

AUTO 359/2012 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL DE FECHA 19/09/12

Desestimación recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal a la concesión de libertad condicional por enfermedad grave e incurable.

I. Antecedentes de hecho

1.- El pasado 30 de agosto, en el expediente reseñado relativo al condenado D. Máximo, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria dictó auto en el que aprobaba la propuesta de libertad condicional, por causa de enfermedad grave e incurable con peligro patente para la vida, que había formulado la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Nanclares de Oca de fecha 21 de agosto de 2012, al amparo del artículo 92.3 del Código Penal y 196.2 del Reglamento Penitenciario. Se encuentra en prisión desde el 6-7 1997, teniendo un límite de cumplimiento de 30 años, después de la acumulación de condenas impuestas. Previamente, por acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro de Araba de fecha 17 de agosto anterior, se le había progresado al condenado a tercer grado a los meros efectos de libertad condicional por enfermedad muy grave, con un pronóstico de supervivencia a los nueve meses de la mitad de los pacientes y del 10% a los doce meses.

2.- El Fiscal recurrió en apelación el auto del Juez el 5 de septiembre, solicitando la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y subsidiariamente la estimación del recurso para dejar sin efecto la libertad condicional del condenado mientras no cumpliera los requisitos establecidos en el artículo 90.1-c del Código Penal para los delitos de terrorismo o relativos al crimen organizado.

La defensa del Sr. Máximo impugnó el recurso el 7 de septiembre y solicitó su desestimación, considerando que no se había producido lesión al derecho de tutela efectiva y, en todo caso, no había causado indefensión al Fiscal; además, alegó que se daban los requisitos del artículo 92.3 del Código Penal ya que el condenado padecía una enfermedad grave e incurable con un patente e inminente riesgo para su vida.

3.- El recurso, junto al expediente, fue elevado a este Tribunal el mismo 7 de septiembre. Por providencia de esa fecha se señaló ponente y se acordó poner en conocimiento de los miembros de la Sala de lo Penal el recurso y, para el caso de que no se solicitara por la mayoría suficiente la avocación al Pleno del asunto (como interesaba el Fiscal con cita del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante, se constituyera la sala con la sección 1ª al completo; como quiera que uno de sus componentes estuviera de licencia, se adoptó la cautela, ante la ausencia del turno que establece el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de insacular un magistrado sustituto, acto que determinaría la secuencia a seguir en adelante, para casos idénticos de sustitución en línea del magistrado más moderno. Fue seleccionado por ese método el Magistrado, presidente de la sección 3ª.

4.- El día 11 de septiembre se recibieron en la Sala nuevos informes del Hospital Universitario Donostia en los que se daba cuenta de la evolución y empeoramiento del paciente. Se acordó por providencia solicitar el parecer de la Sra. Médico Forense, dándole traslado de éstos informes y del que fuera emitido por

el equipo médico responsable en fecha 22 de agosto, entregado al Juez Central de Vigilancia con ocasión de su visita al Hospital, junto al acta que levantó la Secretaria judicial de las diligencias que practicó; el informe forense fue entregado el 12 de septiembre. A continuación, se hizo el traslado al Fiscal y a la representación del condenado Sr. Máximo, quienes formularon alegaciones.

5.- Por otro lado, la defensa del Sr. Máximo recurrió en apelación la decisión del Juez Central de Vigilancia de suspender la ejecutividad del auto de libertad condicional hasta que fuera firme. Se formó incidente aparte, impugnando el Fiscal el recurso.

6.- La tarde del 12 de septiembre el Tribunal deliberó el asunto, acordando la desestimación íntegra del recurso y la confirmación del auto del Juez Central de Vigilancia.

II. Fundamentos jurídicos

1.- La composición del Tribunal.

La Sala se ha constituido con cinco magistrados en atención a la relevancia del asunto y a la solicitud del recurrente, que había pedido la intervención de toda la Sala de lo Penal de esta Audiencia a pesar de la atribución por ley con carácter exclusivo de la competencia en materia de vigilancia penitenciaria a una sección, según las normas de reparto a ésta Primera (Disposición adicional quinta, apartado 10, de la Ley Orgánica del Poder Judicial). De tal manera hemos venido funcionando desde el acuerdo del Presidente de fecha 30 de mayo de 2012, cuya finalidad era garantizar la unidad de criterio.

Sobre la sustitución y selección de un magistrado de otra sección, se ha operado mediante sorteo al no existir el turno que menciona el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entendiéndose que es un método aleatorio que permite despejar cualquier duda sobre su objetividad. Al tiempo, se ha acordado iniciar el turno que pauta el precepto para casos idénticos futuros, siguiendo el sentido de los magistrados más modernos de la plantilla, como enuncia la norma.

Ambas decisiones fueron comunicadas a las partes en su momento, quienes no manifestaron objeción.

2.- Nulidad de actuaciones.

El recurso del Fiscal pide, en primer lugar, la nulidad de lo actuado por el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria porque vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva al acordar y practicar diligencias -la visita al preso y la entrevista con los médicos que le atendían en el Hospital Donostia sin posibilidad de intervención ni de contradicción, ya que la notificación se hizo al día siguiente. Citaba en su apoyo la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2006 que amparó a dicho actor público en un proceso matrimonial al no haber sido convocado a la exploración de un hijo menor.

No comparte el criterio la Sala.

2.1.- Procedimiento de vigilancia y funciones del Juez y del Fiscal.

El procedimiento en el que el Juez de Vigilancia, un órgano jurisdiccional especializado dentro del orden penal, aprueba la propuesta de libertad condicional es una institución singular por varios motivos. Lo

primero que destaca es la ausencia de regulación del marco procedimental en el que debe decidir el Juez de Vigilancia, hasta el punto de que existe una auténtica anomia en la que se ven obligados a desenvolverse los actores públicos y privados concernidos. Pues sólo los recursos frente a las resoluciones del Juez están contemplados y ordenados en la ley (Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por otro lado, no es factible aquí, en esta primera fase, identificar los rasgos que definen el proceso en el que se desarrolla la actividad estrictamente jurisdiccional, la que consiste según la Constitución en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; un proceso protagonizado por partes enfrentadas que son titulares de la acción, soportan pretensiones, proponen pruebas e intervienen en su práctica, y exponen razones ante una autoridad imparcial, desenvolviéndose el debate bajo el método del contradictorio.

Es preciso distinguir la ejecución de la sentencia condenatoria -que corresponde exclusivamente al tribunal sentenciador, actividad jurisdiccional pura del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en la condena, porque ésta es una actividad que compromete recursos, organización y potestades de la Administración penitenciaria. Esta autoridad administrativa tiene como funciones legales la reeducación y reinserción social de los internos, su retención y custodia, la seguridad y el buen orden de los establecimientos (artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Para la consecución de esos fines cuenta con poderes específicos, singularmente la potestad disciplinaria sobre las personas presas; es así que el condenado, a consecuencia del internamiento, queda vinculado con la Administración en una relación que la doctrina constitucional ha calificado de sujeción especial (Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1985).

De ese modo, en la ejecución penitenciaria se desenvuelven dos tipos de relaciones jurídicas en las que se ve obligado el penado: unas nacen de la sentencia condenatoria y otras son propias del orden y régimen disciplinario de los establecimientos del sistema carcelario.

El modelo español, de acuerdo con los requerimientos de la legalidad internacional, ha judicializado íntegramente el cumplimiento de la pena de prisión; de tal manera que el Juez de Vigilancia ejerce el control jurisdiccional de toda la actividad de la Administración penitenciaria, ya con carácter previo -es el caso de la libertad condicional-, ya en un momento posterior, a partir de las quejas, reclamaciones y recursos que formulen los internos. Control jurisdiccional de la actividad penitenciaria que pretende someter los actos y decisiones de la Administración al derecho y a los fines legales que la justifican (artículo 103.1 y 106.1 de la Constitución) y tutelar los derechos fundamentales e intereses legítimos de los internos. Control de legalidad y garantía de derechos que la ley confía al Juez de Vigilancia, pero que no podemos entender como expresión de la estricta función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino de aquellas otras funciones que en garantía de los derechos menciona el artículo 117.4 de la Constitución.

Además, la libertad condicional, aún decisión jurisdiccional, se erige en prototipo de competencias compartidas entre la autoridad administrativa y la judicial, en el esquema de plena subordinación de aquella al control previo del Juez de Vigilancia que hemos reseñado (así ocurre también en el caso de ciertas sanciones, como la de aislamiento en celda por tiempo superior a catorce días, en los permisos y en algunos

beneficios, como la redención; todas ellas en su origen eran competencias administrativas hasta la Ley 1/1979, Orgánica General Penitenciaria). En estos supuestos, el Juez no es buscado por el interno para que tutele sus derechos, es la Administración la que le solicita que autorice una decisión que le propone sobre tal materia (artículo 92.2 del Código Penal y 196 del Reglamento Penitenciario).

También ha de anotarse que en el supuesto de enfermos graves con padecimientos incurables y peligro patente para la vida del penado acreditado en los informes médicos, el Juez podrá autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final (artículo 92.3 del Código Penal). Es decir, nos enfrentamos a una actuación jurisdiccional urgente, solo condicionada formalmente a la emisión del informe técnico citado.

El Ministerio Fiscal tiene como misiones, en lo que aquí nos concierne, la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (artículo 124.1 de la Constitución Española). La defensa de la legalidad en el ámbito de la vigilancia penitenciaria le obliga a supervisar tanto la actuación de la autoridad administrativa como la del Juez; de ahí su intervención necesaria en el desenvolvimiento de éstas competencias jurisdiccionales. Para ello cuenta con dos instrumentos: los informes consultivos que emite para orientar la decisión del Juez de Vigilancia, en el ejercicio tanto de sus funciones de control previo (así, en la libertad condicional), como de control posterior -que prevé el artículo 3 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal-, y el recurso frente a todas las resoluciones judiciales, que contempla la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, apartado 9º.

Conviene recordar que el Reglamento penitenciario prevé la notificación de la progresión a tercer grado exclusivamente al Ministerio Fiscal, para que controle su legalidad y pueda plantear al Juez su revocación (artículo 107 del Reglamento Penitenciario); cuestión sobre la que volveremos, para poner de relieve la importancia que damos a la decisión del Fiscal de consentir el acto administrativo relativo a la clasificación del interno, que se adoptaba a los fines de libertad condicional anticipada por enfermedad grave con peligro patente para la vida.

2.2.- Denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso que nos ocupa el Juez, una vez que recibió el expediente de libertad condicional y la historia clínica, recabó el informe del Médico Forense y, posteriormente, dio traslado al Fiscal de toda la documentación para que formulara su dictamen. En ese trámite, el Fiscal pudo visitar al penado hospitalizado, interesar que el Médico Forense examinara al paciente o recabar información complementaria del equipo médico asistencial. Así lo autoriza el artículo 4.2 de su Estatuto orgánico. Pero, ni recurrió la clasificación en tercer grado acordada exclusivamente, según mencionaba la resolución del Secretario General de Instituciones Penitenciarias de 17-08-2012, a los efectos de iniciar el expediente de libertad condicional, resolución que le fue notificada expresamente, ni consideró necesaria la práctica de otras diligencias ampliatorias. El Juez de Vigilancia acordó por providencia de 28-08-2012 visitar al enfermo y entrevistarse con el equipo médico responsable. Esa providencia fue notificada al Fiscal y a la representación del Sr. Máximo el

29 siguiente. El mismo día del dictado de la providencia el Juez se desplazó a San Sebastián; de su actuación da cuenta el acta de la Secretaria judicial. Los médicos le entregaron un informe de fecha 22-08-2012, que no había llegado al Juzgado. Sin más demora, el Juez pronunció el auto recurrido el 30-08-2012.

Parece razonable que el Fiscal y la representación del condenado hubieran tenido conocimiento de ésta diligencia y podido intervenir en su realización, acompañando al Juez al acto, preguntando y opinando. La importancia de la visita del Juez al paciente y a los médicos salta a la vista. Aunque se trate de una actuación jurisdiccional urgente y sin más trámites, aunque no exista un proceso propiamente dicho, toda actividad judicial debe tratar de desarrollar al máximo los principios rectores del proceso debido, para ello instaurar las garantías del contradictorio y permitir que las partes intervengan en el debate. Es cierto que así el Fiscal hubiera podido, en ese trance, cumplimentar mejor su función de informe al ser vicio de la legalidad. No obstante, la Sala entiende que esa omisión no le causó indefensión de ningún tipo, ni siquiera formal, ni impidió el ejercicio de sus potestades. Pudo informar y, posteriormente, ha impugnado la resolución. No se le ha ocultado información alguna, una vez personado tiene acceso al expediente. La comparación que el recurrente propone con un proceso de crisis matrimonial, en el que el Ministerio Fiscal no fue citado por el Juez de Familia a la exploración de un hijo menor de edad, no nos sirve como elemento de contraste; éste no solo es un proceso contradictorio entre actor y demandado, sino que el Fiscal está legitimado y es parte necesaria cuando existan menores de edad, precisamente para velar por el interés del hijo y ante la posible emergencia de intereses antagónicos con los padres (artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La omisión de la notificación se explica, aunque no se justifique, por la urgencia de la decisión; téngase en cuenta que la Administración elevó la propuesta al Juez de Vigilancia el 21 de agosto y que el 30 éste había resuelto, después de esperar al envío de la historia clínica, de recabar el informe del Médico Forense, las alegaciones del Fiscal y de la defensa y de haber visitado al condenado y a los especialistas que le asistían en el Hospital de Donostia.

Es más, cuando el proceso se instaura de modo efectivo, a partir del recurso del Fiscal, éste ha podido tomar conocimiento del acta íntegra de la diligencia final del Juez, precisamente para criticarla. En la tramitación del recurso de apelación esta Sala ha permitido al actor público, de nuevo, alegar sobre los informes y opiniones médicas incorporadas al expediente con posterioridad a su escrito de alegaciones, incluso conocer el parecer de la Sra. Médico Forense al respecto.

Por lo tanto, incluso aceptando como proceder irregular la imposibilidad del Fiscal de intervenir en la visita al penado y al equipo médico, su entidad es mínima, no ha causado indefensión efectiva o material alguna, como evidencia la actitud del Fiscal. La declaración de nulidad que solicita desencadenaría una situación peculiar, debido a la evolución de la enfermedad, cuya consecuencia sería que el Juez repitiera la diligencia o que no tuviera en cuenta su resultado.

Por fin, sostiene el Fiscal, señalando lo que estima otra irregularidad procesal, que el Juez omitió dar traslado a la Sra. Médico Forense del informe facultativo y del contenido de su entrevista con el equipo

médico asistencial. Lo que carece de relevancia desde la perspectiva del proceso con todas las garantías. Porque nada impidió a la señora Médico Forense contactar con los oncólogos que trataban al paciente y explorar al condenado -no en balde se le pedía una opinión experta sobre el pronóstico del padecimiento y el peligro que comportaba para la vida y salud del paciente, en los términos del artículo 92 del Código Penal, no sobre la corrección del tratamiento que recibía, pudiendo resultar importante para esa evaluación los signos y los síntomas del cuerpo doliente, que el observador experto puede objetivar, en el primer caso, o recibir por la comunicación del enfermo.

3.- Diligencia de oficio en el recurso de apelación.

Denuncia el Fiscal que la Sala ha acordado diligencias de prueba no propuestas por las partes, al recabar el parecer de la Sra. Médico Forense sobre los nuevos informes del equipo del Hospital Universitario Donostia que atiende al condenado, inventándose un trámite no previsto en la ley. Al tiempo advierte que la diligencia y el traslado a las partes no puede subsanar la nulidad de actuaciones, sobre la que nos hemos pronunciado.

Es cierto que el recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Vigilancia -que es el regulado en el procedimiento abreviado que disciplina esta fase según la Disposición adicional quinta, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial- no prevé la práctica de diligencias de oficio. Pero el Tribunal no ha introducido un hecho nuevo en el debate, se ha limitado a constatar la actualización de la enfermedad, según dichos informes exponían debido al paso del tiempo y a los cuidados médicos. Para ello, se ha tomado conocimiento de los partes de estado de los oncólogos que atienden al Sr. Máximo, de los que se desprendía un empeoramiento de su salud; se ha pedido el parecer de la Sra. Médico Forense, al tiempo que se le facilitaba el informe previo de 22 de agosto y la historia clínica completa de la atención recibida en el Hospital Universitario Donostia -a su iniciativa-, y su informe complementario se ha entregado a las partes, posibilitando que formularan alegaciones antes de resolver.

Lo que resulta inaceptable en la tramitación del recurso de apelación es que el órgano judicial amplíe los elementos fácticos o que acuerde prueba de oficio sin permitir la contradicción de las partes, causando así indefensión (ver Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1999, caso en que la Sala de apelación solicitó informes complementarios al director del centro penitenciario sobre la denegación de un permiso, que el Juez de Vigilancia había concedido vía recurso, y sin permitir intervención de las partes introdujo como hecho nuevo la mala conducta del interno como razón de su decisión). Aquí, ni se ha deslizado un hecho nuevo ni se han alterado los términos del debate. Solo se ha incorporado información relevante sobre la evolución del enfermo, que había aportado el Director del centro penitenciario de Nanclares, de la que la Sala no podía desentenderse. Y se ha garantizado la contradicción y la posibilidad de intervención de las partes. Entendemos que la queja no es atendible, lejos de situar en indefensión a las partes, les ha permitido revisar y reforzar sus planteamientos a la vista de la evolución del enfermo.

4.- Aplicación indebida del artículo 92.3 del Código penal.

El segundo motivo del recurso sostiene que no se da el peligro patente para la vida del interno, ya que no se menciona en los informes de los servicios penitenciarios ni en los del Médico Forense, ni siquiera en los del Hospital Universitario Donostia.

4.1.- Libertad condicional anticipada de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

La libertad condicional, una institución discutida en la doctrina por la falta de precisión legal, es la última fase de la ejecución penitenciaria y un modo de cumplimiento de la pena de prisión, en la que el condenado es excarcelado pero su libertad sigue limitada y constreñida, porque sigue sometido a la relación de sujeción especial con la Administración Penitenciaria. Es la última fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad de prisión porque se configura como un derecho subjetivo del interno, una vez que cumple con todos los requisitos previstos en la ley (artículo 192 del Reglamento Penitenciario).

Por lo tanto, la libertad condicional no significa la liberación del condenado ni la extinción de su responsabilidad penal. El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que reste de condena (artículo 93.1 del Código Penal). Hasta ese momento, es decir el de liquidación total de la condena, el liberado condicional es objeto de seguimiento y control por parte de los Servicios sociales penitenciarios, de acuerdo con las pautas que establezca la Junta de Tratamiento del centro, al que sea adscrito, en el correspondiente programa individualizado (artículo 200 del Código Penal). Además, el Juez de Vigilancia puede adoptar reglas de conducta, como ha decidido en el caso, que se incorporan al programa de seguimiento (artículo 90.2 del Código Penal y 200 del Reglamento Penitenciario). Aquí: la prohibición de aproximarse a las víctimas y a sus familiares, la prohibición de participar en manifestaciones públicas de enaltecimiento o legitimación de la violencia terrorista o que conlleven desprecio o desconsideración hacia las víctimas del terrorismo y de hacer declaraciones en ese sentido, la prohibición de ausentarse sin permiso de la localidad en la que fije su residencia, la obligación de presentación mensual ante los Servicios sociales penitenciarios y la de comunicar la evolución del tratamiento. Además, la liberación condicional es una situación penitenciaria reversible; en caso de comisión de un nuevo delito o de incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, el Juez revocará la libertad, reingresará al condenado en prisión y, como se trata de delitos de terrorismo, no se computará el tiempo pasado en esta fase (artículo 93 del Código Penal y 201 del Reglamento Penitenciario). En definitiva el liberado condicional debe demostrar que es merecedor de la confianza que se le otorga, manteniéndose dicho régimen en la medida que respete esas obligaciones y reglas de conducta.

La libertad condicional se debe anticipar por razones humanitarias en el caso de personas de avanzada edad y de enfermos muy graves con padecimientos incurables, según establece el artículo 92 del Código Penal. Para ello la ley prevé dos métodos, según exista o no un peligro patente para la vida, pues en este caso se suprimen la mayoría de los requisitos al primar el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Para los supuestos de padecimientos muy grave e incurable el artículo 92.1 y 2 del Código Penal exime del requisito de haber extinguido un tiempo de cumplimiento mínimo (tres cuartas o dos terceras partes de la pena, según los casos), pero demanda la concurrencia de varias circunstancias, las mismas que para la

progresión a tercer grado: la clasificación en esta fase, un pronóstico favorable de reinserción que deberá atender a la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad, el abono de la responsabilidad civil y, para los delitos de terrorismo y crimen organizado, el abandono de los fines y medios de la actividad terrorista, la colaboración activa con las autoridades para impedir delitos de la organización terrorista o atenuar las consecuencias de sus delitos, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa del condenado de repudio de sus delitos y abandono de la violencia, así como la petición de perdón a las víctimas. En el supuesto de constatarse un peligro patente para la vida ya no se necesita reunir dichas circunstancias, basta el informe pronóstico final (artículo 92.3 del Código Penal; anticipamos que no se discute el pronóstico final en el caso, el Fiscal admite la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del condenado, en los términos que se pronunciaba la Administración penitenciaria).

De este modo la ley incorpora a nuestro sistema el principio de humanidad de las penas, que encuentra su justificación en la prohibición constitucional de aplicar penas inhumanas o degradantes y en el valor de la dignidad humana, que es fundamento del orden político y de la paz social (artículo 15 y 10.1 de la Constitución Española). El principio de respeto a la dignidad humana surge de la consideración de la persona, de toda persona al margen de sus actos, como un fin en sí mismo: el individuo no puede ser utilizado como un medio, no puede ser reducido a objeto, ha de ser protegido jurídicamente frente a todo intento de cosificación. De ahí que se considere que ciertas penas son intolerables, porque degradan a la persona al infligirle un grave dolor y sufrimiento físico y psíquico, y se hable de indignidad.

La finalidad de la ley es evitar el internamiento en establecimientos penitenciarios de enfermos muy graves con padecimientos incurables cuando exista peligro patente para la vida, al entender que puede ser una forma de ejecución de la pena privativa de libertad contraria a la dignidad intrínseca de la persona humana. La ley asume que la prolongación de la estancia en un establecimiento penitenciario supone un sufrimiento añadido a la propia pena, planteando un riesgo para su vida y salud. También la Convención europea de derechos humanos proscribió las penas y tratos inhumanos en su artículo 3, señalando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la salud del condenado debe tenerse en cuenta al decidir las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, ya que el internamiento puede resultar incompatible con una grave enfermedad siempre que se someta a la persona a un peligro y sufrimiento que exceda en intensidad al nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión (caso *Mouisel contra Francia*, 14.11.2002; la Corte concluyó que el Estado había violado el Convenio al mantener en prisión durante dos años a un enfermo de leucemia que estaba recibiendo tratamiento de quimioterapia, lo que significó un trato degradante e inhumano).

Porque el tratamiento de una dolencia muy grave e incurable que represente un peligro patente para la vida en ambiente carcelario incide negativamente en la patología, "por la ansiedad inherente a la privación de libertad y al sometimiento a un régimen de vida impuesto y mantenido con estrictas medidas disciplinarias, provocando el incremento de la presión emocional" (Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996), en un

caso de libertad condicional que fue desautorizada por el órgano jurisdiccional, una enfermedad coronaria grave e incurable, en que el Tribunal amparó al condenado y le reconoció su derecho a la vida y a la integridad física). Es más, seguimos leyendo la sentencia, “la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente”.

Y es que el principio de humanidad que incorpora el artículo 92 del Código Penal tiene carácter incondicionado, no pudiendo depender de la gravedad de las conductas sancionadas, ni de la entidad de los daños causados por el delito, ni de los fines que se persiguen con la imposición de la pena (confirmación de la ley, intimidación de posibles delincuentes, resocialización e intimidación del condenado). En caso de peligro patente para la vida del penado, la ley prescinde de la consideración sobre el delito, hace abstracción de tales datos, dado el carácter absoluto del derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española). Prevalece el respeto a la dignidad de la persona humana en la última fase de la vida.

4.2.- El peligro patente para la vida del condenado.

Peligro patente es el que se evidencia de manera clara, evidente y manifiesta. Para levantar un pronóstico, la ciencia médica -y cualquier otra área de conocimiento, véase la técnica de la prueba judicial de los hechos- opera con base en hipótesis, enunciados condicionales siempre sometidos a verificación. En nuestro caso, se trata de prever la evolución de la enfermedad y del paciente, que requiere de un juicio de pronóstico, que se produce en los márgenes de lo probable.

Todos los informes coinciden en que el padecimiento es muy grave e incurable. El Fiscal no lo discute en su recurso; sobre dicha constatación estima que es procedente el tercer grado penitenciario concedido el 17 de agosto. Según los informes médicos el penado presenta metástasis múltiples a nivel del sistema nervioso central procedentes del carcinoma renal, del que fuera tratado en el año 2005, y un nódulo pulmonar en el lóbulo inferior derecho con histología de carcinoma, también metástasis del carcinoma renal. Tiene un muy mal pronóstico; con máxima probabilidad el proceso es irreversible e incurable.

La diferencia entre los pareceres de los facultativos surge al ofrecer el pronóstico de supervivencia. Para levantar dicha hipótesis resultan datos relevantes: el tipo de tumor de origen (carcinoma renal), el número de metástasis (tres) y la presencia de una lesión extracraneal (el nódulo pulmonar). Según la Médico Forense la mediana de supervivencia es de 11 meses y 3 días. Los médicos responsables del caso consideran la probabilidad de supervivencia a los 12 meses del 10%, siendo aún menor la de reversibilidad completa de la situación; sitúan la mediana de supervivencia entre 7 meses y 29 días y 7 meses y 30 días. Por lo tanto, la divergencia no es cualitativa sino cuantitativa, se cifra en tres meses, más o menos, en la expectativa de vida del paciente.

En cualquier caso, entendemos que esta diferencia de opiniones no impide afirmar que existe un peligro claro, notorio y manifiesto para la vida del paciente de fallecer en un corto periodo de tiempo.

Pero es más, los informes de los oncólogos del Hospital Universitario Donostia alertan de un riesgo: las metástasis cerebrales, singularmente la ubicada en el cerebelo, si crecen, sangran o provocan un aumento del edema pueden desencadenar un cuadro de enclavamiento amigdalario, complicación potencialmente letal, pues produce un paro cardiorrespiratorio y el fallecimiento del paciente. Este juicio no solo constaba en el segundo informe de 22-08-2012, ya en el primer dictamen de 16-08-2012 se mencionaba el “riesgo importante de aumento de inflamación aguda con efecto masa de consecuencias fatales a nivel de lesión cerebelosa”. No hay opinión de la Sra. Médico Forense al respecto. Es decir, no hay divergencia en este punto.

Si se valoran conjuntamente dichos datos, entendemos que se dan las condiciones previstas en la ley para acceder a la libertad condicional, tal y como propuso la Administración penitenciaria y confirmó el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria.

Debe subrayarse que el peligro patente para la vida se afirma a partir de la patología que se diagnostica en todos los informes médicos, incluido el de la Sra. Médico Forense. Peligro patente para la vida que deriva de los indicadores de supervivencia que se ponderan, en atención a la observancia del tratamiento médico prescrito conforme al estado actual de la ciencia médica. Es decir, sin tomar en consideración la conducta, actual o futura, del enfermo de consentir o no dicho tratamiento, en el ámbito de su capacidad de autodeterminación. Cabría entender razonablemente que hacer depender la entidad del riesgo para la vida de la eficacia del tratamiento, constanding el índice de supervivencia mencionado, implicaría difuminar cualquier frontera entre el peligro patente y el riesgo inminente; cuando es el primero, y no el segundo, el presupuesto o condición para la aplicación de la libertad condicional excepcional que prevé el artículo 92.3 del Código Penal.

Porque el marco conceptual que establece la ley para este supuesto excepcional de libertad condicional por razones humanitarias es el del riesgo patente para la vida, no el de peligro inminente que nos ubica ante la situación del enfermo terminal o agónico. Esta categoría no se menciona en la ley, sólo aparece en la rúbrica o epígrafe del artículo 196 del Reglamento penitenciario y ni siquiera se reproduce en el texto de la norma, que no podría contradecir a la de rango superior. El Fiscal sugiere que patente significa inminente (prontamente); se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, que hemos citado antes, sin apreciar que la resolución es anterior al Código penal de 1995 que introdujo el cauce excepcional que nos ocupa con base en la categoría del peligro patente para la vida, por eso la sentencia se limita a analizar, desde la perspectiva del derecho a la vida y a la integridad, la decisión jurisdiccional adoptada en el contexto del antiguo artículo 60.2 del Reglamento penitenciario que preveía la libertad condicional en caso de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, equivalente al artículo 92.1. y 2 del Código Penal. Por lo tanto, no es posible seguir al recurrente en la medida que modifica de manera artificial el marco conceptual.

Sostiene el Fiscal que el Juez no pudo aprobar la libertad condicional con base exclusiva en el informe de los oncólogos del Hospital, ya que la norma menciona los informes del Médico Forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, de modo que deben ser coincidentes y no

contradictorios. De paso, el recurrente considera de mayor valor el informe del Médico Forense por razones formales y por no estar “contaminado ni por el conocimiento o trato habitual con el interno ni por su entorno”.

Lo primero que cabe apuntar es que el equipo médico de asistencia especializada en régimen de hospitalización, compuesto por varios facultativos y entre ellos de manera destacada dos especialistas en oncología médica y oncología radioterápica, no son cualquier médico público o privado, como sugiere el recurrente. Son facultativos del Sistema Nacional de Salud, incardinados en un Hospital Universitario, que se encargan de la asistencia especializada penitenciaria en virtud de convenios entre Administraciones públicas. Así se establece en el modelo de atención sanitaria que diseña el Reglamento penitenciario en los artículos 207 y siguientes (en especial, artículo 209.2 sobre asistencia especializada hospitalaria). Por lo tanto, no cabe sospecha alguna sobre su cualificación profesional, conocimientos y probidad. Por lo demás, la calidad de los dictámenes periciales se ha de comprobar en función de su corrección técnica y conocimiento científico.

Tampoco puede sostenerse que el Juez sólo puede aprobar la libertad condicional cuando los dos informes que menciona el artículo 92.3 del Código Penal fueren concurrentes y coincidentes, porque significa una ruptura de las pautas de análisis y valoración de la prueba pericial vigentes, haciendo de la opinión del experto una prueba tasada. El precepto determina la necesidad de contar con los informes de los servicios sanitarios penitenciarios y del Médico Forense, informes preceptivos, pero no establece una prueba vinculante. La ponderación sobre el peligro patente para la vida es objeto de la decisión jurisdiccional. El juez valora los dictámenes periciales de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Incluso, la jurisprudencia le permite en caso de informe único o de informes coincidentes disentir del parecer experto, siempre que lo haga de manera motivada y con buenas razones. Pero, no es el caso. Como hemos dicho, los informes presentados están de acuerdo en la existencia de una enfermedad muy grave e incurable, con una evolución de mal pronóstico, de manera que la mediana de supervivencia oscila -esa es la diferencia de pareceres- entre 7 meses y 29 días y 11 meses y 3 días. Por lo tanto, los dictámenes son esencialmente concurrentes respecto a los elementos fácticos relevantes para aprobar la libertad condicional por la vía del artículo 92.3 del Código Penal.

Por fin, como señalaba el Juez Central, ha de ponerse de manifiesto que el Fiscal consintió la progresión a tercer grado que el Secretario General de Instituciones Penitenciarias acordó el 17-08-2012, que le fue notificada con la indicación de que podría recurrir ante el Juez. Resulta contradictorio e incompatible con el recurso que ha formulado. Porque la decisión a la que se aquietó venía a clasificar en tercer grado al interno a los “efectos de poder iniciar el expediente de libertad condicional” que solo podría canalizarse por la vía del 92.3 del Código Penal bajo la cobertura del peligro patente para la vida. Entonces no consideró necesario que se observaran los requisitos que el artículo 90 del Código Penal establece para los delitos de terrorismo (abandono de la actividad terrorista y colaboración activa con las autoridades, que se puede acreditar mediante declaración de repudio y la petición de perdón a las víctimas), pero ahora impugna la

concesión de la libertad condicional, alegando por el contrario que es preciso, al no existir peligro patente para la vida, la concurrencia de dichas condiciones.

El motivo tercero del recurso se desvanece ya que dependía de la estimación de éste (la necesidad de analizar los requisitos exigidos para los delitos de terrorismo o crimen organizado).

5.- Incidente planteado por la defensa.

El recurso de apelación de la representación del Sr. Máximo tenía por objeto la ejecución del auto de libertad condicional contra la decisión del Juez -correctamente sustentada en la Disposición adicional quinta, apartado 5- de suspender su efectividad hasta que ganara firmeza. Ha quedado sin contenido al desestimarse el recurso del Ministerio Fiscal y confirmarse la resolución.

En atención a lo expuesto,

III. Parte dispositiva

1.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 30 de agosto de 2012 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que aprobaba la propuesta de libertad condicional del penado D. Máximo, resolución que se confirma en su integridad.

Notifíquese al Ministerio Fiscal, al penado y a su representación con la observación de que contra la presente resolución no cabe formalizar recurso ordinario de clase alguna, y devuélvase el expediente original al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria con testimonio de la presente resolución. Comuníquese igualmente al Director del Centro Penitenciario de Nancrales de Oca para constancia en el expediente del penado.

Auto que firman los magistrados que formaron Sala. Doy fe.

Voto Particular.

Que formula el Magistrado D. P. P., respecto del auto dictado con fecha 18 de septiembre de 2012 en el Rollo de Apelación 330/2012, relativo al expediente 138/2003-0001 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Primero

Se discrepa del parecer de la mayoría, ya que considero por mi parte, dicho esto con los debidos respetos, que es necesario hacer constar en los antecedentes de hecho de la resolución, el que en ningún caso ni momento la Administración Penitenciaria, había formulado al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria la incoación de un expediente de libertad condicional al amparo del artículo 92.3 del Código Penal, como se dice en el antecedente primero de dicho auto mayoritario.

Si examinamos con detenimiento el previo acuerdo de concesión de tercer grado penitenciario, obrante al folio 9 del expediente remitido, se advierte que tal acuerdo, que tramita el de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Álava es de fecha 17 de Agosto de 2012 y con tiene en su fundamentación en su antepenúltimo párrafo el siguiente texto: "Los antecedentes obrantes en el informe

médico llenan el concepto de enfermedad muy grave e incurable recogido en la legislación penitenciaria como factor que permite autorizar la calificación en Tercer Grado (artículo 104.4 Reglamento Penitenciario) como paso previo para posibilitar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se pronuncie sobre la concesión de la libertad condicional prevista en el artículo 92 del Código Penal”.

Como fácilmente se advierte no se menciona el artículo 92, en su apartado 3º como se dice en los antecedentes, sino solo del artículo 92 sin apartados, por constituir en este caso un trámite previo a la libertad condicional que posteriormente se pide.

Asimismo se ha de señalar por mi parte, que el concepto que se menciona es el de “enfermedad muy grave e incurable”, que es recogido en el apartado 1º del artículo 92 del Código Penal y no en el párrafo 3º de dicha norma, que nos habla de peligro patente de muerte, como afirma la mayoría.

Si acudimos al documento que obra en el folio 12 del expediente, advertimos que con fecha 20-08-12, se hace mención por la Administración Penitenciaria a un programa individual y plan de seguimiento de la libertad condicional, propuesto por el Ministerio del Interior. (Centro Penitenciario de Álava), en el que se habla entre otras prohibiciones o medidas las de:

- Prohibición de ausentarse, sin previa autorización de la Autoridad judicial de la localidad en la que fije su residencia.
- Obligación de presentarse mensualmente en los Servicios Sociales externos del Centro penitenciario de San Sebastián”.

En ningún momento, en la documentación aportada, se menciona el artículo 92.3 del Código Penal como razón que justifique la medida de la concesión del tercer grado, sino que por otro lado se prevé por la Institución Penitenciaria, la posibilidad de mover su domicilio y la de acudir mensualmente a unos Servicios Sociales, lo que determina en lógica común una capacidad de movimientos y de su posible control, ajenos como veremos al estudiar el fondo del asunto, con el contenido del artículo 92 apartado 3º del Código Penal, que establece el supuesto de peligro patente de muerte.

El informe médico del Centro Penitenciario únicamente establece acorde con el artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario la calificación que recoge dicho precepto, la de ser enfermo grave con padecimiento incurable, únicamente utilizado por el artículo 92 apartado 1 del Código Penal.

Además el preceptivo informe médico del Centro Penitenciario que obra al folio 20, manifiesta en cuanto a la calidad de vida actual del penado (según índice Karnofsky) el que “requiere de asistencia importante y atención médica frecuente”, constanding en el impreso cuatro casillas de mayor gravedad en la enfermedad, de las que las dos últimas, es decir las casillas de “Muy enfermo, hospitalización necesaria; requiere tratamientos de soporte” y la última de “Moribundo, pronóstico rápidamente fatal”, han sido señaladas por dicho informe médico como concurrentes en este caso.

Vemos pues como en ningún momento, ni en la concesión del tercer grado penitenciario, ni en la solicitud de libertad condicional se hace mención expresa a un peligro patente para la vida, sino a una

enfermedad muy grave con padecimiento incurable, sin que por tanto sea aplicable el artículo 92 apartado 3 del Código Penal, ni se puede deducir de ello que de la mención del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario se derive la circunstancia que resaltamos, habida cuenta la suma importancia de la misma en las consideraciones de fondo, en base a las distintas condiciones que debe reunir el penado dadas las distintas circunstancias que impone la aplicación del número primero o del número tercero del artículo 92, al tener en el primer caso que expresamente renunciar a la actividad terrorista y pedir perdón a las víctimas como mínimo.

Segundo

En cuanto a la fundamentación jurídica que contiene el auto con el que discrepa, nada que objetar al apartado 1 de la misma en cuanto a la composición del Tribunal.

Sin embargo si se discrepa absolutamente, con los debidos respetos a la mayoría, de la fundamentación que se contiene en el apartado 2 de estos, en orden a la nulidad de actuaciones interesada por el Ministerio Fiscal, por no haber observado el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria Libertad Condicional la correspondiente contradicción en los términos que más adelante indicamos.

Con carácter previo se han de hacer dos puntualizaciones, que estimo de relevancia.

La primera de ellas, es que en el presente expediente, nos encontramos en una actividad realizada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que partiendo de una decisión o propuesta administrativa se eleva ante un órgano judicial y por tanto jurisdiccional.

Lo que impone el cumplimiento de los principios de interdicción de la discrecionalidad y del abuso de derecho y de la efectiva contradicción de partes.

Es de significarse asimismo que no existe una normativa explícita aplicable al trámite de este tipo de peticiones, pero se ha de señalar que en relación con esto, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria conforme a lo previsto en el artículo 92.2 del Código Penal debió resolver “con la urgencia que el caso requiera”, pero sin embargo acude a la figura de las “diligencias finales” tal como recoge en su proveído de 28 de agosto de 2012.

Este tipo de diligencias propias de la jurisdicción civil en sus artículos 435 y ss. tienen como inicial efecto, la suspensión del término para dictar la resolución y en segundo lugar la práctica de actuaciones de prueba. Estimo que el Juez al acudir a las mismas, al citarlas expresamente se somete a su trámite, y en su trámite en concreto en el artículo 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece que se dará traslado del resultado de las diligencias de prueba practicadas a las partes y estas serán oídas. La mayoría recoge esta anomalía como defecto procesal, al que resta la relevancia que según mi criterio tiene, ya que el Juez realiza las mismas de motu proprio, y las valora sin oír a las partes, no solo al Ministerio Fiscal, sino también a la defensa del penado, la que también se encontraba personada en forma y había sido tenida como parte. No se trata como decimos de una cuestión que carezca de relevancia, ni siquiera subsanable como se aduce finalmente por la mayoría.

El Ministerio Fiscal, en este tipo de procedimientos, no solo es, acorde con los artículos 1 y 3 de su Estatuto Orgánico, un instituto defensor de la legalidad de las actuaciones jurisdiccionales, sino que además de atender al proceso en defensa del interés público y social, en este tipo de delitos que atentan contra el sistema constitucional democráticamente elegido, defienden los intereses de las víctimas, las cuales no podemos obviar, que no constituyen objetivos por si mismos, sino que como en el caso del funcionario Sr. Nazario, se atentaba contra todo el sistema penitenciario legalmente establecido.

Por eso en los hechos probados de nuestras sentencias dictadas en casos de terrorismo, cuando se cita la realidad de ETA se expresa de forma textual y reiterada "La banda terrorista ETA que tiene como finalidad la de subvertir el orden constitucional alterando la paz pública gravemente mediante la lucha armada, con la utilización de esta contra personas y bienes"

No se trata del seguimiento de un robo común, en el que también hay una víctima, a la que igualmente defiende el Ministerio Fiscal, sino que habida cuenta el bien jurídico protegido adquiere la normativa penal que la regula una relevancia grave, como se puso de manifiesto en la Ley Orgánica 7/2003, existiendo en consecuencia un plus evidente en la intervención del Ministerio Fiscal.

Era por ello trámite necesario, habida cuenta el sistema de diligencias finales elegido voluntariamente por el Juzgado, haber dado traslado y oído a las partes.

No se trata de una regla de respeto hacia las partes, lo que no carece de importancia, sino de la consecuencia legal procesal del camino o vía elegida por el Magistrado Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, que genera indefensión a las mismas.

Considera la mayoría que tal defecto no genera indefensión, toda vez que la Médico Forense pudo contactar con los oncólogos e incluso explorar al condenado.

Más se olvida por dicha mayoría, dicho esto en términos de sumo respeto, que conforme al artículo 479 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la actividad del Médico Forense, se engloba dentro del marco de los Técnicos al Servicio de la Administración de Justicia, y conforme al párrafo tercero del num. 2 de dicho precepto, "en el curso de las actuaciones procesales o de investigación de cualquier naturaleza incoadas por el ministerio Fiscal, estarán a las ordenes de los jueces, magistrados, fiscales...ejerciendo sus funciones con plena independencia y bajo criterios estrictamente científicos".

Independencia y criterio científico que en modo alguno podemos considerar generador de una autonomía de actuación por su propia cuenta, sin contar previamente con la orden de la Autoridad Judicial, careciendo de la facultad de actuación de oficio como se pretende.

Es decir, que carecen de la autonomía que alega la mayoría en su actuación que pretende abarcar, no solo el contacto con los oncólogos, sino incluso con entrevista y reconocimiento del penado, todo ello, repetimos sin autorización judicial, lo que es de todo punto ilegal.

Pretender que el Ministerio Fiscal acuda a una visita que se indica se va a realizar (folio 188) en los siguientes términos "...girar visita al interno, ...al objeto de mantener entrevista con el cuadro médico que lo atiende asimismo como con el paciente...", tal cual consta en el proveído dictado.

Es difícil, ante la falta de concreción de fecha y hora, así como del lugar, y teniendo en cuenta que se trata de unas diligencias finales proyectadas por el Juez Central de Vigilancia para realizar en San Sebastián, poder estar presente en las mismas, máxime cuando concurre por cierto, que tienen lugar (folio 194) el mismo día 28 de agosto, fecha del proveído, el cual se notifica a las partes, Ministerio Fiscal y defensa, el día 29 de agosto (folios 189 y 193), es decir, cuando ya se había realizado, habiendo concluido la citada diligencia final.

Pero además a mayor abundamiento, no se comunica a nadie el resultado de tales diligencias, ni se les ponen de manifiesto, a pesar de incluir informes médicos y exploración del condenado, de relevancia, dado el contenido del auto dictado, dictándose este sin más trámite y a continuación.

Considerar, como establece la mayoría, que no se genera indefensión habida cuenta que puede interponerse el presente recurso, es según mi criterio contrario, dicho en términos de máximo respeto a la mayoría, ya que ha privado a la parte de un trámite de alegaciones que pudieron ser relevantes para el resultado del auto objeto de recurso, generándose una evidente indefensión.

El artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder judicial, recoge cuando puede ser instada la nulidad por indefensión que prevee el artículo 238.3 de dicho texto legal, pero el hecho de que pueda denunciarse la nulidad, no significa en modo alguno la subsanación de lo nulo en una instancia superior, sino que tal nulidad deberá ser examinada por el Órgano Jurisdiccional ante el que se eleve el recurso. Y que en caso de acordarla llevaría consigo la retroacción del proceso. Pretender conferir al recurso de apelación en el que se denuncia la nulidad efectos subsanadores, según mi criterio no es acertado ni válido en derecho. Por ello entiendo que debió ser estimada la causa de nulidad planteada por el Ministerio Fiscal contra el auto recurrido, y retrotraídas las actuaciones al momento de dar traslado de las diligencias finales.

Tercero

Respecto de la alegación planteada por el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 12 de septiembre pasado en orden a la imposibilidad de realizar trámites en segunda instancia, cabe decir que leída la misma con detenimiento, se trata de una simple alegación sin contenido ni pretensión anulatoria alguna.

Incide eso sí, citándola expresamente, en la nulidad incluida en su escrito de recurso en orden a la falta de efectos subsanadores de estas nuevas actuaciones acordadas por la Sala, a lo que antes hemos hecho referencia y cuyo contenido damos por reproducido.

No se trata de unas diligencias interesadas por la Sala, a instancia del que suscribe, en aquel momento ponente del recurso, con tal carácter de subsanación, sino simplemente de conocer la evolución del penado y su padecimiento, para más puntual conocimiento del caso, dado que se trata de una enfermedad evolutiva.

Por ello cabe considerar que carece de efecto, por este motivo concurrente, la alegación del Ministerio Fiscal.

Cuarto

Una vez examinadas las cuestiones formales con las que discrepo absolutamente en cuanto a la solución dada por la mayoría, dicho esto con los debidos respetos, y aun a sabiendas de que los efectos retroactivos de las actuaciones derivadas de la nulidad planteada llevarían la anulación del auto, procede examinar a los efectos de esta discrepancia, pronunciar nos sobre el fondo del asunto, es decir, la concesión dada al penado Máximo de la libertad condicional y sobre todo en cuanto a las condiciones y efectos de la misma.

Con carácter previo he de señalar, que la diferencia efectiva que en nuestra sociedad contemporánea existe entre el procesado, juzgado, sentenciado y condenado como fanático criminal y las personas normales, no es otra que la indignidad de los primeros, que les lleva a faltar al respeto a los derechos individuales fundamentales constitucionalmente o no, de los demás, en grado máximo, como son la libertad y la vida.

Pero además existe una diferencia en la actividad derivada de la dignidad de las personas normales, que podemos denominar comprensible mente como la piedad, la que falta en los primeros.

Es por ello, por lo que el Legislador ha recogido en numerosos textos legales, Código Penal; Ley General Penitenciaria; Reglamento Penitenciario y Convención Europea sobre derechos humanos, que cuando una persona declarada criminalmente responsable esta cumpliendo condena, por muy graves que hayan sido las consecuencias de su actividad criminal, si dicha persona se encuentra enferma, o ha cumplido cierta edad, o ha observado un nivel concreto de reinserción y reinsertación social, puede acogerse a un cumplimiento condicional de parte de la condena, como ultima fase, previa a su licenciamiento, atendiendo en base a la piedad antes dicha a razones de carácter humanitario o de reinserción social.

Y así en cuanto a la posibilidad de poder obtener dicha libertad condicional, nuestro Código Penal en sus artículos 90 y ss. recoge diversas posibilidades entre las cuales se encuentran, como no puede ser de otro modo las derivadas de enfermedad grave.

Establece, según mi criterio, dos situaciones absolutamente diferenciadas, en cuanto a la concesión de la libertad condicional derivada de enfermedad.

El artículo 92 apartado 1, recoge textualmente en su párrafo segundo....”cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables”.

El artículo 92 apartado 3, recoge textualmente: “Si el peligro para la vida del interno a causa de su enfermedad o de su avanzada edad fuere patente...”

Es decir, que el legislador ha creado dos posibilidades diferentes, tratándolas separadamente no solo en su texto, sino también en las distintas condiciones que exige para su obtención, ya que no es legalmente lo mismo padecer una enfermedad grave con padecimientos incurables que encontrarse en situación de peligro patente para la vida.

Si examinamos las condiciones exigidas para su concesión en cada caso, advertimos que en los supuestos del artículo 92 num.1 del Código Penal, el recluso deberá, por imperativo del artículo 90.1 último párrafo, que “llevar a cabo signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista..... lo que podrá acreditarse mediante una declaración de repudio de sus actividades delictivas y abandono de la violencia, y petición expresa de perdón para las víctimas de su delito, así como....” Y se incluyen otras condiciones.

En el supuesto del numero 3 del referido artículo 92, tales tramites condicionales no son precisos.

En ambos casos se impondrán condiciones expresas de comportamiento conforme al artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Legalmente se trata por tanto de dos situaciones con diferencias sustanciales, que determinan en pura lógica, dos supuestos de enfermedad graduales, siendo el señalado en su número 1, como muy grave con padecimientos incurables y el segundo como peligro evidente de muerte de mayor entidad.

Por eso, atendiendo a la naturaleza de esta división o distinción jurídica se exigen en las normas citadas los informes del Médico Forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario adquieren una relevancia suma a más de ser exigidos por la normativa citada, ya que los Jueces y Magistrados carecemos de conocimientos médicos.

No existe en el Código Penal un lindero o separación establecido, salvo los conceptuales ya citados, pero el Ejecutivo, que en un estado democrático es quien tiene la facultad de desarrollo legislativo, emitió en el año 2000 la Circular num. 4/2000 en la que se establecen los requisitos que debe reunir el penado para acceder a los beneficios de los artículos 104.4 y 196.2 del Reglamento Penitenciario, relativos al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional respectivamente.

Y en el año 2003 publicó la Ley Orgánica 7/2003 que entró en vigor el día 2-7-2003 en el que reformo la normativa relacionada con la concesión de la Libertad Condicional, dando un nuevo contenido a la anterior regulación, modificando la Sección 3ª del Libro I, Título III del Código Penal, agravando el contenido normativo de estas situaciones en los condenados por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Vemos pues como el desarrollo legislativo de esta materia incide en la agravación de las condiciones de obtención de la libertad condicional, y mantiene la diferencia entre los contenidos de los núms. 1 y 3 del artículo 92 del Código.

Además cuando recientemente se publica la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, se mantienen de forma idéntica los textos normativos anteriores.

El Legislador ha tenido desde 1995, fecha del anterior Código Penal diversos momentos en que podía haber hecho desaparecer la distinción en las enfermedades, y si no lo ha hecho reiteradamente, como hemos visto, es por su decisión de mantener tal regulación diferenciada.

La Circular 4/2000 antes citada para considerar las enfermedades como muy graves, no derivadas de VIH ni mentales, recoge los parámetros siguientes:

- 1.- Riesgo de muerte estimado superior al 10% en plazo de un año a pesar del tratamiento;
- 2.- Riesgo de muerte estimado superior al 50% en plazo de 5 años a pesar del tratamiento;
- 3.- Índice de Karmofsky (calidad de vida) menor o igual al 50%

A ello hay que añadir como requisito, conforme al contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/96, valorar "...el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma supone la permanencia en el recinto carcelario".

Estos son los únicos parámetros que nos encontramos y con los que legalmente podemos contar.

Se advierte pues de todo ello, que puede darse el caso de encontramos ante una enfermedad grave con padecimiento incurable, que no represente un riesgo de muerte patente, siendo en consecuencia con la normativa legal citada sus condiciones de acceso muy diferentes para el penado.

Pero en este caso el criterio mayoritario alegando razones de humanidad, derecho a la vida y a la integridad física y moral, conforme al artículo 15 de la Constitución Española que establece como "incondicionado" el contenido del artículo 92 del Código Penal, discrepo absolutamente con el debido respeto en base a la normativa existente.

Dicha normativa es la que debemos observar, sin interpretaciones contra legem ni extra legem, rehuyendo y olvidando las diferencias entre ambos supuestos de enfermedad, porque habida cuenta que toda enferme dad grave con padecimiento incurable, acarreará la muerte del penado en su día, dejamos sin contenido el artículo 92.1 del Código Penal, en contra del parecer legislativo reiterado en la forma antes dicha. No tenemos capacidad y por tanto no podemos dejar sin efecto una norma.

Repetimos que si el Legislador hubiera pretendido la anulación del artículo 92.1 del Código Penal, tanto en la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 como en la reforma derivada de la Ley Orgánica 5/2010 hubiera suprimido el párrafo.

El juez debe interpretar, no legislar, esa no es su función y en aplicación de la mera función que nos corresponde como Jueces y Magistrados, me reafirmo en la vigencia plena de la distinción legal citada discrepando por tanto sustancialmente, pero con todo respeto, del parecer de la mayoría.

Estimo por tanto que nos encontramos en el presente caso en el supuesto del numero 1 del artículo 92 del Código Penal, debiendo por tanto el penado que pretenda adquirir la libertad condicional cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecen los artículos 90 y 91 de dicho texto legal.

Quinto

La mayoría redacta en su resolución un punto, señalado como 4.2, en donde desarrolla la situación de peligro patente para la vida del condenado.

Evidentemente, ello significa que la misma es consciente de la necesi dad de justificar los elementos objetivos que contiene el artículo 92.3 del Código Penal, en contra de ese carácter incondicionado establecido

por su parte anteriormente y que equipararía tal supuesto en condiciones, a la libertad condicional prevista en el 92.1 del Código Penal.

Igualmente discrepamos absolutamente, con respeto, de la valoración que realiza la mayoría de la enfermedad y de su desarrollo para llegar a la conclusión de que nos encontramos ante un paciente con riesgo vital patente, y ello desde la perspectiva de Juez o Magistrado, sin conocimientos técnicos médicos suficientes.

Para establecer las razones de esta discrepancia hemos de examinar los informes médicos obrantes en el expediente, y advertimos, que en el remitido junto con la petición de libertad condicional que eleva al Juzgado central de Vigilancia Penitenciaria el Centro Penitenciario de Nanclares de Oca (Álava) figura al folio 16, que el penado se encuentra ingresado en el Hospital de San Sebastián, teniendo conocimiento de que el mismo mantiene una huelga de hambre sin saber las circunstancias.

Asimismo figura en la documentación se remite, constancia de que requiere asistencia importante y atención medida frecuente, ello con fecha 16-08-12, y en cuyo informe médico al que hemos hecho referencia anteriormente se habla de enfermedad grave incurable, no considerándose las opciones de: Muy enfermo; hospitalización necesaria; requiere tratamiento de soporte, ni la última categoría de: Moribundo, pronóstico rápida mente fatal.

Seguidamente se unió a los folios 21 y ss. El informe del Hospital Universitario de San Sebastián, en el que se indica que ingresa el 19-7-12 siendo reconocido además los días 1-8-12 y 8-8-12 en el que se indica que el paciente inicia una huelga de hambre, aceptando tomar agua y medicación oral, rechazando la punción pulmonar prevista para el mismo día, la que se practica finalmente el 13-8-12, cuya conclusión se define por anatomía patológica como "frotis escasamente celulares, con citología positiva para células malignas de carcinoma que no expresan TTP1, P63 ni RCC, no pudiendo diferenciar entre el origen renal y uno pulmonar de célula no pequeña".

El 14-4-12 se le reconoce la existencia de una única lesión bilobulada en hemisferio cerebeloso izquierdo, existiendo otra ya conocida, y por otro lado se observa una nueva posible lesión, resultando imprescindible la radioterapia y en su caso la radiocirugía.

Se valora por los autores del informe que sorprende que la lesión de riñón existiese ya en 2005 y permaneciese estable sin tratamiento alguno pronosticando que a pesar de las opciones terapéuticas planteables, el pronóstico es muy grave, con la máxima posibilidad de ser irreversible e incurable, y la posibilidad de supervivencia a los 12 meses estaría en torno al 10%.

El día 20 de agosto de 2012, (folio 52) se produce un plan terapéutico por dicho Hospital Universitario de San Sebastián, en el que se establecen:

- 1.- Radioterapia holocraneal en una primera fase;
- 2.- Sobre lesiones existentes, si no son más de tres, radiocirugía.

3.- Simultáneamente inhibidores de tirosinquinasa por vía sistemática para metástasis de tumor renal.

4.- Plantearse la resección de la metástasis pulmonar.

A los folios 91 y ss se acompañan las hojas histórico medicas del penado, resaltando que en Diciembre de 1997, renunció al tratamiento para mejorar su vascularización (f. 95), en 6-5-98 se niega al reconocimiento médico, (f. 100) y en 24-10-98 se hace constar que no toma la medicación (f. 101) en 4-7-01, consta que se niega a la extracción de sangre y mani fiesta que no se le moleste para esas tonterías de forma muy agresiva (f. 112), negativa que mantiene incluso para vacunarse en 5-3-02 (f. 113).

En 25-02-10, (f. 132) se niega a ser trasladado al Hospital de Aranzazu en San Sebastián para seguimiento, por considerar que lo esta realizando en el Centro penitenciario. En 10-7-12 se informa por el departamento de neumología, la existencia de un nódulo pulmonar en LID sugestivo de malformación, indicándosele una revisión a los 6 meses para decidir sobre actitud terapéutica.

En 19-07-12 se ingresa en el Hospital Virgen Blanca, 5ª planta (f. 136) El día 20-7-12, se informa que las lesiones cerebrales no se tiene claro que sean de origen metastásico, pudiendo ser de origen infeccioso (f.137).

El día 8-9-12 se informa que tras un incidente del penado con la Ertzaintza se ha declarado en huelga de hambre aceptando solo agua o sueroterapia y Ao oral.

El día 8-9-12, según se dice en el informe (f. 137) se hace constar que la lesión pulmonar pudiera ser constitutiva de metástasis de nefroma inicial, y que podrá ser tratada con radioterapia inicialmente paliativa de 10 sesiones aproximadamente, y que en cualquier caso el pronostico es de 6 meses con una supervivencia de hasta 2 años en caso de poder acceder a la segunda alternativa de tratamiento.

El día 13-08-12 se hace constar que se contacta con oncología, persistiendo el penado en la huelga de hambre, las constantes son buenas.

Y en el folio 139 consta asimismo que en 20-08-12 se informa desde oncología que la evolución del paciente, quien persiste en la huelga de hambre esta consciente y sus constantes son buenas.

Como consecuencia de todo ello se recaba por providencia de fecha 23 de agosto siguiente del Juzgado Central de Instrucción, informe al Médico Forense (f. 153) para que emita dictamen a la vista de los informes clínicos indicados recibidos y que obran en el expediente sin ordenar ni indicar la posibilidad de otra diligencia, el cual emite el mismo el día 24-08 12, con entrada el mismo día, en el que, tras las consideraciones que estima procedentes indica:

“Aunque en los informes que se remiten no se cuantifica específica mente, podría deducirse la puntuación a la vista de la sintomatología clínica que describen en relación exclusivamente con la enfermedad tumoral y sin tener en cuenta la debida a la huelga de hambre que mantiene: Se indican como únicos síntomas en relación con la enfermedad tumoral, una leve debilidad del miembro inferior izquierdo y leve inestabilidad residual en la marcha. Resultaría una puntuación del índice Karnofsky de 80-90. Se aclara en otro extremo del informe que el índice Karfnosky mide la capacidad vital del enfermo.

Concluyendo que en definitiva la enfermedad tumoral diagnosticada es de muy mal pronóstico a largo plazo, sin embargo, en la actualidad el enfermo no se encuentra en fase terminal y únicamente presenta leves síntomas clínicos en relación con la misma.... Sería conveniente una nueva evaluación clínica una vez que se realice la terapia específica para evaluar la posible mejoría debida a la misma.

El tratamiento actual del enfermo, a la vista de la sintomatología que presenta, es compatible con ser llevado a cabo por los Servicios Médicos del Centro penitenciario. El tratamiento Radioterápico y/o quirúrgico que se decida instaurar deberá realizarse en un Centro Hospitalario. (f. 160).

Sobre dichos informes hospitalarios y el emitido por el Médico Forense se solicita del Ministerio Fiscal dictamen que emite en 27-08-12. interesando la denegación de la libertad condicional. (FF. 177 y ss).

A partir del 28.08.12 se produce la providencia del Magistrado Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, acudiendo al trámite de las diligencias finales, a lo que antes hemos hecho referencia, con visita el mismo día 28 a San Sebastián por parte del titular del Juzgado y con notificación a las partes días después, una vez realizada la misma, sin traslado ni audiencia.

En dicha visita el Magistrado Juez Central, se entrevista con los médicos que según consta en el folio 194, que le tratan, siendo visitado por los médicos del Centro Penitenciario que le visitan para ver su evolución.

Dicho equipo médico hospitalario establece un Karnofsky o pronóstico de vida del 60-70%, (f.197) si bien posteriormente indican que bajaría, fijando una media de supervivencia en caso de tratamiento de hasta 9 meses de vida.

Al folio 199, consta a preguntas del Magistrado Juez, la contestación de que no podría darse el alta en ningún caso al paciente en el día de hoy, aunque se le concediera la libertad condicional, dado el riesgo de complicaciones secundarias en este caso.

No obstante esta afirmación seguidamente son preguntados por la circunstancia de empeoramiento del penado, si ingresase en prisión, contestando estos que sí, que en el momento actual no sería posible, necesitando un recurso hospitalario especial.

Cuando empiece el tratamiento con el inhibidor de la Tirodina Kinada la vida en prisión no sería aconsejable debido a los posibles riesgos (súbitos accidentes vasculares cerebrales de consecuencias inmediatas letales, efectos tóxicos secundarios, diarreas, disminución de defensas, infecciones) que aconsejan no vivir en un medio colectivo.

Continúan diciendo (f. 200) que desde la perspectiva médica es muy importante que se lleve un control, vigilancia o supervisión en todo momento del paciente ante la previsión de cualquier incidencia.

Pero llegado este momento, surge sorpresivamente una afirmación, contraria al control de la enfermedad y tratamiento del penado que acaban de decir y al recurso hospitalario ineludible, cuando añaden. "considerando como un nivel deseable que en este tipo de enfermedades el cuidado se haga fuera del hospital, en un entorno familiar, (considerando el hospital como un entorno agresivo) para el paciente".

Cabe preguntarse en este punto, en qué quedamos, se trata de un paciente con un pronóstico de vida según índice Karnofsky del 60-70%, que tiene que ser hospitalizado por, entre otros posibles “súbitos accidentes vasculares cerebrales de consecuencias inmediatas letales”, lo que le impide estar en prisión, habiéndose considerado que es precisa su estancia como ingresado en el Hospital, y los doctores, con todo el respeto, terminan su contestación diciendo que donde mejor estaría es en su casa. ¿Dónde quedan los súbitos accidentes, los riesgos evidentes que han indicado previamente, y el control médico?

Esta pregunta resume el grado de credibilidad del informe emitido, en todo caso de naturaleza pericial, que debe ser valorado por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En dicha entrevista, entregaron los facultativos entrevistados al Magistrado Juez Central un informe en el que tras reiterar sus informes anteriores llegan a considerar la probabilidad de supervivencia a los 12 meses en alrededor de un 10%.

Y visto lo anterior el Magistrado Juez Central de Vigilancia Penitenciaria emite el auto recurrido, dándose lugar al recurso que nos ocupa.

Más, posteriormente se han seguido recibiendo informes clínicos que considero de interés, y que valoramos ya que nos encontramos ante un proceso evolutivo de enfermedad.

Así en 6-9-12, se emite informe por el Hospital Universitario de San Sebastián, en el que se habla de un Karnofsky actual del 50%.

El día 8-9-12 se informa que el paciente comunica al equipo médico su deseo de abandonar el tratamiento activo, y el día 10-9-12 se informa que se retrasa el inicio de la propuesta de tratamiento sistemático por el mal estado general y la negativa actual del paciente.

Con fecha 12-09-12 se emite informe por el Médico Forense, tras recibir las últimas informaciones y hojas clínicas del enfermo, haciendo constar que en dicho historial clínico se cita, al día 28-08-12 que: va mejorando lenta pero progresivamente. Buen estado general. Karnofsky 80-90, peso 49,78 Kgms.

Indica que en los datos correspondientes al día 4-09-12, en dicha historia clínica se hace constar que el peso es de 50,2 Kgms, y constantes mantenidas en sus niveles habituales. Por la tarde el enfermo refería que “no controlaba la cabeza” y siente inseguridad así levantarse para ir al baño. Probablemente dichos síntomas son debidos a la toxicidad aguda de la radioterapia, incrementado por los efectos secundarios al disminuir las dosis de Dexzametasona (ambas causas reversibles).

El día 6-09-12 su peso es de 49,2 Kgm, encontrándose con mejor aspecto que ayer sin cambios en síntomas relacionables con la radioterapia holocraneal.

El día 8 de septiembre consta que su malestar físico es temporal (había acabado el tratamiento radioterápico) y ya ha empezado a mejorar, y que a partir de ahora es cuando deberán empezar a notarse los beneficios del tratamiento. Clínicamente se encuentra estable e iniciando la recuperación de la toxicidad

aguda de la radioterapia. Psicológicamente esta afectado por su situación y con actitud negativa al tratamiento.

El día 12 de septiembre se recibe informe el Hospital Universitario de San Sebastián en el que se fija un peso de 49,2 Kgms y un Karnofsky del 50%.

He querido detallar puntualizando paso a paso los datos que constan en el expediente sobre la enfermedad que padece el penado y la evolución clínica de la misma, habiéndome pronunciado sobre los informes obran tes en la causa, haciendo mención a las contradicciones que se advierten, dicho con todos los respetos, en la información que dan los médicos del Hospital Universitario de San Sebastián al Magistrado Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, ya que ello afecta sobre todo a la calificación legal que merece su enfermedad y a las consecuencias de la misma, ya que estos finalmente, nos concluyen que donde mejor estaría es en su casa.

De este examen detallado y pormenorizado se concluye, que ni una sola vez, repito, ni una sola vez, los médicos, tanto del Hospital Universitario de San Sebastián, ni la Médico Forense mencionan en ningún momento la expresión “riesgo de muerte” para la situación actual del paciente que ellos han estudiado.

La realidad es muy distinta de cómo se plantea por la mayoría, según mi criterio, el índice Karnofsky no baja del 50%, el penado mantiene huelgas de hambre intermitentes y negativas intermitentes a los tratamientos, situaciones creadas por él y que inciden en una conducta propia de la libertad condicional solicitada con efectos negativos sobre la misma tal como recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 422/2002 de 14 de Enero de 2002, que deniega el amparo entre otras razones porque el tratamiento seguido por el condenado sufre retrasos como consecuencia de que este “ha faltado a dos citas para la realización de los pertinentes análisis”.

El tratamiento con tales dificultades añadidas por la conducta del penado aun no ha concluido, por lo que no cabe establecer parámetros definitivos.

Examinada la situación clínica del enfermo, nadie discute que padece una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Pero de tal examen detallado y pormenorizado se desprende, repito, que en ningún momento, se menciona tanto por los médicos del Hospital Universitario de San Sebastián como por la Médico Forense de un “riesgo de muerte patente”, solo al final se cita como posible riesgo letal, el hecho de la administración de un determinado fármaco llamado Tirodin Kinasa, que lógicamente sería suministrado en Hospital y por personal médico, dando por sentado absolutamente, que tal personal sanitario no llevaría a cabo la administración del mismo generadora de muerte.

Por ello estimo, que en modo alguno nos encontramos en una situación de peligro patente para la vida del interno.

No vamos a entrar en discusiones semánticas sobre al alcance de la palabra patente, pero jurídica y legalmente se advierte que ella representa muy próxima o inminente.

No es mi parecer solamente el expuesto, es el contenido normativo de la Circular 4/2000 antes citada que nos habla de un índice Karnofsky del 50% o menor para comenzar a considerar la existencia de una enfermedad muy grave, y en este caso, y tras la radioterapia alcanza, según los médicos de San Sebastián el 50%.no más.

Sin que puedan valorarse los índices de vida temporales que se indican en la circular 4/2000, al no haberse suministrado el tratamiento, como reconocen todos los médicos intervinientes.

Considero por tanto, que nos encontramos ante un supuesto previsto en el artículo 92.1 del Código Penal, y no ante el supuesto contemplado en el artículo 92.3 de dicho texto, como estima la mayoría, a mi modo de ver, y con los debidos respetos de forma errónea.

Como se ha dicho anteriormente la diferencia entre la aplicación de un precepto u otro no es baladí, ya que el párrafo primero, impone para la concesión de la libertad condicional, entre otras condiciones, al menos la renuncia a la actividad terrorista y el perdón a las víctimas, lo que no ha sucedido en este caso, constando por el contrario, en los informes iniciales del Centro Penitenciario, a los que hemos hecho mención, que persiste en su actitud, justificando la misma.

Por ello he mantenido y mantengo una postura discrepante con la mayoría, al considerar procedente estimar del recurso planteado por el Ministerio Fiscal con revocación de la libertad condicional, en primer lugar en base a la nulidad indicada, y en segundo lugar hasta que por el penado no se diera cumplimiento a los requisitos procedentes conforme al artículo 90 del Código Penal.

Es evidente que con lo anteriormente expuesto se establece por mi parte un criterio diametralmente distinto del parecer mayoritario, y en este sentido, con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, emito este voto en Madrid, a 19 de septiembre de 2012.

Fuente: Jurisprudencia penitenciaria 2012. Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.