

# LA REVISTILLA nº 22

## Boletín del Área Jurídica

del Dpto. de Pastoral Penitenciaria Católica de la CEE.

En este número presentamos algunas relevantes resoluciones del TC, AP de Navarra y, sobre todo, de la AP 5ª de Madrid en materia de Derecho Penitenciario. *José L. Segovia Bernabé. Coordinador del Área Jurídica.*

## JURISPRUDENCIA

\* STC 89/2006 de 27 de marzo de 2006. Aunque **las celdas en la prisión no constituyen domicilio** en el sentido constitucional se viola parcialmente el derecho a la intimidad cuando se efectúa un registro con finalidad lícita y en ausencia de su ocupante, pero **sin comunicación posterior ni justificación de la medida adoptada**, pues el titular tiene derecho a saber cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento público. Existe **vinculación entre la intimidad y el conocimiento de que ha sido vulnerada y en que medida y por qué razones lo ha sido**. En un contexto como el penitenciario **toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe de ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe de servir la pena (art. 25 CE)**.

-----  
\* Seguidamente, se señalan algunas relevantes resoluciones de la **Sección V de la Audiencia Provincial de Madrid** (Pte. D. Arturo Beltrán). Una selección más amplia y documentada, realizada por la Lda. Margarita Aguilera, puede consultarse en la web <http://www.icam.es/areacolegiados/otrosservicios/verpublicaciones.jsp?id=200404130003>, donde aparecen todos los *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, editados por el Servicio de Orientación Jurídico Penitenciario del Colegio de Abogados de Madrid.

\* **No cabe resolver con meras calificaciones o juicios de valor genérico**. El recurso ha de estimarse sí bien parcialmente por no poder el Tribunal pronunciarse sobre el fondo. "Reiterada mala conducta plasmada en diversos actos graves". Esta expresión es una calificación o juicio

de valor de unos hechos que no se revelan, por lo que es imposible saber si la seguridad o el buen orden del establecimiento o el aseguramiento de la persona del interno requerían o no las medidas adoptadas. Se estimará el recurso a fin de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyas resoluciones se anularán, recabe información sobre lo ocurrido y resuelva luego con plena libertad de criterio. Auto 2761/04, 21 septiembre 2004.

\* **Extranjero que no ha disfrutado de permisos**, ha cumplido dos años de condena de un total de cuatro años y seis meses, por delito contra la salud pública. Aunque es, como se ha dicho, extranjero, cuenta en España con el apoyo de personas que le avalan. Su conducta en prisión es buena, trabaja, se esfuerza, y recibe recompensas por su comportamiento. Tiene el problema de no haber disfrutado de permisos, por lo que no puede valorarse su conducta fuera de prisión. Posiblemente la ausencia de permisos nace en buena parte de su condición de extranjero, y por **ello puede dar lugar a un círculo vicioso que es preciso romper**, sobre todo cuando la pena no es especialmente grave, la conducta es buena y el interno cuenta con avales. A juicio del Tribunal, ello pasa en este caso por la aplicación del artículo 100 del Reglamento Penitenciario, en cuanto que el penado es delincuente primario y se adapta a las normas de prisión, pero se desconoce cuál será su resistencia a los estímulos criminógenos que hace ocho meses se consideraba que faltaba. Por tanto, se acuerda el mantenimiento del penado en segundo grado de tratamiento pero con la variante propia del tercero de salir los fines de semana de tarde del viernes a mañana del lunes (o en la dimensión similar que acuerda la Junta de Tratamiento si lo precisaran los desplazamientos del penado), siempre que mantenga la acogida con la que contaba. Auto 1431/04, 26 de mayo de 2004. Cf. Auto 3642/04 de 2 de diciembre de 2004 que redunda en "el cruel círculo vicioso que dificulta los permisos de los extranjeros y al tiempo hace depender la progresión al tercer grado de la preexistencia de permisos. Se estimará el recurso, y careciendo el penado de un puesto de trabajo externo, se acordará la progresión a tercer grado en régimen abierto restringido con salidas los fines de semana de viernes a lunes y los festivos".

\*Se mantendrá a la penada en segundo grado de clasificación pero con las siguientes variantes

propias del tercero: Salidas de dos fines de semana, de viernes por la tarde a lunes por la mañana, al mes hasta que empiece a disfrutar permisos, y de todos los fines de semana cuando empiece a disfrutarlos. Con ello la pena sigue conservando una fuerte carga aflictiva pero **se estimula el interés de la interna en alcanzar la progresión** de grado y la libertad condicional. Auto 1165/04, 5 de mayo de 2004.

\* **Sustitución por la expulsión, art. 89 CP.** Desde el momento en que, con discutible criterio, se vincula la expulsión a la clasificación **cabe preguntarse si hay una variante de la clasificación del tercer grado, que lo es sólo a efectos de expulsión, lo que no dejaría de ser una suerte de política penitenciaria con vagos tonos jurídicos;** o bien, si estamos ante un supuesto común de clasificación en el que, eso sí, puede tenerse en cuenta la mayor o menor facilidad de reinserción en España o fuera de ella. En el presente caso, el penado cuenta entre los más importantes factores de reinserción con el apoyo de una familia arraigada en España. En tal sentido la clasificación en tercer grado podría tener sentido para permanecer aquí, no para marcharse. Lo que no cabe es que, ante la dificultad objetiva de obtener el tercer grado y permanecer en España, que nace de la ausencia de permisos, la reincidencia y el quebrantamiento, se busque una suerte de salida fácil por la vía de una clasificación en tercer grado que se insinúa como teleológicamente orientada a la expulsión. Y es que **no constan razones para pensar en el buen uso de la libertad fuera de España,** dados los antiguos lazos del penado con organizaciones de narcotráfico, ello por no hablar del innegable riesgo de quebrantamiento de la medida de expulsión, dados los antecedentes el penado y su situación de arraigo familiar en España, si finalmente es expulsado; y de lo incierto de la propia expulsión, condicionada por la ley a la previa instancia del Ministerio Fiscal (lo que significa que **no cabe clasificar en tercer grado “para” expulsar, sin correr el riesgo de que la clasificación quede y la expulsión no llegue).** Auto 1795/05, 10 de junio de 2005.

\* **Sustitución por expulsión, art.89 C.P.** La L.O.G.P. establece en sus artículos 65 y 72 un sistema de progresividad en el cumplimiento de la condena en cuanto que no debe permanecerse

en un grado inferior si se está en condiciones de alcanzar el superior. Los factores de desadaptación que se relacionan en el informe del Centro son la falta de arraigo de la penada en España y lo que llama "**propuesta de expulsión del territorio español**". Supuesto que esto último sea una orden de expulsión o bien una petición de expulsión de la penada **no es algo que afecte la progresión a tercer grado** y si acaso puede tener relevancia en orden a valorar el riesgo de ocultación de la penada en caso de disfrutar de un régimen de semilibertad que es mayor si teme ser expulsada y no lo desea, que si ella misma pide la expulsión. En el presente caso consta que la interna ha solicitado la expulsión e incluso expresamente el tercer grado a efectos de expulsión con cita del art. 89 del Código Penal. Con ello resulta lo siguiente: A) El tercer grado es merecido pues la progresión es la respuesta adecuada a la evolución de la interna. B) El riesgo de ocultación es mínimo pues desea ser expulsada y, además, teniendo en cuenta que la penada carece de arraigo y trabajo fuera de prisión, lo razonable es acordar la progresión a tercer grado en régimen abierto restringido conforme al artículo 82 del Reglamento Penitenciario. C) Que la falta de arraigo en España carece de significado negativo desde el momento en que a la progresión a tercer grado seguirá la expulsión. Del presente auto debe remitirse de inmediato testimonio a la Sección III de esta Audiencia a fin de que se resuelva sobre la expulsión solicitada. Auto 3918/04, 22 de diciembre de 2004.

\* **Concepto de allegado.** En principio, la alegación del interno debe ser creída, siempre que se cumplan dos condiciones: que, **o bien sea notoria, o sea aportada y verificable la razón de esa amistad** (compañeros de trabajo o estudio, vecinos, socios de igual club deportivo, etc.); y que el número de esas personas sea pequeño, pues es regla de experiencia que los allegados y amigos que puedan considerarse tales, y más teniendo en cuenta que la ley los equipara a los familiares, son muy pocos y no pueden confundirse los vínculos de amistad con cualquier relación social más o menos superficial. **En consecuencia, el control numérico de los amigos visitantes, en tanto se fije en una cifra razonable, y diez lo es, no atenta contra derecho alguno del preso** y facilita el control de esas visitas. Cosa distinta es que de modo paulatino pueda alguien

entrar o salir de ese círculo de amigos y que por tanto esa lista de 10 no tenga por qué permanecer invariable a lo largo del tiempo.. Auto 594/04, 9 de marzo de 2004, JVP nº 1, Exp. 615/02.

\* **Fines y requisitos de las Visitas de convivencia**, reguladas en el artículo 45-6 del Reglamento Penitenciario. Entre los aspectos en que **hay consenso** están los siguientes: – Estas visitas tienden a reforzar, dentro de los lazos familiares, los lazos afectivos más específicos con el núcleo central de la familia, integrado normalmente por la esposa (o compañera) y los hijos, si bien por disposición normativa se limita la edad de los hijos visitantes a la de diez años.– Los destinatarios son pues más precisos que los familiares y allegados a que se refiere el párrafo 5º del art. 46, en cuanto que el radio de la esfera de intimidad es en este segundo caso más grande y desborda el núcleo familiar más intenso para extenderse a hijos mayores de diez años, a parientes sin un grado claro o específico de parentesco, y a personas queridas o amigas no familiares. – La finalidad, por el contrario, es más difusa que la de las visitas íntimas, pues en esta predomina el componente sexual, aunque no se excluyan otros, y en las de convivencia, aunque pueda haber alguna manifestación de ese orden, la idea guía es la de refuerzo de otros lazos afectivos diferentes al sexual, el fomento de la conversación, del abordaje conjunto de los problemas, de la capacidad de compartir penas y alegrías, del ejercicio del derecho a la educación de los menores, y en general, además, de todas las delicadas funciones que exige el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de deberes inherentes al matrimonio o a la convivencia y a la patria potestad, incluida la presencia o el referente masculino y femenino en la vida de los menores (con el límite discutible de la edad menos de diez años de éstos).– Ello hace que este tipo de visitas sean acumulables en sentido jurídico o compatibles, si se prefiere, con todas las demás, precisamente por servir a fines distintos de las otras y diferenciarse de las demás en sus destinatarios. Por el contrario, son **polémicos** al menos dos aspectos básicos: – La interpretación de la norma en cuanto a si la visita se refiere a la presencia obligadamente acumulada del cónyuge (o conviviente) y los hijos menores.– La frecuencia de estas visitas no regulada expresamente por el Reglamento. Sobre estos puntos más polémicos el pronunciamiento debe ser prudente y así con variable fortuna, hay que decirlo, lo ha intentado el

Tribunal. Parte de la base de que una interpretación acumulativa de la frase que establece que esas visitas lo serán del cónyuge (o similar a éste), e hijos menores de 10 años, llevaría a consecuencias indeseables en muchos supuestos: preso (o presa) viudo, presos sin hijos, incluso por la trágica circunstancia del reciente fallecimiento de estos, cuando la necesidad de consuelo es mayor, decisión responsable de los padres de que sus hijos no visiten a sus progenitores en prisión, exclusión de la visita de alguno de estos hijos menores por razones fundadas etc... Estos supuestos no pueden referirse sólo a los casos de mujeres internas. La modificación del artículo 38 de la Ley General Penitenciaria y el anuncio de una regulación reglamentaria específica para mujeres presas con hijos menores se cumple con el artículo 45-6 del reglamento, pero es evidente que **el reglamento no ha querido excluir de las comunicaciones de convivencia a los presos varones** que, de hecho, son mucho más numerosos que las internas. En otras palabras: el reglamento cumple las previsiones de la Ley pero va más allá de las disposiciones de su artículo 38 (incluido por cierto, en el apartado relativo a la asistencia sanitaria) y se apoya en preceptos más amplios como el artículo 3 la misma que se refiere al respeto a la personalidad humana y los derechos de los reclusos, y al ejercicio de sus derechos civiles, el artículo 3.3 del reglamento que toma como referencia de la vida en prisión la vida en libertad y proclama la necesidad de reforzar los vínculos sociales del interno, o el artículo 4.2 e) del mismo que configura las relaciones con el exterior legalmente previstas como un derecho de los reclusos. En cuanto a la frecuencia de las visitas, es probable que más que un error y omisión sea un acierto del reglamento no regularla. Estas visitas son compatibles con todas las demás. **Las visitas de convivencia han de ser las más posibles**, pero, como es lógico, teniendo en cuenta las posibilidades y necesidades en cada caso concreto y sin perjudicar a unos por beneficiar a otros. Entre los criterios generales pueden considerarse: la intensidad de las relaciones con el exterior del interno, ponderando la presencia y duración de las demás comunicaciones, las peculiaridades de la relación familiar, las dificultades de acceso al centro en razón de la distancia, las posibilidades económicas, etc, para este tipo de comunicaciones y para los demás; y también, y en esto ha puesto especial énfasis el Tribunal, si

la visita va a contar o no con la presencia de los hijos menores, de suerte que ponderando este factor, por sí solo, o en unión de otros, puede perfectamente establecerse tanto respecto de la duración de las visitas, como de la frecuencia de estas, diferencias a favor de aquellas que tengan lugar con presencia de los hijos menores, sin perjuicio de poder atender supuestos singulares (Vgr. pérdida reciente de dichos hijos) que, conforme a reglas de razonabilidad, permitan hacer excepciones. Este criterio de la Audiencia se ve plasmado en Vgr. Autos 1468/03;1753/03; 1920/03; Auto 375/04.

\* **Hay que concretar las repercusiones por estar incluido en ficheros FIES.** Cuestión diferente a la legalidad de la creación y mantenimiento de los ficheros **FIES, plenamente ajustados al ordenamiento jurídico** vigente, es la posible repercusión en el régimen penitenciario de los datos así recopilados. Respecto a los internos incluidos en el grupo de narcotraficantes, como el aquí recurrente, se concretan mayores medidas de precaución que tampoco comportan por sí mismas la automática restricción en los derechos de los internos: – **El destino a módulos** o departamentos que cuenten con medidas de **seguridad** adecuadas no significa más que el cumplimiento de los criterios de separación de internos establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el artículo 76 de su Reglamento. Regulación que **en ningún momento puede entenderse** como una alteración de los principios establecidos en el artículo 71 del Reglamento Penitenciario, ni de la **subordinación del régimen al tratamiento** que establece el artículo 71.1 de la L.O.G.P. – El **control permanente** de esos internos durante todas y cada una de las actividades que desarrollen es reflejo de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 del Reglamento Penitenciario. Prescindir de esa observación –de intensidad no tasada en la Ley y Reglamento Penitenciarios–, sería abdicar de una de las principales misiones encomendadas a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. – En cuanto a la **asignación de destinos**, la literalidad de la redacción del apartado c) de esas normas – aunque sea realmente confusa en una primera lectura– **no excluye la atribución a esos internos de un destino de confianza.** La frase “deberá cuidar que, no sea de los denominados de confianza” (con esa coma), es equivalente así a “deberá cuidar que, fuera de los denominados de confianza, o exceptuando los denominados de confianza”, lo que permite considerar que los

internos incluidos en este fichero FIES sí pueden obtener esa clase de destinos. Y, con esta interpretación, la cautela establecida para el resto de los destinos, no supone excepción alguna sobre el régimen general de comunicaciones con el exterior reguladas en los artículos 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario, sobre todo en el 47 que exige una autorización expresa para efectuar llamadas telefónicas. Prescindir de la propia interpretación gramatical de esos términos y considerar que impide la asignación de destinos de confianza sería tanto como dar una nueva redacción a este párrafo (eliminando una coma y transformando “no conlleve” por “ni conlleve”), adaptándolo al deseo del intérprete, que de esta forma convierte en una prohibición expresa un precepto reglamentario en el que nunca podría ampararse la Administración Penitenciaria para denegar un destino de ese tipo, interpretando “contra reo” esa concreta disposición, aunque luego quiera utilizarse para aparentar excesivas restricciones a los derechos de los internos que permitieran dejar sin efecto toda la regulación. – Lo mismo puede decirse respecto a las **salidas al exterior del departamento para realizar actividades culturales, deportivas o de cualquier otro orden**, en las que **no se establece restricción alguna para los internos**, sino sólo un reforzamiento de las medidas de observación por los funcionarios, cuya intensidad no está sujeta a limitación alguna en el Reglamento Penitenciario. – Tampoco el recordatorio de la aplicación de las limitaciones y medidas de seguridad y control “que prevé la legislación vigente” para las comunicaciones con el exterior constituye restricción alguna de derechos.– El **cambio de celdas** por estrictas razones de seguridad, con una periodicidad que no se concreta, no integran igualmente la aplicación de limitaciones a los derechos genéricamente reconocidos a todos los internos, sobre todo si en cada caso se motivan esas razones de seguridad y no se realizan esos cambios con tanta frecuencia que pudieran implicar unas **molestias desproporcionadas en el interno o el menoscabo de su dignidad.** – Y, por último, el mismo criterio debe aplicarse a la potenciación (genérica) de las medidas de seguridad interior inmediatas, por cuanto no constituyen más que la aplicación del artículo 65 del Reglamento Penitenciario y con sujeción a los límites establecidos en el artículo 71 del mismo, a salvo, claro es, que **la excesiva e injustificada realización de cacheos, recuentos, requisitos o controles –lo que habría de comprobarse en**

**cada caso**— pudiera constituir una merma sensible de los derechos del interno en particular. Respecto a estos dos últimos apartados, los términos imperativos en los que están redactados “serán cambiados” o “se potenciarán”, son similares a los utilizados en el artículo 68.1 del Reglamento Penitenciario (“se llevarán”), lo que **no significa la obligación de adoptar indiscriminada o innecesariamente dichas medidas, cuyo límite siempre estará en los principios de necesidad y proporcionalidad** establecidos en el artículo 71 del Reglamento. El interno no concreta, por otra parte, en qué se han visto afectados sus derechos penitenciarios, ni cómo le ha afectado tal inclusión, por ello no se contesta en concreto. Si ello sucediese sería objeto de otra queja particular, aunque aquí se le contesta con carácter general. El recurso no puede prosperar. Auto 174/04, 23 de enero de 2004; en el mismo sentido el auto 335/04, 10 de febrero de 2004; cf. Auto normas reguladoras del Fichero, relativo a algunas normas de intervención con los internos incluidos en el grupo de narcotraficantes, hay disposiciones que deben entenderse a la luz de los principios anteriores, o de lo contrario supondrían una quiebra de las disposiciones generales contenidas en el apartado A-1, antes recogidas, pues, en efecto, si a estas personas se les cambia de celda, se les deniegan destinos o se les cachea y registra continuamente en razón de su inclusión en el Fichero, se estaría alterando, de hecho e inexorablemente, el tratamiento que individualizadamente merecen y necesitan al que ha de acomodarse el régimen. Por ello esas normas deben interpretarse en el sentido de que cuando la seguridad lo requiera, y por razones distintas de la inclusión en el F.I.E.S. (pero no de los datos recogidos), podrán denegarse destinos, practicarse cacheos y cambiar de celda. Y ello es tan lógico como lo siguiente: por ser narcotraficante no tiene una persona por qué ser cacheado, cambiado de celda o privado de ciertos destinos. Pero si consta vgr que cuenta con apoyo exterior y que hay personas dispuestas a facilitar su fuga, es natural que esos datos se incorporen al Fichero y que se obre en consecuencia por las Autoridades que tienen la responsabilidad de su custodia. En el presente caso no consta que la inclusión en el Fichero haya tenido consecuencia alguna y las que denuncia el interno de traslado es posterior a la queja inicial, lo que demuestra lo no fundado de ésta. Se desestimará el recurso. Auto 670/04, 16 de marzo de 2004, JVP nº 1, Exp. 167/03.

\* La Junta de Tratamiento proponía la **libertad condicional anticipada** a los dos tercios, con informe claramente favorable de reinserción. El Fiscal no se opone. El Juez de Vigilancia Penitenciaria deniega los beneficios en base al nulo efecto que ha producido una condena anterior, ya que la penada es reincidente y a la cantidad de droga que se le ocupó (4,6 kgs. de cocaína). La Junta de Tratamiento hace una evaluación global de la evolución de la interna en la que recoge como factor negativo la reincidencia y como positivos su conducta penitenciaria, los permisos disfrutados, la actividad continuada durante su estancia en prisión, la ausencia de conductas adictivas y la acogida familiar. Así las cosas, **el juez no debe poner su atención en el punto único de carácter negativo para negar los beneficios de libertad condicional**. Pero es que además, jurídicamente hablando, la reincidencia no existe (así se declara en la sentencia condenatoria, con todo acierto pues la condena anterior es 11 años anterior a los hechos por los que ahora pena). Por tanto, hablar del nulo efecto intimidatorio de esa condena anterior no es acertado. De todo lo anterior se desprende que debe estimarse el recurso y concederse los beneficios de libertad condicional en los términos en que la misma vino propuesta por la Junta de Tratamiento. Auto 1580/05. 26 de Mayo de 2005.

\* **La libertad condicional ya concedida por una primera condena puede ser ampliada a otra con posterioridad** si se cumplen los requisitos prevenidos en el Código Penal, lo que puede ocurrir si la segunda pena impuesta no afecta al cumplimiento de la fracción de condena exigida y por las circunstancias en que se produce: v.gr. nace de hechos muy antiguos que no desdican la buena evolución del penado en la actualidad. aso, en efecto, la segunda condena no alteraría sustancialmente el computo de los plazos necesarios para alcanzar la libertad condicional. Sin embargo, cometido el delito cuando el penado estaba en régimen abierto y clasificado en tercer grado en la condena inicial, es razonable que cambie a peor el pronóstico de reinserción social que exige el artículo 90 del Código Penal y que el Juez tenga en cuenta ese dato para denegar la libertad condicional. Auto. 1223/04. 7 de Mayo de 2004.

**\*Delinquir en libertad condicional no impide volver a obtenerla** alcanzarla, sobre todo si se piensa en condenas muy largas en que el periodo teórico de la libertad condicional puede durar cinco, seis, siete o más años, y resulta impredecible la evolución de una persona en tan largo plazo de tiempo. En consecuencia, **si durante ese periodo se cometen delitos, no debe procederse al licenciamiento definitivo de las primera o primeras condenas** como si ya no fuera posible contar por un lado todo el tiempo de prisión de las condenas acumuladas, y por otro lado, el tiempo que hipotéticamente correspondería al periodo de libertad condicional (regla en sí prudente para evitar intermitentes y dolorosas salidas reentradas y graves riesgos de fuga que previene el artículo 193-2 del Reglamento Penitenciario); sino que debe aplicarse esa norma sumando nuevamente todas las condenas, con independencia de que algunas de ellas estén en fase hipotética de libertad condicional y se haya delinquir durante la misma; lo cual tiene trascendencia práctica en orden al conjunto de plazos a diversos efectos (permisos, libertad condicional...) con independencia de que los plazos no tengan que ser el factor decisivo, ni mucho menos en estos casos, a la hora de resolver. (...) Auto 11/04, 5 de enero de 2004.

**\* Enfermedad muy grave no es aquella que produce la muerte de forma inexorable y pronta sino aquella que compromete muy seriamente la salud.** Cuando una persona está en continuo dolor, impedido casi de andar y de sentarse, necesitado de ayuda para acciones elementales (vestirse, calzarse, lavarse...) etc. es evidente que su salud está muy quebrantada. **Si pensamos en que esas lesiones se hubieran causado dolosamente las consideraríamos de muy graves** y su calificación se haría conforme al artículo 150 o incluso conforme al art. 149 del Código Penal. Son, por otra parte, enfermedades no solo incurables sino con tendencia a evolucionar a peor. S cumplen pues las condiciones que en este punto exige el art. 92 del C. Penal. Auto 3034/05, 26 septiembre 2005.

**\* 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 art. 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 art. 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 (art. 33 y ss. del Código penal); penas accesorias (art. 57 del Código penal); obligaciones o deberes unidos a la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83 del Código penal) o medidas cautelares (arts. 544 bis y ter de la L.E.Crm.) 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 art. 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 (art. 72.1 L.O.G.P.) y va, en especial, orientado, desde el mandato del art. 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 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. Auto 284/05 19 de Septiembre de 2005. En el sentido de que la medida de expulsión no está aplicando una medida favorecedora del proceso resocializador de la interna, sino **sancionando extemporáneamente una irregular situación administrativa** y efectuando una aplicación prematura de la legislación de extranjería cf. Auto 3219/05. 17 de Octubre de 2005, Auto 3466/05, de 4 de noviembre de 2005, 3318/05, 24 de octubre de 2004, Auto 3054/05, 27 de septiembre de 2005, Auto 3081/04, 14 de octubre de 2004.

\* **No crea peligrosidad un compact-disc.** siempre que su tamaño se ajuste a las previsiones establecidas en el Reglamento Penitenciario y siempre que el interno asuma los riesgos y coste que se produzca en caso de deterioro derivado de la manipulación que el Centro Penitenciario pueda realizar para acreditar que a través de los mismos no se introducen en el Centro objetos o sustancias prohibidas. Auto 852/05, 10 de marzo de 2005.

\* **Frecuencia en el estudio de los permisos. En cupos de 9 días cada tres meses permite la observación** razonable de la evolución del interno y un buen estudio por la Junta de Tratamiento. Eso es lo que esta haciendo, según experiencia del Tribunal en cientos de expedientes, el Centro de Navalcarnero: estudiar cuatro veces al año en coincidencia con los trimestres cupos de permisos de 9 días. No hay nada ilegal en ello. Auto 3085/04, 15 de octubre de 2004.

\* **Continuidad en la concesión de los permisos.** El penado ha cumplido más de la mitad de su condena. Este Tribunal ya se le concedió permiso de salida sin que conste su mal uso. **Lo razonable una vez iniciada esa línea es persistir en la misma, única forma de que el interno reciba un mensaje coherente y no arbitrario que le estimule a esforzarse por progresar** en su tratamiento formalmente mediante la clasificación en un grado superior, y, antes que ello, materialmente, mediante la ganancia de todas las aptitudes que le permitirán vivir en libertad dentro de la ley. Se estimará el recurso y se concederá permiso en iguales condiciones que el anterior, del que deberá haber hecho un uso correcto, distanciado del mismo en no menos

de treinta días y en extensión de cuatro días. Auto 1369/04, 20 de mayo de 2004. Cf. Auto 2672/05, 7 de septiembre de 2005, y 2637/05 de 7 de septiembre de 2005, en el sentido de que el Tribunal no puede ser arbitrario (Art. 9 C.E.) y el tratamiento se basa en la continuidad y la seguridad, y no en la inseguridad y la dispersión. En consecuencia se concederá también el presente permiso. En línea con la doctrina reiterada por esta Sala acerca de los permisos de salida, como con claridad la expresa el Auto de 19 de julio de 2.000: "Si el preso da pautas de vivir respetando la ley penal, si muestra su voluntad de no delinquir, el Tribunal mantendrá su línea de sucesivos permisos, se atenderá a los principios de un sistema penitenciario progresivo a la hora de decidir sobre la progresión de grado y se esforzará en que el interno alcance la libertad en las mejores condiciones posibles". **"Si se ha concedido un permiso, debe persistirse en esa línea y concederse el presente, condicionado lógicamente al buen uso del anterior. Cualquier otra solución crea inseguridad en el preso y propende a sembrar la confusión y despertar sospechas de capricho o arbitrariedad en las resoluciones judiciales"**.

\* **Evolución del tratamiento. Permiso, estímulo positivo del tratamiento.** El penado ha ingresado once veces en prisión. No alcanzará la libertad provisional antes de dos años. Tiene antecedentes de quebrantamientos de prisión y comisión de delitos durante el mismo. Todos estos datos son contrarios a la concesión de permisos. Sin embargo, su principal problema es la toxicomanía. Y es un problema que el penado ha afrontado con valor y entusiasmo. Está en un programa de deshabitación serio, y su conducta y el cariño de los suyos le ha hecho mantener un elevado apoyo familiar. En estas circunstancias los permisos pueden ser un estímulo más para persistir en todo lo que beneficia al penado y desistir de lo que le perjudica. En consecuencia se concederá permiso en estas condiciones: a) Cuatro días de duración. b) Presentación ante este Tribunal. c) Recogida por un familiar al salir de prisión. Auto 1159/04, 4 de mayo de 2004.

\* **Datos favorables de futuro, datos negativos de pasado.** Contra la denegación

del permiso solicitado alega el recurrente, interno en prisión desde hace más de tres años, haber cumplido ya una cuarta parte de su condena, observar buena conducta y estar clasificado en segundo grado, así como seguir en tratamiento de metadona, sin presentar desde hace tiempo problemas de drogodependencia. Es cierto, como aduce el Ministerio Fiscal, que al interno no le asiste un derecho automático a la concesión de permisos de salida, como si se tratara de un efecto vinculado al mero transcurso del tiempo. Pero los datos tenidos en cuenta preferentemente para la denegación empiezan a aparecer, más bien vinculados al pasado y no, tal y como constan en el expediente, al futuro del penado que ha de comenzar la preparación de la libertad. En tales circunstancias, debe darse ahora relevancia a la buena conducta observada en prisión por el recurrente -donde alega haberse presentado voluntariamente para cumplir su condena-; al tratamiento con metadona sin recaídas y al apoyo familiar con que cuenta, como datos favorables a la concesión del permiso que solicita. Este primer permiso, por serlo, quedará sujeto a unas especiales cautelas. Tendrá una duración de cuatro días, debiendo ser el interno recogido y acompañado a su finalización por los familiares con que vaya a disfrutarlo y se disfrutará con las demás condiciones que estime adecuada la Junta. Auto 1323/05, 6 de mayo de 2005.

Ha de interpretarse que la Ley Penitenciaria ha querido que sean **los permisos de salida la regla y no la excepción**, es decir, la situación en la cual se extingue regularmente la responsabilidad penal de un interno y los estímulos o apoyos que acompañan al tratamiento y al esfuerzo de cada individuo por elaborar un proyecto de vida nuevo del que no formen parte hacia el futuro ni el delito, ni la prisión. Se concederá, por todo lo expuesto, el permiso solicitado. Auto 2974/05, 22 de septiembre de 2005, JVP nº 3.

**\* La lejanía para tener cumplida la condena: no puede constituir un argumento categórico o inapelable en un sistema progresivo** compatible no sólo con el acceso a la libertad condicional, al alcanzarse el último cuarto de la pena, sino con el cumplimiento de la condena en el llamado tercer grado penitenciario en régimen abierto, que no se gana -o se pierde- por el transcurso del tiempo, sino, como dice el art. 65 de la Ley

penitenciaria, por la evolución en el tratamiento. Auto 1512/05 de 20 de mayo de 2005.

**\* Los permisos no sólo preparan para la libertad definitiva, sino también para la condicional, y el tercer grado.** Tribunal. Auto 3329/05, 25 de octubre de 2005.

\* El Tribunal ha manifestado ya en otras ocasiones que la regresión de grado, en razón de **la condena en un juicio de faltas no debe dar lugar a la privación de permisos** (Autos nº 2519 y 3642 de 2.005). Y ha concedido permisos que no consta que hayan sido mal usados o se hayan traducido en algún retroceso tratamental. Auto 3934/05, 12 de diciembre de 2005.

**\* El riesgo de quebrantar es pequeño cuando está próximo el licenciamiento.** El penado mantiene un razonable control sobre su drogodependencia a través del programa de mantenimiento con metadona y cuenta con apoyo familiar. Tiene antecedentes de quebrantamiento pero, aunque nunca puede descartarse el riesgo, la probabilidad de quebrantar a pocos meses del licenciamiento definitivo es razonablemente pequeña. Por el contrario, la necesidad de reencontrar el mundo de la calle es elevada pues extinguirá su condena antes de cinco meses. En consecuencia, es bueno que tome frecuente contacto con su familia, su barrio, el lugar en el que ha de trabajar en libertad. Auto 2193/04, 14 de julio de 2004.

\* El interno está cumpliendo una condena de más de trece años de prisión, de los que ha cumplido seis años y seis meses. **Su conducta es irregular pero no mala.** Se le ha incoado un expediente por desobediencia (cuyo resultado no se conoce) pero se esfuerza por ganar en cultura, por incrementar su aptitud laboral, por reforzar sus lazos familiares y por controlar su drogodependencia, con informes en este último punto especialmente favorables, lo que redundaría naturalmente en la buena evolución y en otros órdenes ya expuestos. Puede ser un caso claro de estimular la progresión de grado, a pesar de algún retroceso o acción no tolerable como esa posible desobediencia. **El permiso puede ser un estímulo adicional y externo a los que, desde su tesón y**

**conciencia, actúan como estímulos internos para el preso.** Se concederá por tiempo de cinco días, con la condición de ser recogido por un familiar y, en su caso, de presentarse ante la autoridad Policial, si así lo acuerda la Junta de Tratamiento. Auto 858/04, 30 de marzo de 2004.

\* **La trascendencia de las resoluciones que ponen fin o interrumpen de modo brusco la concesión de permisos es innegable,** y más aún si se piensa en la proyección de tales decisiones sobre el psiquismo del interno, en su eventual desmoralización y desmotivación. Por ello hechos como **un consumo ocasional de hachís,** en persona adicta a drogas mucho más adictivas y nocivas, no tiene, desde luego, que ser aplaudido pero **puede encontrar reacciones menos traumáticas que el corte en la concesión de permisos.** Así lo han entendido la Junta de Tratamiento y el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Tribunal no ve razones para declarar que esa decisión es errónea o contraria a Derecho. Auto 1056/05, 11 de abril de 2005. Cf. Auto 2343/04, 21 de julio de 2004.

\* La penada ha disfrutado de numerosos permisos todos ellos con buen uso salvo el anterior al que ahora se estudia, durante el que consumió cocaína. Su conducta es buena con plurales notas meritorias. En razón de su evolución ha vuelto a disfrutar de permisos y el Tribunal la considera una candidata al tercer grado de clasificación y ya por auto del día 8/3/05 acordó su clasificación, conforme al régimen mixto previsto en el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario. Así las cosas, **el consumo en una ocasión de cocaína ha de tenerse por un hecho aislado, sin relevancia jurídica** suficiente como para denegar el permiso, con lo que conlleva de freno en el estímulo hacía la reinserción. Se concederá permiso durante seis días en iguales condiciones que el último disfrutado. Auto 2830/05, 16 de septiembre de 2005.

\* El penado ha cumplido ya más de dos tercios de su condena, con lo que los fines de la pena pueden en muy buena medida considerarse cumplidos. **Denegar el permiso por su sola condición de extranjero sin arraigo,** en estas circunstancias y cuando el penado cuenta con el apoyo de una prestigiosa **institución pasaría de ser un acto de prudencia,** en cuanto es

cierto el mayor riesgo de quebrantamiento de quien sólo está unido a nuestro país por el doloroso vínculo de la condena, **a ser un acto de discriminación por la sola cualidad de extranjería,** en cuanto que el trato diferente a realidades diferentes ya se ha producido, aún con exceso, pues, de ser español, hace años que vendría disfrutando de permisos. Auto 834/04, 26 de marzo de 2004, JVP nº 3.

\* **La dimensión de la pena permitiría su expulsión del territorio nacional** conforme al artículo 89 del Código Penal, por lo que **no puede caerse en la tentación de dramatizar hasta el extremo el riesgo de fuga.** Ese riesgo está además **paliado por la acogida del interno por una prestigiosa institución vinculada a la pastoral penitenciaria.** Auto 1869/04, 25 de junio de 2004.

\* El riesgo de fuga sólo puede venir por la vía de la ocultación, cosa no fácil en cuanto que el interno cuanta principalmente con un apoyo conocido y localizado, y ese riesgo, en todo caso, **no puede llevar a evitarlo mediante la denegación de todos los permisos a todos los extranjeros en situación irregular haciendo pagar a los más la eventualidad de quebrantamiento de los menos.** Ciertamente, el extranjero que quebranta perjudica gravemente a los demás internos extranjeros, pero ese perjuicio debe ser controlado por la prudencia de la Administración y los Jueces para no ser desproporcionado. Auto 321/04, 26 de octubre de 2004.

\* **El efecto suspensivo del recurso de apelación** está establecido con carácter **excepcional** en el nº 5 de la Disposición Adicional 5ª de la L.O.P.J. Excepcional, pues es la única vez que se contempla en la norma; y excepcional, pues **sólo se refiere a supuestos de clasificación de grado y libertad condicional** (pequeño porcentaje de los recursos) y ello cuando la resolución que tales casos acuerda puede dar lugar a la excarcelación, entendida como puesta en libertad, pues es esa puesta en libertad la que queda paralizada por el efecto suspensivo del recurso. Así las cosas la norma, por su carácter excepcional **debe interpretarse restrictivamente.** Por ejemplo, **no puede incluir la clasificación en 2º grado,** aunque una vez así clasificado quepan

excarcelaciones temporales (los permisos) durante los cuales el preso está en libertad, con o sin determinadas cautelas. Habrá de interpretarse que ese poder dar lugar a la excarcelación no ha de entenderse como cualquier posibilidad de futuro, sino como la abierta probabilidad o certeza de presente de la puesta en libertad que pretende la ley, quede en suspenso. **El tercer grado ofrece una tal pluralidad de variantes** regimentales que la cuestión es mucho más dudosa y exige un **análisis más pormenorizado** y, a veces, casuístico. En los supuestos de **unidades dependientes y de instituciones extrapenitenciarias de deshabitación, es claro que se produce una excarcelación**, y, en el sentido material de las palabras, una puesta en libertad en cuanto que la permanencia del penado en tales lugares no es fruto de una labor de custodia y retención sino de la decisión del propio penado. Quizá pueden extenderse estos cómputos a los supuestos ya mencionados del art. 86.4 de no permanencia, ni aún durante horas, en el Centro o Sección abiertos. **En los demás casos**, no hay excarcelación sino **mero cambio de un Centro ordinario a un Centro o Sección abiertos**. En el presente caso lo que acordó la Juez "a quo" fue la clasificación en tercer grado en **régimen abierto restringido. No concurren**, por tanto, los requisitos para admitir el recurso del Ministerio Fiscal en ambos efectos. Debe por tanto desestimarse el presente recurso. Auto 2121/05, 29 de junio de 2005. Cf. Auto 2407/05, 12 de julio de 2005.

\* **El Tribunal no actúa al pronunciarse sobre la clasificación de grado como una mera jurisdicción revisora** de la actuación administrativa, concepto éste incluso superado en las modernas doctrinas administrativistas, sino que está ejerciendo la esencia de la función jurisdiccional, pues corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, al mismo nivel que juzgar, hacer ejecutar lo juzgado, conforme al artículo 117.3 de la Constitución, por lo que **no cabe pronunciarse estrictamente sobre la resolución administrativa considerada "ex tunc", sino sobre la clasificación del penado en razón de su evolución valorada "ex nunc"**, y por tanto, tomando en consideración la fracción de pena ahora cumplida. Auto 83/04, 15 de enero de 2004.

\* El apelante solicitó el permiso cuando aún no había cumplido la cuarta parte de la condena ya que la cumplió el 5 de mayo de 2005 y la resolución de la Junta de Tratamiento es de 10.3.05. Este obstáculo no puede entenderse como absolutamente insalvable, particularmente en casos extremos, por ejemplo, cuando la queja contra la denegación se resolviera muchos meses después de cumplido ese plazo, y ello por razones tan serias como, en general, el **carácter ejecutante y no meramente revisor de la jurisdicción penitenciaria**, y, en lo particular, porque la ley refiere el plazo de la cuarta parte de la condena al momento de la concesión del permiso (el art. 47 reza expresamente "se podrán conceder permisos. Auto 3614/05, 17 de noviembre de 2005, JVP nº 3, Exp. 517/05.

\* Quede definitivamente claro **que es el interno y a su abogado a quienes corresponde no filosofar sobre los permisos, sino demostrar un riesgo mínimo de su mal uso**. Varias veces lo ha recordado sin éxito este Tribunal que ya no puede expresarse más llanamente.. Auto 3586/5, 16 de noviembre de 2005.

\* Respecto de los **registros en las celdas** los principios de **proporcionalidad** al acordar y practicar la medida, deben salvarse siempre, y posibilitarse el de **contradicción**, en tanto en cuanto sea factible y pueda resultar necesario en el futuro, y ello con independencia de que la celda no puede en sentido estricto considerarse el domicilio del preso (que no lo es: no puede recibir a quien quiere, no puede volver a él cuando quiere, tiene que salir de ella conforme a horarios rígidos y ni siquiera decide cuando se apaga la luz). El Juez de Vigilancia ha de tutelar los derechos del interno. Lo que deberá hacer es **indagar las razones del registro y la forma de practicarse** y decidir después si esa medida estaba justificada y se realizó correctamente. Auto 2042/05, 27 de junio de 2005..

\* El penado ha disfrutado ya de numerosos permisos, todos ellos con buen uso, y su conducta en general es buena, con el único lunar de no haber mostrado preocupación **por resarcir el daño causado. Lo que afecta a la clasificación en tercer grado y a la libertad condicional, pero no a la concesión de**

**permisos.** Se concederá éste, a disfrutar en iguales condiciones que el anterior y en extensión de seis días. Auto 2997/05, 23 de septiembre de 2005..

\* La Junta de Tratamiento propuso por mayoría, desde una inmediatez de la que carece la Dirección General, la progresión a tercer grado. Es cierto que no ha satisfecho las responsabilidades civiles pero no lo es menos que ese requisito no estaba contemplado en el Código Penal de 1973 por el que fue condenado; que el penado está declarado insolvente; que ha puesto a disposición de los perjudicados 30.050,61 Euros; **que se compromete a pagar con su trabajo futuro, con lo que la única oportunidad de los perjudicados de cobrar algo más es precisamente que el penado trabaje.** Se estimará el recurso y se acordará la progresión del penado a tercer grado en régimen abierto pleno. Auto 2521/04, 7 de septiembre de 2004.

\*El penado cumple condena por un delito muy grave (homicidio). Su conducta en prisión es buena. Ahora bien, **no consta que haya demostrado alguna sensibilidad hacia los intereses de los herederos de la víctima.** Su esfuerzo ha sido grande pero siempre en beneficio propio. El apoyo familiar con que cuenta le hubiera permitido contraer alguna deuda con su familia y satisfacerla con su trabajo más tarde, u otro esfuerzo, siquiera simbólico, por satisfacer las **responsabilidades civiles.** Es más, ni siquiera se refiere a este tema en los recursos de reforma y apelación. Así las cosas, el Tribunal tiene que esperar a que **el penado demuestre que es capaz no sólo de hacer algo por sí mismo, sino también por otros,** cosa muy necesaria cuando la indiferencia por los demás se ha materializado en un delito contra la vida. Auto 2545/05, 18 de julio de 2005.

\* El impago de responsabilidades civiles no debe ser obstáculo a la progresión de grado dos razones: porque el penado ha sido declarado insolvente y porque ha ofrecido, en términos creíbles en persona de su evolución, pagar cuanto pueda cuando empiece a trabajar fuera de prisión, y **no es cosa de caer en el círculo vicioso y perjudicial para todos de que el condenado no progrese porque no paga a las víctimas y éstas no cobren**

**porque el penado no progresa.** Auto 3298/05, 21 de octubre de 2005.

\* Es evidente que **la Ley no puede pedir lo imposible y que la pensión que recibe el penado es inembargable** por ser inferior notablemente al salario mínimo interprofesional y que el penado no tiene más bien que el usufructo de una vivienda, lo que se sabe porque él lo alega, a efectos de demostrar que tiene dónde vivir. En consecuencia, no tiene sentido dilatar más el trámite con petición de nuevos informes que no van a incidir en la resolución, si bien ante la duda de que el penado pueda ahora valerse por sí mismo, se acordará la progresión a régimen abierto restringido con salidas de fin de semana, bajo la tutela de alguna de las personas o instituciones que acogen al interno, sin perjuicio de poder acordarse en su momento la progresión a tercer grado sin necesidad de nueva resolución si se confirman los datos aportados por el penado sobre que tiene un lugar donde vivir. Auto 830/04, 26 de marzo de 2004.

\* El propio informe del Centro habla de su pasado como de trayectoria marginal, antecedentes de drogadicción y entorno social de referencia de tipo marginal delincuenciado. Es decir, es persona que provenía de la drogadicción y la marginación. **No es fácil que quien es insolvente gane la solvencia en prisión, y, en ese sentido, el solo dato de no satisfacer las responsabilidades civiles no puede tenerse como obstáculo insalvable de acceso al tercer grado** para quienes carecen de fortuna. Auto 1390/05, 11 de mayo de 2005..

\* El Tribunal ha de declarar que se ha causado indefensión al interno al introducir las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación del artículo 235 del Reglamento Penitenciario en el acuerdo sancionador pero sin que las bases fácticas que permiten esa aplicación aparezcan ni en dicho acuerdo ni, y esto es lo más insalvable, en el pliego de cargos o Instructor. En efecto el art. 247 del Reglamento Penitenciario establece en este punto dos requisitos del acuerdo sancionador: Uno, la relación circunstanciada de los hechos y otro que esos hechos no pueden ser distintos de los consignados en el pliego de cargos formulado por el instructor.

Evidentemente **dentro de los hechos deben recogerse no sólo los que dan lugar a la calificación jurídica sino también de las circunstancias en que esos hechos se produjeron**, si esas circunstancias puedan afectar a la dimensión de la sanción, hasta el punto de que la Ley no habla de un mero relato de hechos sino de la **"relación circunstanciada"** de los mismos. Y esta garantía si acaso debe extremarse cuando el marco sancionador abstracto es desbordable y potencialmente ampliable hasta incrementarlo en su mitad, como es el caso. Auto 2878/03, 4 de diciembre de 2003..

\* Se acordaba como **medida cautelar la suspensión de las comunicaciones íntimas**, familiares y de convivencia durante un periodo de tiempo de seis meses. Sin embargo, la finalidad de esas medidas, según establece el art. 232 RP es "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y el buen fin del procedimiento, así como para evitar la persistencia de los efectos de la infracción", y en todo caso se deberán ajustar "a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto". Por todo lo que se ha expuesto resulta justificada la queja formulada por el interno, al evidenciarse un **abuso de la Administración en cuanto a la naturaleza de la medida** cautelar adoptada en relación con los fines que persigue y su necesaria **relación con la sanción** a imponer y **la proporcionalidad que ha de observar** tanto con los hechos que la provocan como con la sanción imponible, por lo que se deja sin efecto la misma. Auto 184/04, 26 de enero de 2004.

\* **Desde la STC 18/1981**, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional ha venido declarando no sólo la **aplicabilidad a las sanciones administrativas** de los principios sustantivos derivados del **artículo 25.1 de la Constitución**, al considerar que **los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador**, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración **las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24 de la Constitución**, no mediante una aplicación literal, sino en la medida

necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución, si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.

\* La **tipología delictiva**, ni en concreto, la comisión de un delito de los denominados de **"violencia de género"**, constituye por sí sola una variable negativa, **aunque dicho delito tenga mayor trascendencia social**, pues establecería una **ina-ceptable discriminación**, siendo así que la ley no lo hace. Auto 190/2005 de 29.12 de la Audiencia Provincial de Navarra.

\*El problema de la **toxicomanía, per se, no impide el permiso**, máxime si muestra disposición a ser tratado en Centro especializado, hallándose en lista de espera. Auto 189/2005 de 20.12 de la Audiencia Provincial de Pamplona.

## LA REVISTILLA

Nº 21 MARZO 2006

*Boletín del Área Jurídica de la Pastoral Penitenciaria Católica Española*

---

Queridos amigos y amigas: después de unos meses de indeseado silencio, sólo imputable a quien escribe, volvemos a la brecha. Como siempre, con este sencillo boletín tratamos de colaborar con quienes trabajamos con las personas privadas de libertad. Una vez más, os agradecemos nos hagáis llegar las resoluciones que puedan ser de interés general para este compromiso común de humanizar el sistema penal. Como siempre, podéis mandar vuestras aportaciones a [jsb45678@wanadoo.es](mailto:jsb45678@wanadoo.es). Os recuerdo, igualmente, que todos los números anteriores (con cuestiones doctrinales, legislación, etc.) pueden verse colgadas en nuestra web ubicada en [www.uc3m.e/larevistilla](http://www.uc3m.e/larevistilla) de especial interés ahora que todas las publicaciones del Departamento se efectúan por medios telemáticos. *José Luis Segovia Bernabé. Coordinador del Área Jurídica.*

-----  
*Este número contiene: Jurisprudencia del TS, Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II y AN, Acuerdos XIV Reunión JVP, Noticias.*

## JURISPRUDENCIA

**\*STS 620/2005 de 11.05.05.** Mantiene la Sala la condena del recurrente por delitos de simulación de delito y estafa. Al respecto declara el Tribunal que toda falsedad supone una mutación de la verdad, y la falsedad documental se produce cuando resultan afectadas algunas de las **funciones esenciales que cumplen un documento**: La función de **perpetuación** se ve afectada básicamente cuando el documento es destruido o deteriorado. La función **probatoria** resultará afectada cuando la alteración del documento afecte a aquello que el documento debe y puede probar. La función **garantizadora** resultará afectada cuando la falsedad no permita identificar al autor de la declaración de voluntad.

**\*STS 670/2004 de 27.05.** El Tribunal Supremo condena al recurrente como autor de un delito de robo con intimidación, excluyendo la aplicación del art. 242.2 CP,

con la consiguiente repercusión penológica. Declara que la **pistola de aire comprimido** utilizada no ostentaba eficacia intimidatoria, **no pudiendo inscribirse en el concepto de “medio peligroso”** que requiere el subtipo agravado al estar fabricada con material plástico, circunstancia que le priva de la característica de objeto contundente susceptible de producir graves lesiones. No es apreciable la mínima capacidad lesiva necesaria para la agravación, pues si bien es cierto que aplicada directamente a algunos órganos especialmente sensibles de forma muy próxima las lesiones podrían ser graves, ello no es suficiente para calificar de objeto peligroso por cuanto que también con otros objetos se puede llegar a resultados lesivos. **Y es que el fundamento de la agravante exige algo más que una hipótesis rebuscada**

**\* STS 1156/2005 de 26.09.** No cabe duda de la naturaleza de pena de **prohibición de aproximación a la víctima**, según el *art. 39 del Código Penal*, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la *L.O. 14/99*, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el *art. 468 del Código Penal*. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. No obstante, las reflexiones anteriores **ofrecen interrogantes** cuando se predican de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación. En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende -y esto es lo característico- de la **necesaria e imprescindible voluntad de la víctima** -en cuya protección se acuerda- de mantener su vigencia siempre y en todo momento. **¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia** con su marido o ex-con-viviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla? **Si se opta** por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría **considerarla coautora por cooperación necesaria** en al menos por inducción, ya

que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del *art. 468 del Código Penal*, lo que produciría unos **efectos tan perversos** que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a "vivir juntos", como recuerda las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras. Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la **voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible** por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida. En esta materia **parece decisión más prudente**, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, **la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento**, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento. En definitiva, **la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él**, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto **supone de facto el decaimiento de la medida** de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

\* **STS 1189/2005 de 28.09.** Se aborda la interpretación del polémico artículo 89 CP, referida a **la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros por la expulsión**. Se recoge la necesidad de **atemperar la interpretación literal** de la ley con una específica **motivación que atienda al caso concreto y a las circunstancias personales y familiares** a fin de responder no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la **salvaguarda de derechos fundamentales**.

\* **STS 1162/2005, de 11.10.** Esta Sala en repetidas sentencias, desde la nº 901/2004 de 08.07, seguida por las de 1249/2004 de 28.10 y 1546/2004 de 21.12, tiene declarado que el art. 89 del Código Penal debe ser aplicado tras **el imprescindible juicio de ponderación** entre los intereses enfrentados en juego y, por tanto, con una **motivación individualizada** a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso y, muy singularmente, desde una perspectiva constitucional, a la vista de la **colisión con bienes jurídicos que pudieran ser más relevantes que los meramente defensistas**, y ello ya se valore la expulsión en clave negativa para el condenado como en clave positiva para el mismo, con el fin de evitar -en tal caso- el sentimiento de impunidad ante la primera comisión del delito que pudiera suponer su expulsión sin complemento de penas.

Por ello, **procede dejar sin efecto la expulsión** acordada

\***STS 180/2006 de 16.02.** Un ciudadano extranjero, trabajador en un establecimiento hostelero que es requerido a la realización de un hecho delictivo a la que, inicialmente se niega, siendo determinante de su cambio de criterio la exhibición de una fotografía de su familia y la afirmación de un control sobre la misma. Esta amenaza la realiza alguien que ya está en el delito, en un delito cometido, normalmente, por grupos organizados, y la amenaza se realiza a un trabajador en un país lejano del suyo y alejado de su familia. En esta situación objetiva, la situación de temor alcanza una notable intensidad,

**basta con colocarse en su situación** para comprender la **inexigibilidad** de la conducta adecuada a la norma. La inicial negativa a participe en el delito se troca en una conducta de cooperación y en ese cambio tiene relevancia la **amenaza de actuar contra la familia**. Busca la ayuda de un agente de la autoridad en demanda de una salida a la situación antijurídica en la que estaba colocado. El acusado es un trabajador inmigrante y originario de un país en el que funcionan activamente organizaciones de delincuentes con capacidad importante de presión; se encuentra trabajando en España, en una situación de precariedad a lo que se une el desarraigo familiar. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo **el miedo insuperable**, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues **el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado**. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. Ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. **El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable** al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10º del Código Penal derogado. **La supresión de la ponderación de males**, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una **concepción más subjetiva** y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la **afectación del miedo** hay que referirla a **parámetros valorativos**, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al **hombre medio** (STS 1095/2001 de 16.07).

La aplicación de la eximente exige examinar, **en cada caso concreto**, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta. Cuando acudimos al **hombre medio como criterio de valoración de la situación**, no queremos decir que haya de **indagarse en una especie de fantasma de un comportamiento esperado**. Ello sería injusto y, además, sólo serviría para transferir a un **ser no real comportamientos de seres humanos, en su situación concreta**. Se trata de indagar si la persona que ha actuado, **en su concreta situación anímica y social, tuvo posibilidad de actuar** conforme prescribe el ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza el recurso **al hombre medio sin olvidar las concretas circunstancias concurrentes**.

\* **STS 197/2006, de 28.02.** <Se incorporan seguidamente partes de la sentencia recaída sobre un expediente de acumulación de condenas, conocido como "caso Parot". Esta persona había sido condenada a más de 1.400 años por distintos asesinatos. La sentencia interpreta los arts. 73, 75 y 75 del Código penal, **presentando alguna argumentación dudosa**, como cuando refiere que el principio de humanidad ha de ser analizado desde las perspectivas de las víctimas, expresión que sólo desde el caso concreto puede ser entendida. El principio de humanidad ha de producirse en el ejercicio del *ius puniendi* para con todos los condenados. De igual manera, tampoco puede ser compartida la consideración de "discutible" de la acumulación jurídica del tripo de la máxima, criterio proporcional y humanitario tradicional en nuestro sistema punitivo. Contiene tres votos particulares, en el sentido de cuestionar que más que una interpretación del art. 70.2 CP de 1973, la STS ha hecho una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto

prescriptivo, se hace una verdadera reescritura del artículo en cuestión, pues una vez fijado el máximo de cumplimiento mediante la refundición de la totalidad de las condenas impuestas y alcanzado el límite de los 30 años; en vez de operar directa y únicamente con el, se retrocede en el proceso de acumulación, para actuar de forma individualizada sobre cada pena en la aplicación de los beneficios penitenciarios, según una inédita técnica de disgregación no prevista en aquel texto, y que equivale lisa y llanamente a aplicar de manera tácita y retroactiva -en perjuicio de reo- el art. 78 CP, en su actual redacción debida a la LO 7/2003... e incorpora una filosofía de la pena ajena al Código de 1973... pues la pena acumulada es una pena nueva, resultante autónoma (SSTS 08.03.1994, 15.09.2005, 14.10.2005)... y la resolución trasciende el motivo del recurso supone una *reformatio in peius* que el recurrente no ha podido discutir.>

Entrando en el texto de la sentencia, escrita, eso sí, muy pedagógicamente, ésta señala que: "hay que partir de la base de que nuestro derecho penal vigente instaura un **sistema de determinación de la pena bajo el concurso real de delitos** que se fundamenta en *tres ideas*: 1) la **acumulación aritmética** de las penas de la misma especie (art. 69 CP 1973 y art. 73 CP 1995); 2) la **ejecución sucesiva** de las mismas **por el orden de su gravedad** (art. 70.1ª CP 1973; art. 75 CP 1995); 3) la **limitación del tiempo de ejecución** (art. 70.2ª CP 1973; art. 76 CP 1995).

Nuestra legislación excluye la pena de privación de libertad perpetua, y orienta las penas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), proscribiendo expresamente los trabajos forzados. Pero esto no quiere decir que la **reinserción social** sea el único fin de la pena, sino que ha de armonizarse con otros principios, particularmente el de la prevención especial, que en delitos muy graves se combina también con criterios retributivos de la pena (...). Por nuestra parte, hemos mantenido que **la pena** tiene un **doble componente**: la finalidad **resocializadora** que toda pena comporta y la **finalidad aflictiva** (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha

considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales y que justifica su misma existencia legal (STS 1807/2001, 30.10).

Es claro también, que **otro principio** que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe **cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas**, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo (...). En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el **principio de humanidad** estará **siempre al lado de las víctimas**, sin perjuicio de la **forma humanitaria de la ejecución** de la pena a su autor.

El legislador diseña un sistema de **limitaciones temporales** para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable, *cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente*. Tales limitaciones no son fruto de los más recientes Códigos, sino que fueron ya proclamadas por el Código penal de 1870. **Estas limitaciones son de dos tipos: una, impuesta por discutibles razones de política criminal**, limita el cumplimiento total de la condena del culpable, **al triple del tiempo** por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas (esto es, cumplidas sucesivamente), cubrieren el *máximo* de tiempo predicho; otra limitación, esta vez fundada en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), previene una **duración máxima de treinta años de prisión**. Sin embargo, el Código penal vigente (de 1995) contiene otros tipos de limitaciones escalonadas (una básica de 20 años, pero otras superiores, que se sitúan en **25, 30 ó 40 años** de prisión, tras su modificación por L.O. 7/2003).

Hemos dicho que **la primera limitación** obedece a **discutibles razones de política**

**criminal**, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de la Constitución española (“*es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales ...*”), y **establece un cierto principio de impunidad**, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación. No es éste, sin embargo, el objeto de nuestra resolución judicial.

Para aplicar tales limitaciones en el cumplimiento sucesivo de las penas, y que dará lugar a la *condena total resultante* (que es un concepto diferente de la suma de las penas impuestas y que se han de cumplir sucesivamente de la manera ya expresada), se ha de operar con un **criterio de conexidad**. El apartado segundo de la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973, dispone que “*la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en un solo*” (párrafo éste adicionado por la Ley 3/1967, de 8 de abril). Esa conexión puede ser de diversas clases: la llamada **conexión procesal**, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5ª del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada **conexión material**, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, **la conexidad temporal**, que considera la agrupación por épocas delictivas. Respecto a esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS 15.4.1994 y 27.4.1994) y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad. Únicamente se

excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio *cronológico* es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el art. 76.2 del vigente Código penal, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado *al momento de su comisión*, en clara referencia al expresado criterio cronológico. Hemos acordado recientemente (Pleno no Jurisdiccional, de 29 de noviembre de 2005) que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la fecha de la sentencia firme, sino la fecha de la sentencia condenatoria definitiva, y hemos mantenido también que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena, respecto a la sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa.

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

pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código penal se refiere a la limitación resultante con el término de “condena”, de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal *condena* con respecto a las respectivas “penas” impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado *dejará “de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”*; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un *concurso real*, resultado de la aplicación del art. 69 del Código penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex art. 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, ex art. 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleo-lógicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un

solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del Código penal de 1973, determina cómo se verifica *en ese caso* el cumplimiento sucesivo “por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas”; g) y, para terminar con el razonamiento, proce-salmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las *penas* impuestas (dicho así en plural por la ley), “*determinando el máximo de cumplimiento de las mismas*” (expresado de igual forma así de claro).

Es, por ello, que **el término a veces empleado**, llamando a esta operación una “**refundición de condenas**”, **sea enormemente equívoco e inapropiado**. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código penal (T.R. 1973). De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así

sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del art. 70 del Código penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años.  $20+10=30$ . Ya no podría cumplir más penas, *dejando de extinguir las que procedan*, como literalmente dice el Código penal aplicado, *desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años (...)*. Por todo ello, teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, **deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años**, que se extenderá hasta el año 2020.

\* **STS 11.05.2005**, rec. 1888/2001 (Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo, sección 6ª). La Federación Andaluza Acoge, Asociación Andaluza por la Solidaridad y la Paz (Aspa) y Asociación de Mujeres Progresistas "La Mitad del Cielo", contra la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 sobre **normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (CIE)**, publicada en el BOE de 24 de febrero. La

**STS anula los artículos 30, apartados 1, 2, 3, 6, 8 y 9; el artículo 34 y el apartado 5 de artículo 33.** El fallo obliga a reconocer a los inmigrantes internados en los CIE derechos que **impiden la restricción de las visitas de familiares y abogados, los controles de la correspondencia, el decomiso de sus pertenencias y el derecho a cursar peticiones directamente a las auto-ridades sin pasar necesariamente por el cauce del Director del CIE.** Debe ser **anulado** por insuficiencia de rango en **todo aquello que suponga limitación de derechos** al margen del artículo 60 de la Ley 8/2000 que en su número 2, en su último inciso, dispone que **"los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio"**.

\* **STS 829/2006, de 20.07.** Bien pudiera decirse que **Guantánamo es un verdadero "limbo" en la Comunidad Jurídica** que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, **constituyendo un acabado ejemplo** de lo que alguna doctrina científica ha definido como **"Derecho Penal del Enemigo"**. Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho. Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la *"polis"* a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra. Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en: a) Frente al derecho penal del hecho -hecho concreto-, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un **derecho de autor** que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista. b) Hay un decaimiento generalizado o **anulación de las garantías** procesales propias del proceso debido. c) **Las penas previstas** para esa actitud -que no los actos cometidos- pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de **una gravedad y desproporción** que

desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal. **Esta Sala, en la STS 1179/2001 de 20.07, ya advirtió de la perversión que supone legitimar los medios en atención a los fines: "...desde la legitimidad de la sociedad a defenderse del terror, esta defensa sólo puede llevarse a cabo desde el respeto de los valores que definen el Estado de Derecho, y por tanto sin violar lo que se afirma defender...."**.

La doctrina del T.S. de los Estados Unidos de América del Norte concentrada en el aforismo "***The Supreme Court has decided the Constitution don't follow the flag***", es decir, "el Tribunal Supremo ha decidido que la Constitución no sigue a la bandera". Ello equivale a decir que del hecho de que ondee la bandera de EE.UU. en un territorio, no se sigue que le sea aplicable la Constitución. En esta doctrina parece encontrarse el origen de la situación insólita de Guantánamo --Insular cases: Delim vs. Bidwell (1901); Dodey vs. United States (1901) ó Door vs. United States (1904). Más limitadamente debemos declarar que partiendo del dato cierto e incontrovertido de que el recurrente permaneció detenido en poder del ejército de los Estados Unidos desde que les fue entregado en fecha no precisada en la sentencia, en Kandahar, por los militares paquistaníes y trasladado seguidamente a la base de Guantánamo, hasta su puesta a disposición del Juez Central de Instrucción nº 5 el 13 de Febrero de 2004, toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por **inexistente la, eufemísticamente, denominada por el Tribunal sentenciador "entrevista policial", lo que en realidad fue un interrogatorio** porque éste se produce en una situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde, y en este caso, el que respondía, estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contortulios, que, obviamente, no existió en el presente caso. Por la misma razón, debe ser declarada nula e inexistente la declaración en el Plenario de los dos miembros de la Unidad Central de Información Exterior que interrogaron al

recurrente. <Por otra parte,> en la valoración transcrita de la sentencia, de entrada se aprecian errores de interpretación y omisiones importantes "(...). En definitiva, la sentencia condenatoria no supera, ni con mucho, el canon de "***certeza más allá de toda duda razonable***" que es exigible a toda condena como con reiteración tiene declarado el TEDH, nuestro Tribunal Constitucional y esta propia Sala -STS 474/2006 de 28 de Abril y las en ella citadas-. Se está en un total vacío probatorio de cargo.

\* **STS 1021/2005, de 20.09.2005.** La interpretación teleológica que del **art. 58 CP 1995** viene haciendo esta Sala **permite abonar en una determinada causa el tiempo de prisión preventiva sufrido en otra-** por exceso respecto a la pena impuesta por haber recaído sentencia absolutoria-, con la limitación de que las causas hubieran estado en coincidente tramitación, **para no generar**, en quien tiene a su favor un tiempo de prisión preventiva sobrante, **"un crédito positivo" de días a cuenta para un futuro delito**, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena. Sin embargo, **se permite el abono de los hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió o impuso pena menor a la prisión sufrida.** Así ocurre en el supuesto de autos.

\* **STS 1011/2005, de 21.09:** no existe **petición de pena** por la acusación pública y de otra **no existe** en autos una **valoración de la droga** que permita la fijación de la pena pecuniaria que prevé el tipo penal. Esa falta de acreditación del valor, pues por tal no puede tenerse la mera apreciación policial sobre la determinación del valor, **impide fundar la base para la fijación de la pena de multa.**

\* **STS 1311/2005, de 14.10.** De acuerdo con el Pleno no jurisdiccional 13 de julio de 2005 de la Sala II TS, que la **toma**

**subrepticia de muestras de ADN no precisa autorización judicial.**

\* **STC 23/2006, de 30.01.** Se vulnera el **derecho a utilizar los medio de prueba pertinentes cuando no se responde a la solicitud del recluso** acerca de la circunstancia de su **drogodependencia**.

\* **STC 34/2006, de 13.02.** Condena fundamentada en **declaraciones de coimputados no corroboradas** (cf. STC 72/2001).

### \* **ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA II TRIBUNAL SUPREMO Y A.N.**

\* **13 de julio de 2005**

1.- Suficiencia de la autorización judicial para extraer **muestras de ADN** a un detenido que carece de asistencia letrada. (Sobre la cuestión del ADN, cf. STS 20.05.2005) 2.- Alcance del Art. 313.1 del CP (**entrada clandestina de traba-jadores**).

\* 31 de enero de.2006. **La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas** abandonadas por el sospechoso **sin necesidad de autorización judicial. El domicilio** a que se refiere el art. 15 bis LECr. en Violencia de género **es el de la víctima al ocurrir los hechos**. Para las **redenciones extraordinarias** del antiguo Reglamento del Servicio de Prisiones, **el tipo de trabajo no es lo decisivo, sino** si en su desempeño concreto concurren las notas de **especial laboriosidad, disciplina y rendimiento**.

\* **28 de febrero de 2006: el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa** si la ideación defraudatoria surge en **momento** posterior durante la ejecución del **citado** contrato.

\* **25 de abril de 2006.** Se mantienen los criterios acerca de la **interrupción de la prescripción** sostenidos por el TS pese a la STC 63/2005, en uso de las facultades conferidas directamente por el art. 123.1 CE

\* **30 de mayo 2006:** Cuando los hechos constituyan un delito del art. 188.1

(forzamiento a la **prostitución**) y un delito del art. 312.2, segundo inciso (emplear a **extranjeros sin permiso de trabajo** en condiciones que restrinjan sus derechos) se producirá ordinariamente concurso real de delitos.

\* **Acuerdo 18.08.2006.** 1.- El art. 301 CP (**receptación**) no excluye, en todo caso, el **concurso real** con el delito antecedente (**delito societarios**). Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de **cinco magistrados**. 2.- Los **acuerdos de Sala General** (pleno no jurisdiccional) son **vinculantes**.

\* Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18.11.2005, de la **Audiencia Nacional** señalando que de todos los **recursos en materia de vigilancia penitenciaria en que es competente conocerá la sección primera de la Audiencia Nacional**.

### **XIV REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (Junio 2005).**

El pago de la responsabilidad civil es variable a ponderar exclusivamente en las progresa-siones a tercer grado, tiene importancia fundamental cuando el móvil único o principal del delito fue el animo de lucro. Si existía pago fraccionado que se ha venido efectuando se entretendrá suficiente su esfuerzo y bastante la garantía para el pago de las cantidades aun pendientes y aplazadas. El JVP puede imponer al liberado como regla de conducta el satisfacer como responsabilidad civil una cantidad mensual proporcionada a la capacidad económica e ingresos del liberado. Se valorará para progresión a tercer grado o Libertad condicional el que, teniendo trabajo remunerado durante un considerable período de tiempo en el centro, aunque fuera inferior al SMI y tuviese aprobada la insolvencia, habiendo podido hacerlo no haya satisfecho cantidad alguna para responsabilidad civil lo hiciera durante el cumplimiento de la condena, siempre que

estimadas sus circunstancias personales y familiares, se pueda considerar que pudo abonar determinadas cantidades y no lo hizo.; Los JVP entenderán de la ejecución de las penas de TBC posteriores al vigor de la LO 15/2003, deberá aprobar el plan de ejecución y le serán comunicadas las incidencias en el mismo (las acontecidas con anterioridad al plan de ejecución serán competencia del tribunal sen-tenciador).

## WEBS DE INTERÉS

\* <Página con toda la jurisprudencia del **Tribunal Supremo**>  
<http://jur.poderjudicial.es/jurisprudencia>

\* <Página con la jurisprudencia del **Tribunal Constitucional**>  
<http://tribunalconstitucional.es>

\* <Página interesantísima del **Colegio de Abogados de Pamplona**, con mucho material de derecho penitenciario>  
<http://www.derechopenitenciario.com>

\* <Página del **Colegio de Abogados de Madrid**, con material y los relevantes Cuadernos de Derecho penitenciario>:  
<http://www.icam.es/areacolegiados/otroservicios/verpublicaciones.jsp?id=200404130003>

\* <**Colegio de abogados de Zaragoza**. Con especialización en cuestiones de extranjería>  
<http://www.recaiz.es/extranjeria>

\* <**Diccionario interactivo de Derecho Penitenciario**>  
[www.ucm.es/info/eurotheo/normativa.htm](http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa.htm)  
< "Derecho penitenciario y de ejecución de penas y medidas" Prof. Dopico>.  
<http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/EjecPenas.html>

## NOTICIAS

\* **La Audiencia Provincial de Madrid (sección 5ª)** con ponencia de A. Beltrán ha

planteado **cuestión de inconstitucionalidad** la cuestión de dejar en las **manos exclusivas del fiscal** la posibilidad de **sustituir**, en el caso de las personas extranjeras *sin papeles*, las penas superiores a seis años de prisión por la **expulsión de España**, considerando **inconstitucional el art. 89.1 párrafo 2º CP**, toda vez que la facultad de juzgar y hacer ejecutar es competencia exclusiva del juez, sometido en exclusiva a la ley y sin sumisión a otros principios como el de unidad y jerarquía.

\* Los colaboradores de esta área de la Pastoral Penitenciaria han realizado algunas **publicaciones** de las que damos cuenta:

-Jacobo Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2005.

-Laura Pozuelo (coord.), Jacobo Dopico, et al., *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Comares, Granada, 2006.

-Julián Ríos Martín, Esther Pascual y Alfonso Bibiano, *La mediación penitenciaria*, Colex, 2005.

-Julián Ríos Martín y José Luis Segovia, *Las penas y su aplicación*, Colex, Madrid, 2006.

-Andrés Martínez- Arrieta (dir.), *Psiquiatría Criminal y comportamientos violentos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

## LA REVISTILLA

Nº 23, Octubre 2006

### *Boletín del Área Jurídica de la Pastoral Penitenciaria Católica*

---

*Contenido:* jurisprudencia del TC, resoluciones en materia de extranjería, menores, Fiscalía General del Estado, legislación, indultos y noticias.

---

## JURISPRUDENCIA

\* **Auto del Pleno del TC 04.04.2006**, respondiendo a cuestión de inconstitucionalidad propuesta por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Alicante. Interpreta el último párrafo del art. **89.1 CP** señalando que, en los supuestos en los que **la expulsión de extranjeros sustitutiva de la pena privativa de libertad no pueda ejecutarse, el término "cumplimiento" no obsta la posible aplicación de suspensión de la pena privativa de libertad o sustitución de la misma.**

\* STC 179/2005 de 04.07. Vulneración del **derecho a la libertad personal**: prisión provisional insuficientemente motivada **en causa por delito contra la salud pública**. El Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo y ha anulado el auto de la Audiencia Provincial en cuanto al pronunciamiento sobre la medida cautelar de prisión provisional **por ausencia de cualquier tipo de razonamiento sobre la influencia que pudieran haber tenido las eventuales circunstancias personales del recurrente** (tener domicilio conocido, estar casado y ser padre de familia, con algún hijo de corta edad) **y la evolución de la causa**, transcurridos más de siete meses desde que se adoptó la medida originaria. **La naturaleza del delito y la gravedad de la pena, con el transcurso de siete meses de cumplimiento de la medida cautelar, era necesario ponerlas en relación con la situación personal y el caso concreto del recurrente**, para ponderar adecuadamente la persistencia de un fin constitucionalmente legítimo que justificara la prórroga de las medidas.

\* **STC 150/2006, de 22.05.** Aunque en varias sentencias se ha hecho referencia, como expresión del alcance subjetivo de la medida, a la **importancia de identificar las concretas personas investigadas** como usuarias del teléfono intervenido (entre las últimas, SSTC 171/1999, de 27.09, FJ 7; 138/2001, de 18.06, FJ 5 ó 184/2003, de 23.10, FJ 10), del conjunto de la jurisprudencia de este Tribunal, construida fundamentalmente para dar respuesta a casos en que se plantean otro tipo de problemas, **no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible.** A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía —por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos— esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen

en el seno de estructuras delictivas organizadas.

\* **STC 155/2006, de 22.05.** La Abogada presentó un escrito desistiendo del recurso de reposición en el que, a la vez, se quejaba de la actuación “de todo punto arbitraria e inmotivada que está adoptando la Juzgadora” y “de todo punto ajena a los más elementales principios de la normativa adjetiva y sustantiva española vigente”. La actuación judicial se califica asimismo en el escrito de “incomprensible” y “parcial”, y se dice que el Juzgado acordó primero el libramiento de mandamiento de devolución a favor de su representada, pero posteriormente se desdijo de lo resuelto, razón por la que “esta parte no acató este esperpento judicial” e interpuso el recurso de reposición. Se añade que “esta actitud de la Justicia lo único que crea es un sentimiento desasosegador en el justiciable que lo lleva a no confiar en la Administración de Justicia”. **El TC señala que** debe resolverse acudiendo a la consolidada doctrina que sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión ha sentado este Tribunal, y que aparece sintetizada, entre otras, en las SSTC 65/2004, de 19.04, FJ 2; 197/2004, de 15.11, FJ 5; 22/2005, de 01.02, FJ 3; y 232/2005, de 26.09, FJ 3, por citar sólo las más recientes. En estas Sentencias se afirma “que el ejercicio de la **libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados** de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una **singular cualificación, al estar ligado estrecha-mente a la efectividad de los derechos de defensa** del art. 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4)”. También se indica que “**consiste en una libertad de expresión reforzada** cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE)” y, por ello, se señala que “se trata de **una manifestación especialmente inmune a las restricciones** que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11.07, FJ 5)”.

En ese escrito la Abogada recurrente vierte duras críticas sobre la actuación judicial. Pues bien, las reseñadas expresiones referidas a la falta de motivación y arbitrariedad de las resoluciones **judiciales no exceden del límite tolerado por el ejercicio del derecho de defensa.** Así pues, hemos de concluir que las expresiones por las que fue sancionada la Abogada recurrente en amparo se encuentran amparadas por su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de ya que se emplearon con el fin de fundamentar la oposición, sin que tampoco se desprenda de ellas la intención de **menospreciar al Poder Judicial, en cuanto función estatal, que constituyen los límites** de esta específica manifestación del derecho a la libertad de expresión (por todas, STC 65/2004, de 19.04, FJ 4).

\* **STC 158/2006, de 22.05.** Con relación al derecho al recurso penal y al derecho al doble grado de jurisdicción, este Tribunal ha declarado que cuando se trata del acceso a un **recurso penal de quien resultó condenado en la primera instancia judicial, es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez ex art. 24.1 CE en la interpretación de todas las normas de Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento** (SSTC 60/1985, de 06.05, FJ 2; 221/2000, de 18.09, FJ 3; y 130/2001, de 04.06, FJ 2). En tales supuestos, en efecto, en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor del reo, **resulta de aplicación el principio de interpretación pro actione,** entendido como la **interdicción de aquellas decisiones o actuaciones judiciales determinantes de la privación de dicha garantía esencial que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que tratan de preservar y los intereses que se pretenden defender.**

\* **STC 66/2006 de 27.02.2006.** “Sólo cabrá constatar **una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas,** es decir, cuando los órganos judiciales hayan

valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, **o cuando no se motive el resultado de dicha valoración** o, finalmente, cuando **por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado**.”**“En cuanto a los medios probatorios** sobre los que puede basarse la convicción judicial de culpabilidad, hemos declarado desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, según recordábamos recientemente en la STC 186/2005, de 4 de julio (FJ 5), **que ‘a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento** de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, **siempre que:** a) los indicios se basen **no en meras sospechas, rumores o conjeturas**, sino en hechos plenamente acreditados y b) que los hechos constitutivos del delito **se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria** (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 12; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4; y 135/2003, de 30 de junio, FJ 2). Como se dijo, alegando doctrina anterior, en la STC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2, el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el **canon de su lógica o cohesión** (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde el de su **suficiencia o calidad concluyente** (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 14; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5)”.(STC 267/2005, de 24 de octubre, FJ 3). La aplicación de esta doctrina al presente proceso constitucional conduce a la **estimación del amparo solicitado**. Tal y como se ha señalado en los antecedentes, el

recurrente ha sido condenado por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid, de 20 de marzo de 2003, como autor responsable de un delito de robo con violencia y otro de robo de uso de vehículos, así como de una falta de hurto. El Juzgado consideró acreditada su intervención porque reconoció que estuvo en compañía de los otros dos coimputados con anterioridad a que se cometieran los ilícitos relatados, hecho que igualmente resultó averado por el testimonio policial que recuerda que se le pidió su filiación en tal lugar. Esa presencia y la imposibilidad de que apareciera una cuarta persona entre ese momento y el de la comisión de los delitos y la falta es la que justifica el fallo condenatorio (FD 2). La Audiencia Provincial de Madrid insiste en los mismos argumentos en el fundamento 2 de la Sentencia de 27 de febrero de 2004, considerando que la condena del recurrente ha traído causa de una prueba indiciaria, ya que en su criterio ha quedado acreditado que permaneció la noche de los hechos con los otros dos acusados, como ha manifestado tanto la policía como el propio recurrente. Dado que en los hechos intervinieron tres personas, y que la identificación de los otros dos ha sido plena, es razonable inferir para la Sentencia que el recurrente es el tercer autor, “ya que no transcurrió ni siquiera tiempo material para que aquéllos se separan desde la identificación, sustracción del vehículo y actuación en la gasolinera” (FD 2). Es obvio que, como correctamente razona el Fiscal, ninguna de estas dos inferencias presenta la entidad suficiente como para justificar un fallo condenatorio: Nos encontramos, en definitiva, ante un **indicio falto del necesario nexo lógico (el referido a la inmediatez temporal entre la identificación y la actuación delictiva, que contradice los hechos probados) y otro manifiestamente insuficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente. Se anula la sentencia condenatoria.**

**\*La STC 1744/2005 de 26.09.** avala las tesis de la Premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú, así como del sindicato CC.OO. y de otras asociaciones, para que

España investigue los delitos de genocidio torturas, asesinatos y detención ilegal cometidos en Guatemala entre los años 1978 y 1986. La sentencia del Alto Tribunal afirma que **el principio de jurisdicción universal prima sobre la existencia o no de intereses nacio-nales**, pues la competencia de la jurisdicción española en los casos de genocidio no puede restringirse por la nacionalidad de las víctimas ya que sería un **requisito añadido no contemplado en la LOPJ art. 23.4**. En efecto, **la persecución internacional y trans-fronteriza** que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particularidades características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad **trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional** en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un **interés compartido de todos los Estados** (cf. STC 87/2000, de 27.03, FJ 4).

**\*STC 235/2005, de 26.09.** El recurrente, actuando en su propio nombre y sin asistencia letrada, solicitó un **permiso de salida** que le fue denegado por la Junta de tratamiento. Interpuso recurso de alzada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que fue **desestimado**. Contra dicha resolución interpuso **recurso de reforma y subsidiario de apelación**, siendo desestimada la reforma por Auto en el que no hace indicación alguna acerca de su firmeza o de las vías de recurso que pudieran caber y **no da trámite a la apelación** planteada claramente en forma subsidiaria, **sin expresar tampoco razón alguna para ello**. En cuanto a la admisibilidad de recurso, en un caso de estas características es **obligado atender a las circunstancias particulares** del demandante —**interno en centro penitenciario y actuando sin asistencia letrada**— a los efectos de modular el grado de exigencia relativo al examen de las posibilidades de salvar el óbice de procedibilidad que examinamos. A este respecto, en las SSTC 128/1998, de 16 de junio (FJ 6), y 65/2002, de 11 de marzo (FJ 4), hemos afirmado que debe distinguirse “la

muy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en un proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derecho capaces, por ello, de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos”.(Cf. STC 140/2000, de 29 de mayo (FJ 2)). En un caso como en el que nos ocupa, procede entrar en el examen del fondo de la demanda de amparo. **Podría discutirse cómo deba interpretarse la disposición adicional quinta, párrafo 3, LOPJ**, en la que se regula “de manera poco clara e insatisfactoria, en opinión doctrinal generalizada” (STC 54/1992, de 8 de abril, FJ 3) el **régimen de recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria**. Hemos examinado en otras ocasiones esa cuestión, y, en un supuesto como el que nos ocupa —**apelación contra Auto que deniega la reforma en materia de permisos penitenciarios**— hemos puesto de manifiesto que **“nos hallamos ante un recurso comúnmente utilizado**, como lo ponen de manifiesto los Criterios de Actuación de estos Jueces núms. 82 y 83, integrados entre los aprobados en su VII Reunión de septiembre de 1993, conforme a los cuales las resoluciones que dicten resolviendo sobre quejas son resoluciones dictadas en primera instancia y, por tanto, susceptibles de recurso de reforma y apelación (Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial núm. 116, marzo de 1994)” (SSTC 128/1998, de 16 de junio, FJ 8; y 65/2002, de 1 de marzo, FJ 4). No obstante, también hemos afirmado que no puede calificarse de interpretación errónea o arbitraria de la disposición adicional quinta LOPJ el declarar improcedente el recurso de apelación contra las decisiones denegatorias de un permiso de salida, basadas en que se trata de resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria recaídas resolviendo un previo recurso administrativo (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 9). En cualquier caso, la efectiva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sufrida por el demandante, que ha de llevarnos a otorgar el amparo, viene dada por la **completa ausencia de**

**indicación acerca de la firmeza o recurribilidad de la resolución**, así como, por ende, acerca de la viabilidad de la apelación subsidiariamente interpuesta, toda vez que no ha tenido respuesta alguna al recurso de apelación que formuló subsidiariamente.

\* **STC 196/2006, de 3 de julio de 2006.** El Juez de Vigilancia Penitenciaria accediendo a una petición del propio demandante de amparo, acordó que se le hiciera una **analítica**, a fin de comprobar si había superado el consumo de sustancias tóxicas. El Director del centro penitenciario libró una orden que venía a concretar el modo en el que debía cumplimentarse aquélla: se había de proceder al **cacheo integral del interno** y a dotarle de un albornoz o bata, tras lo cual pasaría a un aseo o servicio, a fin de que proporcionara una muestra de orina en un bote. Se añadía la importancia de haber revisado el servicio previamente y de que el interno se lavara bien las manos con jabón antes de suministrar la muestra. No consta que la orden del Director se llevara a cabo por el funcionario encargado de cumplimentarla de un modo distinto al fijado. En cualquier caso, no se discute que el demandante, después de haberse desnudado sin oposición, estando ya en el habitáculo destinado al efecto, **decidió no facilitar la muestra de orina**. Ante esta negativa, el funcionario formuló un parte y el demandante fue **sancionado** como responsable de una **falta grave**. En relación con la queja basada en el art. 15 CE debemos recordar que hemos calificado de **tratos inhumanos o degradantes** a aquellos que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 7). Y con este sentido aparecen reflejados, para el concreto ámbito penitenciario, en el art. 31 de las reglas mínimas de tratamiento de los reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el art. 37 de las Reglas penitenciarias europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo

de Europa y, en nuestro ordenamiento el art. 6 de la LOGP. Igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída a propósito del art. 3 del Convenio (SSTEDH de 18 de enero de 1978, caso Irlanda c. Reino Unido; 25 de abril de 1978, caso *Tyrer c. Reino Unido*; 25 de febrero de 1982, caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*; 7 de julio de 1989, caso *Soering c. Reino Unido*; 16 de diciembre de 1999, caso *V. c. Reino Unido*; 26 de octubre de 2000, caso *Kudła c. Polonia*; 19 de abril de 2001, caso *Peers c. Grecia*; 15 de julio de 2002, caso *Kalachnikov c. Rusia*; y 4 de mayo de 2003, caso *Van der Ven c. Holanda*). En relación con el concreto ámbito penitenciario, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que «estos acarreen sufrimientos de una **especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena**» (SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4; 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 137/1990, de 19 de julio, FJ 7; y 150/1991, de 4 de julio, FJ 7). De otra parte, aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante «en razón del objetivo que persigue», ello no impide que se le pueda considerar como tal «en razón de los medios utilizados» (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4). En aplicación de esta doctrina, en los casos resueltos por las SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 204/2000, de 24 de julio, hemos descartado que los cacheos con desnudo integral allí cuestionados hubieran supuesto una violación del art. 15 CE. A la vista de ello no se desprende que la orden impartida al recurrente pueda constituir un trato vejatorio y degradante, prohibido por el art. 15 CE. Sentado lo anterior, ha de valorarse si la orden impartida al recurrente ha vulnerado el **derecho a la intimidad personal** que el art. 18.1 CE le reconoce. Resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal constitucionalmente protegido, según el criterio social dominante en nuestra cultura (SSTC

37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Pero debemos considerar que la intimidad personal no es un derecho de carácter absoluto (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y que, además de llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, puede el propio titular de este derecho aceptar intromisiones en el mismo. En efecto, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5. Al margen de los supuestos del art. 68.2 RP, cabe también que el consentimiento eficaz del sujeto particular permita la intromisión en su derecho a la intimidad, pues **corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad** personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Así ocurre en el presente caso, en el que **la toma de orina se acordó como consecuencia de una petición del propio recurrente de que se le hiciera una analítica** para acreditar que había superado el consumo de sustancias tóxicas. Por tanto, ni se precisaba de una resolución judicial motivada que supliera la ausencia de consentimiento del afectado, ni la Administración penitenciaria debía sustentar su actuación —como exigimos en las SSTC 204/2000, de 24 de julio, y 218/2002, de 25 de noviembre— en la habilitación legal que suministra el art. 68.2 del RP, cuya redacción trae causa de la STC 57/1994, de 28 de febrero. Aquí, por el contrario, es el consentimiento del interno — más aún, su propia petición— la que origina la actuación judicial y administrativa. Y consistiendo la prueba de que se trate en una **intervención corporal** leve, es evidente que, realizándose de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad corporal (SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6). Ahora bien, **nuestro enjuiciamiento no puede detenerse aquí**. Según acabamos de expresar, la afectación del derecho a la intimidad del demandante de amparo se

sustentó en su propio consentimiento inicial. Pero debemos inmediatamente considerar que **pertenece a su ámbito de libertad revocar en cualquier momento ese consentimiento**, como así hizo, aduciendo que, dadas las características del lugar donde se iba a proceder a proporcionar la muestra de orina, podía ser visto por terceras personas. En la medida en que **la negativa del recurrente a suministrar la muestra de orina** en las circunstancias dispuestas por la Administración penitenciaria **le acarreo una sanción**, debemos examinar la posible vulneración del art. 25.1 CE, desde la perspectiva de que es precisamente el ejercicio del derecho a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) la premisa en la que se asienta la **incompatibilidad de la sanción im-puesta con el derecho a la legalidad sancionadora** (art. 25.1 CE), y a lo que no se opone que la negativa del recurrente pusiera fin a la diligencia iniciada, pues en casos como el aquí enjuiciado **basta con constatar la existencia de un acto conminatorio** de los poderes públicos frente al que se reclama la preservación de un derecho fundamental —en este caso la orden del Director del centro penitenciario y la posterior advertencia del funcionario de que daría parte disciplinario de no cumplir aquella—, aunque no se haya ejecutado, **para que podamos pronunciarnos** sobre su compatibilidad con la Constitución (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 6; y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 1). **El derecho a la legalidad sancionadora** (art. 25.1 CE), en su dimensión o vertiente de **principio de tipicidad y taxatividad** en la interpretación y aplicación de las normas que delimitan las infracciones, impone por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la Administración sancionadora y de los órganos judiciales a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la **sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos** en la norma correspondiente (por todas, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; y 9/2006, de 16 de enero, FJ 3). En el presente caso, la orden del Director del

centro penitenciario traía causa directa de la providencia judicial que acedía a una petición del demandante. **Tratándose de una diligencia probatoria de parte, es claro que podía el peticionario desistir de su práctica**, lo cual pudiera surtir el efecto procesal de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no tuviese por probada la alegación relativa a haber superado el consumo de sustancias tóxicas, pero **sin que de ello pueda derivarse la consecuencia añadida de la imposición de una sanción**. Por todo ello, se ha de concluir que **los derechos del demandante a su intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) se han visto conculcados** en este supuesto, lo que ha de conducir al otorgamiento del amparo solicitado,

\* **STC 221/2006, de 3 de julio de 2006**. Al demandante, interno en centro penitenciario, le fue denegado **permiso ordinario** de salida, por Acuerdo de la Junta de tratamiento. En el citado Acuerdo se ponía de manifiesto la naturaleza del delito cometido y el tiempo que le restaba al actor para alcanzar las tres cuartas partes de su condena. El interno formuló queja contra la indicada resolución ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desestimó la queja mediante auto indicando que, si bien el interno cumple los requisitos de haber cumplido la cuarta parte de la condena, no observar mala conducta y estar clasificado en segundo grado de tratamiento como establece el art. 154 del Reglamento penitenciario (RP), no concurren las demás circunstancias que el art. 156 RP exige. El Juzgado también desestimó, por Auto, el recurso de reforma. Interpuesta Apelación, la Audiencia Provincial indica que «la petición articulada por el interno difícilmente puede ser calificada como de recurso contra una resolución contraria a los intereses de la parte solicitante y con la pretensión de que se modifique. El solicitante, tanto en su escrito inicial, como en su posterior escrito de 30 de enero de 2004, reitera e insiste en **que no pretende interponer queja contra la denegación del permiso de salida sino contra los motivos alegados por el Juzgador de Instancia**. Ello supone, que admitiéndose el contenido de lo resuelto por el Juzgador de Instancia esta Sala carece de

competencia y de posibilidades procesales para entrar a conocer del escrito del Sr. M., máxime cuando lo solicitado es que se emplaza a actuar en Justicia (aplicación de la ley), lo cual sólo es posible si se articulan los recursos previstos en la ley, como en otras ocasiones ha realizado el solicitante. En consecuencia, no planteándose recurso alguno, ni solicitándose nulidad de lo actuado, a los efectos del art. 240 LOPJ, ni pudiendo esta Sala plantear de oficio nulidad alguna», se desestima el recurso. Sin embargo, a juicio de este Tribunal Constitucional, la lectura de la resolución permite advertir que **más que desestimación del recurso de apelación lo que ha decidido la Sala ha sido más bien una verdadera inadmisión** de aquél, por entender que, en propiedad, el escrito presentado ante la misma no tenía el ropaje formal y la fundamentación de un verdadero. Pero, habría que decir al respecto que, **con mejor o peor fortuna y habilidad, el recurrente ha formulado una serie de alegaciones que pretendían llevar a la Sala al convencimiento de que las resoluciones impugnadas no eran conformes a Derecho** y debían ser revocadas. De otro lado, también, es evidente que su pretensión de fondo no podía ser otra que la ya citada de que fueran anuladas las resoluciones denegatorias y el permiso le fuera finalmente concedido. El Ministerio Fiscal solicita que se otorgue el amparo solicitado, reconociendo el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Es doctrina consolidada de este Tribunal que la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE garantiza, como contenido primario y esencial, el de obtener de los órganos judiciales competentes una **respuesta fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones** deducidas por las partes con arreglo a las reglas de procedimiento establecidas en las leyes. Asimismo, ha indicado el Tribunal 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** (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Sin embargo el derecho a la tutela judicial

efectiva del art. 24.1 CE **no comprende «un imposible derecho al acierto del Juzgador»**, por lo que no corresponde a esta específica jurisdicción constitucional de amparo, que **no es una tercera instancia revisora ni tampoco una instancia casacional**, «constatar el grado de acierto de una determinada resolución judicial, ni indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función esta última que se atribuye en exclusiva a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), pues el recurso de amparo no es un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso» (SSTC 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, por todas). **Pero**, partiendo de esta premisa general, también se ha señalado que **no podría considerarse fundada en Derecho** y, por tanto, satisfacer aquel contenido primario del derecho fundamental, la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un **error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable**, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una **mera apariencia de ejercicio de la justicia** (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo). Y desde esta perspectiva, lo cierto es que **el Auto recurrido no contiene una respuesta fundada en Derecho, congruente con las pretensiones deducidas y motivada razonablemente**. Quien actúa en este proceso judicial lo hacía entonces **sin asistencia letrada** y carente de especiales conocimientos jurídicos. Es **perfectamente comprensible, por lo tanto, que la forma de expresar sus alegaciones** contra la resolución denegatoria del permiso **no siempre se ajustase a las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico**, pero el interno mostraba claramente su discrepancia con el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y, en concreto, con los motivos expuestos para denegarle el permiso. **Se declara la nulidad del Auto** dictado por la Audiencia Provincial.

## EXTRANJERÍA

**Juzgado Contencioso Administrativo nº4 Bilbao**. Auto 21.09.05. **Si se procede a la ejecución de la salida** del territorio español acordada **se produciría una situación fáctica irreversible** que no sólo **haría perder la legítima finalidad** de las presentes actuaciones sino también, y en definitiva, **ineficaz la tutela judicial** que se pretende, sin que pueda presumirse, frente a los más que razonables argumentos de la administración demandada, que de su adopción pueda seguirse una perturbación inmediata de los intereses generales o de terceros.

**Juzgado Contencioso Administrativo nº10 de Madrid** ST 198/2005, de 28.04 Teniendo en cuenta que la solicitud es de renovación de tarjeta de familiar residente, y tuvo entrada el 23 de Junio de 2003, se dicta resolución denegatoria el 31 de Marzo de 2004, notificada el 3 de Mayo del mismo año, es por lo que **inexorablemente hemos de interpretar** que opera la **institución del silencio positivo** respecto de la renovación del **permiso de trabajo solicitado**... Por tanto, en virtud de mencionado silencio, **debe considerarse concedido** la renovación del permiso de trabajo y con la operación del citado silencio, esta resolución no debería nunca haberse dictado por cuanto que la facultad de la Administración para resolver ya se había extinguido...y para el caso de producirse o dictarse la resolución con posterioridad a la producción del acto por silencio, está, como señala el art 43.4.a) de la Ley 30/92 solo podría ser una resolución confirmatoria del silencio positivo...Por todo ello el recurso debe de ser estimado, teniendo en cuenta que nunca debió dictarse resolución denegatoria, en virtud del **silencio positivo que debe de aplicarse en materia de renovación de residencia**.

\* **TSJ Madrid 3ª, 6ª** ST 887/2005 de 13.06. El motivo por el que la Administración **deniega el visado** es por estimar que no ha quedado acreditado documentalmente la edad y parentesco del hijo. Pues bien, a la vista de la total documentación obrante en el expediente administrativo este Tribunal no puede por menos que llegar a **conclusión bien**

**distinta a la ofrecida por la Administración.** En efecto, para ello debe ponerse de relieve las declaraciones oficiales de la madre sobre la edad y nacimiento del solicitante, nacido en el año de 1984, su situación de estudiante, y que depende económicamente de su madre residente en España...Ante estos datos, **la única conclusión** a que puede llegarse es que **el solicitante reagrupado carece de medios económicos suficientes** para llevar una vida digna, y de ahí que **necesite ayuda no sólo económica sino también efectiva de su madre**...Por todo ello, deviene necesario concluir en la disconformidad de la resolución impugnada con nuestro ordenamiento jurídico, debiendo recordarse que un Estado de Derecho, entre otras consideraciones, significa la exclusión de la arbitrariedad en todo tipo de relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas (art. 9.3 CE), por otra parte, evidenciado un propósito de **rea-grupación familiar**, éste debe ser amparado por los Tribunales, pues no en vano **la protección jurídica de la familia es uno de los principios rectores** de nuestra política social artículo 39 CE que debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos artículo 53.3 CE tal y como esta Sala viene ya reiteradamente declarando.

\* **JCA nº 2 de Bilbao.** ST. 30.09.05. La resolución que se impugna se limita a acordar la inadmisión trámite de la solicitud formulada por "carencia manifiesta de fundamento de la solicitud", **careciendo de motivación suficiente**, circunstancia que de por sí da lugar a la estimación del recurso interpuesto. La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en su apartado IV cuando dice "ello no significa que los supuestos de hecho que **anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado** vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos **se incluyen ahora** en el ámbito de la autorización de residencia temporal por **circunstancia excepcionales**, cuyos perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica de "supuestos excepcionales", habilitando al reglamento para una regulación más precisa

de qué situaciones tendrán cabida dentro de esta enunciado.

\* **Juzgado Contencioso Nº 25 ST** 04.11.2005 de Madrid **se estima solicitud de trabajo y residencia a súbdita uruguaya** a la que **son de aplicación acuerdos de 1870 y 1992** (identidad de requisitos que a los españoles en reciprocidad), y, además, **se condena a la Administración a indemnizar** en 14.000 euros a la afectada.

## MENORES

\* **AP Valladolid, sección IV, ST 138/2004,** 07.04. Se absuelve al acusado del delito de **quebrantamiento de condena.** Medida educativa a **menor de edad.** Internamiento en régimen semi-abierto. No tienen cabida estas medidas en el tipo del art. 468 CP. que se refiere al incumplimiento de medidas de seguridad las cuales requieren para su imposición que el sujeto de las mismas haya sido declarado inimputable o semi-imputable, lo que no ocurre con las medidas, como la impuesta en el presente caso, establecidas en la LRRPM. Como ya tuvo ocasión de pronunciarse esta misma Sala, en su sentencia nº 218 de 12 de abril de 2003,(Rollo 317/03) así como en la sentencia 449/2003 de 7 de octubre (Rollo 666),y más recientemente en la sentencia nº 533/03 de 25 de noviembre (Rollo 801/03),así como en la sentencia 544/03 de 1 de diciembre (Rollo 830/03), en supuestos idénticos, como se expresa en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, los criterios orientadores de la misma han sido y deben seguir siendo los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional y concretamente en sus sentencias 36/1991 de 14 de febrero y 60/1995 de 17 de marzo que se asientan en la adopción de unas **medidas que no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor.** Así las cosas, y teniendo en cuenta que el art. 468 CP se refiere a supuestos distintos de esta medida, de la que hay que tener presente

que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con posterioridad a la entrada en vigor de dicho Código Penal y que aunque se la denomina "medida" no comparte la naturaleza de las recogidas en el referido artículo 468, al tener una finalidad distinta a aquellas, como es la educativa. El supuesto concreto planteado en el presente caso, tampoco es resuelto por el art. 50 de la Ley, a pesar del contenido del nº 3 del citado precepto que establece que "asimismo el Juez de Menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a las que se refiere el art. 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador". Precisamente tal párrafo no se incluía en el Proyecto de LORPM como consta en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 3-11-98, sino que fue introducido a raíz de una Enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (Boletín de 15-10-99) que es asumida por el Dictamen de la Comisión Parlamentaria y publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados de 27-11-99, e incorporada definitivamente al texto definitivo, Enmienda que se apoyaba en el siguiente argumento:" se trata de posibilitar iniciar un nuevo expediente - por desobediencia, por ejemplo -, y que proceda nueva valoración del equipo técnico a fin de postular , en su caso, nueva medida". Tal argumento, no hace sino apoyar el criterio de esta sala, en el sentido de que **a falta de una referencia expresa, cualquier conducta de un menor, o como decimos nosotros de ese "menor rehabilitado", nunca debe extrapolarse del ámbito propio de la jurisdicción de menores**, por lo que debemos compartir el criterio de la Juez de instancia, en el sentido de que la aplicación del art. **468 del CP, al presente caso, supondría una interpretación extensiva en contra del acusado**, que está proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que también podría vulnerarse el principio "non bis in idem". (...). Pero el legislador, de haberlo pretendido, hubiera incluido en el art. 468 del CP, un mayor alcance, que no podemos realizarlo nosotros, ante un vacío legal, sin perjudicar al reo. A mayor abundamiento, debemos indicar, reforzando así, el criterio de esta

Sección que ahora resuelve, que dada la oscuridad del art. 50.3 de la LRRPM, una interpretación histórica del mismo, nos conduciría a lo sumo a la presencia de un delito de desobediencia. La conexión de dicho precepto con el art. 15, así como el tenor literal, indican, a nuestro juicio que, aunque el sujeto sea mayor de edad al quebrantar la medida, nos seguimos moviendo siempre en el ámbito de la LRRPM; de ahí, entendemos la apelación o llamada al Ministerio Fiscal, para la modificación de la medida que no ha surtido efecto, y no se prevé deducir testimonio ante el Juez de Instrucción. Por ello, ambos preceptos constituyen, a nuestro juicio, un marco legislativo específico, frente al genérico del art. 468 CP 95. Por último, incidir nuevamente en que el art. 468 habla de "medida de seguridad" y no se refiere siquiera al quebrantamiento de toda medida de seguridad, al ser el art. 100 CP ley especial; y al referirse al término técnico "medida de seguridad", y no al genérico "medida", aquellas deben referirse solo a las contenidas en el Título IV del Libro I del Código Penal, donde no se recoge la medida de internamiento en régimen semiabierto. En conclusión, **el quebrantamiento específico de una verdadera medida de seguridad, no es comparable con la "interrupción" unilateral por el menor**, aunque ya no lo sea, de un programa terapéutico o educativo en el que se concreta la intervención jurisdiccional sobre el mismo.

\* **Juzgado Contencioso-administrativo 18 de Madrid: repatriación de menores no acompañados:** Auto de 22.06.2006: dado que está ya embarcado en el avión y la circunstancia devendría en irreversible, procede adoptar la medida cautelar adoptada, **suspendiendo la ejecución de la orden de por la que se repatría al menor**, el cual debe permanecer en España en el mismo centro de acogida en que se encontraba a al producirse la conducción al aeropuerto.

\* **Juzgado Contencioso-administrativo nº 15 de Madrid**, Auto de 20.06.2006, no existe constancia o **seguridad mínima alguna de que la reagrupación familiar**

que se pretende conseguir con la repatriación haya sido promovida por sus padres, o familiares mas directos, ni tampoco informe de los servicios sociales u organismo equivalente de aquel país, debidamente validado que así lo aconsejen o sugieran... **ninguna certidumbre existe de que de vuelta a su país goce de una protección igual o superior a la que aquí disfruta...** ninguna opinión o consentimiento se le ha pedido al afectado, circunstancia esta que permitirá vislumbrar un grave incumplimiento de las normas procedimentales, ...el menor puede formular, con independencia y libertad de criterio, y previo el oportuno asesoramiento legal, si así lo solicitase, cuantas alegaciones y razones tenga por conveniente.

## **FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.**

\***Instrucción 2/2006 FGE**, 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del **derecho al honor y a la propia imagen de los menores.**

\***Instrucción 3/2006 FGE** sobre criterios para la efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con **la circulación de vehículos a motor.** Se insta a ser celosos y no transigir calificando como falta lo que podría ser delito, celosos con las negligencias graves con severos resultados. Consideren delito por encima de 1,2 gr. en sangre o 0,6 mg. en aire espirado, si bien propongan las pruebas que acrediten la afectación; Entre 0,8 y 12 gr. ó 0.4 y 06 mg. Deben valorar en cada caso las circunstancias (síntomas de embriaguez, conducción peligrosa o descuidada o haber provocado un accidente); por debajo de esas cifras no iniciarán acción penal salvo que se evidencia influencia en la conducción.

\* **Instrucción 4/2006 FGE**, 12 de julio. sobre atribuciones y organización de **la Fiscalía Especial** para la represión de delitos económicos relacionados con la **corrupción** y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada.

\* **Circular 1/2006 FGE** sobre delitos contra **la propiedad industrial e intelectual tras la LO 15/2003.**

\* **Circular 2/2006 FGE** sobre diversos aspectos relativos al **régimen de los extranjero en España, 27 de julio 2006.** Interesen lo fiscales con **carácter general la sustitución de prisión por expulsión en el caso de condenas de menos de 6 años y extranjeros sin residencia legal;** el mismo criterio con respecto a lo extranjeros en situación de estancia en España; **salvo que la expulsión automática del art. 89 CO conduzca a resultados contrarios a la doctrina del TEDH;** los estudiantes con autorización de estancia no son expulsables como sustitución; lo determinante será no la pena abstracta sino la concreta impuesta; se computaran solo las penas de prisión no el impago de multa subsidiario a estos efectos; es necesario siempre condena por delito, no por falta; tampoco en penas de menos de tres meses de prisión; traficantes de drogas no procede expulsión sino cumplimiento ordinario salvo menudeo; tampoco procede en el caso de pertenencia a organizaciones criminales; ordinariamente no cabe plantear la sustitución en ejecución de sentencia; cabe expulsión sustitutiva aunque la suma de penas exceda individualmente consideradas de los 6 años. **En el caso de los menores no acompañados los fiscales, entre otras cosas,** velaran por el derecho del menor a ser oído, que se ha evacuado el informe de los servicio sociales, que se dan las condiciones para la reagrupación familiar, o para la tutela por parte de los servicios competentes del país de origen y que no exista riesgo o peligro para la integridad del menor o su familiares. Se exige dolo directo en el delito de favorecimiento de la inmigración ilegal: no procede a quien auxilia a cubrir las necesidades primarias al ya entrado en territorio nacional.

\***Consulta 1/2006 FGE**, de 3 de mayo, pautas de valoración para vehículos que circulen a **velocidad extremadamente elevada.**

\* **Consulta 2/2006 FGE**, 10 de julio, en supuestos de malos tratos del 153 CP. **Límite de duración de prisión provisional: 6 meses.** Al conjugar los dos párrafos del art. 504.2 LECr. sin perjuicio de poder utilizar otras medidas cautelares.

## LEGISLACIÓN

\* **Directiva 2003/86/CE** del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el **derecho a la reagrupación familiar** (Diario Oficial de la Unión Europea 03.10.2003 L 151/12).

\***Directiva 2005/85/CE** del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre **normas mínimas para la concesión o retirada del estatuto de refugiado** (deben adaptarse los procedimientos a la realidad de que muchos solicitante no llegan a traspasar la frontera del país al que pretenden acogerse en su demanda).

\* **Ley 16/2005**, de 18 de julio. Que modifica la 1/96, de 10 de enero de **Asistencia Jurídica Gratuita**. Se asegura a **detenidos y presos, víctimas de terrorismo y de violencia de género** asistencia jurídica especializada sin previa solicitud,. Se amplían los beneficios a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social en el orden social. Se amplía a los **extranjeros en España y a los ciudadanos de la UE** según en qué materias. Igualmente a la **personas con discapacidad**, a las que las tengan a su cargo y a las **asociaciones de utilidad pública** que protejan a discapacitados (con **suspensión** en todos los casos de **plazos de prescripción** de las acciones en tanto se provea).

\* **RD 1455/2006, de 02.12.2005 por el que se modifica el Reglamento de Asistencia jurídica gratuita**, aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio, sobre todo en lo que se refiere a víctimas de violencia de género con derecho a asistencia letrada especializada inmediata única en todos los procedimientos vinculados.

\* **L.O. 5/2006**, de 5 de junio y ley 18/2006 de la misma fecha para la eficacia en la Unión Europea de las **resoluciones de embargo y**

**de aseguramiento de pruebas** en procedimientos penales.

\* **La Gran Sala** en sentencia de 31 de enero de 2006, **condena al Reino de España por denegar visado y entrada** en España a dos nacionales de tercer país, miembros de una familia de ciudadanos de la UE, **por el mero hecho** de estar incluidos en la **lista de no admisibles** del SIS (Sistema de Información Schengen y no **haber motivado suficientemente** dicha negativa que solo puede basarse en una amenaza real actual y grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad,

## INDULTOS

\* El Gobierno **indultó en 2005 a un 5%** de los 9390 reos que pidieron la medida de gracia, según el diario El País 27.02.2006. Según Ana de Miguel, subsecretaria del Ministerio de Justicia las peticiones de indulto por **delitos económicos, contra la seguridad del tráfico, con connotaciones racistas o violencia de género se deniegan aunque vengan informada favorablemente por el juez y el fiscal**. También se rechazan los que generan alarma social, como tráfico de armas, asesinato, torturas, genocidio. **Se valora especialmente: 1) Informe del juez y del fiscal; 2) Antecedentes penales y policiales; 3) abono de indemnización; 4) concurrencia de razones humanitarias; 5) drogo-dependencia superada con reinserción.** Asegura que se tramitan en 30 días de la recepción del escrito y tarda 30 días en elevarlo al Consejo de Ministros tras el informe del tribunal sentenciador <¡ojo! según la subsecretaria> **De los indultos concedidos**, señala J. A. Hernández en la noticia que vamos reproduciendo, **el 38,5% era por delitos contra el patrimonio** (generalmente cometidos por drogadictos rehabilitados), **el 27,6% son delitos contra la salud pública** generalmente cometidos por drogadictos con condenas inferiores a tres años, 15,3% por lesiones, y el **10% por falsedades**. Rara vez se indulta la totalidad de la pena, se suele rebajar hasta el límite en que el tribunal puede imponer la suspensión.

## NOTICIAS

\*Los días 4, 5 y 6 de octubre de 2006 tendrá lugar, en Valladolid, el "Congreso Internacional AGIS 2006: **Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea**". Su objetivo es analizar la **propuesta de Decisión marco del Consejo**, relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea –COM (2004) 328 final– y cuyo objetivo es mejorar los derechos de todos los sospechosos y acusados, en general, ofreciendo un nivel equivalente de protección en toda la Unión Europea.

\***Reforma de la "Ley del Menor"** (con informe de voto particular de algunos miembros del CGPJ). Se trata de dar más protección a las víctimas (derecho a ser informados de las medida que se vayan adoptando) evitar confrontación visual entre el agredido sexual y el agresor y luchar contra las bandas organizadas (el delinquir en ellas posibilita el centro cerrado) también cabe internamiento en delitos graves pero no violentos como tráfico de drogas o tenencia ilícita de drogas. En delitos graves y violentos el periodo de internamiento se amplía en un máximo de 1 año; se amplía también a un año más cuando haya concurrido de homicidio, agresiones sexuales o violación par entre 14 y 16. Para los de 14 y 15 años de edad el máximo serán seis años y para los de 16 y 18, 10 años; en ambos casos seguidos de un período de libertad vigilada. El fiscal nombrará al abogado de oficio para agilizar. La medida privativa de libertad cautelar contempla inicialmente un máximo de 6 meses prorrogables otros 3 años. Entre otras varias novedades se incorporan las tarea socio-educativas las imponibles al menor por una falta. En caso de acoso escolar, cabe imponer alejamiento de la víctima y del centro escolar; se incorporan las actividades fuera del centro cuando la evolución del interno lo aconseje, se oiga al letrado antes de la medida excepcional de que el menor a los 18 ingrese en CP de adulto; ordinariamente ingresarán en CP los que

cumplan 21 y estén aun en régimen cerrado; se perfecciona la conformidad del menor en lo que se refiere a su responsabilidad civil en cuanto que afecte a terceros (que pueden disentir con tal conformidad -p.e., los padres); los tiempos mínimos de las medidas se conservan pero se da al juez mayor margen; el periodo de prescripción de las altas pasa a ser de 6 meses.