta, lo que fue condicionado a que el penado no delinquiese durante ese lapso temporal, a la obligación de cumplir estrictamente las prohibiciones de acerca-

miento y de comunicación impuestas, durante el tiempo de la suspensión, y a someterse a los programas de reeducación en materia de malos tratos que se establezcan. La notificación al penado se realizó en fecha 19/09/2013 (folio 253).

3.- Consta oficio del CIS Victoria Kent de fecha 9/12/2014, que acreditaba que L., acudió de forma semanal al programa de tratamiento fijado, desde el día 24/03/2014 al 22/12/2014, durante seis meses, (25 sesiones), más citas de seguimiento durante tres meses, entendiéndose que el penado había cumplido y superado el programa establecido (folios 281 y 282).

4.- Obra en el testimonio remitido, diligencia de ordenación por ese Juzgado núm. 32, de fecha 3/01/2017, por la que se dio traslado al Ministerio Fiscal para que emitiese informe sobre la procedencia o no de declarar la remisión de la pena privativa de libertad, y en su caso, sobre extinción y archivo definitivo.

5.- Y consta hoja histórico penal, obtenida en fecha 27/12/2016, en la que se acredita que L. había sido condenado, según sentencia dictada en trámite de conformidad, por el Juzgado de lo Penal núm. 36 de Madrid, firme el día 28/09/2016, por hechos acaecidos el día 4/04/2015, por un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, a la pena de prisión de seis meses.

6.- Se han aportado distintos informes médicos del propio Penado, y de cierto familiar, en su escrito de fecha 7/03/2017, que al menos denotan la necesidad de cuidado de éste por el propio Recurrente (folios 311 y ss.).

De todo ello, debe inferirse que desde la inicial condena impuesta, según sentencia firme de fecha 27/05/2013, dictada por este mismo Tribunal ad quem, por hechos acaecidos el día 11/11/2011, que fue debidamente suspendida por auto de fecha 19/08/2013, al ser L., delincuente primario en esos momentos, hasta la subsiguiente condena, según sentencia dictada en trámite de conformidad por el Juzgado de lo Penal núm. 36 de Madrid, de fecha 28/09/2016, por sucesos acaecidos el día 4/04/2015, transcurrió un plazo de casi cinco años. De tales condenas, se constata, igualmente, que el primer hecho delictivo fue incardinado en el delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado, en el artículo 153, 1º y 3º, del Código Penal, y que la segunda condena, aunque deviene de esa primigenia sentencia, lo fue por un delito de quebrantamiento de condena, previsto y penado en el artículo 468 Código Penal, cuyo bien jurídico protegido es la

Administración de Justicia, que se cometió, según la redacción de Hechos Probados que consta en el escrito de apelación interpuesto, al acudir L. al domicilio de la víctima, y "llamar al telefonillo y a la puerta de su casa", sin que existiese acto físico alguno entre el penado y la perjudicada.

Por parte del recurrente, y según certificación del CIS Victoria Kent, antes aludida, de fecha 9/12/2014, se determina la observancia de la condición igualmente impuesta en la inicial concesión del beneficio de suspensión concedido.

SEXTO.- El artículo 86 Código Penal establece las consecuencias de incumplimiento de las condiciones, con diferentes efectos, según se trate de la esencial de no volver a delinquir, o de aquellas otras complementarias, o de las de aplicación facultativa previstas en los artículos 83 y 84 del Código Penal. La doctrina, ya desde antiguo (Sentencia del Tribunal Supremo 17/11/1969) ha venido declarando que en caso de condena posterior a la inicialmente suspendida, deberá tenerse en cuenta "la conducta del sujeto en este particular extremo durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después".

En consonancia con ello, la doctrina y según lo dispuesto en el artículo 80.2.1ª del Código Penal, referido a los presupuestos necesarios para su concesión, ha entendido que la reforma de 2015, solo anuda la revocación de la suspensión a la comisión de un nuevo delito, si con ello "se refleja que no puede ser mantenida la expectativa en la que se fundó la decisión de suspensión".

Pues bien, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, y conforme a las circunstancias antes aludidas, a criterio de este Tribunal ad quem, la posterior condena por el delito de quebrantamiento de condena –cuyo bien jurídico, reiteramos, en la Administración de Justicia– dictada en trámite de conformidad, por el citado Juzgado de lo Penal núm. 36 de Madrid, firme en fecha 28/09/2016, por los sucesos acaecidos el día 4/04/2015, no determina que no pueda ser mantenida "la expectativa en la que se fundó la decisión de la inicial suspensión acordada", atendiendo, no solo, al lapso temporal extenso en el que el hoy Recurrente no ha delinquido, sino también, a la observancia de las demás condiciones impuestas, en concreto, a los programas de tratamiento impuestos, y entendiendo, además, que conforme la literalidad del precepto y a la doctrina aludida,

debe afirmarse que la posterior sentencia condenatoria, no debe de "facto" suponer la revocación de la inicial suspensión decretada.

Debe añadirse también que la jurisprudencia mantiene que los requisitos legalmente establecidos para decretar la suspensión/sustitución de la condena son necesarios, pero no meramente excluyentes, calificando tal concesión de facultad motivadamente discrecional del Tribunal sentenciador (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27, núm. 1286/2012, de 8/10).

Y además, el Tribunal Constitucional igualmente ha señalado (Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/12/2004) que una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión, ya que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar, y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 Constitución. Por todo ello, la doctrina determina que la resolución judicial debe ponderar las circunstancias individuales del penado, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 163/2002, de 16/12).

Los citados antecedentes apuntan, y denotan, que el incumplimiento de esta condición no ha de considerarse como reiterada, no obstante ser grave, y que de los mismos indicios referidos se constata la ausencia de una efectiva peligrosidad, no pudiéndose entender razonable esperar que la ejecución de la actual pena privativa de libertad, que habrá de ser de nuevo condicionada, según lo que posteriormente se dirá, sea necesaria para evitar futuros ilícitos, entendiéndose, por todo ello, que debe estimarse el recurso interpuesto, y acordar la revocación del auto de fecha de 23/01/2017, por el que, a su vez, se revocó la inicial concesión del beneficio de suspensión efectuada en resolución de fecha 19/08/2013, y todo ello, sin necesidad de entrar a valorar los demás motivos esgrimidos, y en concreto, esa petición

de sustitución de la pena impuesta, respecto de la cual, la Juzgadora de instancia no se ha pronunciado.

En consecuencia, por el Juzgado de lo Penal núm. 32 de Madrid, de Ejecuciones Penales, en plena libertad de decisión, y según dispone el artículo 86.2 del Código Penal deberá imponer al penado, las prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, tras el trámite de audiencia previsto en el párrafo 4º del citado precepto.

SÉPTIMO.- No se encuentran motivos para imponer a la parte apelante, por temeridad o mala fe, las costas de esta instancia, que se declaran de oficio de conformidad con lo establecido en el artículo 240.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : que, con estimación del recurso subsidiario de apelación interpuesto por la representación procesal de L., contra el auto de fecha 9/06/2017, que desestimó la reforma interpuesta contra la resolución de fecha 23/01/2017, dicta el Juzgado de lo Penal núm. 32 de Madrid, por el que se revocó al penado los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, decretada por auto de fecha 19/08/2013, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, dejándola sin efecto, debiendo el Juzgado de Ejecuciones, en plena libertad de decisión, y según dispone el artículo 86.2 del Código Penal, imponer al penado, las prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, tras el trámite de audiencia previsto en el párrafo 4º del citado precepto, que estime oportunas, y todo ello, declarando de oficio las costas de esta instancia.

74. AUTO 359/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA SECCIÓN 1ª DE 2 DE NOVIEMBRE

Procede la revocación por haber delinuido durante el plazo de suspensión. No ha lugar a la sustitución por el internamiento en un centro de deshabitación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 2 de marzo de 2017 se presentó sin embargo escrito por la representación procesal de E. solicitando suspender la orden de entrada en prisión de E. por no ser una medida adecuada a su salud mental y que se ordenase la sustitución de esa pena por su internamiento en un centro de desintoxicación por el tiempo necesario.

De dicho escrito se dio traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso. Por providencia de 6 de abril de 2017 la Titular del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño acordó lo siguiente: "no ha lugar a lo interesado en escrito remitido a este juzgado en fecha 6-03-17 por la representación procesal del penado E. al no derivarse de lo expuesto elementos necesarios para acceder a ello, haciendo constar que tanto el delito por el que se condenó al penado en este procedimiento como el que cometió recientemente son de la misma naturaleza y de la misma gravedad, quedando sin efecto la suspensión del plazo de ingreso en prisión acordada. Requiérase nuevamente al penado E, en los términos acordados en auto de fecha 8-02-17, para que en el plazo de quince días desde el requerimiento ingrese voluntariamente en prisión para el cumplimiento de la pena de un año de prisión, haciéndole saber que dentro del citado plazo deberá designar el centro penitenciario en que va a efectuar el cumplimiento y la fecha prevista para ello, con el apercibimiento de que de no efectuarlo se procederá en su busca, detención e ingreso en prisión".

SEGUNDO.- Frente a dicha providencia E. interpuso recurso de reforma, al que se opuso el Ministerio Fiscal, y que fue resuelto mediante Auto de fecha 16 de mayo de 2017, que desestimó el recurso de reforma. Frente a esta resolución la representación procesal de E. ha interpuesto recurso de apelación del que se dio traslado al Ministerio Fiscal que se ha opuesto a este recurso.

Tras ello se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial se acordó formar el correspondiente rollo de apelación para la sustanciación de los recursos, y tras notificar el turno de registro y ponencia a las partes se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 2 de noviembre de 2017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los antecedentes fácticos concurrentes son los siguientes:

1.- Por sentencia firme de 19 de mayo 2014 se impuso a E. la pena de un año de prisión como autor de un delito de robo con fuerza, acordándose en esa misma resolución la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad.

2.- Por Auto de 26 de noviembre de 2014 se acordó empero dejar sin efecto la sustitución y acordar en su lugar la suspensión de la pena de prisión impuesta a E. por tiempo de dos años, condicionándose la suspensión a no delinquir.

3.- Por sentencia firme de 23 de diciembre de 2016, E. fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado en fecha 16 de abril de 2016, esto es, dentro del periodo de suspensión.

4.- En la presente Ejecutoria, por Auto de 8 de febrero de 2017 se acordó la revocación de la suspensión de la pena de un año de prisión impuesta a E., por haber cometido un delito durante el periodo de suspensión, y se requirió a E. para que ingresase en prisión voluntariamente.

5.- Es muy importante destacar que dicho Auto no fue recurrido, deviniendo firme e inatacable.

6.- Por escrito de 2 de marzo de 2017 se presentó sin embargo escrito por la representación procesal de E. solicitando suspender la orden de entrada en prisión de E. por no ser una medida adecuada a su salud mental y que se ordenase la sustitución de esa pena por su internamiento en un centro de desintoxicación por el tiempo necesario.

7.- De dicho escrito se dio traslado al Ministerio Fiscal, que se opuso.

8.- Por providencia de 6 de abril de 2017 la Titular del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño acordó lo siguiente: "no ha lugar a lo interesado en escrito remitido a este juzgado en fecha 6-03-17 por la representación procesal del penado E. al no derivarse de lo expuesto elementos necesarios para acceder a ello, haciendo constar que tanto el delito por el que se condenó al penado en este procedimiento como el que cometió recientemente son de la misma naturaleza y de la misma gravedad, quedando sin efecto la suspensión del plazo de ingreso en prisión acordada. Requieráse nuevamente al penado E., en los términos acordados en auto de fecha 8-02-17, para que en el plazo de quince días desde el requerimiento ingrese voluntariamente en prisión para el cumplimiento de la pena de un año de prisión, haciéndole saber que dentro del citado plazo deberá designar el centro penitenciario en que va a efectuar el cumplimiento y la fecha prevista para ello, con el apercibimiento de que de no efectuarlo se procederá en su busca, detención e ingreso en prisión".

9.- Frente a dicha providencia E. interpuso recurso de reforma, al que se opuso el Ministerio Fiscal, y que fue resuelto mediante Auto de fecha 16 de mayo de 2017, que desestimó el recurso de reforma con base en los argumentos siguientes: "no podemos sino hacer nuestras la acertada exposición de hechos dada por el Ministerio Fiscal en su Informe de fecha 8 de mayo de 2017, considerando que el condenado está agotando todos los recursos posibles para dilatar la ejecución de lo acordado en el presente expediente, demorando su ingreso en prisión. Efectivamente, la suspensión de la pena de prisión fue revocada mediante Auto firme dictado por este Juzgado en fecha 11 de febrero de 2017 la cual había sido concedida previamente mediante Resolución de fecha 26 de noviembre de 2014 (véase que la adopción de este último Auto había venido determinado por la documental obrante en la causa y con la sola finalidad de favorecer la rehabilitación y reinserción social del condenado). Queda acreditado que el condenado, lejos de atender al cumplimiento de lo acordado y denotando un total desprecio por la ejecución de la pena de prisión, fue condenado en tres Sentencias posteriores, una de ellas por hechos cometidos durante el plazo de suspensión y de igual naturaleza a los que constituían el objeto del presente expediente (véase la sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño). Dicho lo que precede y más teniendo en cuenta que la Resolución en la que se acordó la revocación no fue objeto de recurso alguno, consideramos que las necesidades del condenado pueden ser convenientemente atendidas en el centro

Penitenciario con el sometimiento al oportuno tratamiento y la emisión de informes médicos actualizados sobre su situación. Por todo ello debemos desestimar el recurso de Reforma presentado, confirmando la Resolución recurrida en todos sus términos".

10.- Frente a esta resolución la representación procesal de E. ha interpuesto recurso de apelación en el que llega a decir que el Auto recurrido "falta a la realidad de los hechos" (sic) e insiste, en resumen, en que procede imponer al penado un apena acorde con su situación mental y física, reproduciendo otra vez los argumentos del recurso de reforma en el que indicaba que la especial situación del penado, que padece una patología causada por el abuso de tóxicos que sigue consumiendo, así como patología psiquiátrica asociada al consumo de drogas, que padece déficit intelectual y rasgos de la personalidad con falta de control de impulsos, sería procedente su internamiento en un centro de desintoxicación o en otro que se entienda procedente.

11.- El Ministerio Fiscal se ha opuesto a este recurso.

SEGUNDO.- No ha lugar a estimar el recurso.

Al penado E. se le concedió el beneficio de la suspensión condicionada a no delinquir, y sin embargo dentro del periodo de suspensión cometió un nuevo delito de la misma clase que aquel por el que fue condenado y que dio lugar a la pena suspendida.

Esa fue la razón por la que en virtud de Auto de 8 de febrero de 2017 se acordó la revocación de la suspensión de la pena de un año de prisión impuesta a E.

Es destacable que este auto no fue recurrido por la representación procesal del penado, aquietándose de esta forma a su argumentación.

El Auto es por lo tanto firme e inatacable, y no es posible dejarlo sin más sin efecto, so pena de transformar, por un lado, dicha resolución en algo inane, y por otro, el sistema procesal de recursos en algo innecesario.

Si la representación procesal del penado estaba en desacuerdo con el auto referido, debió de recurrirlo. No habiéndolo hecho, ahora solo queda ejecutar esa resolución, sin que sea procesalmente admisible tratar de conjurar sus efectos mediante un escrito extemporáneo como el que ha dado lugar a esta suerte de incidente.

En definitiva, dicha resolución no puede ser soslayada; y en virtud de esa resolución, lo que procede es ejecutar en sus propios términos la sentencia firme por la que E. fue condenado, tal como ordena el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 86.1 a) del Código Penal.

TERCERO.- Al margen de todo lo expuesto hasta ahora, resulta meritorio que las expectativas que se tuvieron presentes cuando se concedió la suspensión al penado no pueden cumplirse, pues ha vuelto a cometer un delito de la misma clase (idéntico) que aquel por el que fue condenado y que dio lugar a la pena suspendida, por lo que procede que el penado cumpla la pena de prisión que se le impuso (artículo 86.1 a) del Código Penal y artículo 18.2 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Debemos recordar que ya fue inviable el cumplimiento de la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad que había sido inicialmente acordada, debido a que el servicio de gestión de penas desaconsejó esta posibilidad con base en la personalidad del penado, su déficit intelectual y al consumo de drogas crónico que presentaba. Por tal motivo, se dejó sin efecto la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad y en su lugar, se le concedió la suspensión, condicionada a no delinquir, compromiso que el penado en su momento voluntariamente adquirió a fin de que le fuera concedido este beneficio. Pues bien, es destacable a ese respecto que pese a que, como hemos dicho, la situación del penado (personalidad, déficit intelectual, consumo de drogas), según constató el servicio de gestión de penas en su informe, era en aquel momento en que se le concedió la suspensión sustancialmente idéntica al que ahora se invoca en el recurso, no se realizó sin embargo en aquel momento por la defensa, ninguna alegación o solicitud relativa a que lo más conveniente para el penado fuese su internamiento en un centro de deshabitación u otro similar. Es solo ahora, ante la tesitura de que se produzca su ingreso en prisión, cuando se invoca que la personalidad y situación personal del penado hace aconsejable el internamiento en un centro de deshabitación.

Sea como fuere, lo relevante es que E. no cumplió esa condición básica de no delinquir, a cuyo cumplimiento se había obligado voluntariamente y a cuyo cumplimiento estaba supeditada la concesión de la suspensión; y no solo eso, sino que el delito que cometió fue el mismo tipo penal (robo con fuerza) que había dado lugar a la pena suspendida, lo cual evidencia que las expectativas depositadas en la suspensión en su día concedida, queda-

ron abortadas. Así las cosas, lo procedente no es sino el cumplimiento de la pena suspendida (artículo 86 1 del Código Penal) y no es factible ahora tratar de evitar la consecuencia natural de ese incumplimiento del requisito de no delinquir durante el periodo de suspensión, invocando –además de forma extemporánea, y al margen de la vía de recursos– una situación que ya existía en el momento en que se concedió la suspensión.

CUARTO.- A todo lo hasta ahora razonado debemos adicionar que no resulta tampoco procedente acceder al internamiento del penado en un centro de deshabitación u otro semejante, pues ni está demostrado que eso sea la solución óptima para la situación del penado, ni existe esta previsión para el caso de comisión de un delito durante el periodo de suspensión (artículo 86 del Código Penal). Finalmente, no existe dato alguno que permita colegir que en el centro penitenciario el penado no podrá recibir la atención adecuada para las necesidades que presenta.

QUINTO.- Se imponen al recurrente las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda:

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de E. contra el Auto de 16 de mayo de 2017 resolutorio de recurso de reforma contra la providencia de 6 de abril de 2017 dictados por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño. Con imposición al apelante de las costas de la alzada.

75. AUTO 697/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRO-NA SECCIÓN 4ª DE 20 DE DICIEMBRE

La revocación no es automática. Listado de circunstancias de los delitos cometidos durante la suspensión que pueden dar lugar a la revocación, y de los que no.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Figueres, se dictó auto en fecha 4-9-17, por el que se revocaba la suspensión de las penas de prisión impuestas en su día a J.C.; contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por J.C., representado por procurador y asistido por letrado, al que se opuso expresamente el Ministerio Fiscal, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de la indebida revocación de la suspensión de la pena.

El recurso no merece prosperar.

El recurrente se conformó en su día, en sentencia dictada de conformidad en fecha 21-6-16 por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Figueres por hechos cometidos el día 19-6-16, con la pena de 8 meses de prisión por la comisión de tres delitos (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia y resistencia grave a los agentes de la autoridad). Dicha pena fue suspendida en la misma sentencia, sometiendo la suspensión a un periodo de prueba de dos años.

Así las cosas, en fecha 14-3-17 se recibió notificación de aviso por parte del Registro Central de Penados en la que se informaba de la condena del recurrente por un nuevo delito. En concreto, el recurrente fue condenado por sentencia firme de fecha 13-3-2017, por el delito de conducción sin permiso o retirado cautelar o definitivamente (artículo 384 Código Penal), cometido el día 10-3-17. Ante ello, el Juzgado Penal núm. 1 de Figueres, por Auto de 4-9-17 decreto la revocación de la suspensión de las penas de prisión en su día concedida, y es frente a dicho Auto que el recurrente

presenta recurso de apelación, alegando, fundamentalmente, que al tratarse de la comisión de un delito distinto y menos grave que aquéllos por los que se concedió la suspensión de la pena, no procedería la revocación, sino la prórroga del plazo de suspensión.

Como esta Sala tiene declarado en multitud de sentencias, mientras que la revocación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad era un automatismo conforme al antiguo artículo 84.1 del Código Penal, vigente en el momento de los hechos, que establecía que "si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena", tal revocación ya no se rige por el mismo principio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/15, puesto que la norma equivalente, el artículo 86.1. a) del Código Penal dispone que "el Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida".

Lo cierto es que la norma no ha cambiado en exceso, sino que simplemente otorga un cierto margen el Juzgador, que ya no vendrá comprimido por la obligatoriedad de la revocación cuando acaezca un nuevo delito, sino que podrá valorar otros intereses en juego; y decimos que el cambio no es excesivo porque la no revocación creemos que será la excepción a la norma general, dado que "la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada" no puede ser otra que la que dispone el artículo 80.1 del Código Penal, es decir, "que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos".

De esta suerte hemos empezado a construir un elenco de supuestos en los que la comisión de un nuevo delito que pueda provocar la suspensión de la ejecución de otra pena no suponga una actividad delictiva continuada y no se evidencie con ello la futura comisión de nuevos delitos, lo que podrá suceder en ciertos supuestos como por ejemplo (a) cuando el delito se haya cometido muy avanzado el periodo de garantía y se trate de una infracción sin ninguna relación con el delito cuya pena se halla suspendida, o (b) cuando se trata de revocar la pena en el caso de que ha existido una suerte de dilaciones indebidas y se verifica que el condenado ya se ha apartado de la actividad delictiva anterior, o (c) cuando aquella actividad delictiva previa estaba condicionada por ciertas adicciones de las que el condenado está ya rehabilitado, de suerte tal que pueda mantenerse con cierto fundamento

que ese nuevo delito supone un hecho anecdótico en la vida del condenado y que no implicará la reanudación de la actividad delictiva.

Al contrario, también nos encontramos en la búsqueda de las situaciones contrarias, es decir, aquellos nuevos delitos que provocaran necesariamente la revocación de la suspensión porque evidencian la futura comisión de nuevos delitos, como (a) cuando el condenado vuelve a cometer, durante el periodo de suspensión, un delito de la misma naturaleza que el que provocó su anterior condena, o (b) cuando comete un delito de mayor gravedad, o (c) cuando pese a no ser delitos similares o más grave comete más de uno durante el periodo de garantía, o cuando comete cualquier delito muy poco tiempo después de que se le concediera el beneficio de la suspensión de la pena.

Ambas listas, indudablemente, pueden ser mucho más amplias pero con los ejemplos citados se evidencian situaciones que responden, positiva y negativamente, al espíritu de la ley, como es el de que no rija el automatismo de la revocación en el caso de la suspensión porque el nuevo delito cometido no pone de manifiesto la expectativa en la que se fundó la inicial concesión de la suspensión.

En el caso que nos ocupa, aplicando todos estos criterios no podemos sino confirmar la resolución de la instancia, pues (1) el delito cometido durante el periodo de prueba es precisamente uno que implica en cierta manera incumplir doblemente el beneficio de la suspensión concedida: pues no sólo se comete un nuevo delito, sino que ese nuevo delito consiste precisamente en no respetar otra de las penas impuestas, como era la privación del permiso de conducir. Es decir, no sólo se comete un delito en el periodo de prueba, sino que se trata de la comisión de un delito ligado de forma inmediata con la suspensión concedida, lo cual añade más reproche a la comisión de un nuevo delito que si se tratara de un caso en el que el nuevo delito cometido nada tuviera que ver con aquéllos por los que en su día se le concedió la suspensión (por ejemplo, un delito leve de hurto). Adicionalmente (2) ni siquiera pasó un año antes de que el recurrente vulnerara las condiciones exigidas para la suspensión y cometiera un nuevo delito, por lo que el criterio de la proximidad temporal también juega en su contra.

Por todo ello y lamentando la Sala que el recurrente no se haya dignado a respetar las obligaciones en su día impuestas para evitar el ingreso en prisión no podemos sino confirmar la resolución recurrida. Adicionalmen-

te, a esta Sala tampoco le constan especiales circunstancias personales del recurrente que presenten el ingreso en prisión como un acontecimiento traumático.

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de J.C. contra el auto dictado en fecha 4-9-17 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Figueres, CONFIRMANDO la meritada resolución, y todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

76. AUTO 448/2009 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 27ª DE FECHA 13 DE JULIO

No procede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a la participación en programa formativo al no estar ante un delito de violencia de género.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Madrid (Ejecutorias), se dictó en fecha veinte de abril de 2009 auto por el que se desestimaba la reforma del anterior, de fecha cinco de mayo de 2008, acordando la suspensión de condena de la penada P. supeditada al cumplimiento de las

obligaciones fijadas en el mismo, resolución que fue recurrida en apelación por su representación procesal.

SEGUNDO.- Evacuado el trámite de instrucción y recibidos los autos en este Tribunal, en los que el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución recurrida, se señaló día para deliberación, votación y fallo del recurso, quedando el mismo visto para resolución.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el caso presente, procede la estimación del recurso y ello es así porque, a la vista de las actuaciones, el Tribunal ha de llegar a la conclusión de que han de ser compartidos los razonamientos de la recurrente.

Así es: discrepa la apelante de que la suspensión de condena que se le otorga venga condicionada el cumplimiento de las obligaciones de participación en programas formativos y ello en primer lugar porque no nos encontramos ante un delito de violencia de género, criterio que comparte el Tribunal, pues desde la perspectiva de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ésta solo puede ser entendida como aquella que ejerce el varón sobre la mujer que sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, no pudiendo por ello entender de aplicación extensiva automática la caso que nos ocupa, esto es un delito de violencia familiar de la compañera sentimental contra su pareja, el párrafo segundo del apartado 6º del artículo 83 del Código Penal, según el cual: “Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado”.

En todo caso y además, como señala la recurrente el meritado precepto vigente en la actualidad, fue redactado por el artículo 33 de la citada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no teniendo vigencia hasta el día 29 de junio de 2005 y los hechos enjuiciados en el presente procedimiento datan de 27 de febrero de 2005.

Al darse la circunstancia de que no cabiendo en ningún caso, esto es, ni por el tipo penal por el que se condena a la apelante ni por la fecha de los hechos enjuiciados el establecimiento preceptivo y automático del sometimiento a las obligaciones previstas en el artículo 83 1.6º del Código Penal, no habiendo fundamentado la juzgadora “a quo” las razones por las que se considera debe condicionarse la suspensión al cumplimiento de las obligaciones fijadas en el citado precepto, procede la estimación del presente recurso, dejando sin efecto como condición para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a la recurrente los deberes a que se refiere los artículo 83.5 del Código Penal.

SEGUNDO.- No se aprecian motivos para imponer a parte determinada las costas de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación al caso,

LA SALA ACUERDA:

Que, con estimación del recurso interpuesto por la representación de la penada P. contra la resolución que declaraba no haber lugar a la reforma del auto acordando la suspensión de condena de la recurrente supeditada al cumplimiento de las obligaciones fijadas en el mismo, acordada por la Ilma. Sra. Magistrado - Juez de lo Penal nº 4 de Madrid (Ejecutorias), debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, dejando sin efecto como condición para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a la recurrente los deberes a que se refiere los artículo 83.5 del Código Penal y declarando de oficio las costas de esta instancia.

77. AUTO 29/2012 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN SECCIÓN 3ª DE FECHA 13 DE ENERO

No procede revocación de la suspensión pese a la no realización del programa formativo por imposibilidad de asistir al carecer de vehículo propio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se recurre en apelación por la defensa del condenado T. el auto de fecha 7 de diciembre de 2010 dictado por el Juzgado de lo penal uno de los de León y por el que se desestima la reforma del de fecha 20 de octubre de 2010 revocatorio de la suspensión condicional de la pena de prisión impuesta.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de León le revoca el beneficio de la suspensión condicional de la pena de prisión impuesta al condenado T. en base al incumplimiento por el mismo del programa formativo denominado TRÉBOL, destinado a la reeducación y resocialización de hombres que ejercen la violencia en pareja. Contra la anterior decisión se recurre en apelación por el penado quien alega en el recurso la dificultad o imposibilidad que tiene para el cumplimiento del programa ya que residiendo habitualmente en la localidad de Santa María del Páramo en donde tiene mujer y un hijo y trabaja en dicha localidad, según justifica documentalmente, ocurre que carece de vehículo propio para desplazarse hasta León, y por lo tanto le resulta imposible el cumplimiento del programa formativo en las condiciones que se le han impuesto.

Las anteriores alegaciones han sido acreditadas documentalmente en el recurso de apelación y por lo tanto este Tribunal estima que no puede imputársele al penado un incumplimiento malicioso del programa impuesto, y por lo tanto estimamos que no existe causa suficiente para la adopción de una medida tan trascendente –revocación de la suspensión e ingreso en prisión– al no darse causa suficiente para ello.

Se está en el caso por lo tanto de dejar sin efecto la revocación de la suspensión condicional de la pena de prisión impuesta, con estimación del recurso de apelación formulado.

SEGUNDO.- Las costas procesales del recurso se declaran de oficio.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación formulado por la representación del penado T contra el auto de fecha d 7 de diciembre de 2010 dictado por el Juzgado de lo penal uno de los de León y por el que se desestima la reforma del de fecha 20 de octubre de 2010 revocatorio de la suspensión condicional de la pena de prisión impuesta, cuyas resoluciones se revocan y dejan sin efecto, y se declaran de oficio las costas procesales del recurso.

78. AUTO 246/2015 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA SECCIÓN 2ª DE 18 DE SEPTIEMBRE

Corresponde al Servicio de Gestión de Penas informar sobre el cumplimiento de las prohibiciones impuestas, no siendo competente para ello el Punto de Encuentro Familiar.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal N° 5 de Pamplona, en respuesta a la previa petición del penado en el sentido de que “se concreten los términos en que debe realizarse la entrevista con los servicios sociales penitenciarios, o bien, subsidiaria y alternativamente, se quede a la espera de la resolución del recurso de apelación”, dictó providencia con fecha 24 de febrero de 2015, del siguiente tenor literal:

“PROVIDENCIA.-

En Pamplona/Iruña, a 24 de febrero del 2015.

Los anteriores escritos de la representación procesal del Penado solicitando que se haga efectivo el fallo de la sentencia en cuanto al cese de la prohibición de comunicación impuesta en medida de orden protección por una parte y solicitando se concreten los términos en que debe realizarse la entrevista con los servicios sociales penitenciarios para el curso de maltratadores a cuya realización está condicionada la suspensión de la condena de prisión a la que fue condenado en sentencia, únanse y, siendo que en su día fueron remitidos las correspondientes órdenes y comunicaciones para el levantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima y que el recurso de apelación interpuesto contra las condiciones impuestas para la suspensión de la condena de prisión está en trámite sin que se haya concedido efectos suspensivos, estese a lo acordado.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y al Mº Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, ante este Órgano Judicial, RECURSO DE REFORMA, en el plazo de los TRES DÍAS siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma S.Sª, doy fe.

El Magistrado-Juez La Secretario/a Judicial”

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de reforma por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de G., al que se opuso el Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación y confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- Desestimado el recurso de reforma mediante Auto de 16 de marzo de 2015, nuevamente por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de G. se interpone contra el mismo recurso de apelación a cuya estimación se han opuesto el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de Dª M. y el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Remitido el testimonio de particulares designados por las partes a la Audiencia Provincial, el conocimiento del recurso, previo reparto, correspondió a esta Sección en donde se incoó el Rollo Penal de Sala nº 208/2015, en el que se designó ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. R.G.G.,

señalándose día para su deliberación y resolución el día 18 de septiembre de 2015.

II.-RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona mediante providencia de fecha 24 de febrero de 2015, considerando que “... en su día fueron remitidos las correspondientes órdenes y comunicaciones para el levantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima y que el recurso de apelación interpuesto contra las condiciones impuestas para la suspensión de la condena de prisión está en trámite sin que se haya concedido efectos suspensivos” resolvió que debía estarse a lo anteriormente acordado en la ejecutoria.

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de reforma por la representación procesal de G., solicitando su revocación, se “dicte providencia en la que se concreten los términos en que debe realizarse la entrevista con los servicios sociales penitenciarios, o bien, subsidiaria y alternativamente, se quede a la espera de la resolución del recurso de apelación” en referencia al interpuesto contra auto de fecha 7 de enero de 2015 y que, en aquel momento, se encontraba en trámite.

TERCERO - El aludido recurso de reforma fue desestimado por Auto de 16 de marzo de 2015 en virtud del siguiente razonamiento jurídico:

«ÚNICO.- Procede desestimar el recurso de reforma formulado contra la Providencia de fecha 24 de febrero de 2015, por los argumentos que se utilizan en la misma que se dan por reproducidos al objeto de evitar reiteraciones innecesarias, a lo que cabe añadir:

1.- No se cita en el recurso qué precepto legal ha infringido este Juzgado en la resolución recurrida, limitándose a citar el principio in dubio pro reo, que por más que sea evidente no está de más recordar al recurrente que ninguna relación tiene con la tramitación de un recurso de apelación. También se cita el principio de tutela judicial efectiva, derecho fundamental, citado de manera genérica en el recurso y que evidentemente tampoco se vulnera cuando ni siquiera se indica que infracción procesal se ha cometido. Esta sola razón sería suficiente para desestimar el recurso de apelación formulado.

2.- Como petición principal de su recurso interesa que se adopte por este Juzgado una decisión que además de no tener previsión legal alguna y pretender que sea el propio penado quien decida cómo se ejecuta una sentencia penal condenatoria, ha sido resuelta por este Juzgado. Merece la pena destacar que se indica en el recurso que el penado no tiene inconveniente en cumplir con la condición de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta, cuando el cumplir o no con ella, no depende de su conveniencia o no, si no de lo que indica el Código Penal, siendo éste muy claro en las consecuencias que se derivarán si no lo hace (artículo 84.2 del Código Penal). Parece necesario también recordar al recurrente que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta es un beneficio que se le ha reconocido, no es un derecho, y no queda a su voluntad o la interpretación que le conviene la ejecución de esta suspensión. Esta segunda razón también sería suficiente, por sí sola, para desestimar el recurso de reforma.

3.- Como indica el Ministerio Fiscal, el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, salvo los supuestos expresamente previstos (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que en este caso, exista previsión alguna que otorgue estos efectos suspensivos.

Contra el anterior auto desestimatorio del recurso de reforma, se recurre en apelación por la Procuradora solicitando de la Sala “resuelva estimando que la medida acordada por el Juzgado debe esperar la decisión de la Audiencia Provincial o, en todo caso, aplicarse respetando el contenido del recurso de apelación».

CUARTO.- El recurso de apelación planteado en los términos que se acaban de exponer debe ser íntegramente desestimado de conformidad con los razonamientos jurídicos del auto desestimatorio del de reforma que acabamos de transcribir, en los que se da cumplida y cabal respuesta a las cuestiones planteadas por la recurrente, y que este tribunal asume como propios y parte integrante de esta resolución, y de conformidad, igualmente, con lo alegado por el Ministerio Fiscal al oponerse al recurso de apelación interpuesto en el sentido de que “Contrariamente a lo mantenido por la parte recurrente se considera la resolución que ahora se impugna conforme a derecho, ya que tal y como señalamos en nuestro escrito de 10 de marzo de 2015, al no existir una previsión legal, es de aplicación la norma general dispuesta en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en consecuencia es correcta la providencia de 24 de febrero de

2015, inicialmente recurrida en reforma, al señalar la ausencia de efectos suspensivos del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 18 de noviembre de 2014”.

Ha de añadirse a lo anterior que el recurso de apelación al que el recurrente pretendía supeditar la ejecución de la sentencia penal ya ha sido resuelto por esta misma Sala por auto de fecha 19 de mayo de 2015, y en el que expresamente se consideró «respecto de la intervención que pretende el recurrente del Punto de Encuentro Familiar es claro que no tiene atribuida función alguna que permita erigirle en organismo orientador ni controlador de la ejecución de las sentencia penales firmes, ni en lo que se refiere a las penas, incluidas, en este caso, las accesorias de “prohibición de aproximarse a M., en cualquier lugar donde se encuentre, a su domicilio, lugar de trabajo, u otro frecuentado por ella a una distancia inferior a 300 metros durante el plazo de 2 años”, que habrá de cumplirse en sus propios términos, pues no admite ni su suspensión, ni forma de sustitución alguna; ni respecto al cumplimiento de las condiciones impuestas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 83.1 Código Penal, cuyo último párrafo obliga a imponer con carácter imperativo, cuando se trate de delitos relaciones con la violencia de género, como sucede en el caso que examinamos, “la prohibición de acudir a determinados lugares”, “la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos” y la de “participar en programas formativos (...) y otros similares”; en nuestro caso, como no puede ser de otra manera, programas formativos de violencia de género; sin que resulte posible, por tanto, prescindir de cualquiera de tales condiciones, cualquiera que fuese el delito que, en tal ámbito, hubiere cometido».

Y, como ha señalado el Ministerio Fiscal, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 83.2 del Código Penal (“Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”), la competencia para informar sobre estos extremos corresponde al Servicio de Gestión de Penas; y, en modo alguno, reiteramos, al Punto de Encuentro Familiar, lo que no entra en contradicción alguna con el hecho de que este recurso esté funcionando con los Juzgados de Violencia y con los Juzgados de Familia; pues tanto uno como otro tienen únicamente jurisdicción sobre las medidas de orden civil que hubiesen

adoptado, sea como cautelares, sea como definitivas, y que no tienen la condición de penas.

QUINTO.- Dada la desestimación del recurso de apelación interpuesto, procede imponer a la parte apelante el pago de las costas ocasionadas en esta apelación, de conformidad con lo previsto en los artículos 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable este último por razón de analogía.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que debía desestimar y desestimaba el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de G., contra el Auto de fecha 16 de marzo de 2015, desestimatorio del de reforma previamente interpuesto contra providencia de fecha 24 de febrero de 2015; resoluciones que se confirman en todos sus pronunciamientos, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas procesales ocasionadas en esta apelación.

79. AUTO 91/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA SECCIÓN 4ª DE 18 DE ENERO

Se concede la suspensión pese a reincidencia en violencia de género por presentar un serio pronóstico de superación de un episodio de compulsión delictiva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal 5 de Sevilla se dictó auto de fecha 04/04/16 por el que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena de un año de prisión impuesta a L. Contra dicho auto se interpuso recurso de reforma por la representación procesal del penado, que fue desestimado por auto de 11/10/16, resolución esta última contra la cual se articuló re-

curso de apelación, que fue admitido a trámite con el resultado que consta en autos y que es el que ahora corresponde resolver.

SEGUNDO.- Turnado el recurso a este Tribunal, se remitió seguidamente testimonio de la causa, formándose rollo y designándose ponente; tras la oportuna deliberación, la Sala acordó resolver como a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ninguna duda cabe de que el penado en la presente causa tenía la condición de primario al tiempo de cometer los hechos por los que aquí ha sido condenado, hechos que tuvieron lugar hasta finales de agosto de 2009, tal y como deriva palmariamente de la hoja histórico penal incorporada al testimonio. Ello apunta ya dos datos de singular relevancia, cual son la antigüedad de los hechos objeto de condena, de los que hace casi ocho años, y que al tiempo de cometerlos el penado no había recibido aún la conminación que pudiera suponer una condena previa.

La denegación del beneficio de la suspensión se produce exclusivamente por la existencia de otras condenas posteriores y por la oposición de la acusación particular; pero entendemos que esos datos, que insistimos en que son los únicos manejados por las resoluciones de instancia (amén de la transcripción de los preceptos legales aplicables), no agotan el debate en las presentes, pues concurren otras circunstancias relevantes que es obligado reflejar ahora:

a) La antigüedad de los hechos objeto de esta causa aconseja dar una respuesta que de algún modo contemple ese transcurso de tiempo, sobre todo teniendo en cuenta que desde aquellas fechas no consta en realidad la comisión de otros delitos por parte del penado, excepto la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sobre el que luego volveremos.

b) Es cierto que el apelante cuenta con otras dos condenas por sendos delitos de quebrantamiento de medida cautelar (precisamente la que fuera impuesta en esta causa), pero no puede perderse de vista que fueron cometidos, respectivamente, el 21/08/09 y 13/11/09, es decir, en fecha muy próxima a los aquí enjuiciados, sin que desde entonces conste ningún otro delito en el ámbito de la violencia de género, lo que parece apuntar a una etapa de compulsión delictiva que parece en trance de superación y que,

sobre todo, parece aconsejar más a estas alturas un abordaje terapéutico o tratamental que una mera retribución privativa de libertad; de esas dos condenas debe destacarse que, amén de que pudieran haberse enjuiciado conjuntamente como delito continuado, se impusieron penas relativamente cortas de prisión que fueron sustituidas por trabajos en beneficio de la comunidad, que cumplió el penado según refleja la hoja histórico penal.

c) En la presente causa el recurrente fue condenado por tres delitos en el ámbito de la violencia de género, pero de la escasa entidad de los de maltrato puntual y amenazas da cuenta la propia sentencia, dictada de conformidad, que optó por imponer sendas penas de trabajos en beneficio de la comunidad, que ha cumplido el penado. Por el tercer delito, maltrato habitual, se impuso la pena de 21 meses de prisión, cuya eventual suspensión se discute ahora.

d) También cuenta el apelante con una última condena por delito contra la seguridad vial cometido en mayo de 2014, pero parece obvio que dicha sanción no guarda relación criminológica alguna con los delitos de que ahora tratamos y que, por tanto, carece de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros y no enturbia el favorable pronóstico que a continuación abordamos.

e) Hasta la fecha el recurrente no ha cumplido en prisión ninguna de las penas impuestas, habiendo dado debido cumplimiento a las penas alternativas que por vía de sustitución fueron acordadas, sin que siquiera se haya beneficiado hasta ahora de la suspensión de la ejecución de ninguna de tales penas.

Así las cosas, a diferencia de la Magistrada a quo, la Sala entiende que se puede sostener un favorable pronóstico de futuro, conforme al cual no sólo la ejecución de la pena en su forma ordinaria no resulta necesaria para conjurar el riesgo de comisión de nuevos delitos, sino que además la medidas y condiciones que a continuación se dirán pueden contribuir de mejor forma no ya sólo a la protección de la víctima sino también a la propia reeducación del penado, conjurando así los riesgos residuales que pudieran persistir de forma más eficaz que con el cumplimiento en prisión que, por su propia duración, haría harto difícil el tratamiento.

Se trata, en definitiva y como establece la propia norma, de valorar las restantes circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular

su esfuerzo para reparar el daño causado –en el presente no hay indemnización fijada–, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, y en base a todo ello no advertimos razones sólidas que desaconsejen la concesión al apelante del beneficio de la suspensión, en la forma ordinaria que contempla el artículo 80.1 del Código Penal, prevista legalmente para delincuentes primarios, beneficio que precisamente puede colmar su fundamento legal de evitar el ingreso en prisión de quien presenta reducida peligrosidad y fue condenado por hechos de bastante antigüedad a una pena relativamente corta de privación de libertad, sin que por ello el derecho penal deje de cumplir sus fines de prevención general y especial, todo lo cual nos lleva a estimar el recurso interpuesto, concediendo al apelante la suspensión solicitada. Al tratarse de un delito “cometido sobre la mujer” en los términos que expresa el artículo 83.2, deben imponerse imperativamente las condiciones de prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, a su lugar de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ella, o de comunicar con la misma por cualquier medio durante el tiempo de la suspensión, lo que entraña la prohibición de acudir a tales lugares, así como la condición de participar en un programa formativo sobre violencia de género y de educación en la igualdad.

Por último y de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 81 del Código Penal, fijamos el periodo de suspensión en tres años, atendida la naturaleza del delito y las penas impuestas, así como las condiciones que se establecen.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que;

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. L. contra los autos dictados el 04/04/16 y 11/10/16 por el Juzgado de lo Penal nº 15 de Sevilla, resoluciones que revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar acordamos SUSPENDER por el plazo de TRES AÑOS la ejecución de la pena de 21 MESES de prisión impuesta al referido penado, quedando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia condenatoria, suspensión que queda condicionada a que el referido penado:

a) no vuelva a delinquir en el plazo indicado;

b) cumpla la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, a su lugar de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ella, o de comunicar con la misma por cualquier medio durante el tiempo de la suspensión, lo que entraña la prohibición de acudir a tales lugares;

c) y participe en un programa formativo sobre violencia de género y de educación en la igualdad.

El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones podrá dar lugar a la revocación de la suspensión otorgada, con cumplimiento de la pena originaria de prisión.

De conformidad con el artículo 83.4 del Código Penal, el Juzgado deberá librar oficio a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria para la ejecución y control de las reglas de tratamiento impuestas, con las demás prevenciones que en dicho precepto se contienen.

80. AUTO 372/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRO- NA SECCIÓN 4ª DE 21 DE JUNIO

No procede revocación: al penado no se le permite reconducir la situación cuando decide volver al programa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Penal nº 2 de Figueras se dictó auto de fecha 23-1-2017 en el que se acordaba entre otros extremos: “Se revocan los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena concedidos al penado C.J. y en consecuencia procédase al inmediato cumplimiento de la pena de seis meses de privación de libertad que le fue impuesta, adoptando al efecto las oportunas medidas para asegurar su ejecución”. Contra dicho auto la representación procesal de C.J. interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El hoy recurrente fue condenado en virtud de sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015 como autor responsable de un delito leve de coacciones en el ámbito de la violencia sobre la mujer entre otras a la pena de seis meses de prisión.

En virtud de auto de fecha 11 de febrero de 2016 se concedió al penado la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses de prisión impuesta durante un plazo de tres años condicionada entre otras a que no delinquiera durante dicho plazo, así como al cumplimiento de la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de D. en cualquier lugar donde se encuentre así como comunicarse con ella por cualquier medio y someterse a un programa formativo relacionado con la violencia de género.

La citada resolución fue notificada personalmente al penado en fecha 30-5-2016.

Según el vigente artículo 80 del Código Penal, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Se sustituye así la referencia a la “peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste”, en vigor hasta el 1/7/2015, estableciéndose como criterios de valoración “las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas”. Requisitos de la suspensión son (artículo 80.2): 1ª) primariedad delictiva, si bien no se tendrán en cuenta “los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”; 2ª) que la pena o penas impuestas no excedan de dos años de privación de libertad; 3ª) satisfacción de las responsabilidades civiles.

Por su parte, el artículo 81 Código Penal señala que, “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2.^a Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

Y, finalmente, el artículo 82 Código Penal, al establecer que, “Declara la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

SEGUNDO.- Una vez analizados tales requisitos legales debe entrarse en la ponderación de los factores tenidos en cuenta por la juzgadora de instancia para acordar la revocación del beneficio de la suspensión condicional de la pena.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en Sentencias como la de 16-06-2003, que, “tal como se afirmó en las Sentencias 8/2001, de 5 de enero, FJ 2, y 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado.

De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor de la libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo”.

En definitiva, una resolución que conceda o deniegue un beneficio como el que nos ocupa en este recurso debe exteriorizar la ponderación de los bienes y derechos en conflicto. Una resolución fundada en Derecho

requiere que el fundamento de la decisión no sólo constituya la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino que contenga la exteriorización de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución, de los bienes y derechos en conflicto (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 2, 3), lo que a su vez requiere recordar que la afección del valor libertad exige “motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior” (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril”.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 25 de abril de 2003, establece las virtudes de este beneficio penitenciario, al decir que, “Este tratamiento legal, además de resultar ordinariamente más favorable para el reo que la mera atenuación analógica, se adecua mejor a las funciones de prevención general y especial y de tutela de bienes jurídicos propias de la pena, que una mera atenuación analógica de la responsabilidad, que no permite control alguno de la continuidad del tratamiento ni de sus efectos”.

Por tanto, lo que se extrae de la anterior jurisprudencia es que, en estos casos, –donde se concede al juzgador una facultad libérrima de tal magnitud, como es la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, que permite al penado gozar de un régimen de libertad condicionado al cumplimiento de ciertos deberes–, la decisión que se adopte por el juzgador, dentro del imperio soberano que le otorga la ley, debe estar suficientemente motivada, ponderando, de conformidad con los fines de la institución, los bienes y derechos en conflicto.

Ahora bien, resulta evidente que, para entrar en dicha ponderación de intereses que debe hacer el juzgador a la hora de conceder o no el beneficio, es necesario que, como mínimo, se cumplan los requisitos exigidos por la legislación aplicable que hacen posible el disfrute de los mismos.

Así, al amparo del marco jurisprudencial y legal recogido en el fundamento anterior debe entrarse en la revisión de la concurrencia de los requisitos legales y, a este respecto, debe decirse, con carácter apriorístico que, del examen de la presente ejecutoria, se comprueban los siguientes extremos:

1º/ En el auto de suspensión de la ejecución de la pena de 11 de febrero de 2016 se concedió al penado la suspensión de la ejecución de la pena de

seis meses de prisión impuesta durante un plazo de tres años condicionada entre otras a que no delinquiera durante dicho plazo, así como al cumplimiento de la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de D. en cualquier lugar donde se encuentre así como comunicarse con ella por cualquier medio y someterse a un programa formativo relacionado con la violencia de género.

2º/ Al hilo de ello, se constata que en fecha 27 de junio de 2016 el penado se entrevistó con el Equipo de Ejecución de MPA de Girona y se le explicó el funcionamiento y normativa del Programa Formativo que se iba a llevar a término en Figueras los sábados y que comenzaría en Septiembre.

El día 5 de agosto de 2016 se realiza la entrevista con la terapeuta en donde el penado participó activamente si bien finalizada la entrevista remitió un SMS a la terapeuta manifestando que “no hará el programa por motivos económicos ya que no le salía a cuenta venir los sábados que tendría que perder 6000 euros al dejar el lugar de trabajo, rotisería y que aceptaría las consecuencias”.

El 7 de septiembre de 2016 estaba citado en los Juzgados de Figueras y no se presentó.

El Programa Formativo se inició el 24 de septiembre pero ante la actitud del penado se gestionó la baja en el grupo para el programa formativo VIDO.

Pese a todo ello el penado en fecha octubre de 2016 se presentó al programa formativo y la terapeuta sin consultarlo con la técnica del caso le permitió quedarse a la sesión pese a no asegurarle su continuidad.

En fecha 4 de octubre de 2016 el Equipo de Ejecución de MPA de Girona se pone en contacto con el penado y le comunican que no puede asistir al programa formativo ya que ha sido dado de baja ante su negativa a participar y que tampoco le permiten reconducir su situación.

Ante ello, la juzgadora de instancia, revoca el beneficio argumentando que “el condenado no ha cumplido con la obligación de participar en un curso formativo impuesto como condición para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión”.

A la vista de ello, esta Sala, en contra del criterio sostenido por la juzgadora de instancia, entiende que no se cumplen, en principio, los requisitos

legales mínimos fundamentales para que la juzgadora “a quo” revoque tal beneficio al amparo del artículo 84 Código Penal, ya que en la ponderación de los criterios que establece los artículos 80 y siguientes del Código Penal en virtud de los cuales puede o no conceder la suspensión solicitada, en principio si concurren los requisitos para el mantenimiento de dicho beneficio.

En efecto, el artículo 84.1 del Código Penal, establece que, “Si el sujeto delinquiriera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
- c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Por su parte, el artículo 85.1 Código Penal dispone que, “Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena”; artículo éste que ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004.

En este contexto, es evidente que se produce una desproporción entre la supuesta falta de diligencia a la hora de realizar los preceptivos cursos de formación, con la consecuencia que se pretende por la Juzgadora “a quo”, que no es otra que el ingreso en prisión del recurrente, cuando en principio concurren en el mismo los requisitos exigidos en los artículos 80 y 81 del Código Penal para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

Además, hay que tener en cuenta, a la vista del informe emitido por el Equipo de Ejecución de MPA de Girona si bien en un primer momento el penado se mostró reticente a participar en el curso formativo que se iba a llevar a cabo en septiembre en Figueras, lo cierto es que ante esta actitud y previamente a su inicio el Equipo de Ejecución de MPA de Girona le dio de baja del grupo, siendo así que pese a dicha baja acudió el día 1 de octubre de 2016 y se le permitió permanecer en la sesión pero el 4 de octubre se le comunicó que fue dado de baja ante su inicial negativa de participar y que su situación no se podía reconducir.

Es evidente que si bien en un primer momento el penado mostró una actitud reticente lo cierto es que el día 1 de octubre de 2016 acudió voluntariamente a las sesiones del Programa Formativo (sin duda recapacitó sobre las consecuencias del incumplimiento de la condición) si bien no se le permitió continuar dado que había sido dado de baja y se le manifestó que no se le permitía reconducir su situación.

Por tanto, y a la vista de que la juez “a quo” se ha extralimitado al hacer uso de la facultad soberana que le concede la ley, denegando sin causa legal el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, procede estimar este concreto motivo de recurso.

En consecuencia, esta Sala llega a la conclusión de que debe ser estimada la objeción presentada por la recurrente como motivo de recurso y, coherentemente con lo argumentado, revocar la resolución recurrida a fin de que la juzgadora de instancia mantenga al recurrente el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en el auto precedente, con la condición expresa de realizar los cursos formativos de violencia de Género determinados por los Servicios sociales Penitenciarios, para lo cual deberán efectuarse las comunicaciones y citaciones fehacientes, con los apercibimientos oportunos, con la consecuencia negativa, en caso de incumplimiento, de procederse por la juzgadora de instancia a la revocación definitiva de tal beneficio.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de C.J.. contra el auto de fecha 23-1-2017, dictado por el Juzgado Penal nº 2 de Figueras, Y REVOCAMOS manteniendo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad acordada en fecha 11-2-2016 con la condición expresa de realizar los cursos formativos de violencia de Género determinados por los Servicios sociales Penitenciarios, para lo cual deberán efectuarse las comunicaciones y citaciones fehacientes, con los apercibimientos oportunos, con la consecuencia negativa, en caso de incumplimiento, de procederse por la juzgadora de instancia a la revocación definitiva de tal beneficio, y declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en la tramitación del citado rollo.

81. AUTO 554/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA SECCIÓN 2ª DE 3 DE JULIO

Antes de proceder a la revocación de la suspensión, se deberá indagar más sobre las características del programa y la asistencia del penado, para valorar si el incumplimiento es grave y reiterado.

HECHOS

PRIMERO.- En la ejecutoria, por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Granada, con fecha 3 de abril de 2017, se dictó auto por el que se revocaba la suspensión de la pena de cuatro meses de prisión impuesta al condenado.-

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución y por el procurador, en nombre y representación de J.A., se interpuso, en tiempo y forma, recurso de reforma, y subsidiariamente de apelación, desestimada que fue la reforma por auto de fecha 4 de mayo de 2017, se admitió a trámite el recurso de apelación.-

TERCERO.- Puestas las actuaciones de manifiesto a las partes por término de cinco días, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso, interesando la

desestimación del mismo y la confirmación del auto recurrido, remitiéndose las diligencias a esta Audiencia, donde se acordó formar rollo, designar Ponente, y se señaló para deliberación y resolución el día veintinueve de junio.-

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se centra en la impugnación de la resolución que acuerda la revocación de la suspensión decretada con base al informe del CIS Matilde Cantos Fernández sobre el programa de intervención psicosocial para delitos de violencia de género sobre la pareja. En definitiva, la causa de la revocación es el incumplimiento de la condición impuesta en la sentencia, para la suspensión de la pena, de realizar un programa formativo. El citado informe expresa: “No se ha alcanzado ningún avance terapéutico. La participación en este programa no tiene efectividad alguna en J.A. El penado muestra gran dificultad para comprender, elaborar, retener y extraer conclusiones de la información recibida referente al contenido de este programa. Olvida las áreas tratadas en anteriores sesiones terapéuticas; continuamente se ratifica en su percepción errática sobre lo sucedido, niega la violencia ejercida y se considera la verdadera víctima. Expresa resentimiento y rencor hacia su expareja, a la vez que una fuerte dependencia emocional, que le conduce a no admitir la ruptura de su relación y a desearle algún mal si ésta no vuelve con él. La actitud de J.A. hace considerar que existe riesgo alto para la seguridad de la víctima”.

Con base al mismo la representación del penado alude a una posible psicopatía del penado que le imposibilita la comprensión de lo impartido en el curso. Sin perjuicio de haberse acordado, en su momento, la diligencia que fue solicitada por la representación del penado para una mejor comprensión del informe de la psicóloga, la Sala considera que el mismo se ha de interpretar, no solo acudiendo a la primera parte del referido informe sino relacionando dicho contenido por la segunda parte del mismo, el cual concluye, sobre la peligrosidad del penado y el riesgo alto para la seguridad de la víctima.

Del informe aportado del CIS, a juicio de la Sala, no se desprende el incumplimiento “grave y reiterado” que exige el artículo 86.1 del Código Penal para la revocación de la suspensión. Consta que el recurrente acudió a las sesiones terapéuticas durante nueve meses, sin bien, su aprovechamiento no fue satisfactorio.

Junto con lo anterior indicar que no se ha aportado, no consta en el testimonio, ningún informe médico que haga sospechar en una dificultad cognitiva del penado de carácter psíquico, siendo los rasgos que aparecen en el informe del CIS más propios de una aptitud del penado ante la condena, no se considera culpable, que de una patología.

Por tanto, antes de proceder a la revocación de la suspensión de la pena de prisión deberá el juzgado indagar más sobre el programa formativo, su duración total, asistencia del penado, carácter de las sesiones, asistencia,... y con los referidos datos valorar si efectivamente el incumplimiento fue grave o reiterado o no, en la consideración de que el aprovechamiento en el programa terapéutico no puede ser el único elemento que sirva para entender incumplida la condición impuesta, si no va acompañada de otras circunstancias.-

SEGUNDO.- Procede declarar de oficio las costas de ésta alzada.-

Vistos los artículos citados y demás de aplicación, la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial

ACUERDA:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de J.A contra los autos de 3 de abril y 4 de mayo de 2017, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Granada, los cuales revocamos en su integridad, declarando de oficio las costas de esta alzada.

82. AUTO 418/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRO- NA SECCIÓN 4ª DE 12 DE JULIO

No procede la revocación de la suspensión, aunque su actitud en el programa no ha sido la adecuada para la superación y aprovechamiento del mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 6 de Girona dictó Auto en fecha 7 de abril de 2017 por el que acordó “revocar el beneficio de suspensión condicional de la pena privativa de libertad impuestas al penado R. y en consecuencia una vez firme la presente resolución se acuerda el cumplimiento de las penas de prisión inicialmente impuestas, para lo cual se ordena la detención, busca y captura del penado y su ingreso en centro penitenciario para su cumplimiento”.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso por la representación procesal de R. recurso de reforma, que fue desestimado por Auto del juzgado penal nº seis de Girona de fecha 23 de mayo de 2017.

Contra este Auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de R. en fecha 15 de junio de 2017, recurso que fue impugnado por el Fiscal mediante escrito de fecha 19 de junio de 2017 y por la representación procesal de M. mediante escrito de fecha 29 de junio de 2017.

Tras lo cual, realizadas las alegaciones pertinentes, se remitieron las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la representación del penado frente a la resolución por la que se acuerda revocar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de 4 meses de prisión impuesta al Sr R. por sentencia de fecha 5 de febrero de 2015. En la referida sentencia se acordó la suspensión de dicha pena de 4 meses de prisión condicionada a que no delinquiera durante dos años, así como a que atiende a la prohibición de acudir a determinados lugares, no se aproxime a la víctima ni se comunique con ella, así como

que participe en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y similares.

Alega el recurrente que ha cumplido el resto de condiciones impuestas en la sentencia al acordar la suspensión y que en relación a la obligación de participar en el programa formativo sobre violencia doméstica, el incumplimiento no ha sido grave, ya que acudió a una primera entrevista el 24 de julio de 2015 y mantuvo entrevistas con posterioridad, habiendo iniciado un programa de tratamiento con metadona en septiembre de 2016.

SEGUNDO.- Entrando en el fondo de la decisión adoptada, para la resolución del presente recurso de apelación debemos partir de la Sentencia de fecha 5 de febrero de 2015. Esta Sentencia, después de condenar al Sr. R. a una pena, entre otras de 4 meses de prisión, acuerda la suspensión de la pena de 4 meses de prisión y la pena de 10 días de localización permanente por el plazo de dos años condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) no ser condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión.

b) la prohibición de aproximación a la Sra. M.A., su domicilio, lugar donde se encuentre, lugar de trabajo o estudios a una distancia inferior de 300 metros, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio o procedimiento.

c) seguimiento de los cursos programas de formación que se establezcan al amparo del artículo 83.1.6ª del Código Penal.

d) comparecer mensualmente ante el Servei de Mesures Penal Alternatives para informar de sus actividades y justificarlas.

En fecha 17 de julio de 2015 el Servei de Mesures Penal Alternatives presentó informe ante el juzgado en el que ponía en conocimiento de este que el programa en materia de violencia de género no había podido iniciarse por la incomparecencia del Sr R. no habiendo comparecido a las citaciones enviadas para los días 10 y 29 de junio de 2015 y tampoco contestando a las llamadas a su teléfono móvil.

Por providencia de fecha 20 de julio de 2015 el juzgado penal puso en conocimiento del el nuevo domicilio del Sr. R.

En fecha 31 de julio de 2015 el Servei elabora nota informativa en el que se comunicaba que se había realizado una primera entrevista con el Sr. R. y que el mismo se mostraba predispuesto a llevar a término el programa formativo, y se valoraba como alto el riesgo de reincidencia.

El 18 de abril de 2016 se emite informe de inicio del programa. En fecha 21 de julio de 2015 se informaba que el Sr. R. no ha aprovechado ni conseguido los objetivos del programa, que no se responsabiliza de su comportamiento ni muestra predisposición al cambio, proponiendo continuar el acompañamiento y repetir el programa. En dicho informe se consignan dos ausencias al programa.

En fecha 23 de enero de 2017 se emite nuevo informe en el que se recoge el seguimiento de la intervención del Sr. R. en el programa formativo, señalándose que citado telefónicamente compareció su actual pareja para poner en conocimiento que el Sr. R. no estaba en condiciones de acudir a la cita y refiriendo una entrevista con el Sr. R. en el que este mostró una actitud agresiva. Concluye dicho informe valorando la nula adherencia al programa de deshabituación recomendado.

El artículo 86 del Código Penal en su redacción actual, al regular la revocación de la suspensión de condena dispone que "1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: [...]

b) incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria".

En el presente caso esta Sala entiende que el penado Sr. R. no ha incumplido de forma grave y reiterada una de las condiciones impuestas en la suspensión, en concreto la participación en programas formativos. Y ello porque el artículo 83 del Código Penal habla de participación, no de superación de los cursos. La actitud de R. no ha sido la de una persona que obvie por completo la obligación de asistir a un curso, ya que consta que ha asistido a algunas sesiones y ha intentado justificar su no presencia en otras, sino la de una persona cuya actitud en el curso no ha sido la adecuada y conveniente para la superación y el debido aprovechamiento del curso. Es por ello que esta Sala entiende que nos encontramos ante un supuesto previsto en el artículo 86.2 del Código Penal:

“si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes u obligaciones no hubiere tenido carácter grave o reiterado, el juez podrá:

Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o modificar las ya impuestas.

Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que inicialmente hubiera sido fijado”.

En base a ello esta Sala entiende que procede revocar el Auto recurrido dejando sin efecto la revocación de la suspensión de la pena de prisión de 4 meses de duración, acordando en su lugar prorrogar el plazo de suspensión por un año más que deberá sumarse a los dos años fijados manteniendo el resto de condiciones fijadas en la sentencia para la suspensión, es decir, que atienda a la prohibición de acudir a determinados lugares, no se aproxime a la víctima ni se comunique con ella, así como que participe en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y similares. Y todo ello con la advertencia de que un nuevo incumplimiento sería una clara expresión de una voluntad nula de cumplimiento de la obligación fijada.

Es por todo ello que procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de R. contra el Auto de fecha 7 de abril de 2017 y el posterior de fecha 23 de mayo de 2017 dictados por el juzgado penal nº seis de Girona revocando las mismas y acordando en su lugar prorrogar el plazo de suspensión por un año más que deberá sumarse a los dos años fijados manteniendo el resto de condiciones fijadas en la sentencia para la suspensión, es decir, que atienda a la prohibición de acudir a determinados lugares, no se aproxime a la víctima ni se comunique con ella, así como que participe en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y similares

TERCERO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de R. contra el Auto

de fecha 7 de abril de 2017 y el posterior de fecha 23 de mayo de 2017 dictados por el juzgado penal nº seis de Girona revocando los mismos y acordando en su lugar prorrogar el plazo de suspensión por un año más que deberá sumarse a los dos años fijados manteniendo el resto de condiciones fijadas en la sentencia para la suspensión, es decir, que atienda a la prohibición de acudir a determinados lugares, no se aproxime a la víctima ni se comunique con ella, así como que participe en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y similares, y declarando de oficio las costas procesales causadas en la presente alzada.

83. AUTO 486/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRO- NA SECCIÓN 4ª DE 6 DE SEPTIEMBRE

No es competencia de los Jueces y Tribunales disponer ni la duración ni el contenido del programa.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Figueres, se dictó auto en fecha 10-3-17, por el que se acordaba no dejar sin efecto la obligación de sometimiento a programa formativo; contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por F., representado por procurador y asistido por letrado, al que expresamente se opuso el Ministerio Fiscal, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a la vista de la estimación parcial del primero de ellos por auto de fecha 25-5-17.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de la penosidad que le implica el programa formativo.

El recurso no merece prosperar.

La principal queja del presente recurso ya ha sido resuelta y estaba referida a la duración del curso formativo en materia doméstica que había de seguir el condenado, que la Juzgadora había tasado indebidamente, o al

menos desconocemos bajo que parámetros, en 6 meses, cuando dicho curso tiene una duración ordinaria de 10 meses, a razón de una sesión semanal de dos horas de duración. Si la Juzgadora, se hubiera limitado, como debía haber hecho, a señalar que la obligación era pasar el curso de formación que la administración impusiera los problemas hubiera sido sensiblemente menores.

La obligación de pasar el curso es obligatoria para los delitos de violencia doméstica, dado que el artículo 83.2 del Código Penal dispone que “cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas... 6ª del apartado anterior” que es la de “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación y otros similares”, en definitiva, en cursos que aborden la problemática machista desde todos los ángulos necesarios para hacer entendible el problema al condenado y que disponga de armas para enfrentarse a ese tipo de situaciones desde la igualdad y el respeto.

Pues bien, mientras que la obligación de los Juzgados y Tribunales es la de señalar su necesario cumplimiento, no lo es ni la de disponer su fecha de inicio, ni las líneas que debe tener cada curso, ni su duración ni su contenido, puesto todo ello son competencias exclusivas de la administración coadyuvante en la ejecución de las penas sobre las que el Juzgadora carece de poder de interferencia.

Desde luego el recurrente alega la gravosidad del curso en relación con su trabajo, gravosidad que en modo alguno se comprueba mediante cumplida acreditación en las presentes actuaciones pues se desconoce, más allá de lo que se alega, cuál es el trabajo del recurrente, qué horario dispone y cuáles son las inconveniencias para adaptarse al curso ordinario que se le pretende impartir. Desde luego lo que no puede exigirse a la administración son cursos a la carta para cada una de las personas que hayan de superarlo, dado que el condicionamiento de la suspensión a su participación exige de un determinado esfuerzo adaptativo por parte de quien ha de inscribirse en él.

Tanto es así que el artículo 83.4 del Código Penal dispone que “el control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6ª... corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria” que “informarán al Juez o Tribunal... sobre el cumplimiento... y en todo caso, a su conclusión”. A partir de tales previsiones y tomando toda la información que le sea posible al Juez solo le caben dos opciones sobre las que habrá de pronunciarse, bien, conforme al artículo 85 del Código Penal “a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas... modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado... y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes, o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”, bien, conforme al artículo 86.2. a) del Código Penal, “si el incumplimiento de las prohibiciones deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado... imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o modificar las ya impuestas”.

Ahora bien, tales reglas desde luego no se rigen ni por la ley del encaje ni por la de la comodidad del penado, que no puede olvidar su condición de sometido a reglas de suspensión de una pena privativa de libertad a la que ha sido condenado, y solo cuando acredite la gravosidad de aquello que se ha acordado, podrá peticionar en derecho lo que sea más conveniente, cosa que no ocurre en este momento desconociendo cual es el grado de cumplimiento de la medida, cual es la evolución en el programa participativo y cuáles son las posibilidades adaptativas del curso a sus necesidades, para lo que obviamente ha de recurrirse a medidas de prueba que constriñen tanto al obligado como al Juzgador a través de la administración.

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de F. contra el auto dictado en fecha 10-3-17 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Figueres, CONFIRMANDO la

resolución de la instancia sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE TRATAMIENTO DE DESHABITUACIÓN

84. AUTO 70/2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA SECCIÓN 1ª DE 21 DE MAYO

Una recaída en el consumo no implica el incumplimiento del tratamiento.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora en nombre y representación de D.J.A. se interpuso mediante escrito presentado en fecha 18.03.04 recurso de apelación frente al Auto dictado por el Juzgado de lo Penal número 2 de los de Vitoria-Gasteiz con fecha 04.03.04, en el cual se revocaba la suspensión de la ejecución de la pena de dos años de prisión a J.A. Asimismo se decretaba el ingreso en prisión del referido penado. El Ministerio Fiscal evacuó informe en fecha 21.04.04 oponiéndose al recurso de apelación interpuesto, admitiéndose a trámite el recurso de apelación interpuesto contra la citada resolución. Siendo elevado posteriormente testimonio de particulares a esta Audiencia Provincial, previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos.

SEGUNDO.- Recibido testimonio en esta Audiencia, en fecha 12.05.04, se formó el Rollo, registrándose y turnándose ponencia, pasando los autos al mismo para, previa deliberación de la Sala, acordar lo procedente.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

No se aceptan los de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Según se puede deducir del testimonio de la Ejecutoria remitida a esta Audiencia, al recurrente se le suspendió, por un plazo de cuatro años, la ejecución de una pena privativa de libertad, más concretamente una pena de dos años de prisión, por auto de 27 de enero de 2003, condicionando la suspensión igualmente a que cumpliera el tratamiento de deshabitación al que estaba sometido en el Centro de Tratamiento de Toxicomanías de Álava, hasta su finalización, o en su caso hasta el plazo de cuatro años.

En los Hechos del auto recurrido, aunque se debería haber recogido tal vez de manera más adecuada en la fundamentación jurídica, se alude a que el penado ha incumplido el tratamiento, dado que, según se deduciría de los informes recibidos del Centro de Tratamiento referido anteriormente, no habría cumplido la obligación impuesta, a pesar de haber sido requerido de cumplimiento de tratamiento y apercibido de las consecuencias de incumplimiento el día 17 de noviembre de 2003.

En los razonamientos jurídicos, simplemente como motivación para adoptar la decisión recurrida, se menciona la acreditación del incumplimiento y la entidad del incumplimiento, sin mayor especificación, y, con fundamento en el artículo 84 Código Penal, en la parte dispositiva se acuerda, por aquella causa, la revocación del beneficio de la suspensión de la pena, el ingreso en prisión y la remisión de la resolución al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Contra dicha resolución se alza el Sr. J.A. que viene a discutir, en definitiva, que se haya producido el incumplimiento que sirve de base para acordar la revocación de la suspensión.

SEGUNDO.- Dado que no se ha aportado la sentencia al referido testimonio, no sabemos con fehaciencia si la condición de tratamiento impuesta en la sentencia tiene su fundamento en los deberes u obligaciones genéricos que puede fijar el Juez conforme al artículo 83 del Código Penal, o bien se trata un requisito derivado de la apreciación al acusado en la sentencia de una eximente completa o incompleta (o una simple atenuante) por razón de su dependencia de las sustancias previstas en el número 2º del artículo 20 Código Penal, conforme a los términos que previene el artículo

87 Código Penal. En este sentido en el auto que acuerda la suspensión de la ejecución de la pena se menciona el artículo 87.1 Código Penal, pero en este auto se recoge el fallo de la sentencia y no se refleja que se apreciara al menos la circunstancia atenuante de drogadicción.

Teniendo en cuenta la entidad de la pena y que en el auto se menciona y fundamenta la revocación en el artículo 84 Código Penal y no en el artículo 87.5 Código Penal, hemos de entender que el órgano penal estableció simplemente unos deberes u obligaciones de los contemplados en aquella norma antes citada (artículo 83), más exactamente en el apartado 5º de tal precepto.

A pesar de esas carencias, no hemos creído oportuna la petición de todas las actuaciones, como prevé el artículo 766.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su actual redacción, puesto que tal requerimiento es una decisión excepcional, y porque, en todo caso, con lo remitido y las eventuales carencias de motivación del auto apelado, que se han de interpretar como todo el derecho penal, a favor del reo, es posible resolver sin vacilación la cuestión debatida.

TERCERO.- Pues bien, partiendo de que la condición u obligación impuesta fue el cumplimiento del tratamiento de deshabitación hasta su finalización o en su caso hasta el plazo de cuatro años, esta Sala, frente al criterio de la Magistrada del Juzgado de lo Penal, no aprecia que se haya incumplido el referido tratamiento.

En primer lugar, en el auto parece concluirse, aunque no se diga expresamente, sino por remisión, que existe incumplimiento, porque en los informes recibidos en el Juzgado del Centro de Tratamiento de Toxicomanías de Vitoria (y también en el Servicio de Atención y Orientación Social) se han detectado al condenado consumos de sustancias.

Si la conclusión que se hace en el auto recurrido de la obligación es que el tratamiento no se ha cumplido, porque se ha detectado un consumo de drogas (más concretamente uso o consumo de cocaína), tal exégesis de la condición impuesta es errónea o se ha interpretado in mala partem, de manera extensiva y por ello, irrazonable. En efecto, la satisfacción de la obligación de cumplimiento del tratamiento, que es la que se impuso, es perfectamente compatible con el consumo de drogas.

Como ya expusimos en el auto dictado en el Rollo de Apelación número 4/04 de esta Sala, lo que fundamentalmente se pide a una persona que se le impone la obligación de someterse o continuar un tratamiento de desintoxicación o deshabituación es que cumpla con dicho tratamiento, que acuda al centro o servicio médico oportuno, que vaya a las citas que le imponga este centro, y ello puede ser compatible con recaídas o consumos más o menos esporádicos. Según exponíamos en aquella resolución, el ideal de un proceso de curación de enfermos toxicómanos sería que éstos poco a poco se fueran deshabituando y que no consumieran drogas, de modo que al final se curaran, pero en un proceso de curación de una enfermedad puede haber altibajos, recaídas, momentos favorables y desfavorables, y si se sigue acudiendo al centro o servicio médico oportuno, se puede considerar que se está cumpliendo con la obligación nuclear que no es curarse, desintoxicarse con éxito y total eficacia, sino tratarse de la enfermedad (aparte de no delinquir) durante un plazo que no puede razonablemente durar más tiempo que el fijado como tiempo para no cometer delitos, aunque puede durar menos si el tratamiento concluye con éxito antes de tal período.

Atendiendo a lo anterior, si el Juzgado ha vinculado el incumplimiento de la obligación al consumo, tal entendimiento es erróneo, pues, aunque consideremos probado que haya consumido drogas, el deber fundamental impuesto no es acabar el tratamiento con éxito total, no consumir drogas, sino realizar o continuar el tratamiento, en nuestro supuesto con un plazo máximo de cuatro años. El auto no le impuso, repetimos, la obligación de que no consumiera drogas, como lo podría haber hecho tal vez, al amparo del artículo 83.5 Código Penal, sino someterse a un tratamiento, tendente a desintoxicarse, que duraría el plazo máximo de cuatro años, y en el requerimiento que se le pudo hacer al apelante con fecha 17 de noviembre de 2003, aunque no conste en las actuaciones remitidas, sólo se le pudo advertir de las consecuencias del incumplimiento de la obligación impuesta en el auto de suspensión, que, reiteramos, no era la abstinencia o no consumo, sino el someterse a un tratamiento de deshabituación.

Si se considera, por el contrario, que el auto ha ponderado los informes, considerando que no se ha sometido al tratamiento, que no ha cumplido con la obligación, estimamos, por el contrario, que de los informes obrantes en autos que han sido remitidos no aparece que el penado haya abandonado el tratamiento de deshabituación o desintoxicación, y, por ello, ha existido un error del órgano judicial.

En este sentido en el informe remitido por el IRSE consta que continúa el Tratamiento de Deshabitación en el Programa de Objetivos Intermedios (Metadona), y en él enviado por el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza aparece que permanece vinculado a ese Servicio, acudiendo regularmente. Los informes que obran en estas actuaciones, pues, abonan que ha habido tratamiento durante todo este tiempo.

Por tanto, no podemos asumir que se haya incumplido la obligación impuesta que era el someterse a un tratamiento de deshabitación durante un plazo en todo caso no superior a cuatro años, de modo que pueda haber lugar a la revocación de la suspensión.

A falta de otros datos que nos pueda ofrecer el auto apelado, esta es la consideración de los hechos del caso y la interpretación de los preceptos del Código Penal citados más acorde con los derechos a la tutela judicial efectiva del penado, con el principio de proporcionalidad y de resocialización consagrado en el artículo 25.2 Constitución Española.

Por todo ello, se ha revocar el auto impugnado, aunque no procede, como se solicita, que se acuerde de nuevo la suspensión, sino simplemente dejar sin efecto la resolución apelada que ha acordado la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y el ingreso en prisión, que hace que siga teniendo plenos efectos el primitivo auto que decretó la suspensión de la ejecución de la pena.

CUARTO.- Conforme a los artículos 239 y 240 Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse estimado sustancialmente el recurso de apelación, se declaran de oficio las costas del recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DISPONE: Estimar sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación de D. J.A., contra el auto dictado por el Juzgado de lo Penal número 2 de Vitoria-Gasteiz, el día 4 de marzo de 2004, y en consecuencia revocar íntegramente dicha resolución, dejando sin efecto la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, el ingreso en prisión y la comunicación al

Registro Central de Penados y Rebeldes acordados en dicha resolución, declarando de oficio las costas del recurso de apelación.

85. AUTO 454/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRO- NA SECCIÓN 3ª DE 29 DE AGOSTO

Suspensión condicionada a la efectividad del tratamiento de deshabituación.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Girona denegó la suspensión de la ejecución de la pena de un año de prisión al penado N., impuesta en Sentencia de 3 junio 2015, por haber sido condenado por el mismo delito en dos ocasiones anteriores.

El penado ha interpuesto recurso de apelación al que se opone el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso el determinar, si un condenado a pena privativa de libertad, por tercera vez consecutiva, como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, es o no merecedor del beneficio de la suspensión general de ejecución de la pena, con fundamento en los nuevos criterios recogidos en el artículo 80 Código Penal.

Los hechos en que se funda el presente supuesto son los que siguen:

El penado/recurrente, fue condenado por idéntico delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, en mayo y junio de 2014 y en mayo de 2015. La última de las sentencias citadas, impuso un año de prisión al penado/recurrente por lo que le fue denegada la suspensión de la ejecución de la pena, con fundamento en las otras dos condenas anteriores y en la ausencia de acreditación de haber iniciado un auténtico tratamiento

de deshabitación, acogiendo, con ello, la tesis del recurso del Ministerio Fiscal.

El recurso del penado se funda en pretendido error en la valoración de los requisitos exigidos, actualmente, en el artículo 80.5 código penal y entendiéndolo acreditado el requisito de sumisión a dicho tratamiento, mediante la aportación de un plan de visitas, pruebas complementarias y analíticas con el CAS Teresa Ferrer, así como por el hecho de haber iniciado el meritado tratamiento de deshabitación.

SEGUNDO.- La suspensión condicional es, tras la modificación, siempre discrecional por parte del Juez o Tribunal. Según el artículo 80 Código Penal "Los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada". A estos efectos el Código Penal indica expresamente el criterio fundamental por el que se debe guiar el juzgador a la hora de tomar la decisión de si suspende o no la ejecución de la pena. Este criterio es la peligrosidad criminal del sujeto, coherente teniendo en cuenta que la finalidad primordial de esta institución es la de evitar la privación de libertad y sus efectos negativos cuando no resulte necesaria de manera absoluta. De otro lado, la institución de la "suspensión de la pena" constituye uno de los instrumentos más importantes de una "política criminal" moderna orientada a la reinserción social del penado evitando los efectos criminógenos de la prisión cuando se cumplen determinados requisitos y cuando no existe un pronóstico de reincidencia en el futuro.

A nivel constitucional se ha consolidado una doctrina en la que puede afirmarse que debe evitarse el uso del medio penitenciario cuando se trata de penas cortas de prisión y, además, concurre un pronóstico favorable de reinserción, es decir, de no reincidencia futura. De esta forma la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 209/1993, de 28 de junio de 1993, en su FJ6 dice "El beneficio de la remisión condicional de la condena –se dice en nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1992– viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo". "La condena condicional –se lee en la Sentencia del

Tribunal Constitucional 165/1993– está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación".

En el marco constitucional antes analizado la reforma del Código Penal de 2015 introduce importantes modificaciones a la regulación del Código Penal vigente en la fecha del redactado de esta comunicación, por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

Las finalidades de esta reforma pueden sintetizarse en dos:

1. Concentrar las decisiones de la ejecución de las penas cortas de prisión hasta dos años en una única resolución a fin de agilizar el procedimiento, preferentemente en la propia Sentencia y caso de no ser ello posible en fase de ejecución de la misma (artículo 82.1 Código Penal). En efecto, esta es una de las medidas más positivas al acercarse a un sistema de ejecución concentrada y se caracteriza por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas. Por una parte se mantiene la suspensión ordinaria del artículo 80 del vigente Código Penal, la suspensión por razón de drogadicción del artículo 87 y la suspensión extraordinaria por enfermedad del artículo 80.4. Y por otra parte se configura la sustitución de la pena privativa de libertad del actual artículo 88 Código Penal –por multa o Trabajo en Beneficio de la Comunidad– como un supuesto de suspensión de su ejecución. De la misma forma la libertad condicional del artículo 90 y siguientes se regula como una modalidad de suspensión del resto de la pena de prisión que quede por cumplir.

2. Introducir un régimen distinto al vigente de forma que permita una mayor flexibilidad y discrecionalidad a los jueces y tribunales a fin de valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad, de forma que la existencia de un antecedente penal no cancelable no impida en todos los casos la concesión de la suspensión. Ello explica un cambio importante en la regulación de los requisitos de la suspensión cuando se menciona en el artículo 80.1 que no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves (los que sustituyen algunas de las faltas penales del sistema actual), ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 (regulación como la actual) y como gran novedad "Tampoco se ten-

drán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros". Y el mismo criterio es aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión.

TERCERO.- Respecto de la suspensión por drogadicción (artículo 80.5 de la reforma), se mantiene como en el sistema actual para penas hasta cinco años de aquellos penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes o psicotrópicas, vinculando la suspensión a la obligación de seguir tratamiento de deshabituación. Se ignora la razón por la que se suprime la obligación de solicitar informe al médico forense, dejando al criterio del Juez o Tribunal la determinación de las comprobaciones necesarias para el cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

El fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena para sujetos drogodependientes ha de buscarse, en el caso del régimen ordinario, en la idea de que las penas cortas privativas de libertad perjudican gravemente a los sujetos a quienes se aplican, frustrándose en ellos los fines de prevención especial positiva. En el concreto caso de los drogodependientes, el internamiento en un centro penitenciario no sólo carece de eficacia alguna de carácter resocializador sobre el condenado, sino que obstaculiza e incluso frustra cualquier posibilidad de tratamiento deshabituador, piedra angular del sistema de suspensión. En definitiva, la suspensión regulada en la mencionada disposición, responde a la idea de favorecer los programas deshabituadores extrainstitucionales que son los únicos capaces de garantizar un éxito de cierta estabilidad en el tratamiento de deshabituación del drogodependiente, pero también (como sostiene un sector doctrinal) se explica por razones humanitarias y de comprensión ante el problema social de la droga.

En este sentido, la propia Sentencia del Tribunal Supremo 409/2002, de 7 de marzo, señala que el fundamento del (anterior) artículo 87 Código Penal es ofrecer «una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al mismo tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, al autor del hecho delictivo condicionado por la drogadicción».

Lo que resulta esencial a la hora de valorar la posible aplicación del artículo 80.5 Código Penal, es observar si la dependencia padecida por el sujeto ya condenado, constituye un factor criminógeno relevante en su comportamiento, con el propósito de estimar si resulta razonable esperar la rehabilitación social del penado, al considerar que esa peligrosidad criminal puede quedar sensiblemente reducida —o incluso desaparecer por completo— una vez que desaparece el referido factor criminógeno.

CUARTO.- El penado recurrente, fue condenado en sentencia firme de 3 junio de 2015, a la pena de un año de prisión, como autor de un delito contra la salud pública, habiendo sido ejecutoriamente condenado, con anterioridad, por el mismo delito, en sentencias firmes de 14 mayo 2014 y de 20 junio 2014, a tres años de prisión y dos años de prisión, respectivamente, habiendo sido concedida, en sendas ocasiones, el beneficio de la suspensión de la ejecución.

En la última de las Sentencias, objeto de la denegación de la suspensión, le fue reconocida su adicción al cannabis y cocaína y estuvo privado de libertad desde el día 8 agosto 2014.

Situados en el nuevo escenario del actual artículo 80 Código Penal se observa un avance, respecto de la situación anterior, en tanto que, la eliminación de la exigencia de primariedad delictiva, resulta coherente con la realidad criminológica específica que plantea este tipo de condenados y, de otro lado, el simple dato objetivo de la reincidencia no tiene por qué obstaculizar la aplicación del beneficio en aquellos supuestos en los que el órgano competente puede contar con datos e informes suficientes que garanticen de algún modo un juicio positivo de pronóstico criminal.

La cuestión que se suscita, en el caso presente, está relacionada con el requisito exigido, en el artículo 80.5º: "que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión".

La escasez en nuestro país, de centros públicos destinados a la rehabilitación de drogodependientes y los altos precios de los privados, unidos a la exigencia, que muchas veces se solicita de no tener causa pendiente, puede dar lugar a que se den casos de individuos que no se hallen deshabitados ni sometidos a tratamiento para tal fin por la simple imposibilidad de hacerlo, a pesar de su voluntad favorable, lo que a la larga puede difi-

cultar que el tratamiento sustitutivo de los delincuentes drogodependientes se convierta en una auténtica alternativa a la prisión.

Es por ello que esta Audiencia Provincial viene suavizando dicho requisito, con la doctrina que expone el propio recurso, de modo que, acreditado, al menos con un incipiente principio de prueba documental, que el penado tiene el propósito de iniciar tratamiento de deshabituación, dejando al margen las consecuencias de su incumplimiento, debe de concederse el beneficio de la suspensión, al menos en aras a dar cumplimiento al principio de prevención especial y otorgar una oportunidad de alejamiento del factor criminógeno inductor de su conducta antisocial. Naturalmente se condiciona la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

Finalmente, en relación con el Decreto de insolvencia de 26 mayo 2016 se acuerda la suspensión de la pena derivada del cumplimiento personal subsidiario de 12 días por concurrir, las circunstancias del artículo 80.5 Código Penal, esto es, la pena impuesta de un año y la subsidiaria de 12 días no superan el límite de 5 años.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DE acuerda: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación causídica de N. y REVOCAR el Auto de 27 junio 2016, confirmatorio del inicial de 26 mayo 2016 y, en su virtud, se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena de un año de prisión provisional y la de doce días de prisión personal subsidiaria, impuestas en Sentencia de 3 junio 2015.

86. AUTO 498/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA SECCIÓN 4ª DE 19 DE SEPTIEMBRE

Se ordena al Juzgado de lo Penal que abra el incidente prevenido en el artículo 80.5 Código Penal asumiendo una actitud proactiva para reunir todos los elementos necesarios para adoptar su resolución.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Por la representación de don V., se interpuso recurso de apelación contra el auto de 30 de marzo de 2016 dictado por el Juzgado Penal 1 Tortosa. El Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso planteado por la representación procesal del Sr. V. tiene por objeto impugnar la resolución de instancia por la que se deniega la suspensión de la pena de un año de prisión impuesta por sentencia firme de 10 de septiembre de 2014. Por un lado, el recurrente discrepa de la condición de reo habitual que la resolución de instancia le otorga, toda vez que al mismo le constan tan solo dos antecedentes penales por delito contra el patrimonio, amén del antecedente correspondiente al ilícito por el que se sigue la presente ejecutoria. Ello permitiría a su juicio dar entrada a la aplicación del artículo 80.3 del Código Penal (en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) y con ello conceder la vía excepcional de la suspensión de la pena privativa de libertad.

Por otro lado, de manera subsidiaria, el recurrente pretende la suspensión de la pena de prisión a través de la vía condicionada al sometimiento a un programa de rehabilitación de su toxicofilia en los términos previstos en el actual artículo 80.5 del Código Penal. En síntesis, el apelante considera que la decisión es inmotivada pues no hay razones legales que justifiquen la denegación pues se dan todos los presupuestos previstos en el precepto mentado, máxime cuando la sentencia de la que dimana la presente ejecutoria recogió, como circunstancia modificativa de responsabilidad penal la atenuante del artículo 21.1 del Código Penal en relación al artículo 20.1

del mismo texto legal, existiendo en la causa documentación justificativa de que el mismo comenzó un tratamiento de deshabitación en el CAS de Jesús (Tortosa).

El Ministerio Fiscal se opone al recurso pues la decisión denegatoria de la suspensión trae causa en la no concurrencia de los presupuestos exigidos en el Código Penal, concurriendo en el recurrente la condición de reo habitual de acuerdo con el contenido del artículo 94 del Código Penal.

Delimitado el objeto devolutivo, debe ponerse de relieve, con carácter previo que nuestro modelo de ejecución penal se basa en un principio general por el cual la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración debe ceder a favor de medidas suspensivas condicionadas o sustitutivas cuando, además de concurrir los presupuestos legales, exista un pronóstico razonable de que mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad en forma específica pueden frustrarse expectativas personales de reinserción o resocialización en la persona condenada.

Es cierto, no obstante, que la concesión de las medidas suspensivas o sustitutivas se condicionan al juicio de oportunidad del juez de la ejecución por lo que no puede afirmarse un derecho incondicionado a su concesión, pero no lo es menos, de conformidad a la reiterada doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2003, 75/2007, 76/2007), que la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo.

Ello comporta la necesidad de aplicar estándares muy exigentes de motivación. Una resolución fundada en Derecho requiere que el fundamento de la decisión no sólo constituya la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso sino que contenga la exteriorización de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución, de los bienes y derechos en conflicto (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000), lo que a su

vez requiere recordar que la afección del valor libertad exige "motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior" (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1997, 79/1998, 88/1998, 25/2000).

Partiendo de lo anterior, convenimos con la decisión de instancia en cuanto a que, al tiempo de resolver sobre la petición de suspensión, el recurrente sí que tiene la condición de reo habitual pues la hoja histórico penal actualizada permite comprobar que, además del antecedente penal correspondiente al ilícito penal por el que se sigue la presente ejecutoria al Sr. V. le constan otros tres antecedentes por delito de robo con fuerza en las cosas, ninguno de ellos cancelable.

Ahora bien, dicho lo anterior, la sala también adelante que en todo lo demás se aparta de manera clara del criterio denegatorio sostenido en el auto recurrido. Desde esta perspectiva, resulta evidente que la motivación denegatoria contenida en el auto recurrido no satisface, de forma alguna, ni material ni formalmente, los estándares de justificación que reclama la protección del derecho fundamental a la libertad. En este sentido, la jueza de instancia se enfrentaba a una decisión de una enorme trascendencia, en lo que tiene de grave por afectar de manera nuclear a la libertad de una persona. El solicitante de la medida suspensiva prevista en el Código Penal fue condenado por hechos cometidos en el año 2014 declarándose en dicha resolución que sufría al tiempo de los hechos una alteración importante de sus facultades intelectivas y volitivas que le hizo merecedor de una atenuante de responsabilidad penal, en los términos previstos en la propia sentencia. La solicitud suspensiva se basó, en el artículo 80.5 del Código Penal, haciendo referencia a la documentación aportada por la parte (consistente en un informe del Centro la Masía 1 de Valls en el que se certificaba que el Sr. V. estuvo interno desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015, así como la tarjeta de visitas programadas en el CAS de Jesús Tortosa así como con la referencia a la medicación que el mismo viene tomando).

La jueza de instancia rechazó de plano la solicitud mediante una resolución en la que viene a decir que la documentación aportada no acredita de manera fehaciente las afirmaciones del solicitante, pudiendo, dice la resolución, aportar un informe del propio centro CAS de Jesús Tortosa que acreditara en su caso estar siguiendo en el momento de resolver la petición algún tipo de tratamiento.

Pues bien, consideramos que la decisión de la juez de instancia es precipitada y poco respetuosa con el derecho a la libertad. En este sentido, recibida una solicitud suspensiva de la persona condenada deben activarse todos los mecanismos de audiencia y de comprobación que permitan, a la postre, que la decisión que se adopte sea material y procesalmente justa. Precisamente por ello, el legislador ha establecido en la actual regulación del artículo 80.5 del Código Penal una norma, si no de obligado cumplimiento, sí como una norma que actúa a modo de catálogo de buenas prácticas, en virtud de la cual, el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los requisitos que establece el párrafo primero. Y ello incluye, desde luego, la posibilidad de oír al peticionario, a los expertos que considere oportunos e incluso a recabar de oficio de las instancias y organismos competentes toda aquella documentación e información que precise. No estamos, como parece dejar entrever la resolución de instancia, en el marco de un conflicto civil donde rige una suerte de ilimitado principio dispositivo sino en el marco de la ejecución de una pena privativa de libertad en el que el legislador establece exigentes cargas decisionales a los jueces, los cuales deben procurar contar con la mayor información disponible.

No negamos que la jueza pueda cuestionar si se dan los presupuestos aplicativos del artículo 80.5 del Código Penal, ni que reputa insuficiente el contenido informativo de lo documentado pero lo que resulta inasumible es que identificados dichos déficits no se instrumente un trámite destinado, precisamente, a poder decidir mejor sobre una cuestión cuyo objeto, nada y más y nada menos, es que una persona entre en prisión. Máxime cuando consta en las actuaciones un informe de la Clínica Terres de L'Ebre que lleva fecha de abril de 2016 en el que se informa que el Sr. V. acude a visitas médicas y psicoterapéuticas pautadas.

Por tanto, reiteramos, la resolución apelada no satisface los deberes de motivación pues ni las razones son suficientes para la denegación formularia ni tampoco lo es el procedimiento seguido para la toma de la decisión. Por ello procede, en los términos razonables pretendidos por la recurrente, revocar la resolución de instancia, ordenando al Juzgado de lo Penal a fin de que abra el incidente prevenido en el artículo 80.5 del Código Penal en la que se ofrezca al recurrente la oportunidad de acreditar de forma contradictoria y suficiente los presupuestos fácticos de la pretensión suspensiva contenida en el artículo precitado, asumiendo incluso el propio órgano de

instancia una actitud proactiva de cara a reunir todos los elementos que sean necesarios para adoptar su resolución.

PARTE DISPOSITIVA

De lo expuesto, disponemos, haber lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la representación del Sr. V., contra el auto de 30 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Penal núm. uno, de Tortosa, cuya resolución revocamos, disponiendo que por parte del órgano de instancia se abra el incidente prevenido en el artículo 80.5 del Código Penal a fin de que en el mismo pueda alegarse y acreditarse las razones fácticas de la pretensión, así como que se valore de forma consecuyente si concurren, o no, los presupuestos suspensivos del artículo precitado.

87. AUTO 612/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA SECCIÓN 3ª DE 3 DE JULIO

Se prorroga el plazo de suspensión para controlar que se mantiene abstinerente de consumo de tóxicos.

HECHOS

ÚNICO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial, se registraron, formando el correspondiente rollo, señalándose día de hoy para deliberación y votación del recurso de apelación que ahora se resuelve.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal número 2 de Murcia dictó auto de fecha 23 de febrero de 2017 por el que se revocó el beneficio de suspensión de condena al penado J., acordando el ingreso en prisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, por haber incumplido la condición expresamente establecida, para el mantenimiento de la suspensión

de la ejecución de la pena de prisión impuesta, en auto de fecha 2 de febrero de 2016, consistente en que a no recayera en el consumo de sustancias tóxicas en un plazo de tres años, tras recibir informe del CIS comunicando el abandono del tratamiento de deshabituación

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del penado, en el mismo se argumenta que el incumplimiento no ha sido voluntario, por cuanto el penado se encuentra cumpliendo condena desde finales de 2016, motivo por el cual el abandono del tratamiento de deshabituación por el que tenía concedida la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta condicionada a no recaer nuevamente en el consumo de sustancias tóxicas, no ha sido incumplido, si es cierto que no ha continuado acudiendo al centro de atención drogodependiente, por haber sido ingresado en centro penitenciario, pero si continua sin recaer en el consumo de sustancias tóxicas.

Por ello solicita que acuerde la continuación de la suspensión de la pena privativa de libertad realizando las pruebas de consumo en el centro penitenciario en el que se encuentra.

TERCERO.- Una vez sentando lo anterior, se ha de adelantar por la sala que el recurso debe prosperar. Conforme a la regulación de la suspensión de pena posterior a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (normativa aplicable a partir del 1 de julio de 2015, en base a la cual se otorgó la suspensión de la pena por estimarla más beneficiosa por mor del artículo 2.2 del Código Penal) los efectos de obligada consecuencia legal impuestos por la anterior regulación se ven suavizados, por cuanto se establece, por lo que aquí interesa:

«Artículo. 80.5 del Código Penal: Aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación».

«Artículo 86 del Código Penal: 1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

...

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver».

En el caso el sometimiento a programas de deshabitación se recogen en el apartado 7º del artículo 83 del Código Penal.

Por otro lado el artículo 87 del Código Penal establece:

«1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

2. No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes

correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años».

CUARTO.- En el caso, en fecha 11 de enero de 2017 el CIS comunica que, en cumplimiento de la regla de conducta impuesta por suspensión de la pena de la que deriva esta ejecutoria, en el desarrollo del plan de intervención y seguimiento remitido se han producido ausencias por parte de J, –no justificadas– al programa, y que practicadas diligencias de notificación en legal y debida forma, para que aclarase las circunstancias de dicha incidencia, J. no ha acudido a la cita.

Informa además que es la cuarta vez que han intervenido en el CAD con J., tras otros tres intentos fallidos de deshabitación, y que esta vez llega al CAD a través del CIS "Guillermo Miranda", con cita el 19 de agosto de 2016 de acogida a la que no acude, viniendo posteriormente a las citas de los días 26 de septiembre y 14 de octubre, faltando a la cita médica programada el 24 de octubre de 2016.

Con fecha 26 de septiembre 2016, se le incluyó en el programa de controles toxicológicos a cocaína y opiáceos con una frecuencia de dos días por semana poniendo de manifiesto que en dicho programa se encuentra en abandono ya que ha dejado de acudir.

Adjuntando el oficio los resultados de los controles toxicológicos realizados hasta su abandono (periodo 26/09/2016 - 24/10/2016), consta que, en relación a las fechas, al tipo de control (siempre sobre opiáceos y cocaína) y al resultado que los días 26 y 29 de septiembre de 2016, y los días 3 y 6 de octubre de 2016, dio como resultado negativo, y que faltó a las citas de los días 10, 13, 17, 20 y 24 de octubre de 2016.

Requerido informe del centro penitenciario de Campos del Río, donde se encuentra interno J. desde fecha 07/01/17, a instancia del Ministerio Fiscal, en el mismo se explica que:

«Interno que ingresa en Centro Penitenciario Murcia II el día 07/01/17 procedente de libertad. Antecedentes de abuso de drogas por vía parenteral. En la consulta médica realizada a la llegada del interno al centro negó consumo de tóxicos en la actualidad. Se realiza hoy test de tóxicos siendo negativo a todas las sustancias analizadas (THC, opioides, cocaína, BZD, metadona)».

Y recibida documentación médica del mismo centro de cumplimiento, consta, entre los diagnósticos, que mantiene una politoxicomanía no activa.

El Ministerio Fiscal insiste en la revocación de la suspensión dado que el ingreso en prisión lo ha sido en enero de 2017, constando que antes había abandonado el tratamiento, al no acudir a las consultas de 19 de agosto y 29 de octubre, ambos de 2016, ni a los controles toxicológicos desde el 10 de octubre de 2016.

QUINTO.- Pues bien, la resolución que condicionaba la suspensión de la pena de 2 de febrero de 2016 (y la que la aclara del día 17 de dicho mes y año) condicionaba la suspensión a que J. abandonara sus hábitos tóxicos, y en ese sentido se le apercibe de revocación «si recayera de nuevo en el consumo de sustancias tóxicas, a cuyo efecto deberán de realizársele exámenes analíticos trimestrales en el Centro que le corresponda».

De la documental referida se infiere que J. no ha retomado sus hábitos tóxicos, por un lado, pero también se comprueba que no cumplió escrupulosamente con la presentación a los controles de su abstinencia por parte del CAD, lo que no significa que evidencien «un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación» (artículo 80.5 visto) pero sí un incumplimiento de los deberes o condiciones, que si bien es reiterado (falta a cinco citas seguidas, cuando había acudido a cuatro) ello no ha determinado que vuelva a consumir tóxicos.

Bajo estos nuevos parámetros entendemos que uno de los fines que se pretendían conseguir con la suspensión, cuál era la desintoxicación del penado, se ha conseguido, pero es también fin de la misma que dicha situación se mantenga durante el periodo que resta de suspensión de pena, permitiendo el legislador que incluso lo sea más allá (vid artículo 87.2 transcrito), y creemos que la forma de obligar a J. a que continúe con la siempre difícil abstinencia no es otra que obligarle a seguir realizando los controles durante un año más del inicialmente impuesto, que, por estar actualmente privado de libertad, podrán llevarse a cabo dentro del ámbito penitenciario, alargando el periodo de suspensión inicialmente concedido durante otro año.

QUINTO.- No procede hacer expresa imposición de costas en el presente recurso.

En atención a lo expuesto, y vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación:

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del penado don J. revocando la resolución recurrida y alargando en un año más el tiempo inicial de suspensión de pena (que queda fijado en 4 años desde el momento de la concesión), que queda condicionada a iguales requisitos de los contemplados en la suspensión inicial (ausencia de nueva condena, deshabitación y/o mantenimiento de la abstinencia a tóxicos y sometimiento al control de la misma), debiendo ser apercibido el penado expresamente en tal sentido, y declarando de oficio las costas de esta alzada.

88. AUTO 297/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA SECCIÓN 1ª DE 7 DE JULIO

Se deniega la suspensión contemplada en el artículo 80.5 del Código Penal al considerar que llevaba tres años en tratamiento con evolución positiva.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº1 de Huelva en fecha 10 de febrero de 2017 se dictó Auto por el que se acordaba no haber lugar a la suspensión de la ejecución con arreglo al artículo 80.5 del Código Penal, de la pena privativa de libertad impuesta al condenado T.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, y tras dar traslado a las demás partes personadas, se dictó Auto de fecha 11 de abril de 2017 por el que se desestimaba el recurso de reforma, y se remitió testimonio de particulares a esta Audiencia.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de T. interpone recurso contra la resolución de instancia, solicitando su revocación y se acuerde la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena impuesta.

El artículo 80.5 del Código Penal –al igual que el artículo 87 del Código Penal con anterioridad a la Ley Orgánica 1/15– lo que establece es una posibilidad excepcional para favorecer en todo caso el proceso de deshabituación o el tratamiento que pueda seguir un penado que hubiese cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.2º. Por ello, para su concesión es necesario, en primer lugar, que se trate de un delito cometido "a causa" de dicha dependencia; en segundo lugar, que se certifique bien la deshabituación, bien el tratamiento tendente a conseguirla.

Ciertamente el Tribunal Supremo ha declarado que el artículo 87 del Código Penal (actual 80.5) no exige expresamente que se declare probada en "sentencia" la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación, siempre que se constate en ejecución de sentencia la concurrencia de los presupuestos de dicha suspensión y, en particular, que el hecho punible fue cometido a causa de la adicción del sujeto a alguna de las sustancias señaladas en el mencionado artículo 20.2. Esto es, se admite expresamente la posibilidad de acreditar en fase de ejecución la concurrencia de los presupuestos de la suspensión aunque no haya sido apreciada en la sentencia como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal; pero no es menos cierto que los términos en que se expresa: "cometer el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el núm. 2 del artículo 20...." llevan implícitos los condicionamientos que hacen posible su estimación. Como ha declarado el Tribunal Supremo es preciso que conste que tal adicción tuvo cierta influencia o repercusión en el hecho delictivo (Sentencia del Tribunal Supremo 30-4-02).

SEGUNDO.- Un examen de los testimonios remitidos pone de manifiesto que los hechos por los que se solicita la suspensión fueron cometidos por el penado en el mes de octubre de 2016, y en los informes remitidos consta lo siguiente: en informe de fecha 30 de septiembre de 2016 (10 días antes de cometer los hechos) se dice que comenzó el tratamiento el 7 de

octubre de 2013 mostrando en todo momento "adherencia al tratamiento, sin faltar a citas, realizando controles toxicológicos cada vez que se le solicita, en todos los casos negativos, y cumpliendo las tareas encomendadas", añadiendo "buena evolución que ha permitido retirada de tratamiento farmacológico. Actualmente en seguimiento para prevención de recaídas"; en informe de fecha 26 de noviembre de 2016 se expone que se encuentra en Unidad Terapéutica y Educativa desde el 9/11/2014, que desde su ingreso en la UTE ha participado en terapias grupales, así como realizar el programa de actividades y formativo-ocupacionales que le han sido programadas, y añadía "siendo requerido, de forma aleatoria, para la realización de controles de detención (sic) de consumo de drogas"; y en el informe de fecha 24 de noviembre de 2016 el Técnico del EAIP-SPDA indicaba que "el paciente se encontraba previamente en tratamiento en CTA Comunitario, mostrando buena adherencia a dicho recurso y a las indicaciones terapéuticas establecidas".

A la vista de lo expuesto entendemos –compartiendo el criterio del Ministerio Fiscal– que si se observan los citados informes, se llega a la conclusión de que el ahora apelante no perpetró el hecho por el que resultó condenado en esta causa debido a su adicción a sustancias estupefacientes para poder satisfacer con lo obtenido las necesidades físicas de la adicción, ni perseguía ninguna otra finalidad que pueda ser útil para conseguir droga que consumir o para facilitar su consumo o su obtención; por lo que dicho delito no puede tener por causa la drogadicción y ser consecuencia de ella, porque cuando lo cometió llevaba tres años en tratamiento, teniendo una buena evolución y dando además todos los controles toxicológicos que le realizaron resultado negativo.

Por consiguiente, no constando, como señala el Ministerio Fiscal, que cometiera los hechos influido por el consumo de drogas o haberlos cometido después de haber consumido tales sustancias, no concurren los requisitos previstos en el artículo 80.5 del Código Penal.

En definitiva, la Resolución criticada es ajustada a Derecho, debiendo confirmarse íntegramente.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, LA SALA ACUERDA:

El Tribunal acuerda DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de T. contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Penal número 1 de Huelva con fecha 10 de febrero de 2017 y en su consecuencia CONFIRMAMOS en su integridad la expresada Resolución.

89. AUTO 994/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN SECCIÓN 3ª DE 15 DE SEPTIEMBRE

Que se cumplan los requisitos es una condición para poder acceder a la suspensión, pero no determina necesariamente su concesión.

HECHOS

PRIMERO.- En la Ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 1 de León se dictó auto de fecha 17/11/15, en el que se acordó no haber lugar al beneficio de suspensión de las penas de prisión impuestas por la sentencia de fecha 17/12/14 al amparo del artículo 80.5 del Código Penal.

SEGUNDO.- Contra el auto antes referido, la defensa del condenado ha interpuesto recurso de reforma que fue desestimado por Auto de fecha 03/03/16 y subsidiario de apelación, interesando la revocación del mismo a fin de que la pena prisión impuesta se pueda suspender, del que se dio traslado a las demás partes, habiendo informado el Ministerio Fiscal en el sentido de oponerse al recurso y solicitar la confirmación de la resolución recurrida.

Tras ello se ha remitido a esta Sala testimonio de particulares de las actuaciones para la resolución de la apelación, habiéndose acordado la liberación el 11 de septiembre.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de recurso de apelación el auto del Juzgado de lo Penal nº 1 de León de fecha 17/11/15, en el que se acordó no haber lugar al beneficio de la de las penas de dos años y seis meses de prisión por homicidio imprudente y dos penas de tres meses de prisión por dos delitos

de lesiones por imprudencia grave impuestas al recurrente por la sentencia de fecha 17/9/14 que fue confirmada por la Audiencia Provincial por sentencia de fecha 7/05/15.

Señala el recurrente, a la hora de interponer el recurso de apelación que su patrocinado cometió los hechos por su dependencia al alcohol y procedería concederle la suspensión prevista en el artículo 80.5 del Código Penal al estar dado de alta terapéutica tras realizar un programa de rehabilitación de su adicción en la Asociación de amigos contra la droga de Avilés.

La Sala estima acertado el criterio adoptado por el Juez de lo Penal ya que el condenado tiene una trayectoria criminal (dos condenas que comprenden seis delitos), lo que le hace especialmente peligroso. Hemos de recordar que al tiempo de cometer los hechos, el recurrente tenía antecedentes penales vigentes por delito contra la seguridad vial y resistencia, por lo que fue condenado en el año 2008 a la pena de un año de prisión (seis meses de prisión por cada uno de los siguientes delitos, contra la seguridad vial y de resistencia). Por otra parte, hemos de recordar también que, conforme el relato de hechos de la sentencia condenatoria el recurrente conducía bebido (con unos índices elevadísimos de 0,89 y 0,85 miligramos de alcohol por litro de aire espirado), a causa de ello se saltó un stop causando un grave accidente donde una persona perdió la vida y los otros dos ocupantes (su mujer e hijo) tuvieron lesiones que precisaron de tratamiento médico.

Ciertamente, la condena de un homicidio por imprudencia grave y causación de dos delitos lesiones por imprudencia grave por quien ya había sido condenado por haber conducido bajo los efectos del alcohol determinan a juicio de la Sala que la suspensión solicitada y denegada por el Juez de lo Penal haya de ser confirmada, debiendo el recurrente cumplir la pena de prisión impuesta que, ciertamente, resultó atenuada por la apreciación de dilaciones indebidas y la no aplicación de reincidencia por aplicación de la regla concursal del art. 382 del Código Penal (por la que se pena solamente el delito más grave y, por tanto, fue condenado por el homicidio por imprudencia grave y no por la conducción bajo la influencia del alcohol).

La Sala ha constatado, tras las oportunas averiguaciones que el recurrente ha sido dado de alta terapéutica por la asociación de amigos contra la droga de Avilés al haber conseguido llevar una vida normalizada apartado de los circuitos de consumo, lo cual es un logro personal del recurrente pero, la gravedad de los hechos cometidos, la pérdida de una vida humana,

el daño irreparable causado no puede quedar sin más consecuencias de que el recurrente se haya rehabilitado, sino que éste ha de cumplir las penas de prisión impuestas.

Hemos de recordar que el artículo 80.5 del Código Penal lo que prevé es una facultad por parte del Tribunal de manera que pese a que se considere que el hecho por el que fue condenado fue cometido a causa de la dependencia al alcohol y que el recurrente haya obtenido su alta terapéutica ello supone que se cumple con los presupuestos que facultan al juez para acordar dicha suspensión pero no confieren al recurrente para exigir su concesión.

Señala la Jurisprudencia a propósito del beneficio de la suspensión de la pena que lo se recoge en la ley son presupuestos o condiciones necesarias, sine qua non (Sentencia del Tribunal Constitucional 251/2005 de 10-10) del otorgamiento, que deben concurrir en todo caso, (Sentencia del Tribunal Supremo 200/2006 de 20-2) pues de lo contrario no cabe ya entrar a analizar la oportunidad o discrecionalidad de la concesión (Auto de la Audiencia Provincial de Asturias 3ª 326/2006 de 27-7, Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria 1ª 192/2005 de 20-6) al que ha de añadirse el juicio de discrecionalidad pues la concesión de la suspensión condicional no es preceptiva, obligada o reglada en todo caso, pues se trata de condiciones necesarias pero no suficientes (Sentencia del Tribunal Supremo 539/2002 de 25-3; Sentencia del Tribunal Constitucional 54/86 de 7-5; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, 23ª, 771/2005, de 9-8; Huelva 1ª 80/2005 de 11-7; Cádiz 8ª 73/2002 de 16-6 etc.); dado que en el vigente código penal la concesión de dicho beneficio sigue siendo discrecional (vid Sentencia del Tribunal Supremo 27-4-98, Sentencias del Tribunal Supremo 20-11-96; 2-2-98; 19-7-99; 18-2-2000; 16-10-2000), conforme reza el propio artículo 80.1 “... los jueces podrán...”.

De este modo, como ya estableció la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/86 de 7-5, aun cuando se cumplan tales presupuestos o requisitos no es obligada la concesión y puede denegarse (Idem Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid 4ª 207/2005 de 20-6) pues la suspensión no se configura como un derecho de todo aquel que reúna los requisitos del Artículo 81 (Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres 2ª, 134/2005 de 29-6). La suspensión de la pena de prisión por tanto no es pues beneficio de concesión automática y obligatoria sino facultad potestativa y discrecional, que puede otorgarse o no (Sentencia del Tribunal Supremo 18-3-2004

nº 349, 18-2-2004 - 19-7-2004 Sentencias del Tribunal Constitucional 224/92, 115/97, 31/99).

Entre los parámetros o criterios a tener en cuenta o a valorar en este ámbito discrecional para formar el juicio de conveniencia (podrá acordar dice el artículo 80.5 del Código Penal) no cabe duda que puede ser tenido en cuenta, la gravedad del delito cometido (en este caso homicidio por imprudencia grave y un delito contra la seguridad vial en concurso ideal con dos delitos de lesiones por imprudencia grave), sus antecedentes (anterior condena por delito contra la seguridad vial y resistencia), su esfuerzo para reparar el daño causado (nada ha abonado de la responsabilidad civil que ha sido satisfechas por la aseguradora).

Como señala la Audiencia Provincial de Salamanca en su reciente Auto de 30 de junio de 2017 continúa siendo potestativa la decisión de otorgar la suspensión por parte del juzgador, supeditada a que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria y los criterios a tener en cuenta para su concesión son las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

También refiere dicha sentencia que entre los principios que inspiran la ejecución penal con las debidas garantías de seguridad jurídica debemos citar la efectividad. Significa que lo que se ejecuta ha de respetar lo fallado y ser enérgico si es preciso frente a la oposición del condenado y de terceros. En la práctica el automatismo con el que se conceden los beneficios quiebra en muchas ocasiones este principio. Ahora bien, sin este principio rector, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 949/2009, de 28 de septiembre no solo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva), además de quebrar el fin de prevención especial de la pena (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social), lo cual se comparte plenamente por esta Sala para el supuesto enjuiciado en el que el recurrente contaba con antecedentes penales.

Finalmente hemos de señalar que los argumentos que se aducen en el recurso de apelación no son compartidos por la Sala. Primeramente se señala que los hechos se remontan al año 2010, por lo que se ha dilatado indebidamente el proceso. A tal cuestión solo hemos de manifestar que precisamente por ello, se le redujo la pena al recurrente al apreciársele la atenuante del artículo 21.7 del Código Penal.

En segundo lugar se nos dice que el recurrente ha rehecho su vida y reúne los requisitos de alta terapéutica. Ciertamente dicha alta a requerimiento de la Sala, este hecho, meritorio para el recurrente, efectivamente consta acreditado en la causa.

También se nos dice que el recurrente tiene una hija de un año, que trabaja y que sus ingresos es el único sustento de familia, si bien no se aporta ni libro de familia, ni contrato de trabajo ni nada de lo que se dice.

Finalmente, teniendo en cuenta el informe del forense y del centro de amigo de la droga se nos dice que cumple con los requisitos para la suspensión de la pena y dado que el recurrente ha iniciado un proceso de cambio personal sobre el firme propósito de superar la dependencia y que su ingreso en prisión truncaría los objetivos alcanzados. Pues bien, como ya hemos manifestado anteriormente que se cumplan con los requisitos de la suspensión es una condición para que pueda accederse a la suspensión pero no determinan necesariamente su concesión y, por lo que se refiere al truncamiento del objetivo de superar la dependencia hemos de recordar que, dentro de los establecimientos penitenciarios existen recursos para quienes se quiera rehabilitar o mantenerse abstinentes de drogas y alcohol.

SEGUNDO.- Por todo ello procede confirmar la resolución objeto de recurso por estimarla conforme a derecho y decretar de oficio las costas procesales.

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

PARTE DISPOSITIVA

Que DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la decisión del Juzgado de lo Penal nº 1 de León, adoptada en auto de fecha 17/11/15, de denegar la suspensión por aplicación del artículo 80.5 del Código Penal de las penas de dos años y seis meses de prisión por la comisión de un

homicidio por imprudencia grave y dos penas de tres meses de prisión por dos delitos de lesiones por imprudencia grave impuestas a A. por sentencia firme de fecha 17/9/14.

90. AUTO 486/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA SECCIÓN 1ª DE 29 DE DICIEMBRE

Se prorroga seis meses el plazo de suspensión. No hay incumplimiento grave ni reiterado. Recaída en el consumo ocasional.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de septiembre de 2017, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Salamanca, se dictó resolución cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que ha lugar a REVOCAR la suspensión de la ejecución de la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN impuesta a M.A., en la presente causa.

Una vez firme esta resolución expídanse las órdenes oportunas para el ingreso del penado en prisión.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y representación procesal del penado, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días."

Segundo.- Contra referido auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por La Procuradora en nombre y representación de M.A, desestimándose por medio de Auto de 19 de octubre de 2017 el recurso de reforma y admitiéndose el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, registrándose al Rollo y pasando las actuaciones a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En materia de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, son los artículos 80 y siguientes del Código Penal los que

regulan la figura de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18-01-2000 recuerda que "la mera concurrencia de los requisitos legales mínimos no es más que un presupuesto necesario para la concesión de la suspensión, pero no suficiente, pues esta constituye una facultad motivadamente discrecional del Tribunal", lo que reitera la de 19-10-2000 al disponer que la concesión del beneficio es una facultad discrecional del tribunal, que faculta pero no obliga.

En el caso presente, entra también en juego la discrecionalidad del juzgador para decidir si procede o no dejar en suspenso o sustituir la pena privativa de libertad, decisión que ha de ser motivada a los efectos de poner de manifiesto que no es arbitraria o caprichosa. Tanto la doctrina constitucional, sobre el artículo 25.2 de la Constitución, como las interpretaciones doctrinales del artículo 80 del Código Penal se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva.

Las finalidades de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, pueden sintetizarse en dos:

1. Concentrar las decisiones de la ejecución de las penas cortas de prisión hasta dos años en una única resolución a fin de agilizar el procedimiento, preferentemente en la propia Sentencia (artículo 82.1) y caso de no ser ello posible en fase de ejecución de la misma. En efecto, esta es una de las medidas más positivas al acercarse a un sistema de ejecución concentrada y se caracteriza por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas. Por una parte se mantiene la suspensión ordinaria del artículo 80 del Código Penal, la suspensión por razón de drogadicción del artículo 87 y la suspensión extraordinaria por enfermedad del artículo 80.4. Y por otra parte se configura la sustitución de la pena privativa de libertad del artículo 88 del Código Penal –por multa o Trabajos en Beneficio de la Comunidad– como un supuesto de suspensión de su ejecución. De la misma forma la libertad condicional del artículo 90 y siguientes se regula como una modalidad de suspensión del resto de la pena de prisión que quede por cumplir.

Con la reforma se pretende poner fin a la situación, en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes adictos al consumo de drogas, y

sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos de reforma y apelación. La Exposición de Motivos explica esta modificación diciendo que "De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas".

Una de los importantes déficits que presenta la ejecución penal en España es la ausencia de un procedimiento que regule los mecanismos de petición de las partes, contradicción y audiencia, a fin de resolver en una única resolución judicial si la pena debe ser ejecutada mediante ingreso en centro penitenciario o en cualquiera de las modalidades previstas en el texto del Código Penal vigente a la fecha de los escritos –suspensión o sustitución–. La finalidad del nuevo sistema es terminar con esta situación y agilizar el procedimiento.

A partir de la entrada en vigor de la reforma, el Juzgador deberá, en la ejecución de penas cortas de prisión, decidir en una sola vez, si procede al ingreso en prisión o a la suspensión de la pena y dentro de ella deberá optar por las distintas modalidades: a) la que conocemos como ordinaria del artículo 80.1 del Código Penal para penas no superiores a dos años de prisión; b) la del artículo 87 del actual Código Penal que en la reforma pasa a ser el artículo 80.5 en casos de drogadicción para penas hasta cinco años de prisión; c) o por la modalidad de suspensión sustitutiva –multa o Trabajos en Beneficio de la Comunidad– y que en la reforma pasa a ser el artículo 84 para penas hasta dos años de prisión.

Continúa siendo potestativa la decisión de otorgar la suspensión por parte del juzgador, supeditada a que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria. Es también novedoso el redactado de los criterios a tener en cuenta, de forma que desaparece la referencia a la "peligrosidad criminal" y la "existencia de otros procedimientos penales" que tantas críticas había suscitado por la afectación al derecho a la presunción de inocencia. Dichos criterios se sustituyen por los siguientes: las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Los criterios son mucho más adecuados y actualizados a un derecho penal moderno, aunque las limitaciones del Juzgador en este

ámbito seguirán residiendo en la inexistencia de informes técnico-sociales o de pronóstico criminal en el futuro. Al no existir en nuestra ley procesal un auténtico incidente de ejecución de las penas, la mayor dificultad en la que nos encontramos es la falta de información y de acreditación de las circunstancias personales del acusado cuando se ha de dictar la sentencia –momento procesal en el que la reforma invita a resolver la posible suspensión de la pena– o posteriormente, en auto motivado.

Entre los principios que inspiran la ejecución penal con las debidas garantías de seguridad jurídica debemos citar la efectividad. Significa que lo que se ejecuta ha de respetar lo fallado y ser enérgico si es preciso frente a la oposición del condenado y de terceros. En la práctica el automatismo con el que se conceden los beneficios quiebra en muchas ocasiones este principio. Ahora bien, sin este principio rector, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 949/2009, de 28 de septiembre "no solo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva), además de quebrar el fin de prevención especial de la pena (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social)".

SEGUNDO.- En fecha 17 de junio de 2015 por la Magistrada Juez de lo Penal nº 1 de esta Ciudad, se dictó sentencia, en cuyo fallo se condena a M.A., como autor responsable de un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 del Código Penal, en la modalidad de conducción sin permiso, por no haberlo obtenido nunca, concurriendo en el mismo la agravante de reincidencia y la atenuante analógica de drogadicción a la pena de seis meses de prisión. Se suspende por el plazo de tres años la ejecución de la pena de seis meses de prisión impuesta en la presente causa, la suspensión quedará condicionada a que el penado no vuelva a delinquir en el plazo indicado y a que si cambia su lugar de domicilio lo comunique al tribunal sentenciador. Asimismo se condiciona la suspensión a que no abandone el tratamiento a que se encuentra sometido en Cruz Roja Española hasta su finalización. Con idéntica fecha, se le notifica al penado la suspensión de la ejecución de la pena de privación de libertad y en los términos en que queda condicionada la suspensión, acta firmada por el penado.

Con fecha 11 de septiembre de 2017, en atención a los informes remitidos por Cruz Roja de fecha 17 de marzo de 2017 y 16 de junio de 2017, donde se comunica que el penado continua realizando consumo de cocaína, la Magistrada Juez de lo Penal nº 2 dicta auto revocando la suspensión de la ejecución de la pena de seis meses.

De dichos informes se evidencia que desde el 2015 en que inicia el tratamiento el penado hasta ahora, continua con su tratamiento de desintoxicación y si bien constan dos positivos en cocaína, se puede calificar la recaída de puntual, sin que alcance el carácter de grave o reiterado previsto en el artículo 86.1.b del Código Penal.

No cualquier inobservancia puede ser calificada como incumplimiento merecedor de la revocación, sino solo en caso de un flagrante y evidente propósito de incumplir la obligación impuesta, porque una recaída puntual, que por otra parte en tratamientos de desintoxicación de drogas son pre-visibles, sin perjuicio de que la conducta del recurrente no tiene excesiva justificación aunque sea un consumo esporádico de cocaína, cuando ya casi lleva dos años de tratamiento y se arriesga a malograr todo lo conseguido, no puede asimilarse a un reiterado o grave incumplimiento, y cuando la pena privativa de libertad, a cumplir, por otra parte es de corta duración.

Tomando en consideración las circunstancias del hecho y del penado y en aplicación del artículo 86 del Código Penal, está Sala revoca el auto recurrido, por entender que no está evidenciado el incumplimiento reiterado o grave, sino que su conducta se califica de cumplimiento irregular (pero no grave) y esporádico (pero no reiterado) que justifica que no tenga que revocarse necesariamente la suspensión, de manera que seguirá disfrutando de dicho beneficio, siempre y cuando cumpla la condición de continuar el tratamiento hasta su completa finalización, como venía estipulado, si bien se acuerda igualmente prorrogar el periodo de suspensión durante seis meses más, que vendrá a añadirse al plazo de tres años acordado en su día, así como la obligación de comunicar por el centro cualquier incidencia que pudiera afectar a su cumplimiento y con la advertencia al penado de que debe cumplir de firma absolutamente escrupulosa, los deberes impuestos en relación con el tratamiento, bajo apercibimiento de revocación ante un incumplimiento, aunque sea esporádico.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, se estima en parte el recurso de apelación, revocamos el auto recurrido, en el sentido indicado, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el penado M.A. contra el auto de fecha 19 de octubre de 2017 desestimatorio del recurso de reforma del auto de 11 de septiembre de 2017, y en consecuencia revocamos dichas resoluciones, acordando prorrogar la suspensión de la pena de prisión impuesta en sentencia, por otros seis meses más, bajo las mismas condiciones inicialmente impuestas.

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA FORMATIVO DE SEGURIDAD VIAL

91. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA SECCIÓN 47ª 519/2016 DE 21 DE SEPTIEMBRE

Se estima recurso dejando sin efecto la obligación de realización del programa.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Girona, se dictó auto en fecha 26-11-15, por el que se acordaba la suspensión de la pena condicionada al cumplimiento de una medida de reeducación vial; contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por H., representado por procurador y asistido por letrado, al que se opuso expresamente el Ministerio Fiscal, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de la falta de necesidad de la medida adicional de reeducación vial impuesta como condicionante de la suspensión.

El recurso merece prosperar.

El recurrente fue en su día condenado como autor de un delito del artículo 383 del Código Penal por negarse al sometimiento de las pruebas de espiración alcoholométrica a la pena de 4 meses de prisión, que fue posteriormente suspendida condicionando dicha suspensión a la no comisión de delitos durante el plazo de 2 años y "al sometimiento a un curso de reeducación vial".

Pese a todas las alegaciones de la parte acerca de la injusticia de la sentencia no podemos hacer otra cosa que recordarle que su patrocinado, asistido de otra letrada, se allanó a las peticiones acusatorias del Ministerio Fiscal, siendo por ello dictada dicha sentencia condenatoria de conformidad. Nos centraremos pues en la única razón que se nos ofrece prácticamente que es la del desacuerdo con la medida a que se condiciona la suspensión de la pena privativa de libertad.

El artículo 83.1. 1ª del Código Penal dispone que "el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados", y entre tales se encuentra en el apartado primero la de "participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares".

Por lo tanto, siendo el delito cometido contra la seguridad vial, la imposición de la medida resulta perfectamente posible dentro del marco teórico de las condiciones de la suspensión de las penas. Ahora bien, no podemos conformarnos con que la medida resulte posible sino que hemos de dar un paso más y averiguar si la medida resulta necesaria, es decir, oportuna para la evitación o conjura de nuevos delitos, que es, como acabamos de ver, el fundamento al que la ley las somete.

Pues bien, el recurrente carece de antecedentes penales computables, dado que aunque en su día, por hechos del 2007, fue condenado como autor de un delito de conducción bajo la influencia del alcohol, tal condena está cancelada en la actualidad. Y además, los parámetros del delito son mucho menos intensos que en otro tipo de supuestos, dado que cuando fue requerido para someterse a las pruebas de espiración alcohométrica el recurrente no conducía, como es habitual y casi la norma, un vehículo a motor o un ciclomotor, sino una bicicleta de montaña.

En estas condiciones nos parece excesivo el condicionante impuesto por la Juzgadora, que por otro lado no se llega a justificar sino que se impone a pesar de que la propia resolución refleja que "es razonable prever la posibilidad de no reincidencia en el delito", razón que nos lleva a la estimación del recurso y a la eliminación de la medida adicional.

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de H. contra el auto dictado en fecha 26-11-15 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Girona, del que este rollo dimana, REVOCANDO la meritada resolución y dejando sin efecto la obligación de sometimiento a un curso de reeducación vial condicionante de la suspensión de la pena privativa de libertad, y todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

92. SENTENCIA 741/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN 5ª DE 20 DE OCTUBRE

Se revoca parcialmente la resolución de suspensión de condena dejando sin efecto la condición de continuar con el programa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Condeno a M.C., como autora de un delito de homicidio imprudente grave del artículo 142.1 y 2 Código Penal, a la pena de 1 año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 3 años de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, que comporta la accesoria de su pérdida de vigencia.

Se suspende la pena de prisión condicionado a que no delinca en el plazo de 2 años ya que se someta a un programa de educación vial.

Condeno a Z.I., SUCURSAL EN ESPAÑA, como responsable civil directo y a B., como responsable civil subsidiario, a pagar a F.D.C., S.A. la cantidad de 2.412,62 euros, por los daños de los dos contenedores, más los intereses del artículo 20 Ley de Contrato de Seguro para la aseguradora y del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil, para la responsable civil subsidiario.

Condeno a Z.I., SUCURSAL EN ESPAÑA, a que pague a D. E. y Dª D., la cantidad de 2.597,94 euros, por los intereses de demora del artículo 20 Ley de Contrato de Seguro, más los intereses del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hágase entrega de 423,50 euros a R.S.G., S.A. en pago de su derecho a repetición".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de M.C., y admitido se le dio el trámite correspondiente por el Juzgado instructor, elevándose las actuaciones a esta Sección de la Audiencia para la resolución del recurso.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se admiten y se dan por reproducidos en esta alzada los hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se admiten y se dan por reproducidos en esta alzada los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Aunque en el recurso de apelación el Juez o Tribunal "ad quem" se halla autorizado a revisar la valoración probatoria efectuada por el Juez de Instancia, el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia, bajo los principios que rigen el proceso penal en el juicio oral, de inmediación, publicidad, contradicción y defensa, tiene como consecuencia que a quien corresponde la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia –artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– es a dicho Juez "a quo" y por ello deben respetarse sus conclusiones fácticas, salvo que carezcan de apoyo en el conjunto probatorio practicado a su presencia o se contengan contradicciones o incongruencias en su razonamiento.

TERCERO.- La representación de M.C. postula en su recurso se revoque la condición impuesta en la sentencia recurrida de someterse a un programa de educación vial para acordar la suspensión de la pena.

El recurso de apelación debe ser estimado.

Los hechos por los que se ha dictado sentencia condenatoria fueron cometidos el día 7 de junio de 2015, siendo de aplicación el artículo 83.5ª del Código Penal que faculta al órgano judicial, que acuerde la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta, que condicione ese beneficio a que el penado participe en programas de educación del vial.

Aunque es cierto que el Jugador de instancia se hallaba facultado a condicionar la suspensión de la pena de prisión, no sólo a que no delinquiera en un determinado plazo, sino también a que se sometiera a un programa

de educación vial, también lo es que acordar esa condición no es imperativo –como lo es: no delinquir–, sino facultativo, y en consecuencia esa decisión debe hallarse suficientemente motivada en la resolución que la imponga.

En el caso sometido a nuestra consideración, en que se ha dictado sentencia de conformidad en la cuestión penal, quedando la civil pendiente de resolución con respecto a los intereses por mora, si bien el Ministerio Fiscal no se opuso a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, interesando expresamente se impusiera la condición de que la penada participara en programas de educación vial teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción penal cometida, la acusada se conformó únicamente a las penas solicitadas por las acusaciones, sin prestar conformidad a esa condición, y así es de ver de la grabación del acto del juicio oral.

En definitiva, no habiendo prestado expresa conformidad a esa condición del beneficio de suspensión de la ejecución, la Juzgadora de instancia hubiera debido motivar suficientemente porqué establecía una condición potestativa, lo que no resulta de la sentencia apelada que la impone.

Por lo expuesto, se estima el recurso de apelación con revocación parcial de la resolución recurrida en el sentido de dejar sin efecto la condición impuesta a la apelante de seguir con programas de educación vial, quedando confirmada la sentencia en todos sus restantes términos.

CUARTO.- Se declaran las costas de esta apelación de oficio.

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLO

DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de M.C. contra la sentencia dictada el día 9 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Penal nº 10 de los de Barcelona, y consecuentemente REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto la condición impuesta a la apelante de seguir con programas de educación vial, quedando confirmada la sentencia en todos sus restantes términos, y declaramos las costas de esta apelación de oficio.

93. AUTO 23/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 30ª AUTO DE 12 DE ENERO

Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al pago de multa y a participación en programa.

HECHOS

PRIMERO.- Por auto de 28 de octubre de 2016 se denegó la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta a B. por el Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid. Contra dicha resolución interpuso el recurrente recurso directo de apelación. El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso.

SEGUNDO.- Elevados los autos a esta Audiencia Provincial y turnados a esta sección el 28 de diciembre, por turno de reparto se designó ponente que expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Según el vigente artículo 80 del Código Penal, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Se sustituye así la referencia a la "peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste", en vigor hasta el 1/7/2015, estableciéndose como criterios de valoración "las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas." Requisitos de la suspensión son (artículo 80.2): i) primariedad delictiva, si bien no se tendrán en cuenta "los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros; ii) que la pena o penas im-

puestas no excedan de dos años de privación de libertad; iii) satisfacción de las responsabilidades civiles".

El auto apelado ha denegado la suspensión por falta de primariedad delictiva, toda vez que el penado delinquiró tras haber sido previamente condenado por delito contra la seguridad vial por conducción bajo los efectos del alcohol, volviendo a incurrir en dicha infracción criminal y además en el delito de negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia (por el que se le impuso la pena de prisión que ahora se ejecuta) y el de conducir estando privado de permiso o licencia, pues estaba en el periodo de cumplimiento de la pena.

Estimamos correcto, a la vista de tal antecedente penal, la apreciación de la falta del requisito de primariedad delictiva, por cuanto es claro que dicho antecedente penal es relevante para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. No incide en esta consideración la alegación (no documentada, por cierto) de que el penado tiene familia a la que asistir, se encuentra muy arrepentido, y que ha colaborado con la justicia en todo momento, todo ello en relación con la naturaleza de los hechos enjuiciados. No puede estimarse el recuso en los términos en que ha sido planteado.

SEGUNDO.- No obstante, a través de las alegaciones del apelante y vista la naturaleza de los hechos, estimamos que es viable la suspensión del artículo 80.3 del Código Penal en el caso concreto. Dicho precepto –que adapta a la suspensión la antigua regla de sustitución del artículo 88 Código Penal– presupone que no se dan las condiciones 1ª y 2ª del artículo 80, para lo que interesa en este caso, la primariedad delictiva. Por consiguiente, la constatación de que los antecedentes penales son relevantes para valorar la posibilidad de comisión de delitos futuros no es incompatible con el juicio de oportunidad de la suspensión, que requiere una ponderación que tenga en cuenta "las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas", pues en este caso, aun no siendo primario en los términos que hemos expuesto, ha de valorarse si la suspensión de la condena puede ser un mecanismo más eficaz para conjurar la reiteración delictiva y facilitar la reinserción social.

Anticipándose a esta posibilidad, el Ministerio Fiscal ha manifestado que el penado es reo habitual, al haber sido condenado por cuatro delitos del mismo capítulo cometidos en un plazo inferior a cinco años (la alcoholemia que sirve de antecedente penal y los tres delitos por los que es condenado en esta ejecutoria). Discrepamos de tal parecer. Hemos acogido reiteradamente —entonces en aplicación del artículo 88 del Código Penal— la tesis de que la habitualidad debe basarse en la existencia de tres o más delitos comprendidos en el mismo capítulo por los que el reo haya sido condenado en sentencias distintas de la que es objeto de ejecución. Razones formales y de fondo abonan este criterio: el Código Penal se refiere expresamente a que los reos hubieren cometido tres o más delitos "y hayan sido condenados por ello", siendo que si la propia sentencia ejecutoria puede (y debe, máxime en este caso en que se dictó sentencia de conformidad) acordar la suspensión de la pena (artículo 82.1 Código Penal) en ese momento todavía no existen las condenas firmes que fundamentan la habitualidad que veda la suspensión. Desde el punto de vista de la institución y de los fines de prevención especial y reinserción, no se justifica la imposibilidad de suspensión de una pena privativa de corta duración por el mero hecho de haber sido condenado en la misma ejecutoria por otros delitos del mismo capítulo, de diferente naturaleza, y por los que no se ha impuesto pena privativa de libertad. Estimamos por ello que hay razones sólidas para exigir que la habitualidad exista con independencia del contenido de la sentencia ejecutoria.

En el presente caso, aun cuando el penado no ha justificado los datos de estabilidad familiar y laboral que alega, estimamos más adecuado acudir a la suspensión del artículo 80.3 atendiendo a: i) la naturaleza del hecho que se le imputa (negativa a la prueba de alcoholemia en reo previamente condenado por delito contra la conducción etílica, concurriendo atenuante de embriaguez); ii) la corta duración de la pena impuesta, seis meses de prisión, siendo poco eficaz su ejecución para los fines propios de una pena privativa de libertad; iii) al delito por el que se impone la pena privativa de libertad no le es de aplicación la agravante de reincidencia, al ser de distinta naturaleza que el primer delito; iv) el penado se conformó y asumió su condena; v) ha cumplido las penas impuestas en la otra ejecutoria, haciendo frente a las responsabilidades pecuniarias impuestas; vi) no consta que el penado haya cumplido penas privativas de libertad, por lo que se evitaría el efecto criminógeno derivado del contacto con el medio penitenciario en una pena de corta duración; y vii) la alternativa de imposición de multa

adicional y medidas de reeducación es más satisfactoria a los fines de prevención especial que la simple ejecución de seis meses de prisión.

Procede por ello la suspensión de la condena, pero no la interesada (artículo 80.1), sino la del artículo 80.3 y por tanto con una de las condiciones del artículo 84 del Código Penal que, para el caso de autos, estima la sala habrá de ser la de multa, que en atención a las circunstancias concurrentes (pluralidad de delitos contra la seguridad vial) procede imponer con extensión de ocho meses y cuota diaria de 4 euros (la misma que se impuso en sentencia).

Asimismo se impone como condición, de conformidad con el artículo 83.1.6ª del Código Penal, la obligación de participar en un programa de educación vial relacionado con la conducción bajo los efectos del alcohol y conductas conexas.

Se establece un plazo de suspensión de 3 años, atendidos los previos antecedentes penales del reo, debiendo el juzgado de instancia realizar los requerimientos oportunos para la efectividad de lo acordado.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas del recurso, de conformidad con el artículo 240.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de B. contra el auto de fecha 28 de octubre de 2016, dictado por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid, y REVOCAR dicha resolución y en consecuencia ACORDAR la SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN de la pena de prisión de seis meses impuesta a Basilio en sentencia de fecha 17 de junio de 2016, por tiempo de TRES AÑOS, condicionada al pago de una MULTA DE OCHO MESES, con cuota diaria de CUATRO EUROS (4 €) y a la OBLIGACIÓN DE PARTICIPAR EN UN PROGRAMA FORMATIVO DE SEGURIDAD VIAL. Declaramos de oficio las costas del recurso.

94. AUTO 75/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA SECCIÓN 1ª DE 10 DE MARZO

Prórroga de la suspensión condicionada a la finalización del programa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En Ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño se dictó Auto en fecha 15 de septiembre de 2016 que acordaba revocar la suspensión de la ejecución de la pena de un año de prisión impuesta a F. en sentencia de 15 de abril de 2015.

SEGUNDO: Contra el referido Auto se presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación por la representación procesal de F. siendo el recurso de reforma desestimado por auto de 2 de noviembre de 2016.

Ambos recursos fueron impugnados por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial se acordó formar el correspondiente rollo de apelación para la sustanciación del recurso, y tras notificar el turno de registro y ponencia a las partes se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 9 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Código Penal, antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, establecía en el artículo 80 lo siguiente: "los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados".

El artículo 81 regulaba las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, que eran las siguientes: "1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto es el artículo 136 de este Código. 2.^a Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

Y el artículo 83 establecía que la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de una serie de obligaciones o deberes que se especificaban en el precepto.

Tras la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el nuevo artículo 80 del Código Penal dice:

"1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta".

Y el vigente artículo 86 del Código Penal dispone: "1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.^a y 3.^a

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de

reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver".

Conforme a la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo ha de aplicarse la redacción del Código Penal que se entienda más favorable al reo. La Sala estima más favorable al reo la aplicación del Código Penal en su actual y vigente redacción, por cuanto que en caso de comisión de nueva infracción por el penado durante la suspensión, la revocación no es automática como sí lo era en el caso de la redacción del Código Penal vigente a la fecha de los hechos y derogada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, son hechos que constan en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño: que por sentencia de fecha 15 de abril de 2015, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño F. fue condenado como autor de un delito de conducción temeraria del artículo 390.1 del Código Penal, cometido el 22 de marzo de 2013, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y cuatro años de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, con pérdida de vigencia del permiso de conducir.

En la misma sentencia se acordó la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta por tiempo de dos años, condicionada a que el penado no delinquiera en dicho plazo.

Por sentencia de fecha 24 de junio de 2016, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño, F. fue condenado con la conformidad del acusado, como autor de un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 del Código Penal, cometido el 2 de junio de 2016, a la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de 5 euros.

F. había sido condenado por sentencia de esta Audiencia Provincial de la Rioja de 17 de julio de 2013, como autor de un delito de tráfico de drogas, cometido el 26 de abril de 2012, a la pena de 2 años de prisión, suspendida por 5 años por auto de 28 de enero de 2014 condicionada a que el penado no delinquiera en dicho plazo y a la realización de un programa de

educación en relación con los efectos nocivos del consumo de sustancias estupefacientes por tiempo de un año, regla de conducta que por auto de 31 de octubre de 2014 se sustituyó por la obligación de seguir tratamiento de desintoxicación de drogas hasta su finalización, que cumplió el penado. Por auto de 12 de septiembre de 2016, se acuerda prorrogar el plazo de suspensión a siete años, imponiendo el deber de realizar programa de educación vial, que inició el 3 de octubre de 2016.

TERCERO.- Alega el apelante que procede mantener suspensión de la ejecución de la pena impuesta en sentencia de 15 de abril de 2015, porque es inferior a dos años de prisión, F. se está sometiendo a tratamiento de rehabilitación de alcohol y drogas, tiene trabajo fijo y mantiene a sus tres hijos, circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta pues el ingreso en prisión del señor F. le hará perder su trabajo y dejar desamparados a sus tres hijos.

CUARTO.- La Sala, valorando las circunstancias concurrentes en el caso, estima que la expectativa en la que se fundó la decisión de suspensión adoptada todavía puede ser mantenida, procediendo la prórroga de la suspensión acordada en sentencia de 15 de abril de 2015: F. ha cumplido las reglas de conducta impuestas en la ejecutoria 53/2013 de esta Audiencia Provincial, de formación sobre los efectos nocivos de las drogas y de desintoxicación. El 2 de junio de 2016 comete el delito de conducir sin permiso, pues por sentencia de 13 de abril de 2015 había sido privado del mismo por cuatro años, con pérdida de su vigencia. Y por ello es condenado en sentencia de 24 de junio de 2016. F. ha incumplido la condición de no delinquir durante el tiempo de suspensión, ahora bien, el delito de conducción temeraria lo había cometido el 22 de marzo de 2013, y su naturaleza y entidad, aun cuando también el nuevo delito cometido lo sea contra la seguridad vial, no es equiparable al delito de conducir sin permiso, y por otro lado, tras cometer en junio de 2016 este último delito, F. inició el 3 de octubre de 2016 un programa de formación en educación vial, que si continúa hasta su conclusión, pudiera ser que cumpliera su finalidad de formar y concienciar a F. sobre los riesgos de la conducción y sobre la necesidad, trascendencia y obligación de cumplir todas las normas de la circulación y seguridad.

Conforme a lo expuesto, la Sala estima procedente prorrogar la suspensión de la pena de un año de prisión impuesta a F. por otros dos años, condicionada a que el penado no delinca en dicho plazo y a que cumpla el

programa en el que viene participando desde el 3 de octubre de 2016 de formación en educación vial hasta su finalización, informando al juzgado el Servicio de Gestión de Penas y Medidas trimestralmente, y a su conclusión así como en caso de ocurrir cualquier incidencia relevante en el cumplimiento.

Por lo expuesto procede la estimación del recurso.

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

VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: La estimación del recurso de apelación formulado por la representación procesal de F., contra el auto de fecha 2 de noviembre de 2016, desestimatorio del recurso de reforma contra el auto de fecha 15 de septiembre de 2016, dictados por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño, revocando dichas resoluciones y acordando prorrogar la suspensión de la pena de un año de prisión impuesta a F. en sentencia de 15 de abril de 2015, por otros dos años, condicionada a que el penado no delinca en dicho plazo y a que cumpla el programa en el que viene participando desde el 3 de octubre de 2016 de formación en educación vial hasta su finalización, informando al juzgado el Servicio de Gestión de Penas y Medidas trimestralmente, y a su conclusión así como en caso de ocurrir cualquier incidencia relevante en el cumplimiento.

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA DE EDUCACIÓN SEXUAL

95. SENTENCIA 113/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS ISLAS BALEARES SECCIÓN 1ª DE 19 DE OCTUBRE

Se condiciona la suspensión a la realización de un programa de educación sexual atendiendo a la gravedad de los hechos y el impacto social de los mismos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La presente causa se inició en virtud de atestado. Investigados judicialmente estos hechos en Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Ciudadela, el día 20 de abril de 2012 se dictó auto de transformación a sumario, se dictó auto de procesamiento de fecha 31 de mayo de 2013, declarándose concluso por auto de 4 de junio de 2015, siendo emplazados los dos procesados por término legal para su comparecencia ante esta Sala por medio de Procurador.

Recibidas las actuaciones y formado el correspondiente Rollo, por Auto de 12 de enero de 2016 se confirmó la conclusión del sumario y se procedió a la apertura de Juicio Oral, formulando el Ministerio Fiscal y la acusación particular su calificación provisional y por las defensas de los procesados. Admitidas que fueron las pruebas que se estimaron oportunas, se señaló el acto de juicio oral, que se celebró el día 10 de octubre de 2016 a las 9.30 en Mahón, cuyo resultado consta en el correspondiente soporte audiovisual.

SEGUNDO: En el día y hora señalados, comparecieron las partes y antes de darse inicio a la práctica de las pruebas, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, que los hechos eran constitutivos de un delito de abuso sexual atribuible a cada uno de los acusados previsto en los artículos 181.1, 181.2, 181.4 y 181.5 en relación con el artículo 180.1.3 del Código Penal concurriendo las circunstancias atenuantes de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal y de dilaciones indebidas prevista en el artículo 21.6 del Código Penal. Solicitaba que se impusiese a cada uno de los acusados la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

y conforme a lo dispuesto en los artículos 57 en relación con el 48 del Código Penal la pena de prohibición de aproximación a D^a O. a su domicilio, lugar de trabajo y otro que frecuentare a menos de 100 metros, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 3 años.

Por vía de responsabilidad civil, los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a la perjudicada por el daño moral ocasionado en la cantidad de 15.000 euros, intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cantidad que ya ha sido puesta a disposición de la perjudicada por los acusados.

TERCERO: Los acusados, comparecientes al acto del juicio, mostraron expresamente su conformidad con la acusación frente a ellos mantenida, respecto de la pena solicitada, sus accesorias y sobre la responsabilidad civil solicitada. No siendo superior a seis años de prisión la pena solicitada por la acusación (véase la interpretación de la llamada "pena correccional" del artículo 688 Ley de Enjuiciamiento Criminal. que realiza la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2003, que es la comúnmente admitida de hasta 6 años de prisión, pese a la disposición transitoria 11^a.1 letra de la Ley 10/95, y en línea con lo dispuesto, por el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) y dada la conformidad presentada por las defensas de los acusados, debidamente aceptada por éstos, es procedente, de conformidad por lo dispuesto en los artículos 688 y 694, en relación con los artículos 655 y 787, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictarse sin más trámite la sentencia procedente según la calificación mutuamente aceptada, toda vez que los hechos son constitutivos de delito y la pena solicitada la correspondiente según dicha calificación.

Los Letrados defensores, en idéntico sentido, solicitaron del Tribunal que procediera a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación más gravemente formulado en presencia de los acusados comparecientes, estimando innecesaria la celebración del juicio, quedando los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Sobre las 10.30 horas del día 3 de enero de 2010, en el domicilio sito en Ciutadella de Menorca, los acusados H y J., encontrándose

en el interior del referido domicilio en el que habitaba O, puestos de común acuerdo, con conocimiento de la enfermedad mental que ésta padecía y aprovechándose de tal circunstancia, le obligaron a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad a fin de satisfacer sus respectivos deseos sexuales.

En este sentido, J. obligó a O. a practicarle una felación, en tanto que H. la penetró vaginalmente.

La perjudicada, O., diagnosticada de esquizofrenia, se encontraba en el momento de los hechos bajo curatela, al habersele reconocido un grado de minusvalía del 70%.

SEGUNDO.- Los acusados, al objeto de reparar el daño ocasionado a la víctima, han puesto a disposición de ésta la cantidad de 15.000 euros, con anterioridad a la celebración del juicio oral.

La presente causa ha estado paralizada por un lapso de tiempo desproporcionado a su complejidad y por causas ajenas a los acusados, al menos desde el 20/04/2014 al 24/04/2013; del 10/10/2014 al 25/03/2015, así como del 12/01/2016 al 13/04/2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados, son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual atribuible a cada uno de los acusados previsto en los artículos 181.1, 181.2, 181.4 y 181.5 en relación con el artículo 180.1.3 del Código Penal.

Los hechos relatados han sido expresamente reconocidos y admitidos por los procesados, quienes mostraron su conformidad con la acusación contra ellos formulada respecto de la pena solicitada, sus accesorias y la responsabilidad civil. No siendo superior a seis años de prisión la pena solicitada por las acusaciones, y dada la conformidad presentada por la defensa de los procesados, debidamente aceptada por éstos, es procedente, de conformidad por lo dispuesto en el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictarse sin más trámite la sentencia procedente según la calificación aceptada.

SEGUNDO.- Concorre en ambos acusados las circunstancias atenuantes de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal y de dilaciones indebidas prevista en el artículo 21.6 del Código Penal.

TERCERO.- Se procedió en el acto de la vista a dar trámite para la petición de suspensión de la pena privativa de libertad de ambos procesados.

Así los letrados de los dos acusados solicitaron que se les suspendiera a ambos la pena privativa de libertad por el plazo que estimara el Tribunal atendiendo a que se cumplen los requisitos objetivos establecidos en el artículo 80 del Código Penal.

Dado el oportuno traslado al Ministerio Fiscal no se opuso a la concesión del beneficio si bien solicitaba que el plazo fuera de 4 años y que se condicionara la suspensión, conforme a lo establecido en el artículo 83.6 del Código Penal, a que participaran en un programa de educación sexual o de no discriminación e igualdad de la mujer. En el mismo sentido se postuló la acusación particular.

Vistas estas peticiones, la nueva redacción de ese apartado 1 de este artículo 80 del Código Penal tiene el siguiente tenor:

"Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución, el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo por reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".

Del tenor literal expuesto se desprende que continúa siendo potestativa la decisión de otorgar la suspensión por parte del Juzgador/Tribunal, supeditada a que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Es también novedoso el redactado de los criterios a tener en cuenta, de forma que desaparece la referencia a la "peligrosidad criminal" y la "existencia de otros procedimientos penales". Dichos criterios se sustituyen por los siguientes: las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su

conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Se trata de un juicio sobre la prevención especial de la suspensión en el caso concreto.

En el artículo 80.2 del Código Penal se exigen como condiciones de la suspensión:

"2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127".

En su apartado final se introduce otra novedad cual es que " El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento." Respecto de las "garantías" no se especifican cuáles puedan ser por lo que habrán de adoptarse en cada caso concreto y, a su vez, podrán relacionarse, por su fundamento, con las prohibiciones y deberes previstos en el artículo 83 del Código Penal o con las prestaciones o medidas previstas en el artículo 84 del Código Penal.

Los plazos de suspensión serán de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves.

Descendiendo al caso concreto, los dos procesados, cumplen los requisitos establecidos en el artículo 80 del Código Penal por lo que debe proce-

derse a la concesión del beneficio en tanto que las circunstancias personales, sociales y familiares de ambos procesados y el esfuerzo reparador acreditado, hace razonable pensar que la ejecución de la pena no es necesaria para la evitación de la comisión de nuevos delitos.

Si bien, atendiendo a la gravedad de los hechos y el impacto social que los mismos produjeron, se hace necesario conforme a lo establecido en el artículo 83.6º del Código Penal condicionar la suspensión al cumplimiento de un programa de educación sexual para evitar el peligro de la comisión de nuevos delitos. Consideramos adecuado el período de cuatro años de suspensión.

VISTAS las disposiciones legales citadas, y demás de general aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLO

CONDENAMOS por su propia conformidad:

A H. y J. como autores criminalmente responsables de un delito de abuso sexual, previamente definido, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño y de dilaciones indebidas, a las siguientes penas, a cada uno de ellos:

DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a Dª O., a su domicilio, lugar de trabajo u otro que frecuentare a menos de 100 metros, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 3 años.

Por vía de responsabilidad civil, los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a la perjudicada por el daño moral ocasionado en la cantidad de 15.000 euros, intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cantidad que ya ha sido puesta a disposición de la perjudicada por los acusados.

Acordamos otorgar a ambos procesados, H. y J., el beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta en la presente causa, dos años de prisión, por un plazo de cuatro (4) años, sometida a lo siguiente:

1) que durante el plazo de suspensión, 4 años, no sean condenados por un delito cometido durante el período de suspensión;

2) que realicen un curso formativo de educación sexual;

SE LES APERCIBE EXPRESAMENTE que SE REVOCARÁ la suspensión y se ordenará la ejecución de la pena:

- Si son condenados por un delito cometido durante el período de suspensión (4 años) y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

- Si no realizan y acreditan el curso formativo de educación sexual.

Para el caso de que se produjera la revocación del beneficio y tuvieran que cumplirse la pena privativa de libertad impuesta, será de abono a ambos procesados todo el tiempo que estuvieron privados de libertad por esta causa.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

96. AUTO 30/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN 8ª DE 13 DE ENERO

Procede condicionar la suspensión a la realización de un programa de formación sexual atendida la naturaleza del delito cometido.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 12 de Barcelona se dictó auto de fecha 19 de Septiembre de 2016 en que se acordó conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al penado D. J. de 14 meses de prisión, por concurrir los requisitos exigidos por la ley para tal efecto, contra cuya resolución la procuradora en nombre y representación de dicho penado interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, siendo desestimado el recurso de reforma por auto de 5 de octubre de 2016, que admitió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal ha presentado informe oponiéndose al recurso e interesando la confirmación de la resolución recurrida.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de apelación debe ser desestimado.

El recurrente centra su recurso contra el auto de 19-9-2016 de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de 14 meses de prisión mostrando su desacuerdo en que el periodo de la suspensión se haya fijado en cuatro años, así como que se condicione la suspensión al pago de 1.200 euros en concepto de indemnización por haberse depositado fianza suficiente por la Compañía del T.C.T, S.L., solicitando subsidiariamente el pago fraccionado mensual de 100 euros durante doce meses, y a la condición de seguir un programa formativo en educación sexual, afirmando la falta de motivación de dichos extremos.

El posterior auto de fecha 5 de octubre de 2016, se extiende más en dicho supuesto déficit motivador, explicando que en el auto recurrido se efectuó una sucinta valoración final en la que se concluye que los requisitos establecidos en el artículo 80 del Código Penal se reúnen en el presente caso resolviendo en sentido favorable al reo y no causándole efectiva indefensión, manteniendo el auto de 19.9.2016 en todos sus extremos.

El artículo 80.2 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos dispone que: " El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y se fijará por los Jueces y Tribunales previa audiencia de las partes atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena".

Es pues el Juez quien debe efectuar dicha valoración de forma discrecional pero atendiendo dichos criterios. Y así resulta que la pena impuesta es de 14 meses de prisión (1 año y dos meses) cercano al máximo legal de dos años, por lo que la fijación de un plazo de 4 años no es desproporcionado, máxime si además se tienen en cuenta las características del hecho, que es un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal respecto de una menor de 14 años de edad. Por ello debe confirmarse dicho extremo así como la sujeción a la condición de realizar un programa de formación sexual por dicho periodo atendida la naturaleza del delito cometido, para

conseguir una completa reinserción social del penado, todo ello amparado en el artículo 83 del Código Penal referido. Así pues, debe confirmarse también dicha condición.

Respecto de condicionar la suspensión al pago de la responsabilidad civil de 1200 euros a la víctima, debe decirse que ello fue una petición expresa del Fiscal, y que no deja de ser una consecuencia del propio fallo de la sentencia que condenó al penado a indemnizar en dicha cantidad juntamente con la Compañía del T.C.T. Pero debe entenderse que la responsabilidad civil de dicha compañía lo es en defecto de la del penado (artículo 120.4 Código Penal), por lo que sólo operará en caso de insolvencia del penado, y por ello se ha condicionado la suspensión de la ejecución de la pena al pago por el penado de dicha cantidad.

Es cierto que dicha compañía ha constituido una fianza suficiente, lo que significa que una vez, determinada la insolvencia del penado y entregado el dinero de la indemnización fijada a la víctima, el penado se verá libre de pagar dicha indemnización, sin perjuicio del derecho de repetición de dicha compañía contra el penado.

Y la única condición es que el penado pague en el plazo de los cuatro años, pudiendo hacerlo del modo que estime más oportuno, pudiéndosele autorizar el pago fragmentado de 100 euros mensuales durante 12 meses.

SEGUNDO.- Se declaran las costas de la segunda instancia de oficio.

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

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por la representación procesal de D. J. contra el auto de fecha de 19.9.2016, dictado por el Juzgado de lo penal nº 12 de Barcelona, y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución en su integridad, y declaramos de oficio las costas procesales de los referidos recursos.

97. SENTENCIA 249/2017 DEL JUZGADO DE LO PENAL DE PAMPLONA DE 6 DE OCTUBRE

Se condiciona la suspensión a la realización de un programa terapéutico de formación sexual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones fueron remitidas a este Juzgado de lo Penal para su enjuiciamiento y fallo, habiéndose celebrado la vista oral en el día de hoy con el resultado que obra en el acta del juicio.

SEGUNDO.- En sus conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal modificó las expuestas provisionalmente en el sentido que obra en el acta del juicio.

TERCERO.- Antes de iniciarse la práctica de la prueba, el acusado y su defensa expresaron su conformidad con la calificación y con las penas contenidas en el escrito de acusación.

CUARTO.- Se anticipó verbalmente el fallo de la Sentencia, declarándose firme en el mismo acto tras manifestar las partes su voluntad de no recurrirla.

HECHOS PROBADOS

Por conformidad de las partes se declara probado que sobre las 14,30 horas del 7 de Abril de 2017, el acusado C.M., mayor de edad y sin antecedentes penales, nacional de Marruecos y con estancia irregular en nuestro país, subió en la Plaza Merindades de esta ciudad, al autobús urbano Línea 3, en el que al ver a D. de 17 años que iba solo en un asiento, le pidió compartir el sitio ya que iba sentado en los de anchura especial.

Una vez sentado junto al menor el acusado con ánimo libidinoso acercó su mano por encima del pantalón a los genitales de D., por lo que éste la retiró, si bien al momento de nuevo con la misma finalidad libidinosa puso el codo sobre los genitales del menor, sujetándolo a la vez que veía y le exhibía en un móvil fotografías de menores desnudos, logrando finalmente D. poder abandonar el autobús.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación, dictando el Juez o Tribunal sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes si la pena no excediere de seis años.

SEGUNDO.- Es así como los hechos declarados probados por conformidad de las partes constituyen un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal no siendo necesario exponer los fundamentos legales y procesales referentes a dicha calificación, a la participación, a la imposición de las costas y, en su caso, a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, sin que por otra parte concurra en el presente supuesto ninguna de las circunstancias que, conforme al párrafo segundo del mencionado artículo 787, pudieran determinar la procedencia de otro contenido en esta resolución.

VISTOS los artículos citados y demás de aplicación del Código Penal y de la legislación orgánica y procesal,

FALLO

Que debo condenar y condeno a C.M. como autor responsable de un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal con la atenuante de reparación de daño del artículo 21.5 del citado código, a la pena de 1 año de prisión, a la prohibición de acercarse a menos de 400 metros de la víctima D., su domicilio, lugar de trabajo o lugares que éste frecuente, ni comunicarse por cualquier medio comenzando a contar dicha medida desde el 16 de mayo de 2017 (folio 46) por el plazo de 2 años y 1 día, así como a indemnizar a D. en la suma de 600 euros que será entregada de la cantidad consignada.

Se acuerda la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, otorgándola por plazo de 2 años al penado C.M., con la condición de que no delinca en 2 años y respete la medida de alejamiento y prohibición de comunicación acordada y se someta a un programa terapéutico de formación sexual, apercibiéndole que la suspensión acordada quedará sin efecto si incumpliere cualquiera de las condiciones, revocándose ésta y procediendo a la ejecución de la pena.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono en su caso la totalidad del tiempo que el acusado haya sufrido cautelarmente privado de libertad.

SUSPENSIÓN DE CONDENA: OTRO TIPO DE SUSPENSIONES

98. SENTENCIA 287/2015 DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO 9 DE BARCELONA DE 10 DE JUNIO

Suspensión condicionada a la realización de un programa de prevención de la violencia y un curso de derechos humanos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos de Procedimiento Abreviado dimanar de las Diligencias Urgentes, del juzgado instrucción 3 Barcelona, incoadas en virtud de atestado de los Mossos d'Esquadra.

SEGUNDO.- Instruido el procedimiento y conferido el traslado de las Diligencias Previas al Ministerio Fiscal, éste formuló escrito de acusación contra R., como autor de un delito de robo con violencia del artículo 237, 242.1 del Código Penal y de una falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de discriminación por razón de sexo del artículo 22.4º del Código Penal, solicitando para el delito de robo con violencia la pena de cuatro años de prisión y para la falta de lesiones la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, responsabilidad personal subsidiaria conforme al artículo 53.1 del Código Penal.

Costas de conformidad con el artículo 123 del Código Penal. Responsabilidad Civil: El acusado indemnizará a M. en 90 euros por las lesiones y en 300 euros por la cadena sustraída.

Abierto el Juicio Oral el Letrado del acusado formuló escrito de defensa en el que solicitó la libre absolución para su defendido.

TERCERO.- En el acto del Juicio oral el Ministerio Fiscal modificó la conclusión 1ª en el sentido de que se debe añadir: Tiene permiso de residencia en España.

Los hechos ocurrieron en Gran Vía.

En el momento de los hechos el acusado tenía sus facultades volitivas e intelectivas alteradas por razón de su alcoholismo crónico que le ha conducido a un trastorno conductual y a una situación de incapacidad laboral y de marginación.

La conclusión 4ª en el sentido de que concurre la atenuante analógica de embriaguez del artículo 21.7º en relación con los artículos 21.2º y 20.2º del Código Penal.

Y la conclusión 5ª en el sentido de solicitar por el delito de robo con violencia la pena de 2 años de prisión, manteniendo el resto de las conclusiones que eleva a definitivas.

El acusado y su Letrado mostraron su conformidad con la modificación de la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Probado y así se declara por la conformidad prestada en el acto del juicio oral por el acusado R. mayor de edad, sin antecedentes penales y con permiso de residencia en España quien el día 30 de octubre de 2014 sobre las 00:55 h se encontraba en las inmediaciones de la parada de autobús sita en la Gran Vía de les Corts Catalanes de Barcelona y al percatarse de que M. y su amiga C. eran de nacionalidad marroquí al hablarse entre ellas en dicho idioma, con clara intención de amedrentarlas, atentar contra su dignidad como mujeres y además beneficiarse económicamente de forma ilícita les espetó “QUE HACÉIS A ESTAS HORAS EN LA CALLE Y QUE HACÉIS FUMANDO UN CIGARRO SIENDO

MARROQUÍES, QUE VERGÜENZA DAIS, QUE SOIS UNAS PUTAS" arrancando del cuello de M. el collar de oro que portaba y subiéndose en el autobús.

Como consecuencia de estos hechos M. sufrió arañazos en tronco, que consiste en una lesión superficial que tardó 3 días en curar y requirió únicamente una primera asistencia facultativa.

La cadena de oro ha sido peritada en 300 euros.

En el momento de los hechos el acusado tenía sus facultades volitivas e intelectivas alteradas por razón de su alcoholismo crónico que le ha conducido a un trastorno conductual y a una situación de incapacidad laboral y de marginación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dada la conformidad prestada por el acusado en el acto del juicio oral, estimando innecesario el Letrado de la defensa y el Ministerio Fiscal la continuación del acto, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 802.2 en relación con el párrafo segundo del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe dictarse sin más trámite la sentencia procedente, según la calificación mutuamente aceptada por las partes, toda vez que los hechos calificados son constitutivos de delito y la pena solicitada la correspondiente según dicha calificación.

SEGUNDO.- En consecuencia resulta innecesario exponer los fundamentos doctrinales y legales referentes a la calificación de los hechos estimados como probados, participación que en los mismos ha tenido el acusado y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como en cuanto a lo civil e imposición de costas.

VISTOS: Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que debo condenar y condeno a R., como responsable criminal en concepto de autor de un delito de robo con violencia y una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia agravante de discriminación por

razón de sexo y de la atenuante analógica de embriaguez del artículo 21.7º en relación con los artículos 21.2º y 20.2º del Código Penal, por el delito de robo con violencia a la pena de 2 años de prisión y por la falta de lesiones 2 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y al pago de las costas procesales.

Se le suspende la ejecución de la pena de prisión por concesión de la condena condicional, condicionada a que no delinca en el plazo de 2 años.

Asimismo, se condiciona al pago la Responsabilidad Civil, y a participar activamente en un programa de prevención y tratamiento de la violencia. La falta de asistencia no justificada y la no implicación efectiva en el curso comportará la revocación de los beneficios de suspensión de la pena.

También se condiciona a participar activamente en un curso de derechos humanos que tenga por objeto el pleno respeto a la igualdad y la no discriminación de las personas, particularmente en este caso por motivos de género. La falta de asistencia no justificada y la no implicación efectiva en el curso comportará la revocación de los beneficios de suspensión de la pena.

Si es condenado por un nuevo delito cometido en este periodo cumplirá la pena correspondiente al nuevo delito y la de la presente causa, puesto que le será revocada la condena condicional.

La multa impuesta se pagará en un plazo máximo de 4 meses mediante pagos parciales mensuales de 90 euros, efectuando cada uno de ellos dentro de los cinco primeros días del mes natural. Transcurrido el plazo máximo fijado se procederá directamente por la vía de apremio contra los bienes del penado, y en su defecto se dará cumplimiento a la responsabilidad personal y subsidiaria impuesta en caso de impago.

En materia de Responsabilidad Civil expresamente condeno al penado Don. R. a indemnizar a M. en la cantidad de 390 euros, que deberá abonar el día 26 de cada mes empezando en el mes de julio en cuatro plazos, tres plazos de 100 euros y un último plazo de 90 euros, cantidad que devengará los intereses legalmente establecidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

99. SENTENCIA DEL JUZGADO PENAL NÚMERO 8 DE MALLORCA DE FECHA 21/9/2015

Se deniega todo beneficio suspensivo o sustitutivo (caso de maltrato animal).

HECHOS

ÚNICO.- En el presente procedimiento, iniciada la ejecución de la sentencia, se dictó Auto de 5 de junio de 2015, acordando oír al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas sobre los beneficios suspensivos o sustitutivos de la pena de prisión impuesta al penado E.S.M.

La defensa interesa el 17 de junio de 2015 la sustitución de la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad y subsidiariamente el beneficio suspensivo.

El Ministerio Fiscal informa el 28 de junio de 2015 desfavorablemente la suspensión y no se opone a la sustitución por trabajos comunitarios o multa.

El Institut L'Esport Hipic de Mallorca se opone el 25 de junio de 2015 al beneficio suspensivo y asume en cuanto a la sustitución de la pena de prisión por trabajos comunitarios interesada por la defensa, el acuerdo que este Juzgado adopte.

ABADA, por escrito de 26 de junio de 2015 se opone a todo beneficio suspensivo o sustitutivo de la pena de prisión.

El Ayuntamiento de Manacor, ninguna alegación formula en el plazo conferido.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En materia de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, son los artículos 80 y siguientes del Código Penal los que regulan la figura de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18-02-2000 recuerda que “la mera concurrencia de los requisitos legales mínimos no es más que un presupuesto necesario para la concesión de la suspensión, pero no sufi-

ciente, pues esta constituye una facultad motivadamente discrecional del Tribunal”, lo que reitera la de 19-10-2000 al disponer que la concesión del beneficio es una facultad discrecional del tribunal, que faculta pero no obliga.

En el caso presente, entra también en juego la discrecionalidad del juzgador para decidir si procede o no dejar en suspenso o sustituir la pena privativa de libertad, decisión que ha de ser motivada a los efectos de poner de manifiesto que no es arbitraria o caprichosa. Tanto la doctrina constitucional, sobre el artículo 25.2 de la Constitución, como las interpretaciones doctrinales del artículo 80 del Código Penal se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva.

Las finalidades de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, pueden sintetizarse en dos: 1. Concentrar las decisiones de la ejecución de las penas cortas de prisión hasta dos años en una única resolución a fin de agilizar el procedimiento, preferentemente en la propia Sentencia (artículo 82.1) y caso de no ser ello posible en fase de ejecución de la misma. En efecto, esta es una de las medidas más positivas al acercarse a un sistema de ejecución concentrada y se caracteriza por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas. Por una parte se mantiene la suspensión ordinaria del artículo 80 del Código Penal, la suspensión por razón de drogadicción del artículo 87 y la suspensión extraordinaria por enfermedad del artículo 80.4. Y por otra parte se configura la sustitución de la pena privativa de libertad del artículo 88 del Código Penal –por multa o Trabajo en Beneficio de la Comunidad– como un supuesto de suspensión de su ejecución. De la misma forma la libertad condicional del artículo 90 y siguientes se regula como una modalidad de suspensión del resto de la pena de prisión que quede por cumplir.

Con la reforma se pretende poner fin a la situación, a la fecha de los escritos de las partes, en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delinquentes adictos al consumo de drogas, y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos de reforma y apelación. La Exposición de Motivos explica esta modificación diciendo que “De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola

vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas”.

Una de los importantes déficits que presenta la ejecución penal en España es la ausencia de un procedimiento que regule los mecanismos de petición de las partes, contradicción y audiencia, a fin de resolver en una única resolución judicial si la pena debe ser ejecutada mediante ingreso en centro penitenciario o en cualquiera de las modalidades previstas en el texto del Código Penal vigente a la fecha de los escritos –suspensión o sustitución–. La finalidad del nuevo sistema es terminar con esta situación y agilizar el procedimiento. A partir de la entrada en vigor de la reforma, el Juzgador deberá, en la ejecución de penas cortas de prisión, decidir en una sola vez, si procede al ingreso en prisión o a la suspensión de la pena y dentro de ella deberá optar por las distintas modalidades: a) la que conocemos como ordinaria del artículo 80.1 del Código Penal para penas no superiores a dos años de prisión; b) la del artículo 87 del actual Código Penal que en la reforma pasa a ser el artículo 80.5 en casos de drogadicción para penas hasta cinco años de prisión; c) o por la modalidad de suspensión sustitutiva –multa o trabajos en beneficio de la comunidad– y que en la reforma pasa a ser el artículo 84 para penas hasta dos años de prisión.

Continúa siendo potestativa la decisión de otorgar la suspensión por parte del Juzgador, supeditada a que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria. Es también novedoso el redactado de los criterios a tener en cuenta, de forma que desaparece la referencia a la “peligrosidad criminal” y la “existencia de otros procedimientos penales” que tantas críticas había suscitado por la afectación al derecho a la presunción de inocencia. Dichos criterios se sustituyen por los siguientes: las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Los criterios son mucho más adecuados y actualizados a un derecho penal moderno, aunque las limitaciones del Juzgador en este ámbito seguirán residiendo en la inexistencia de informes técnico-sociales o de pronóstico criminal en el futuro. Al no existir en nuestra ley procesal un auténtico incidente de ejecución de las penas, la mayor dificultad en la que nos encontramos es la falta de información y de acreditación de las circunstancias personales del acusado cuando se ha de dictar la sentencia

—momento procesal en el que la reforma invita a resolver la posible suspensión de la pena— o posteriormente, en auto motivado.

Lo anterior es importante porque, en más de una ocasión, un delito de maltrato de animales como el que nos ocupa, que ha sensibilizado de manera indiscutible a la opinión pública, puede dar lugar a una serie de episodios, el último de los cuales se desarrolla en el juicio. En efecto, si el culpable consigue ser condenado a una pena de escasa gravedad y es —como es frecuente en el delito de maltrato de animales— delincuente primario, la suspensión del cumplimiento efectivo de aquella pena puede convertir el delito —si fue capaz de dar muerte al animal— en un rentable negocio; que, recibiendo tan antipedagógico mensaje, estará dispuesto a repetir si se le presenta de nuevo la ocasión, poniendo de relieve, de este modo, su peligrosidad en el sentido tenido en cuenta por el artículo 80 del vigente Código Penal, al referirse a los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución.

SEGUNDO.- El delito de maltrato injustificado de animales del artículo 337 del Código Penal reconoce por la ley que los animales tienen entidad física y psíquica, que sienten dolor y acusan la violencia como cualquier ser vivo. En el caso que nos ocupa no existe la más mínima duda que concurren todos y cada uno de los elementos que integran este tipo penal y así condenó el Juzgado de lo Penal cuya sentencia ahora se ejecuta, en tanto que el acusado empleó una inusitada violencia sobre el animal, causándole la muerte, golpeándole brutalmente y haciendo sufrir al caballo de su propiedad. Las alegaciones del escrito de ABADA, que nada sugiere que puedan descalificarse como irrazonables, merecen favorable acogida, pues se ajustan a un extendido estado de opinión pública, lo que constituye un acto de denuncia que cae dentro de los límites del ejercicio de la libertad de expresión, que patrocina la reducción o eliminación de actividades y conductas que representen ese maltrato, causen sufrimientos injustificables a cualesquiera animales, o empleen procedimientos crueles y que han originado el dictado de normas reguladoras en nuestro país con entidad suficiente para poner en marcha el mecanismo punitivo del Estado y el endurecimiento reciente de la jurisprudencia (por ejemplo, en casos, como la muerte por ahorcamiento de galgos cuando el dueño no los aprecia ya para ser útiles para la caza).

Esta Juzgadora no comparte en absoluto lo alegado por la defensa acerca del arrebato padecido por el penado ante los importantes intereses en juego en la carrera, ni que el reo apreciaba y quería a su caballo, ni que

sus antecedentes penales son cancelables y por tanto no susceptibles de valoración. Ha de partirse de que el Fallo ejecutado niega expresamente la concurrencia de toda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y por tanto no existió arrebató alguno. Menos aún consta en los Hechos Probados amor alguno al animal, es más, quedó probado en la causa que la muerte se produjo por ser golpeado repetidamente con un palo de madera, en la zona de la cabeza hasta ocasionarla. Pues bien la muerte a palos, en humanos y en animales, es una de las más angustiosas lo cual es de público conocimiento y además puede ser no inmediata sino producir una agonía que puede durar varios minutos como mínimo, por lo que es evidente que menospreció la vida del caballo, solo porque se enfadó por la mala carrera de Sorky, dice la sentencia. Por todo ello la muerte a palos de este caballo sano, solo puede explicarse desde un menosprecio de su vida (que podía haber durado más años) y matarle con tal método que le causó una lenta y angustiosa agonía fue maltratarlo injustificadamente e innecesariamente, porque caben métodos más dulces y rápidos para ello y otras opciones alternativas a su dedicación a la competición, empleando así, un método brutal como pocos existen, un sufrimiento mayor que el de muchos otros métodos de matar y con ello del que por sí solo causa cualquier muerte. La muerte atroz de este caballo de carreras en su propia cuadra del Hipódromo, es una aberración en el siglo XXI, y la indignación ciudadana mallorquina está justificada y es legítima y por tanto la ejecución de la respuesta punitiva del Estado debe ponderar con especial interés en este caso, no solo la reinserción social del delincuente, sino los otros fines de la pena. Entre los principios que inspiran la ejecución penal con las debidas garantías de seguridad jurídica debemos citar la efectividad. Significa que lo que se ejecuta ha de respetar lo fallado y ser enérgico si es preciso frente a la oposición del condenado y de terceros. En la práctica el automatismo con el que se conceden los beneficios quiebra en muchas ocasiones este principio. Ahora bien, sin este principio rector, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 949/2009, de 28 de septiembre “no solo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención

general positiva), además de quebrar el fin de prevención especial de la pena (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social)”.

Actualmente, el que el maltrato animal que causa muerte o lesiones es un acto punible, es de comprensión y constancia generalizada, y más aún en las condiciones que reunía el propietario de un caballo de carreras que competía en el Hipódromo, por lo que por su experiencia y dedicación a este ámbito y por su cualificado conocimiento del mismo no podía desconocer la legislación que incide en la materia, que el maltrato es infracción penal desde hace años tipificado en el Código Penal con pena de prisión. Así, pues, en sus condiciones personales y en lo que resulta del conocimiento de la generalidad de las personas, se ha demostrado en el condenado, plena indiferencia a lo que es delito y no recientemente sino desde hace años.

Tampoco es la primera vez que el reo es condenado ante la jurisdicción penal, pues si bien su antecedente fue cancelado el 20 de junio de 2012, delinque nuevamente en diciembre de ese mismo año, evidenciando que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que le fue impuesta entonces, se ha revelado absolutamente inútil para apartarlo del delito. Aun cuando este antecedente es cancelable, puede tenerse en cuenta para valorar su peligrosidad criminal que como juicio de futuro es un concepto criminológico que también puede nutrirse de los hechos declarados probados en sentencias aunque hayan dado lugar a antecedentes penales ya cancelados, salvo los supuestos de sentencias dictadas contra menores. Imponerle ahora idéntica pena en sustitución de la pena de prisión sería garantizar de manera absurda, ilógica y contraproducente, un beneficio que le evite la pena de prisión impuesta en firme y con su expresa conformidad. A mayor abundamiento, además de las causas que se han dejado dichas, a la fecha de esta resolución, el registro informático del Juzgado, revela que contra el penado se sigue en la actualidad Procedimiento Abreviado, sin que conste sentencia en firme.

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

PARTE DISPOSITIVA

Dispongo.- Denegar todo beneficio suspensivo vía artículos 80 y 84 del Código Penal tras la reforma Ley Orgánica 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo y todo beneficio suspensivo o sustitutivo vía artículos 80 y 88 del

Código Penal anteriores a la reforma, por lo que, deberá el penado E.S.M. cumplir la pena de 8 meses de prisión e ingresar en Centro Penitenciario.

AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ISLAS BALEARES SECCIÓN 1ª 834/2015 DE 4 DE DICIEMBRE

Se estima recurso. Las razones de prevención general y especial no son acordes con el espíritu de la Ley Orgánica 1/2015.

HECHOS

PRIMERO.- Por la representación del penado J.I. se ha interpuesto recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de fecha 21-09-2015 por el que se deniega a su patrocinado la suspensión de la pena de 8 MESES de prisión que le fue impuesta en la sentencia objeto de la presente ejecutoria; denegación también referida a la posibilidad de su sustitución trabajos en beneficio de la comunidad que inicialmente había interesado la representación recurrente.

SEGUNDO.- Desestimada la reforma mediante auto de fecha 27-10-2015, se tuvo por interpuesto por la Juez ad quo el recurso de apelación anunciado, que se tramitó conforme a derecho; dándose traslado al Ministerio Fiscal, a las acusaciones personadas y a la representación del perjudicado, que se han opuesto a su estimación. Verificado lo anterior han sido remitidas las actuaciones a esta Sección Primera de la Audiencia Provincial que las ha recibido en fecha 1-12-2015, siendo designada ponente, quien tras la oportuna deliberación expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- A través del recurso que ahora examinamos, la representación procesal de J.I. interesa se revise por la Sala la decisión judicial, plasmada en el auto recurrido, por la que se le deniegan los aludidos beneficios de suspensión y sustitución de la pena de prisión objeto, junto a otras penas accesorias, de la presente ejecutoria.

Como motivos del recurso, alega el penado lo siguiente:

- Falta de motivación del auto que resuelve la reforma, pues se limita a incluir una genérica fórmula de desestimación sin remisión a los argumentos del auto anterior, ni contener valoración alguna sobre hechos nuevos alegados y acreditados en el trámite de recurso de reforma.

- En relación al fondo de la decisión recurrida, sostiene que no se han ponderado todas las circunstancias que concurren en su defendido, cuestionando los argumentos por los que se deniega la posibilidad de todo beneficio que, a su juicio, plasman una convicción excesivamente subjetiva en tanto priman "cuestiones que están más cercanas al fuero interno de las personas en cuanto a creencias y sensibilidades que la necesidad motivada de valorar ante una pena corta de prisión como la exigida por la idoneidad y necesidad de que el Sr. J.I. ingrese en prisión o bien que la referida pena sea suspendida o sustituida", al tiempo que se prescinde de otras circunstancias del autor y del hecho de las que se infiere a su juicio la inutilidad del cumplimiento específico de la pena. Y en cambio se valoran hechos erróneos para inferir su peligrosidad como que tiene una causa penal abierta, lo que no es cierto y se debe a un error del juzgado; o la existencia de una condena anterior, que no sería computable por tratarse de un antecedente penal cancelable.

El Ministerio Fiscal, que inicialmente informó a favor de la sustitución de la pena de prisión por la de Trabajos en Beneficio de la Comunidad; así como la representación de las acusaciones personadas se han opuesto a la concesión de cualquier beneficio por las razones que son de ver en sus respectivos escritos que obran en la ejecutoria.

SEGUNDO.- Hemos de recordar, previamente a resolver el supuesto de autos, que los beneficios denegados no son de concesión automática, ex lege, sino que se trata de supuestos de discrecionalidad reglada, de forma que nuestro ordenamiento procesal penal atribuye al Juzgado de lo Penal especializado en materia de ejecución la competencia para adoptar tales decisiones en aplicación de los preceptos sustantivos del Código Penal, resolviendo acerca de la oportunidad de otorgar al penado alguno de dichos beneficios, previa constatación de que el mismo reúne los requisitos legales; y si bien corresponde al Tribunal de apelación el recurso contra tal decisión, las facultades de la Sala se limitan a revisar si la misma se

presenta manifiesta y patentemente errónea, absurda o equivocada, resulta contraria a las reglas de la lógica y de la experiencia, o aparece inmotivada.

Sólo cuando se dé una esas situaciones cabrá modificar el criterio del Juzgador de instancia y en el resto de los casos habrá de ser respetado, puesto que como decíamos anteriormente nuestro ordenamiento jurídico ha querido que sea un órgano judicial el que decida estas cuestiones, con libertad de criterio dentro del margen legal y este es, precisamente, el Juez de lo Penal.

El esquema descrito se mantiene en la nueva regulación legal, en la que el beneficio suspensivo se sigue sujetando al cumplimiento de una serie de presupuestos insoslayables y, una vez acreditados éstos, al razonado arbitrio judicial.

TERCERO.- En el caso presente, pese a que la ejecutoria se incoa en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, en virtud de las disposiciones transitorias contenidas en dicha norma, cabe aplicar las nuevas normas de ejecución al tratarse de una pena aún no completamente ejecutada al amparo de la anterior normativa. A tal regulación se atiene la decisión recurrida, sin que ello sea objeto de discusión por la parte recurrente.

Según la nueva regulación legal, las condiciones básicas para acceder a la suspensión se recogen en el artículo 80 del Código Penal cuyo tenor literal es el siguiente:

"1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos

imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. 2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento".

En el supuesto de autos, el auto recurrido, aplicando el precepto transcrito, deniega la suspensión de la pena atendiendo esencialmente a las circunstancias del delito (maltrato animal que causó la muerte del equino) del que se derivan razones de prevención general positiva (efectividad de la norma penal exigida por la sensibilidad de la opinión pública hacia el maltrato animal); y de prevención especial, afirmando la necesidad de cumplimiento de la pena para evitar la reiteración, razonándose en el auto que ante una pena corta de prisión de no procederse al cumplimiento específico el condenado "estará dispuesto a repetir si se le presenta de nuevo la ocasión poniendo de relieve de este modo su peligrosidad en el sentido tenido en cuenta por el vigente código penal al referirse a los efectos que se puedan esperar de la suspensión de la ejecución".

Expuesto cuanto antecede y pese a que se comparten plenamente los calificativos con que el auto se refiere a los hechos por los que fue condenado el recurrente, al igual que son comprensibles las valoraciones sobre el rechazo social que genera dicha conducta, en nuestro ordenamiento jurídico la decisión sobre la forma de cumplimiento de una pena corta de prisión no puede venir guiada exclusivamente por razones de prevención general positiva; pues de entenderlo así el derecho penal se convertiría en un mecanismo sancionador meramente ejemplarizante, y nuestra Constitución, en el artículo 25.2, prevé otras finalidades específicas de las penas privativas

de libertad al proclamar sus fines resocializadores y de rehabilitación de la persona del condenado.

La necesidad de atender también a estas otras finalidades propias de la prevención especial, que ha estado siempre presente, de un modo u otro, en las sucesivas regulaciones legales (por ejemplo, en la Ley de Condena Condicional se apelaba a la necesidad de tener en cuenta la edad, antecedentes, naturaleza jurídica de la infracción y demás circunstancias concurrentes; parámetros que se seguían usando en la práctica jurisprudencial del texto originario del Código Penal de 1995) se ha visto notoriamente intensificada en la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

Así, en los nuevos artículos 80 y siguientes se reformula de forma muy significativa el tratamiento de las formas alternativas de cumplimiento, de modo que, si bien el esquema de su aplicación es el mismo (sobre unos presupuestos legales, decisión discrecional reglada del órgano de ejecución), se refuerza como eje de tal juicio de discrecionalidad la necesidad preventivo-especial del cumplimiento. Y ello es así pues en el régimen que instaura el nuevo artículo 80 se supedita la concesión de la suspensión a la razonable expectativa de que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Es decir, se conecta directamente la necesidad del cumplimiento específico de estas penas cortas de prisión, con el riesgo de reincidencia. Y para efectuar dicho pronóstico, que sustituye a la antigua mención a la "peligrosidad criminal", establece la ley la obligación del órgano judicial de valorar varios factores que recoge: "las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".

Expresión de dichos nuevos criterios la constituyen las otras modalidades de suspensión básica o general que prevé el nuevo texto, beneficios reforzados por la imperativa observancia de reglas de conducta (artículo 83) y/o condicionado a la realización de determinadas prestaciones o medidas (artículo 84). Se trata de mecanismos alternativos aplicables a las penas cortas de prisión que permiten conjugar todos los valores y principios asignados a la intervención penal (preventivo general, confianza en la norma y prevención especial) en el convencimiento de que el ingreso en prisión por

tan corto espacio de tiempo difícilmente se proporcionará un programa de intervención adecuado, más allá de servir a los intereses de la prevención general positiva, cuestión que también ha de valorarse en la elección de la figura punitiva en cada caso.

Descendiendo al supuesto estudiado, el tribunal considera que tiene razón la defensa al sostener que la decisión recurrida no cumple tales criterios legales o los cumple sólo de forma parcial, ya que se apoya esencialmente en finalidades generales de la pena cuando hemos visto que la nueva regulación se dirige hacia criterios de prevención especial; además, en cuanto al pronóstico de futuro, se atiende tan sólo a uno de los parámetros expresamente previstos en el artículo 80, las circunstancias del delito, no compartiéndose el juicio sobre la preventivo-especial de la suspensión al deducir el peligro de reiteración, partiendo del sólo dato del no cumplimiento de la pena (estimando que de no procederse a dicho cumplimiento específico el condenado estará dispuesto a repetir); sin incluir en dicho pronóstico la ponderación de otros criterios legalmente previstos pese a que la defensa los alega y acredita; al tiempo que se valoran negativamente, en pro del cumplimiento específico, circunstancias improcedentes o no acreditadas, todo lo cual justifica la revisión que se nos solicita en esta alzada.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, y por lo que respecta a otros procedimientos penales, es claro que ni cabe valorar la anterior condena del penado como autor de un delito contra la seguridad del tráfico (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10-1-2011), pues se trata de un antecedente penal cancelable que quedó extinguido en el año 2012 (vid. folio 31), por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 136.5 del Código Penal., no podrá ser tenido en cuenta a ningún efecto. E, igualmente respecto de la existencia de un nuevo procedimiento penal en curso, que en el auto recurrido se considera elemento de corroboración del juicio pronóstico negativo; y ello es erróneo pues se ve en las actuaciones que el Procedimiento Abreviado que se cita en el auto es, precisamente, el que origina la presente ejecutoria. Por tanto, contrariamente a lo apreciado en la resolución recurrida no existen otros procedimientos penales a valorar, ni como "antecedentes" ni como "conducta posterior al hecho".

Y, en cambio, sí es relevante en cuanto a este último parámetro, que el penado no comete ningún otro delito con posterioridad a los hechos por los que es condenado, dato que nos proporciona una información esencial de la que no se puede prescindir en un juicio de comportamiento futuro, pues

si en este periodo de 3 años, transcurrido entre la comisión del hecho y su enjuiciamiento, se ha conducido con arreglo a la norma, decae (o, cuando menos se aminora notablemente) la base objetiva para inferir la probable comisión de más delitos.

Tampoco se ponderan en la decisión ahora recurrida, circunstancias personales y familiares del penado, expresamente alegadas y acreditadas por éste en el trámite del recurso de reforma, sin que en el segundo de los autos se haga mención alguna a las mismas. En este sentido, se comparte el déficit motivacional alegado por la parte recurrente; pues en relación a la situación familiar de convivencia del penado con su madre enferma de demencia senil, a quien se encarga de cuidar, que consta acreditada a través de informes médicos y certificado de convivencia, nada se dice en el auto recurrido, que se limita a afirmar que las alegaciones del recurso no ponen de manifiesto la necesidad de revocar la resolución impugnada. No se llega, desde luego, al extremo de la nulidad (efecto jurídico que tampoco se solicita por la parte recurrente) en tanto que cabe entender de su tenor la remisión a los fundamentos de la anterior decisión; no obstante, sí pone de manifiesto que no se ha ponderado, tal y como prevé el artículo 80 del Código Penal la situación personal y familiar alegada.

Por lo demás, sin minusvalorar en modo alguno la gravedad del delito, tampoco puede soslayarse que la antijuricidad del hecho ya la ha valorado el legislador al establecer un catálogo de delitos y penas; fijando la pena mínima y máxima a castigar en cada uno de ellos, y en el caso concreto, la decisión sobre la suspensión no puede suponer la realización de un nuevo juicio de gravedad, pues este ya se concreta en la pena impuesta en la sentencia, la cual se concordó por todas las partes, acusadoras y defensa, elementos de los que no cabe prescindir en base a otras consideraciones más subjetivas vinculadas al reproche social o las propias convicciones del juzgador.

Así las cosas, la ponderación conjunta de todos los factores confluyentes en el supuesto de autos, teniendo en cuenta la ausencia de antecedentes del penado, el largo tiempo transcurrido desde los hechos sin delinquir y su situación laboral y familiar, determinan que el pronóstico de probable reiteración en que el artículo 80 del Código Penal funda la concesión del beneficio sea favorable, sin perjuicio de que las circunstancias en que se comete el delito a las que alude la juzgadora de instancia (la violencia con que llevó a cabo el maltrato sobre el animal) quepa extraer un factor crimi-

nógeno el cual, tratándose de una pena corta de prisión, encontrará mejor respuesta en otras formas de cumplimiento a través de la participación en un programa de protección de animales, tal y como expresamente prevé en su nueva redacción el artículo 83.6º del Código Penal; programa cuyo control y seguimiento por el penado se llevará a efecto por el Servicio de Gestión de Penas, informando periódicamente al órgano de ejecución desde su inicio hasta su finalización.

Consecuentemente con lo expuesto, se estimará parcialmente el recurso concediendo al penado el beneficio postulado, entendiendo la Sala que las funciones de prevención y reinserción (integración comunitaria sin delinquir) asignadas a la intervención penal, se colman en este caso sin llegar a la forma de ejecución penitenciaria a través del cumplimiento específico de la pena de prisión pues es factible obtener los objetivos públicos pretendidos con el sistema penal a través de otros mecanismos más adecuados que el cumplimiento de una pena corta de prisión; como es en este caso la exigencia al penado de comportamientos positivos en orden a modificar los factores que hayan podido incidir en la comisión del delito a través del seguimiento del programa que se le impone.

El beneficio concedido, queda también condicionado a que no delinca durante el periodo de suspensión, que en este caso se fija en 3 años, plazo superior al usual en la Sala, precisamente al objeto de reforzar los objetivos de efectividad de la norma a los que también responde la suspensión; y, evidentemente, se revocará en el caso de cometer nuevo delito durante la suspensión o no acceder a la realización de los deberes impuestos debiendo apercibirle en tal sentido el Juzgado de Ejecutorias.

CUARTO.- Procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del penado J.I. contra el Auto de fecha 27-10-2015 que confirma el anterior de fecha 21-09-2015 dictado por el Juzgado de lo Penal número Ocho de Palma, resolución que REVOCAMOS concediendo al penado el beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad por el plazo de 3 años, beneficio que queda condicionado al

seguimiento por el penado de un programa de protección de animales cuyo seguimiento se realizará por el Servicio de Gestión Penas y de Medidas de Seguridad dando cuenta al Juzgado penal de ejecutorias de su seguimiento, incidencias y finalización.

Se apercibe expresamente al penado de que si comete algún delito durante el periodo de suspensión, o no cumple con las condiciones impuestas se podrá revocar la suspensión ordenando el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario.

100. SENTENCIA 3/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA SECCIÓN 1ª DE 19 DE FEBRERO

Suspensión de la pena condicionada a la realización de un programa de formación contra los delitos violentos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por auto de fecha 5 de abril de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de los de Cuenca se incoaron Diligencias Previas por la presunta comisión de un delito de lesiones.

Segundo.- Por auto de fecha 3 de septiembre de 2014 se acordó la transformación de las Diligencias Previas a Procedimiento Abreviado y en fecha 12 de septiembre de dos mil catorce el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación en el que calificaba los hechos como constitutivos de delito de lesiones del artículo 147-1º en relación con el artículo 150 del Código Penal, del que debería responder en concepto de autor el acusado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando para el mismo la pena de PRISIÓN DE 4 AÑOS, con la accesoria legal de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena y costas y en concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a S. en la cantidad de 875 euros por las lesiones causadas, 2.000 euros por las secuelas y en la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia por el tratamiento odontológico seguido, acor-

dándose por auto de fecha 30 de septiembre de dos mil catorce la apertura del juicio oral.

La defensa del acusado interesó la libre absolución de su patrocinado.

Tercero.- Recibida que fue la causa en esta Sala, se procedió a su registro y a la formación del correspondiente rollo. Se designó Ponente, y se señaló para que tuviera lugar la celebración del correspondiente juicio el 17 de febrero de 2016.

Cuarto.- Al inicio de las sesiones del juicio oral, el Ministerio Público procedió a modificar sus conclusiones; y ello en el siguiente sentido:

Conclusión Primera, se añade lo siguiente: "Las piezas afectadas han sido reconstruidas mediante tratamiento odontológico".

Conclusión Segunda queda redactada de la siguiente forma: "Los hechos narrados constituyen un delito de lesiones del artículo 147-1º del Código Penal".

Conclusión Quinta: Procede imponer al acusado la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas procesales.

Conclusión Sexta: El acusado indemnizará a S. en la cantidad de 875 euros por las lesiones causadas, 2.000 euros por las secuelas y 1.205 euros por el tratamiento odontológico seguido.

La defensa del acusado mostró su expresa conformidad con la nueva calificación del Ministerio Fiscal, conformidad que igualmente expresó el acusado de forma personal, no considerándose necesaria la continuación del juicio, y solicitando se dictara sentencia de conformidad con el nuevo escrito de acusación.

A la vista de la hoja histórico penal, el Ministerio Fiscal no se opone a la ejecución de la pena condicionada a que el acusado no delinca en el plazo de 3 años, conforme al artículo 81 del Código Penal, a la efectiva reparación de la responsabilidad civil y a la participación en un programa de formación contra delitos violentos, a lo que mostraron su conformidad el Letrado de la defensa y el propio acusado.

HECHOS PROBADOS

Por expresa conformidad de las partes se declaran como probados, los siguientes:

Sobre las 6:00 horas del día 13 de abril de 2014, el acusado, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, encontrándose en la calle, con ánimo de menoscabar la integridad física de S. le agredió propinándole puñetazos y patadas por todo el cuerpo. A raíz de los puñetazos S. sufrió lesiones consistentes en fractura dental pieza 21 incompleta, fracturas dentales piezas 22 y 41 completas, hematoma palpebral izquierdo y contusiones faciales, precisando, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico-quirúrgico consistente en tratamiento odontológico. Las lesiones tardaron en curar 14 días, 7 de los cuales se consideran impositivos para el desempeño de sus tareas habituales, ocasionándole secuelas consistentes en los dientes (pérdida completa traumática) de dos incisivos, lo que supone dos puntos y un perjuicio estético ligero que supone un punto de secuela. Las piezas han sido reconstruidas mediante tratamiento odontológico

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 787.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictarse sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente, según dicha calificación.

- Que proceda a oírse al acusado/s acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

SEGUNDO.- En el supuesto que aquí se enjuicia, es llano que, tomando como base intangible los hechos conformados por las partes, éstos han de ser calificados como constitutivos de un Delito de lesiones del artículo 141-1º del Código Penal.

Por otro lado, es también claro que del propio relato de hechos contenido en el escrito de acusación, del expresado delito ha de responder en concepto de autor D. dado que su participación integra los actos nucleares y directos de la conducta típica (artículo 28, párrafo primero del Código Penal).

TERCERO.- Partiendo, como resulta obligado, de los hechos conformados por las partes, ha de concluirse que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO.- Corresponde imponer al acusado, la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

QUINTO En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a S. en la cantidad de 875 euros por las lesiones causadas, 2.000 euros por las secuelas y en la cantidad de 1.205 euros por el tratamiento odontológico seguido; lo que hace un total de 4.080 euros, (cifra sobre la que se aplicará el interés del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SEXTO Procede imponer al acusado las costas procesales (artículos 123 Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

SÉPTIMO Conforme al artículo 80 del vigente Código Penal los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura del penado de nuevos delitos.

El citado artículo considera condiciones necesarias:

1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez.

2ª Que la pena o la suma de penas impuestas no sea superior a dos años.

3ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.

En el caso que nos ocupa, de la hoja histórico-penal se desprende que D. fue condenado en Sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, que fue firme

el 15 de julio de 2014, por un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 del Código Penal, cometido en fecha 25 de agosto de 2012, y los hechos enjuiciados se cometieron en fecha 13 de abril de 2014, razón por la cual el acusado es delincuente primario, (ya que en la fecha de los hechos que nos ocupan todavía no existía Sentencia firme condenatoria).

También se cumple el requisito 2º de los enumerados, ya que la pena impuesta no excede de dos años.

Y se entiende cumplido el requisito 3º, ya que el condenado ha asumido el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles, quedando condicionada la suspensión a su cumplimiento.

Dispone el artículo 81 del Código Penal que el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años. Se estima adecuado el plazo de suspensión de tres años solicitado por el Ministerio Fiscal, atendiendo a la naturaleza del hecho por el que es condenado y a las circunstancias personales del autor, máxime cuando el acusado también vino a estar conforme al respecto.

Con arreglo al artículo 83 del Código Penal el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de prohibiciones o deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos; y la 6ª se refiere a participar en programas formativos, por lo que debe ser acogida la pretensión solicitada por el Ministerio Fiscal de condicionar la suspensión de la pena a la participación del condenado en un programa de formación contra los delitos violentos.

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

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a D., ya reseñado en el encabezamiento de la presente Sentencia, como autor criminalmente responsable de un Delito de Lesiones, previsto y penado en el artículo 147-1º del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal

de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil, condenamos al acusado, a que indemnice a S. en la cantidad de 875 euros por las lesiones causadas, 2.000 euros por las secuelas y 1.205 euros por el tratamiento odontológico; lo que hace un total de 4.080 euros, (cifra sobre la que se aplicará el interés del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Condenamos a D. al pago de todas las costas procesales.

Se acuerda la **SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE DOS AÑOS DE PRISIÓN IMPUESTA A D.; CONDICIONADA A LO SIGUIENTE:**

1º Que no delinca en el plazo de tres años; computados desde el momento de firmeza de la presente Sentencia.

2º Al íntegro cumplimiento de la responsabilidad civil consistente en el abono a S. de 4.080 euros de principal más los intereses del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3º A su participación en un programa de formación contra delitos violentos.

Se hace saber al condenado, (y se le deberá advertir expresamente sobre ello en el momento de notificarle la presente Sentencia), que si delinque en el referido plazo, (3 años computados desde el momento de firmeza de la presente Sentencia), o si incumple cualquiera de las dos condiciones antes mencionadas, (pago del dinero y participación en programa formativo), se le podrá revocar la suspensión, pudiendo por ello ingresar en prisión para cumplir la pena.

101. SENTENCIA 557/2016 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 29ª DE 2 DE NOVIEMBRE

Suspensión condicionada a la realización de un programa de formación adecuado en relación con la actividad de menudeo de sustancias estupefacientes.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- En la vista del juicio oral, celebrado el 2-11-2015, con carácter previo el acusado prestó su conformidad con los hechos objeto de acusación.

El MINISTERIO FISCAL calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368.1 y 2 Código Penal.

Imputó la responsabilidad en concepto de autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Solicitó que se le impusieran las penas de:

- 1 año y 7 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Multa de 50 €, con responsabilidad personal subsidiaria de 5 días en caso de impago.

Comiso de la sustancia y dinero intervenido.

Costas.

SEGUNDO.- La DEFENSA del acusado se adhirió íntegramente a la petición de la acusación pública.

TERCERO.- El Tribunal dictó sentencia in voce en los términos solicitados por las partes, declarando firme la misma al manifestar su decisión de no recurrirla.

CUARTO.- Oídas las partes sobre una posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, no hubo oposición por el Ministerio Fiscal ni por la defensa del acusado, quien personalmente mostró su acuer-

do con el sometimiento, en su caso, a un programa formativo adecuado a los hechos.

HECHOS PROBADOS

Por estricta conformidad de las partes, se declara probado que:

El acusado J.L., con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el día 10 de junio de 2015, se encontraba en la estación de Atocha de Madrid, distribuyendo sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud.

Así, sobre las 17:00 horas el acusado fue sorprendido teniendo en su poder con intención de proceder a su venta tres bolsitas de plástico conteniendo sustancia estupefaciente que, tras el análisis correspondiente resultaron ser:

1.- Cocaína, con un peso neto de 5,970 gramos, una pureza del 20,6% (1,229 gr. Cocaína pura), que pudiera haber alcanzado en el mercado ilícito un valor de 66,48 euros.

2.- Cocaína, con un peso neto de 0,431 gramos, una pureza del 19,2% (0,082 gr. Cocaína pura), que podría haber alcanzado en el mercado ilícito un valor de 4,47 euros.

3.- Cocaína, con un peso neto de 0,474 gramos, una pureza del 22% (0,104 gr. Cocaína pura), que podría haber alcanzado en el mercado ilícito un valor de 5,64 euros.

El acusado tenía también en su poder 130 euros procedentes del comercio ilícito y una báscula de precisión con restos también de cocaína que utilizaba para proceder al pesaje anterior a la venta.

La cantidad total de cocaína pura es de 1,415 gramos.

MOTIVACIÓN

I. Sobre los hechos

El relato fáctico que se acaba de exponer ha quedado probado por medio de las manifestaciones prestadas por el propio encartado en el acto del plenario al reconocer expresamente los hechos base de la acusación del Ministerio Fiscal.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación jurídica

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la salud pública de tenencia de cocaína para el tráfico tipificado en el artículo 368.1 y 2 Código Penal.

SEGUNDO.- Autoría y participación

Del referido delito es responsable en concepto de autor el acusado, por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que lo integran (artículo 28.1 Código Penal).

TERCERO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren en el presente caso.

CUARTO.- Penología

Las penas se imponen atendiendo a la petición de las partes, conforme se han adelantado al dictar Sentencia in voce en sala.

QUINTO.- Decomiso

Conforme señalan los artículos 127 y 374 y concordantes Código Penal, se decreta el decomiso de la droga, dinero intervenido y báscula de precisión, dándole el destino que en ellos se determina.

SEXTO.- Costas

Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los responsables de todo delito o falta (artículo 123 del Código penal).

SÉPTIMO.- Firmeza

Al tenor de las previsiones del artículo 787 Ley de Enjuiciamiento Criminal se dictó sentencia in voce en el acto del plenario, declarándose firme en dicho acto al expresar las partes, incluido el acusado, su decisión de no recurrir.

OCTAVO.- Suspensión de condena

De conformidad con el artículo 82 Código Penal, redacción dada por Ley Orgánica 1/2015, el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello sea posible.

En este caso, concurren los requisitos del artículo 80.1 Código Penal, al ser la pena de prisión inferior a 2 años, los antecedentes penales son cancelables o susceptibles de cancelación, y no existe responsabilidad civil.

Por tales razones, y por el reconocimiento expreso de los hechos, este Tribunal estima que la sanción y subsiguiente suspensión de la pena son bastantes a los fines de la prevención especial.

De acuerdo con lo manifestado por las partes, y dado el consentimiento del acusado prestado en sala, se acuerda la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena de prisión de 1 año y 7 meses por tiempo de 3 años (artículo 81 Código Penal).

Y, al tenor del artículo 83.1.6ª Código Penal, en aras a una efectiva rehabilitación y reinserción del acusado, se condiciona la suspensión al sometimiento a un programa de formación adecuado en relación con la actividad de menudeo de sustancias estupefacientes.

Se apercibe al acusado (artículo 86 Código Penal) que la suspensión de la condena privativa de libertad será revocada, ordenando su ejecución, en los siguientes casos:

1º. Si es condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se funda ya no puede ser mantenida.

2º. Incumpla de forma grave o reiterada el programa de formación, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 2 del artículo 86 Código Penal.

FALLO

CONDENAMOS a J.L. como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública de tenencia de cocaína para el tráfico, ya referenciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- 1 AÑO y 7 MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Multa de 50 €, con 5 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

- Expresa condena en costas del juicio.

SE ACUERDA LA SUSPENSIÓN de la ejecución de la pena de prisión por tiempo de TRES AÑOS desde la firmeza de esta sentencia.

LA SUSPENSIÓN QUEDA CONDICIONADA a la realización de un programa de formación adecuado en relación con la actividad de menudeo de sustancias estupefacientes.

LA SUSPENSIÓN QUEDARÁ REVOCADA, ordenando su ejecución:

1º.- Si es condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se funda ya no puede ser mantenida.

2º.- Incumpla de forma grave o reiterada el programa de formación, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 2 del artículo 86 del Código Penal.

Se decreta el decomiso de la droga, del dinero y báscula intervenidos, procediendo con ella conforme a Ley.

Procede terminar la pieza de responsabilidad civil en legal forma.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se le abonará al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, salvo que se le hubiere abonado en otra causa.

Esta sentencia ha sido declarada FIRME en el acto del juicio oral.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

102. AUTO 308/17 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA DE 9 DE JUNIO

Se concede la suspensión condicionada a la realización de tratamiento psiquiátrico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Lleida se dictó Auto acordando la desestimación del recurso de reforma interpuesto por el apelante, auto que fue recurrido en apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás 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 Magistrada Ponente a la que se entregaron los autos con señalamiento de día y hora para deliberación y votación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte apelante solicita la revocación del Auto dictado por el Juzgado de lo Penal, por el cual se deniega a P. la concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, interesando de nuevo el recurrente en esta alzada la concesión del beneficio previsto en el artículo 80 del Código Penal, en su caso condicionada al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad en los términos del artículo 80.3 del Código Penal o incluso con sometimiento a tratamiento psiquiátrico por la enfermedad mental del penado.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto, interesando la confirmación de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- En materia de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad la jurisprudencia constitucional viene exigiendo que el tribunal realice una ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la

decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (Sentencias del Tribunal Constitucional 25/00, 8/01 y 163/02, entre otras), y en ese mismo sentido se pronuncia el artículo 80 del Código Penal, tanto en su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo como en su redacción actual, al determinar que los jueces y tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de ese tipo de penas cuando no sean superiores a dos años, mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, especificando el actual 80.2 del Código Penal los presupuestos objetivos que de forma necesaria deben concurrir para que pueda acordarse la suspensión.

Ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 20.2.06 se viene señalando que no existe la concesión de este beneficio por ministerio de la ley, y los requisitos establecidos por ella no actúan como necesariamente determinantes de esa concesión, sino como condiciones sin las cuales la suspensión no es posible. En definitiva, la concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal, tanto en el caso del artículo 80 que faculta pero no obliga ("los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso...") cuando se dan determinadas condiciones, como en el caso del artículo 80.5 Código Penal ("el Juez o Tribunal... podrá acordar la suspensión...") en las condiciones que este mismo precepto establece.

En la misma línea, conviene recordar que la posibilidad de suspender la pena de prisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 80.3 del Código Penal, tampoco constituye un derecho "per se" del penado en sentido propio, sino que se trata igualmente de una facultad discrecional que el ordenamiento jurídico-penal reconoce al Juez o Tribunal sentenciador, como excepción al principio general conforme al cual las sentencias se cumplen en sus propios términos, tal como señalan los arts. 988 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La pena privativa de libertad ha resultado de forma reiterada cuestionada, planteándose respecto de la misma alternativas a través de mecanismos penales sustitutorios para las penas de corta duración, en aras a evitar una "contaminación carcelaria" que pudiera dar al traste con los fines reeducadores y de reinserción social a que ha de tenderse en materia de penas privativas de libertad, según se desprende del contenido del artículo 25 de la Constitución Española.

Efectivamente, el artículo 80.3 posibilita que de forma excepcional, cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, y las penas individualmente no excedan de dos años de prisión, pueda acordarse la suspensión cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos supuestos la suspensión se condicionará a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo de mediación a que se refiere la medida 1ª del artículo 84 y se impondrá siempre una de las medidas previstas en los numerales 2º y 3º del mismo artículo (multa o trabajos en beneficio de la comunidad, respectivamente), con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.

Añade finalmente el artículo 83 del Código Penal, que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de una serie de prohibiciones o deberes, incluyendo entre ellos los que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona, siendo causa de revocación de la suspensión, según el artículo 86, el incumplimiento grave o reiterado de las mismas.

De la hoja histórico penal obrante en autos se desprende que el penado ha sido condenado en diversas ocasiones por delitos de naturaleza patrimonial, y aunque tales antecedentes son todos ellos cancelables, no puede obviarse que en la sentencia de fecha 23 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Girona, se le concedió al penado el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, cometiendo el recurrente el delito que ha dado origen a la presente ejecutoria precisamente durante el plazo de suspensión, pese a que no se revocara tal beneficio por cuanto la sentencia fue dictada con posterioridad a que transcurriera dicho plazo. No obstante, la Sala estima que en el presente supuesto, y teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los hechos objeto de esta causa, la corta extensión de la pena privativa de libertad impuesta, sin que exista condena al pago de responsabilidad civil alguna por cuanto el penado ya reparó el daño causado, así como las circunstancias personales del penado y la problemática de cleptomanía que parece padecer el mismo, es procedente conceder al mismo el beneficio de suspensión de la pena pri-

vativa de libertad impuesta por un periodo de 2 años, en los términos previstos en el artículo 80.3 del Código Penal, condicionando la suspensión a la realización de 90 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad y a la sumisión a un tratamiento psiquiátrico por la enfermedad mental que padece, advirtiéndole de que el incumplimiento de las obligaciones impuestas podrá conllevar la revocación de la suspensión y en consecuencia la ejecución de la pena de prisión. Y todo ello con declaración de oficio de las costas causadas en esta apelación.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de P. contra el Auto de fecha 10 de abril de 2017 dictado por el Juzgado de lo Penal nº 3 que REVOCAMOS, en el sentido de acordar conceder al penado el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena de 10 meses de prisión impuesta durante el plazo de 2 años, condicionado a la realización de 90 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad y a la sumisión a un tratamiento psiquiátrico por la enfermedad mental, advirtiéndole de que el incumplimiento de las obligaciones impuestas podrá conllevar la revocación de la suspensión y en consecuencia la ejecución de la pena de prisión. Y todo ello con declaración de oficio de las costas procesales causadas en la presente apelación.

103. SENTENCIA 596/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 2ª DE 31 DE OCTUBRE

Se suspende la pena condicionada a la realización de un programa para la prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid se siguieron las Diligencias Previas, en las que se formuló acusación por parte del

Ministerio Fiscal contra D. J.A. y D. F., presentándose por las defensas de éstos escritos de conclusiones provisionales interesando la libre absolución de los acusados

Remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid para la celebración del juicio, correspondieron a la Sección 29ª.

SEGUNDO.- El día señalado para la celebración del juicio, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales, mostrándose las defensas conforme con las nuevas conclusiones. Con las modificaciones mencionadas, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones con deformidad del artículo 150 del Código Penal, un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el artículo 253 y 74 en relación al artículo 249 y 250.1.5º del Código Penal vigente actualmente, concurriendo la circunstancia atenuante del artículo 21.5 del Código Penal, muy cualificada, del cual son autores D. J.A. y D. F., solicitando la pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y que D. J.A. y D. F. sean condenados a abonar a D. S. la suma de 8.200 euros, que ya han sido consignados en este Tribunal.

TERCERO.- En el acto del juicio los acusados han reconocido los hechos y han aceptado la conformidad y no considerando ninguna parte que fuera necesaria la celebración del juicio, se ha procedido a dictar sentencia in voce, que ha sido declarada firme, tras lo cual se ha oído a las partes sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, informando el Ministerio Fiscal en sentido favorable a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena por periodo de 2 años y seis meses y mostrándose las defensas y acusados conforme con la misma, acordándose por el Tribunal la concesión de la suspensión prevista en el artículo 83.6 del Código Penal, condicionada a participar en el programa para prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario de F., Director de Programas en CIS Victoria Kent, habiendo manifestado las partes su decisión de no recurrir este extremo de la sentencia.

HECHOS PROBADOS

Los acusados, D. J.A. y D. F., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, sobre las 6:00 horas del 15 de marzo de 2016, se encontraban en las inmediaciones de la calle Santa Ana de esta capital, cuando

comenzaron una discusión con unas personas que allí se encontraban. A fin de apaciguar la situación, hizo acto de presencia D. S., instante en el cual ambos acusados, de común acuerdo y con la intención de menoscabar la integridad física de D. S., comenzaron de forma súbita a propinarle golpes y puñetazos.

Como consecuencia de estos hechos, D. S. sufrió contusiones múltiples en cuello cabelludo, miembros superiores e inferiores y región dorsal, herida incisa en mucosa de labio inferior y pérdida traumática de piezas 11 y 12, así como pérdida parcial de pieza 21, todos ellos incisivos, precisando el lesionado para alcanzar la sanidad, además de una primera asistencia, la imposición de puntos de sutura y tratamiento odontológico, curando en 30 días de los cuales estuvo impedido para el desempeño de sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela la pérdida completa de tres dientes, que le causa un importante perjuicio estético y problemas de masticación.

D. S., de 28 años en el momento de los hechos, ejerce su actividad laboral en la hostelería y en muchas ocasiones debe tratar con el público.

El día 9 de octubre de 2017, D. J.A. ha consignado en la cuenta de esta Sección la suma de 8.200 euros en concepto de indemnización para D. S.

D. J.A. y D. F., a consecuencia de estos hechos, estuvieron en prisión desde el día 15 de marzo de 2016, fecha en la que fueron detenidos, hasta el día 5 de mayo de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Teniendo en cuenta las penas pedidas por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, y dada la conformidad prestada por las defensas, ratificada por los acusados, de conformidad con el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede dictar sentencia según la calificación de la acusación, dado que los hechos probados por conformidad son constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 150 del Código Penal, concurriendo en ambos acusados la circunstancia atenuante de reparación del daño, del artículo 21.5 del Código Penal, como muy cualificada. Las penas solicitadas por la acusación y aceptadas por los acusados y sus defensas corresponden a dicha calificación y son conformes a las previsiones legales, habiéndose prestado también conformidad respecto a la indemnización de 8.200 euros que solicitaba el Ministerio Fiscal

en su escrito de acusación, que ya ha sido consignada judicialmente, por lo que será abonada al perjudicado.

SEGUNDO.- Con arreglo al artículo 83 del vigente Código Penal:

"1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:

(...)

6.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares."

La naturaleza del delito objeto de esta causa, un delito de lesiones que causaron deformidad a la víctima, cometido por dos jóvenes, que agredieron a otro al cual no conocían, hace aconsejable someter la suspensión de la pena de prisión impuesta a la participación en un programa formativo especialmente indicado para la educación de personas que han demostrado usar la violencia física de forma injustificada y causando graves consecuencias, en situaciones como la que se dio en el caso de autos.

Por ello, concurriendo los presupuestos del artículo 80 del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y con arreglo a lo establecido en el artículo 83 mencionado, procede someter la suspensión que se concederá por periodo de dos años y medio, a la realización del programa para prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario de F., Director de Programas en CIS Victoria Kent.

TERCERO.- Por imperativo de los arts. 123 Código Penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se imponen al responsable criminal del delito.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:

A LOS ACUSADOS, D. J.A. y D. F., como autores de un delito de lesiones con deformidad, del artículo 150 del Código Penal, concurriendo en ambos acusados la circunstancia atenuante de reparación del daño, del artículo 21.5 del Código Penal, como muy cualificada, a la pena, para cada uno de ellos, de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas procesales, por mitad

Asimismo, D. J.A. y D. F., como responsables solidarios, deberá abonar a D. S. la suma de 8.200 euros en concepto de indemnización, suma que ya ha sido consignada judicialmente, debiendo ser entregada al perjudicado.

SE ALZAN Y DEJAN SIN EFECTO LAS MEDIDAS CAUTELARES adoptadas en la causa y en el caso de que alguno de los acusados o ambos debieran cumplir la pena de prisión impuesta, se abonará, en su caso, el tiempo de privación de libertad, esto es, desde el día 15 de marzo de 2016, fecha en la que fueron detenidos, hasta el día 5 de mayo de 2016, así como las comparecencias apud acta realmente efectuadas a razón de 1 día privativo de libertad por cada 10 comparecencias realizadas.

Se concede a D. J.A. y D. F. la suspensión de la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN impuesta a cada uno, condicionada que los mismos no delincan en el plazo de DOS AÑOS Y SEIS MESES desde el día de hoy y a que realicen el programa para prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario de F., Director de Programas en CIS Victoria Kent.

SUSPENSIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL

104. AUTO 34/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA SECCIÓN 3ª DE 20 DE ENERO

Revocación de la suspensión por incumplir la condición del pago de la responsabilidad civil.

HECHOS

PRIMERO: Por auto de 20 de enero de 2016, el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, acordó dejar sin efecto la revocación de la suspensión de la pena prisión de dos años acordada previamente para el penado, A., por auto de 21 de abril de 2015 por un plazo de cinco años, computados desde la concesión inicial, con obligación de abonar el importe de la responsabilidad civil antes de que transcurriese el plazo de suspensión. Contra el anterior auto el Letrado de la Agencia Tributaria interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación.

Por auto de 31 de marzo de 2016 fue desestimado el recurso de reforma y se admitió a trámite el de apelación.

Remitidas a la Audiencia Provincial las actuaciones, se formó por esta Sección Tercera el oportuno Rollo, quedando pendiente para su deliberación, votación y resolución, lo que se ha llevado a efecto.

SEGUNDO: El apelante sostiene que no procede conceder al penado un nuevo plazo de suspensión de la pena prisión impuesta de dos años porque no concurren los requisitos del artículo 80 del Código Penal, por cuanto que desde que se dictó la sentencia de conformidad objeto de la presente ejecutoria, el penado no ha mostrado una predisposición seria y firme para el pago de la responsabilidad civil, siendo las cantidades ingresadas irrisorias y de carácter no periódico. Además, explica que no estamos ante un caso en el que se discuta la concesión o no de la suspensión, sino que se concedió, el penado incumplió el presupuesto de concesión y se revocó, siendo dicha decisión confirmada por la Audiencia Provincial. Por todo ello, termina interesando la revocación del auto de 20 de enero de 2016 (que deja sin efecto la revocación de la suspensión) y que en su lugar se esté a lo acordado en el auto de 21 de abril de 2015 (de revocación de la

suspensión), pues mantenerlo supondría un afección a la prevención general y a la prevención especial.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación e interesó que se dejara sin efecto el auto de 20 de enero de 2016 y se mantuviera lo resuelto por auto de 21 de abril de 2015, o subsidiariamente se condicionara el mantenimiento o prórroga de la suspensión de la ejecución de la pena a que el penado fuera efectuando periódicamente pagos de cuantía significativa para el abono de las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia. Y ello porque:

1º- La sentencia fue de conformidad y el penado se comprometió a hacer frente a las responsabilidades civiles; por lo que constatado el incumplimiento de sus obligaciones procede la revocación de la suspensión inicialmente acordada.

2º- Téngase en cuenta el propio contenido de la sentencia, relativo a que el penado, con la realización de actividades empresariales, fue acumulando año tras año importantes deudas frente a la Hacienda Pública a través de sociedades mercantiles formalmente diferentes pero que respondían a una misma realidad material, y para evitar el pago de la deuda, trató de vaciar patrimonialmente aquellas mercantiles deudoras retirando más de cuatro millones de euros en efectivo de una de las cuentas bancarias de una de las sociedades, no sabiendo el destino del dinero.

La representación procesal del penado impugnó el recurso de apelación e interesó la confirmación del auto de 20 de enero de 2016.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por Auto de 20 de enero de 2016, la Juez a quo acordó dejar sin efecto la revocación de la suspensión de la pena previamente acordada por auto de 21 de abril de 2015, visto el cambio de aptitud del penado al haber hecho tres ingresos con posterioridad. Y al resolver el recurso de reforma interpuesto contra el anterior auto, la Juez confirmó su decisión por auto de 31 de marzo de 2016, explicando que desde que la Audiencia Provincial resolviera el recurso de apelación por auto de 6 de noviembre de 2015, el comportamiento del penado había sido totalmente diferente, pues venía ingresando mensualmente las cantidades que percibía en concepto de nómina, siendo éstos sus ingresos totales y mostrando ello un importante

esfuerzo reparador dentro de sus posibilidades, concluyendo que era factible la prórroga de la suspensión por dos años más conforme a lo dispuesto en el ex artículo 84.2.b) del anterior Código Penal y actual artículo 86.2.b).

El Letrado de la Agencia Tributaria y Ministerio Fiscal se oponen a la prórroga de suspensión concedida al penado, por cuanto este no ha cumplido la obligación a la que se comprometió de abonar la responsabilidad civil en el plazo de veinticuatro meses a contar desde el dictado de la sentencia de conformidad.

SEGUNDO.- En orden a la suspensión de la ejecución de la pena, la regulación anterior a la introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, señalaba en el artículo 81 del Código Penal que: "Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2.^a Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

La actual regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad establece lo siguiente:

En el artículo 80 del Código Penal: "1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los

efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar

los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta (...)"

En el artículo 86 del Código Penal: "1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. (...).

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes (...).

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver."

Aplicando al presente caso tanto la regulación actual como la anterior sobre la institución de la suspensión de las penas, entendemos, al igual

que el recurrente y Ministerio Fiscal, que no procede conceder de nuevo al penado el beneficio de la suspensión ante incumpliendo injustificado y prolongado del abono de la indemnización impuesta en sentencia.

Del testimonio de particulares, resulta que el penado tan solo ha pagado del total de la cantidad impuesta en concepto de responsabilidad civil de 8.279.669,59 euros, la cantidad parcial de 14.442 euros desde que se le condenó el 11 de marzo de 2014 y mostró conformidad con abonar el total en los veinticuatro meses siguientes.

TERCERO.- El 11 de marzo de 2014, A. fue condenado por sentencia de conformidad, como autor responsable de un delito de insolvencia punible del artículo 257.1.1 ° y 2 ° y artículo 257. 2 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión y quince meses de multa con cuota diaria de seis euros (2.700 euros) con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, y en concepto de responsabilidad civil a que abonase a la Administración Tributaria la suma de 8.279.669,59 euros, pagaderas las responsabilidades pecuniarias en veinticuatro meses mensuales, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad C.V. 2000 S.L. (folios 1 a 4).

El mismo día 11 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Penal, por auto, acordó la suspensión de la pena privativa de libertad de dos años por un plazo de dos años, condicionada a que el penado no volviera a delinquir en el plazo de suspensión y a que abonase la indemnización fijada de 8.279.669,59 euros en los veinticuatro plazos mensuales, con apercibimiento de que si durante el plazo de suspensión infringiera alguno de los deberes tendría que cumplir la pena impuesta (folios 14 a 16). El referido auto fue notificado al penado el mismo día y éste mostró plena conformidad (folios 17 y 18).

Pues bien, el 21 de abril de 2015, visto que el penado solo había realizado dos ingresos de 1.500 euros cada uno, el 4 de abril y 8 de mayo de 2014, la Juez a quo acordó revocar la suspensión de la pena de prisión y ordenó su cumplimiento inmediato, al no haber cumplido el penado los deberes impuestos (pago de responsabilidad civil), pese a que el 27 de octubre de 2014 se acordó un segundo requerimiento, que se practicó el 27 de febrero de 2015.

El 6 de noviembre de 2015, esta misma Sección Tercera, confirmó la decisión adoptada en el anterior auto de 21 de abril de 2015, por cuanto el

penado no había cumplido con la obligación de pago de la indemnización pese haberse le dado hasta tres oportunidades con un esfuerzo irrisorio dada la importante cuantía que le falta por pagar.

Por auto de 20 de enero de 2016, la Juez a quo deja sin efecto la revocación acordada previamente, visto que el penado había cambiado de actitud y estaba ingresando en la cuenta del juzgado el importe íntegro de su sueldo desde septiembre de 2015.

Pues bien, analizadas las actuaciones, resulta que la responsabilidad civil no ha sido abonada en su totalidad, no ya en el plazo de los veinticuatro meses a los que se comprometió el penado, sino en el de casi tres años, por lo que ha incumplido una de las condiciones que se estableció para acordar la suspensión de la pena de prisión, sin que resulte probada la imposibilidad total o parcial de que el condenado pudiera hacer frente, pues aunque fue declarado insolvente el 8 de septiembre de 2014, la misma no evidencia en sí la falta de medios cuando tan solo cinco meses antes el propio penado se comprometió a abonar la cantidad tan alta de 8.279.669,59 euros en tan solo veinticuatro meses, así como tampoco el hecho de que no haya tenido trabajo hasta el mes de septiembre de 2015, pues el penado también se comprometió a abonar la responsabilidad civil en el mismo mes que le fue cursada su baja en la empresa A.P. 2004 S.L.

Además, téngase en cuenta que A. fue condenado por un delito del cual el penado obtuvo un importante beneficio económico.

Si bien, desde el mes de septiembre de 2015, el penado está ingresando mensualmente lo que percibe de sueldo por el trabajo que desempeña desde entonces como comercial.

No obstante, entendemos que a pesar de ello no existe un esfuerzo serio de reparación que le haga merecedor del beneficio de la suspensión de nuevo, visto que se tratan de cantidades irrisorias en relación al total debido y la actitud reticente al pago mostrada hasta el momento en que la Audiencia Provincial precisamente confirmó el auto de 21 de abril de 2015 (folios 156 a 159) y el Tribunal Constitucional rechazó el 2 de febrero de 2016 el recurso de amparo que se interpuso contra la decisión de la Audiencia (folio 216).

Por lo tanto, ante el incumplimiento grave e injustificado de pago de la responsabilidad civil por parte del penado, procede revocar la decisión de

la Juez de dejar sin efecto a su vez la revocación de la suspensión y estar a la decisión anterior de revocación de 21 de abril de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el ex artículo 84.2 del Código Penal y actual artículo 86.3 del Código Penal.

No se trata de hacer renacer la prisión por deudas, sino de conferir un significado jurídico específico a la reparación del daño causado a la víctima, como muestra de una efectiva reinserción social y que precisa, en todo caso, que se produzca un esfuerzo reparador en la medida de las posibilidades del autor.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Agencia Tributaria y el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Agencia Tributaria y Ministerio Fiscal contra el auto 20 de enero de 2016 dictado por el Juzgado de lo Penal Nº 4 de Murcia, revocando dicha resolución y debiendo estar en su lugar a lo dispuesto en el auto de 21 de abril de 2015.

105. AUTO 669/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA SECCIÓN 3ª DE 13 DE OCTUBRE

Se deniega la suspensión por incumplir el pago de las responsabilidades civiles contraídas. No cabe la aplicación retroactiva de la regulación de la suspensión prevista antes de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- I. fue condenado como autor responsable de un delito de abandono de familia por impago de pensiones a la pena de nueve meses de prisión y abono de 9.551,17 euros.

SEGUNDO.- En la ejecutoria arriba registrada del Juzgado de lo Penal número 1 de Córdoba se dictó auto el día 17 de julio de 2017 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: Acuerdo no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la pena de nueve meses de prisión impuesta a I.

TERCERO.- I. interpuso recurso de apelación contra tal auto reiterando la petición de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

CUARTO.- Trasladado el recurso a las demás partes, éstas hicieron las alegaciones que tuvieron por conveniente: tanto el Ministerio Fiscal como M.C. solicitaron la desestimación del mismo por entender que la resolución recurrida estaba ajustada a derecho.

QUINTO.- Recibida la causa en esta Audiencia el día 18 de septiembre de 2017, se ha formado el rollo oportuno, se ha turnado la ponencia al magistrado correspondiente y se ha fijado como fecha para la deliberación de la misma el día 11 de octubre de ese año.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida y el objeto del recurso

El auto apelado deniega la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por sentencia. Lo acuerda tras explicar el juez que hace uso de la facultad que le concede el artículo 80 del Código Penal,

y por entender que no se cumple el requisito legal de haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito o haber comprometido su pago, con lo que no es tributario del beneficio penitenciario que se le deniega.

El recurrente combate esa resolución reiterando la solicitud de la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta por entender que su economía es muy precaria y por eso que ha sido declarado insolvente en la causa.

SEGUNDO.- Los datos procesales de interés a la resolución de este recurso

En esta causa ejecutoria contamos con los siguientes datos de interés:

1º. En 1971. Fue condenado a nueve meses de prisión como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones, hecho que ocurrió entre el mes de abril de 2004 y el mes de noviembre de 2016.

2º. La sentencia en apelación fijó una responsabilidad civil de 9.551,17 euros, cantidad que debería de abonar a sus tres hijos a través de su legal representante. Hasta la fecha ha abonado 67,65 euros.

3º. En esta causa, el penado ha sido declarado insolvente para el pago de las responsabilidades civiles contraídas.

TERCERO.- La ley aplicable a la suspensión de la ejecución de pena denegada

El artículo 80 del Código Penal actualmente reconoce a los jueces o tribunales dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, una decisión que en todo caso deberá de estar motivada.

Para adoptar esta resolución, el juez o tribunal valorará las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, siendo condiciones imprescindibles que el condenado haya delinquido por primera vez, que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles originadas o se suscriba por el penado un compromiso de satisfacerlas.

No obstante, cabe la posibilidad excepcional de que se conceda tal beneficio penitenciario aunque el penado no sea delincuente primario cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

A través de este beneficio contemplado por la ley se pretende evitar la distorsión a la debida resocialización del delincuente primario que podría derivarse del cumplimiento material de la pena en un centro penitenciario, acomodando entonces esa rehabilitación social a las particulares características del penado, a quien se le conmina a cumplir determinadas condiciones procesales, familiares y sociales.

Es un beneficio que, como tal, una vez que han sido oídas las partes, depende de la decisión del juez responsable de la ejecución penal, una decisión que en todo caso debe de estar motivada y ser razonable.

Precisamente esa naturaleza discrecional de la decisión que se acaba de mencionar sirve para delimitar el papel que ha de jugar un tribunal como el que dicta esta resolución, dedicado funcionalmente a controlar la actividad jurisdiccional de la primera instancia sólo en cuanto a su adecuación al ordenamiento jurídico vigente y a la razón y lógica de la resolución dictada en la primera instancia. Esto es tanto como reconocer que la actuación de este tribunal de segunda instancia se ciñe para estos casos sólo al control de motivación adecuada de la decisión atendiendo a las particulares circunstancias objetivas y subjetivas del caso, así como a la revisión de aquellas decisiones judiciales que sean ilegales, arbitrarias, irracionales, absurdas o incoherentes.

Y no es de aplicación, como propone el recurrente, la aplicación del Código Penal vigente hasta la reforma operada en esta norma por la Ley Orgánica 1/2015 y que entró en vigor el día 1 de julio de 2015, toda vez que una aplicación retroactiva de tal disposición procesal contenida en el Código Penal no cabe aunque subjetivamente pudiera entenderse más favorable al reo. Precisamente en la irretroactividad de los institutos procesales de ejecución abunda la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, la que advierte que, a la hora de aplicar el principio de retroactividad en lo favorable debemos distinguir entre la configuración de las leyes penales, que son las que tipifican las infracciones criminales, o lo que es lo mismo, la propia estructura típica de los hechos punibles,

para las cuales se prevé la retroactividad favorable al reo al calor de lo previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, de aquellos institutos atinentes a la ejecución procesal, en donde la norma aplicable ha de estar vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución.

CUARTO.- La decisión adoptada por el juez de la Ejecución.

Definida cuál es la norma procesal de directa aplicación al caso de autos, el juez de la Ejecución decide no conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente porque no cumple con uno de los requisitos establecidos por la ley como es el pago o compromiso de pago de las responsabilidades civiles contraídas, entendiéndose entonces que el cumplimiento de la pena es necesario para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Esta Sala comparte tal criterio teniendo en cuenta los datos procesales que aparecen recogidos en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución. En el caso que nos ocupa tenemos que el recurrente no cumple una de las tres condiciones exigidas por el artículo 80 del Código Penal para obtener el beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, que es el pago o compromiso de pago de las responsabilidades civiles contraídas con sus hijos por alimentos, comportándose insolidariamente con los mismos hasta el punto de no haber contribuido durante más de doce años a su vital sostenimiento pese a haber tenido posibilidad económica de hacerlo en algún momento (así expresamente lo reconoce la sentencia), una muy reprochable actitud de abandono familiar de la que ya hizo gala en otro tiempo que evidencia que hasta ahora no han servido de nada las medidas judiciales de condena para generar en el penado el deseable estado de responsabilidad y compromiso con la atención de las necesidades vitales de sus hijos, de manera que está realmente necesitado de una rehabilitación institucional mucho más drástica que consiga tal objetivo, lo que ha de venir de la mano del internamiento en un centro penitenciario en el que el trabajo individualizado de resocialización que se va a desarrollar con él permita superar tan grave rémora personal, familiar y social como la que padece.

Por ello que se puede decir que la decisión adoptada por el juez de la Ejecutoria es razonable, entendiéndose este tribunal, con el, que la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente, aunque sensible-

mente inferior a dos años, es en este momento absolutamente necesaria para evitar futuros comportamientos delictivos del mismo sacándolo de la situación de delictiva insolidaridad en la que se encuentra respecto de sus hijos, tratando así de rehabilitarlo para que la familia y la sociedad puedan recuperarlo.

En conclusión, el Juez de lo Penal n° 1 de Córdoba hace un uso prudente de la facultad discrecional que le concede el artículo 80 del Código Penal, y valora adecuadamente las particulares circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, llegando a decidir con lógica y racionalidad jurídica la denegación de la suspensión de esa ejecución de una pena privativa de libertad a un delincuente que está seriamente necesitado de un tratamiento de reinserción social individualizado.

QUINTO.- Costas procesales

Esta Sala no aprecia que el recurrente haya incurrido materialmente en temeridad o mala fe a la hora de interponer el recurso de apelación, mostrando más bien su verdadera intención de evitar la cárcel hasta el final, una defensa de su derecho fundamental a la libertad que justifica sin más que no proceda imponerle las costas de esta instancia, que serán declaradas de oficio. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por I. contra el auto de 17 de julio de 2017 por el Juez de lo Penal Número Uno de Córdoba, declarándose de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

106. AUTO 188/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA (SECCIÓN 7ª, MELILLA) DE 31 DE OCTUBRE

Se revoca la suspensión por la no satisfacción de la responsabilidad civil y por la actitud pasiva del penado en este aspecto.

HECHOS

PRIMERO.- Tras los trámites oportunos, el Juzgado de lo Penal nº Dos de esta Ciudad, dictó Auto de fecha 14 de febrero de 2017 por el que revocar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, debiéndose ejecutar la pena de prisión a la que fue condenado el penado A.

SEGUNDO.- Por la Procuradora, en nombre y representación del citado penado, se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el mencionado Auto en el que, tras alegar cuanto a su derecho convino, terminó suplicando que se le conceda la suspensión de la pena impuesta, o subsidiariamente se proceda a su sustitución por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

TERCERO.- Admitido a trámite, se dio traslado del recurso al Ministerio Fiscal quien interesó la desestimación del recurso.

El Juzgado de lo Penal dictó Auto de ocho de mayo de dos mil diecisiete por el que desestimó el recurso de reforma, y tuvo por interpuesto el subsidiario de apelación; y verificados los trámites correspondientes, remitió el oportuno testimonio a esta Audiencia para la resolución del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alega en el recurso que el penado cumple las condiciones necesarias a las que se refiere el artículo 81 (sic) del Código Penal para la suspensión de la ejecución de la pena; que es cierto que no ha satisfecho las responsabilidades civiles pero que ello es por encontrarse desempleado y sin prestaciones de ningún tipo; que la resolución impugnada adolece de una motivación acorde con la entidad de la medida denegada; y subsidia-

riamente interesa la sustitución de la pena impuesta por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Hemos de comenzar analizando el alegato del recurrente, relativo a la falta de motivación del Auto recurrido. Lo alegado, en este sentido, no se ajusta a la realidad de lo resuelto. El recurrente podrá discrepar de los argumentos expuestos en la resolución recurrida, pero lo que no puede afirmar es que ésta carece de motivación.

El Auto recurrido acuerda revocar la suspensión de la ejecución de la pena porque el penado no ha cumplido la condición impuesta para la suspensión, consistente en el abono de la responsabilidad civil impuesta ascendente a la suma de trescientos (300) euros.

Conforme al artículo 80.2-3ª del Código Penal, una de las condiciones necesarias para la suspensión de la ejecución es que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado; y que este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine.

En el presente caso, el penado no ha cumplido el requisito de satisfacer la responsabilidad civil a la que fue condenado, ni ha cumplido el compromiso de pago que asumió, que fue lo que determinó que se le concediera la suspensión pese a que la indemnización no la había satisfecho aún en el momento de la concesión de la suspensión de la pena.

Se alega por el recurrente que no ha satisfecho la responsabilidad civil por encontrarse en desempleo y sin prestaciones de ningún tipo.

Esto es una mera alegación carente de prueba. Pero, en cualquier caso, se ha de entender que una interpretación sistemática y teleológica, y sobre todo acomodada a los principios constitucionales y doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de esa condición 3ª del artículo 80.2 del Código Penal no debe considerarse cumplida ni siquiera con la mera declaración de insolvencia realizada por el órgano judicial, sino que exige del condenado una voluntad reparadora del mal causado a la víctima traducido en un diligente comportamiento encaminado al pago de su responsabilidad civil, de dar algún tipo de satisfacción a la víctima o perjudicados por el delito o, en caso de carecer

de medios económicos suficientes, de activa y honesta cooperación con el órgano judicial en orden a demostrar su real situación económica, siendo de todo punto incompatible con esta tercera exigencia del artículo 80.2 del Código Penal una actitud del penado meramente pasiva y, no digamos ya, obstructiva a la actividad jurisdiccional de ejecución.

Finalmente se ha de decir que tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha desaparecido la posibilidad de sustituir la pena impuesta por la de trabajos en beneficio de la comunidad, que antes contemplaba el artículo 88 del Código Penal.

SEGUNDO.- De cuanto se deja expuesto se colige que procede la desestimación del recurso.

De otro lado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no apreciándose que el recurrente haya obrado con temeridad o mala fe, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en este recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación del penado A., contra el Auto de fecha catorce de febrero de dos mil diecisiete del Juzgado de lo Penal nº Dos de esta Ciudad, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; con declaración de oficio de las costas causadas en este recurso.

107. AUTO 639/2017 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA SECCIÓN 1ª DE 26 DE DICIEMBRE

No procede la revocación de la suspensión pese al impago de la responsabilidad civil. Habría sido necesaria antes de la suspensión una previa investigación patrimonial sobre la capacidad del penado para abonarla.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el Juzgado de lo Penal Número 1 de Santander, se dictó, en fecha 04/08/2017, Auto por el que, a la vista del incumplimiento por parte del penado, P., del abono de los pagos establecidos en concepto de responsabilidad civil, se acuerda la revocación de la suspensión de la pena de 21 meses y 1 día de prisión que le fuera inicialmente impuesta.

Contra dicho Auto se interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación por la representación procesal del penado. Admitido a trámite el recurso de reforma y previo informe del Ministerio Fiscal, que se opone al mismo, es desestimado por Auto de 14/11/2017, teniéndose por interpuesto subsidiario recurso de apelación anunciado. Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en la que tuvieron entrada el 01/12/2017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Examinadas con detenimiento las presentes actuaciones se constata el siguiente iter procesal:

- En fecha 05/12/2016 por el Juzgado de lo Penal número 1 de los de Santander se dictó sentencia de conformidad en la que se condenaba a P. como autor responsable de un delito continuado de estafa, a la pena de 21 meses y 1 día de prisión, debiendo, en concepto de responsabilidad civil, indemnizar a L.M. en la cantidad de 24.900 euros, a B. en la cantidad de 600 euros, a F. en la suma de 300 euros, y a D. en la cantidad de 200 euros, con aplicación del interés legal ex artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- En la misma resolución se acuerda también la suspensión de dicha pena de prisión por plazo de 3 años, condicionada la sustitución de la

pena de 21 meses y 1 día de prisión por el cumplimiento de la pena de 14 meses de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, ex artículo 84.1.3º del Código Penal, y al pago de la responsabilidad civil impuesta conforme al plan de pagos estipulado; conforme a dicho plan de pagos, el importe total de la responsabilidad civil (26.000 euros) se efectuaría mediante un primer ingreso de 3.000 euros en Enero de 2017, 24 mensualidades de 600 euros, y un último pago de 8.600 euros.

- Iniciada la Ejecución de Sentencia, consta efectuado el primer ingreso, por importe de 3.000 euros (Diligencia de Ordenación de 31 de Enero de 2017, al folio 10).

- En marzo de 2017, por la representación procesal de los perjudicados se informa al Juzgado del impago de la cuota correspondiente al mes de Febrero, y se interesa la revocación de la suspensión de la pena.

- Dado traslado al Ministerio Fiscal, se interesa el requerimiento al penado, lo que se verifica por Diligencia de fecha 22/06/2017 (al folio 23); recabado informe de todas las partes personadas, por el Juzgado, sin practicar averiguación patrimonial del penado y sin previa declaración de solvencia o insolvencia, se dicta Auto de 04/08/2017 revocando la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

SEGUNDO.- En este contexto, lo primero que se ha de recordar es el contenido del artículo 80, apartados 1 y 2 del Código Penal, que señala que "1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o

por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.^a Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.^a Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento".

De lo anterior resulta, pues, que el pago de la responsabilidad civil derivada del delito, o, en su caso, el compromiso del penado de hacerla efectiva, es una condición necesaria para que el Juez o Tribunal sentenciador pueda valorar positivamente dejar en suspenso la ejecución de una pena de prisión; pero no es, propiamente, uno de los deberes o prohibiciones a cuyo cumplimiento se puede condicionar la suspensión, ex artículos 83 y 84 del Código Penal –a diferencia, por ejemplo, de la pena de 14 meses de TBC que se acordó imponer al condenado, ex artículo 84.1.3º del Código Penal–, precisamente porque dicho pago, salvo en los supuestos de insolvencia total o parcial acreditada, ya constituye un requisito necesario para acceder a dicho beneficio.

En el presente caso, la decisión de suspender la ejecución de la pena de prisión, a sabiendas del elevado importe de la responsabilidad civil a que tenía que hacer frente el condenado, se adopta en la propia Sentencia, con la anuencia o conformidad de todos los intervinientes, y sin que por parte del Juzgado se hubiera hecho una previa investigación patrimonial que hubiera permitido, al menos indiciariamente, conocer si el acusado iba a ser capaz de afrontar, no sólo el pago inicial, sino los pagos mensuales de una suma considerable para cualquiera con una economía media. Es por

ello que la Sala considera que lo correcto hubiera sido demorar la decisión acerca de la suspensión de condena hasta el completo pago de las responsabilidades civiles, o a la acreditación de su imposibilidad total o parcial de hacerlas frente; ello no obstante, al haberse anticipado tal decisión con la anuencia de las partes, alcanzando dicho pronunciamiento firmeza, el incumplimiento posterior de dicha obligación de pago en modo alguno puede dar lugar a la revocación del beneficio, al carecer de cobertura legal para ello.

Es por ello que debe estimarse el recurso y revocar y dejar sin efecto la resolución impugnada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA HABER LUGAR A ESTIMAR el recurso de APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de P. por contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Penal Número 1 de Santander, a que se refiere este rollo, que se **REVOCA Y SE DEJA SIN EFECTO**.

ÍNDICE ANALÍTICO

LIBERTAD CONDICIONAL

SUPUESTOS DE CONCESIÓN

Aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario. Se recogen tres resoluciones: Dos Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y otro de la Audiencia Provincial sobre el mismo asunto. Se declara la firmeza del primer Auto que estimaba la solicitud de libertad condicional con aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario e implícitamente la clasificación en tercer grado. § 1

Con la nueva redacción dada por la LO 1/2015 no es necesario que exista un pronóstico favorable de integración social para la concesión de la libertad condicional. § 4

Concesión de la libertad condicional pese a que el Ministerio Fiscal aprecia que no se cumple con el requisito del artículo 90.1 c). § 3

Concesión sin pronóstico de integración social favorable. Interpretación del artículo 90 del Código Penal. § 2

Estimación de recurso de apelación. Se concede la libertad condicional con suspensión de la ejecución del resto de la pena, aunque resten pro cumplir más de cinco años. § 5

SUPUESTOS DE DENEGACIÓN

Denegación de libertad condicional a octogenario. § 7

Denegación de libertad condicional por no cumplir con la condición del artículo 90 c) del Código Penal. § 9

No procede su concesión. No ha abonado la responsabilidad civil y consta informe psicológico absolutamente desfavorable. § 8

Se deniega la libertad condicional a enfermo con padecimientos graves e incurables (delito de terrorismo); se accede a 3^{er} grado con medios telemáticos. § 6

SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN

No repercusión de la nueva causa penada sobre la causa suspendida en libertad condicional. § 12

Suspensión de la libertad condicional y su relación con la clasificación del interno. § 10

Suspensión por nueva condena que se alzarán automáticamente al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. § 11

SUPUESTOS DE REVOCACIÓN

Auto estimatorio, revocando la libertad condicional por insuficiente pago de la responsabilidad civil. § 20

No procede la revocación de la libertad condicional en supuesto de interna sometida a expediente de extradición. § 16

No refundición de la causa de la revocación de la libertad condicional. § 13

Para la revocación por comisión de delito se requiere sentencia firme. § 14

Revocación de la libertad condicional al valorar que una causa en libertad provisional supone un cambio importante de circunstancias. § 21

Revocación de la libertad condicional por carecer de acogida al encontrarse indocumentada. § 18

Revocación de la libertad condicional por dejar de concurrir buena conducta. § 17

Revocación de la libertad condicional por detención sin sentencia firme. § 15

Revocación por imposición de medidas cautelares de alejamiento de la persona que tenía la acogida. § 19

LIBERTAD CONDICIONAL DE PENADOS EXTRANJEROS

Autorización, a interno extranjero, de disfrute de parte de la libertad condicional en su país. §30

Concesión de libertad condicional anticipada a las 2/3 partes a interno italiano en su país y posible aplicación de la Ley de Reconocimiento Mutuo. § 33

Denegación de la libertad condicional por el desinterés a la hora de regularizar su situación en España. § 24

Denegación de libertad condicional a súbdito marroquí por no existir convenio relativo a cumplimiento de penas en libertad condicional con Marruecos. § 23

Denegación de libertad condicional artículo 197 de Reglamento Penitenciario. No cabe la imposición de la medida de prohibición de regresar a España. § 32

En libertad condicional, se alza la condición de expulsión del territorio nacional. § 25

Libertad condicional de penados extranjeros: no hay discriminación. § 26

No procede la imposición de la condición de expulsión en la libertad condicional. § 28

Requisitos para la concesión de libertad condicional a miembros de países de la Unión Europea en su país de origen. § 22

Se autoriza a un liberado condicional ex. artículo 197 del Reglamento Penitenciario a desplazarse unos días a España. § 31

Se estima recurso de reforma concediendo la libertad condicional a penado extranjero indocumentado con expediente administrativo de expulsión. § 29

Se estima recurso no concediendo la libertad condicional en país de origen por falta de pronóstico social favorable. § 27

OTROS ASPECTOS DE INTERÉS EN LA LIBERTAD CONDICIONAL

Aplicación del artículo 92.3 del Código Penal, con especial referencia a la innecesaria satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos de enfermedad muy grave. § 36

No cabe renuncia de la libertad condicional cuando la resolución ha sido firme. § 37

No hay derecho a la redención durante la libertad condicional. La redención de penas por el trabajo tiene el límite para su obtención. § 35

Redención durante la libertad condicional. § 34

Renuncia el interno a la libertad condicional. Considera que le perjudica la nueva reforma del Código Penal. § 38

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal. Se aplica la legislación anterior a la reforma, por ser más favorable al interno. § 39

PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Absolución por incumplimiento de Trabajos en Beneficio de la Comunidad a cumplir en Proyecto Hombre. Se incorpora en otra institución para la realización de un programa terapéutico. § 48

Competencia entre los distintos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para el control del cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. § 41

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede recabar a la Administración Penitenciaria la documentación que considere necesaria para ejercer sus funciones de control. § 43

Incompatible con la pena privativa de libertad. § 44

La competencia para el control del cumplimiento de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad cuando es impuesta como una condición de la suspensión de la pena, corresponde al tribunal sentenciador, no al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. § 42

No existe quebrantamiento de condena: la penada fue despedida del lugar donde realizaba los Trabajos en Beneficio de la Comunidad. § 46

No procede la revocación de la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad; oportunidad de compatibilizar su cumplimiento con el proceso de desintoxicación. § 52

No procede suspensión de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que deberá cumplirse tras el tratamiento clínico. § 45

No se exige coincidencia aritmética entre el número de jornadas impuestas y el número de sesiones formativas o actividades del taller o programa. § 47

Puede cumplir las jornadas de Trabajos en Beneficio de la Comunidad en sus periodos vacacionales. Justificación por contrato de trabajo en Francia. De ser necesario podría recurrirse la Ley 23/2014. § 51

Revisa y anula el plan de ejecución. La asociación no tiene carácter de interés general. § 49

Se estima recurso contra la no sustitución de la pena por Trabajos en Beneficio de la Comunidad, pese a informe desfavorable del SGPYMA. § 50

Vulneración del artículo 24 de la Constitución por dar por incumplida la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. § 40

SUSTITUCIÓN DE CONDENA: POR EXPULSIÓN

Audiencia del penado como única garantía de salvaguarda del interés en conflicto más relevante. Interpretación del artículo 89 del Código Penal. § 54

Cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española en el caso de que la expulsión acordada no pueda hacerse efectiva. § 55

Es necesaria una mayor motivación de la denegación de la sustitución de la pena por la expulsión. § 58

La cuantía de las penas se determina individualmente, no en su conjunto. § 60

No procede la sustitución por la expulsión en el caso de ciudadana comunitaria. Especial mención a la evolución de la figura de la expulsión. § 62

Otorgamiento de amparo. Incorrecta aplicación del artículo 89.1 del Código Penal. No hay sustitución sino acumulación de la pena y de la medida de expulsión. § 57

Prevalencia del artículo 89 del Código Penal sobre las formas de sustitución contempladas en el artículo 88 (actualmente derogado) en el caso de extranjeros residentes ilegalmente en España. § 56

Procede la sustitución por la expulsión. No la suspensión. § 53

Se procede a la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de penado comunitario. (Solamente se reproducen aquellos aspectos concernientes a la expulsión). § 61

Sustitución por expulsión: naturaleza y requisitos (criterios). § 59

SUSTITUCIÓN DE CONDENA: POR LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Sustitución de la pena por localización permanente a indigente por considerarlo más adecuado que la imposición de multa. § 63

SUSTITUCIÓN DE CONDENA: POR TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Criterios para la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad. § 64

Una vez revocada la suspensión, a la vista de las circunstancias del caso, procede la sustitución por Trabajos en Beneficio de la Comunidad. § 65

SUSPENSIÓN DE CONDENA: GENERAL

Deber de adoptar todas las medidas necesarias para la notificación personal del auto de suspensión. § 71

En las suspensiones de condena, no se puede descontar ningún periodo ya cumplido por abono de las medidas cautelares de igual naturaleza que le fueron impuestas en la instrucción. § 69

Insuficiente motivación en la denegación de suspensión en el supuesto de enfermedad muy grave con padecimientos incurables. § 66

La medida de libertad vigilada no es incompatible con el régimen de suspensión. § 68

La revocación no es automática. Listado de circunstancias de los delitos cometidos durante la suspensión que pueden dar lugar a la revocación, y de los que no. § 75

No es necesaria la presencia del penado para la notificación de la suspensión de la pena. § 72

No procede la revocación de la suspensión pese a comisión de delito. § 73

No procede la revocación de la suspensión pese a comisión de nuevo delito. Saldó las responsabilidades civiles y la pena supondría el riesgo de pérdida de la condición de funcionario. § 70

Otorgamiento de amparo. Necesidad de fundamentación reforzada en relación con la concurrencia de los presupuestos de la suspensión solicitada. § 67

Procede la revocación por haber delinquirido durante el plazo de suspensión. No ha lugar a la sustitución por el internamiento en un centro de deshabitación. § 74

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Antes de proceder a la revocación de la suspensión, se deberá indagar más sobre las características del programa y la asistencia del penado, para valorar si el incumplimiento es grave y reiterado. § 81

Corresponde al Servicio de Gestión de Penas informar sobre el cumplimiento de las prohibiciones impuestas, no siendo competente para ello el Punto de Encuentro Familiar. § 78

No es competencia de los Jueces y Tribunales disponer ni la duración ni el contenido del programa. § 83

No procede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a la participación en programa formativo al no estar ante un delito de violencia de género. § 76

No procede la revocación de la suspensión, aunque su actitud en el programa no ha sido la adecuada para la superación y aprovechamiento del mismo. § 82

No procede revocación de la suspensión pese a la no realización del programa formativo por imposibilidad de asistir al carecer de vehículo propio. § 77

No procede revocación: al penado no se le permite reconducir la situación cuando decide volver al programa. § 80

Se concede la suspensión pese a reincidencia en violencia de género por presentar un serio pronóstico de superación de un episodio de compulsión delictiva. § 79

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE TRATAMIENTO DE DESHABITUACIÓN

Que se cumplan los requisitos es una condición para poder acceder a la suspensión, pero no determina necesariamente su concesión. § 89

Se deniega la suspensión contemplada en el artículo 80.5 del Código Penal al considerar que llevaba tres años en tratamiento con evolución positiva. § 88

Se ordena al Juzgado de lo Penal que abra el incidente prevenido en el artículo 80.5 Código Penal asumiendo una actitud proactiva para reunir todos los elementos necesarios para adoptar su resolución. § 86

Se prorroga el plazo de suspensión para controlar que se mantiene abstinentemente de consumo de tóxicos. § 87

Se prorroga seis meses el plazo de suspensión. No hay incumplimiento grave ni reiterado. Recaída en el consumo ocasional. § 90

Suspensión condicionada a la efectividad del tratamiento de deshabituación. § 85

Una recaída en el consumo no implica el incumplimiento del tratamiento. § 84

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA FORMATIVO DE SEGURIDAD VIAL

Prórroga de la suspensión condicionada a la finalización del programa.
§ 94

Se estima recurso dejando sin efecto la obligación de realización del programa. § 91

Se revoca parcialmente la resolución de suspensión de condena dejando sin efecto la condición de continuar con el programa. § 92

Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al pago de multa y a participación en programa. § 93

SUSPENSIÓN DE CONDENA: CONDICIONADA A LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA DE EDUCACIÓN SEXUAL

Procede condicionar la suspensión a la realización de un programa de formación sexual atendida la naturaleza del delito cometido. § 96

Se condiciona la suspensión a la realización de un programa de educación sexual atendiendo a la gravedad de los hechos y el impacto social de los mismos. § 95

Se condiciona la suspensión a la realización de un programa terapéutico de formación sexual. § 97

SUSPENSIÓN DE CONDENA: OTRO TIPO DE SUSPENSIONES

Se concede la suspensión condicionada a la realización de tratamiento psiquiátrico. § 102

Se deniega todo beneficio suspensivo o sustitutivo (caso de maltrato animal). § 99

Se suspende la pena condicionada a la realización de un programa para la prevención y control de la violencia en el ámbito comunitario. § 103

Suspensión condicionada a la realización de un programa de formación adecuado en relación con la actividad de menudeo de sustancias estupefacientes. § 101

Suspensión condicionada a la realización de un programa de prevención de la violencia y un curso de derechos humanos. § 98

Suspensión de la pena condicionada a la realización de un programa de formación contra los delitos violentos. § 100

SUSPENSIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL

No procede la revocación de la suspensión pese al impago de la responsabilidad civil. Habría sido necesaria antes de la suspensión una previa investigación patrimonial sobre la capacidad del penado para abonarla. § 107

Revocación de la suspensión por incumplir la condición del pago de la responsabilidad civil. § 104

Se deniega la suspensión por incumplir el pago de las responsabilidades civiles contraídas. No cabe la aplicación retroactiva de la regulación de la suspensión prevista antes de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015. § 105

Se revoca la suspensión por la no satisfacción de la responsabilidad civil y por la actitud pasiva del penado en este aspecto. § 106



<http://www.institucionpenitenciaria.es>



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS