

Expediente de Libertad Condicional 138/2003-001

Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Audiencia Nacional

## **AL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

EL FISCAL, al amparo del art. 766.1, 2 y 3 de la LECriminal y Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en redacción dada por la ley orgánica 7/2003), interpone en tiempo y forma recurso de apelación directo ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contra el auto de 30-8-2012 dictado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que aprueba la libertad condicional del penado JESUS MARIA URIBECHEVERRIA BOLINAGA por considerarlo no ajustado a derecho, sustentado la impugnación en las siguientes alegaciones:

**PRIMERA. El órgano judicial ha actuado vulnerando garantías esenciales del procedimiento que han causado indefensión generando una quiebra efectiva del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, lo que conforme al art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial determinaría la nulidad de pleno de derecho de la resolución dictada.**

La legitimación del Ministerio Fiscal para plantear en el proceso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión que consagra el art. 24.1 CE ha sido reconocida tanto por la doctrina constitucional como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTC 86/1985, de 10 de Julio, 148/1994, de 12 de mayo, 256/1994, de 26 de septiembre, y 17/2006, de 30 de Enero, entre otras; SSTS de

22-1-1998, 8-3-2000, 26-12-2000, 2-9-2003, 5-5-2006, 5-6-2006, 1275/2006 de 28 de Noviembre, 872/2008 de 27 de Noviembre, 1344/2009 de 16 de Diciembre, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 27-2-1998). La posición institucional del Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, del interés público y social, de los derechos de los ciudadanos y, particularmente, de los derechos de las víctimas le habilita para tales fines (art. 124 CE, arts. 1 y 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y demás normas concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la legislación penitenciaria).

El relato del "iter procedimental" es enormemente esclarecedor a la hora de determinar la naturaleza y el alcance de la violación del derecho a la tutela judicial que se denuncia. Tras la presentación del informe del Médico Forense en fecha 24 de Agosto –cuya intervención es esencial y preceptiva en el expediente de libertad condicional según el art. 92.3 del CP- y del dictamen del Ministerio Público en fecha 27 de Agosto, el órgano judicial ha incorporado a las actuaciones un informe de fecha 22 de Agosto realizado por los facultativos especialistas en Oncología del Hospital Universitario de Guipúzcoa del que esta Fiscalía ha tenido conocimiento a través de la resolución judicial impugnada, sin que en ningún momento se le haya dado traslado del mismo, ni antes ni después del dictamen emitido, para valorar su contenido y su incidencia en la resolución final del expediente.

Debe reseñarse que el citado informe se encontraba a disposición del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, y que su existencia ha sido determinante para la ejecución de una diligencia final de fecha 28 de Agosto llevada a cabo "inaudita parte" por el órgano judicial, en la cual se ha fundamentado de forma esencial la decisión recurrida.

Como también se ha omitido el traslado del susodicho informe al Médico Forense para su valoración y posibilitar la presentación de un informe complementario, en la medida en que su dictamen –como ya hemos señalado con anterioridad- es una de las piezas imprescindibles del expediente de libertad condicional.

No se alcanza a comprender esta forma de proceder del órgano judicial que, al vulnerar los principios de audiencia y contradicción, resulta difícilmente compatible con las reglas de la buena fe y la lealtad procesal (art. 11.1 LOPJ).

Pero la singular e inusual actuación judicial no queda exclusivamente ahí. El órgano judicial acuerda por providencia de 28 de Agosto a modo de "diligencia final" trasladarse al Hospital Universitario de Guipúzcoa para visitar al enfermo y oír a los facultativos especialistas que lo están tratando, concretándose ese trámite de audiencia en un acta de la misma fecha donde los facultativos exponen sus opiniones acerca del estado de salud del penado y de la evolución de su enfermedad, respondiendo a las preguntas que les formula el titular del órgano judicial. Sin embargo, lo hace sin notificarlo al Ministerio Fiscal hasta el día siguiente 29 de Agosto, cuando la diligencia ya había sido practicada, privándole de la posibilidad de intervenir en la citada diligencia y conformando así una irregularidad procesal claramente vulneradora del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en cuanto que la diligencia practicada ha sido decisiva para la resolución final adoptada y se ha producido con palmaria infracción del principio de contradicción.

La doctrina jurisprudencial no puede ser más explícita. La STS de 10 de febrero de 1998 y el ATS de 13 de noviembre de 2009 señalan que los actos de comunicación procesal - notificaciones, citaciones y emplazamientos- tienen un significado instrumental que los hace indispensables para la

vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) produciendo su vulneración la nulidad de pleno derecho. La trascendencia de esta falta de notificación al **Ministerio Fiscal** en este caso es de suma gravedad, por cuanto afecta no solo a aspectos procesales, sino también a aspectos sustantivos de la propia concesión de la libertad condicional, al fundamentarse la propia resolución en una documentación médica examinada en el viaje efectuado por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, fechada el día 22 de agosto de 2012 que no ha sido notificada al día de hoy al **Ministerio Fiscal**, ni por supuesto puesta a disposición de los servicios médicos forenses que legalmente tienen la obligación legal de informar; idéntico proceder se ha seguido con el acta levantada por la secretaria del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de fecha 28 de Agosto.

Esta documentación médica a la que se está haciendo referencia según expresa la resolución impugnada, es un informe emitido por los especialistas de oncología médica y de oncología radioterápica del Hospital Universitario de Donostia, de fecha 22 de agosto de 2012, informe médico que en alguna de sus partes es transcrito en la resolución recurrida, y que ha sido parte fundamental para la concesión de la libertad condicional al interno enfermo. Como ya se ha indicado este informe nunca formó parte de la documentación médica entregada a los servicios médicos forenses de la Audiencia Nacional, pues como se dice en el Auto impugnado se envió a la Dirección de Asistencia Sanitaria, departamento del que se desconoce su ubicación orgánica, y sin embargo se convierte en la principal argumentación que emplea la resolución atacada para la concesión de la libertad condicional al interno.

En apoyo a la tesis de este recurso puede citarse la STC 17/2006, de 30 de enero, que en un caso en el que se privó al Ministerio Fiscal de asistir a una diligencia de exploración de un

menor en un proceso matrimonial por no habersele notificado, estima el recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva declarando la nulidad de lo actuado. En sus fundamentos jurídicos se dice literalmente:

*"Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha venido admitiendo la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo no sólo en defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para denunciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del propio Ministerio Fiscal en su condición de parte procesal en el proceso a quo (así, SSTC 148/1994, de 12 de mayo, y 256/1994, de 26 de septiembre).....En el caso que nos ocupa conviene precisar que el Ministerio Fiscal interpone el recurso de amparo en su carácter de parte en el proceso judicial correspondiente y a su vez en su calidad de defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Así resulta inequívocamente de la demanda de amparo, por cuanto se indica que no es sólo el Ministerio Fiscal quien ha podido ver vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino también las hijas menores de las partes enfrentadas en el proceso matrimonial, menores por cuyo interés prevalente debe velar el Ministerio Fiscal en virtud de su posición institucional, siendo precisamente esta segunda perspectiva, la defensa del interés superior de las menores, la que cobra especial relevancia a efectos del presente proceso constitucional.*

*En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas. Y como quiera que el fundamento de esta decisión, expresado en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001, no satisface, por las razones expuestas, el derecho a una resolución*

*fundada en Derecho, como exige nuestra doctrina, de modo que no constituyen "expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma" (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4, y 70/2005, de 4 de abril, FJ 3, por todas), también desde esta perspectiva ha de declararse vulnerado el art. 24.1 CE."*

En el fundamento jurídico 4º, página 5, se justifica esta actuación –la práctica de la diligencia final- argumentando que *"b) la ley de enjuiciamiento civil permite al juzgado al concluir la tramitación de un procedimiento acordar la práctica de diligencias finales en aquellos asuntos que consideren necesarios atendiendo a las circunstancias del caso. En el caso que nos ocupa huelga decir que el juez es un profano en cuestiones médicas; por tanto se hace necesario una aclaración de los informes elaborados por los facultativos....."*. Al respecto cabe hacer dos puntualizaciones:

1ª. En la jurisdicción penal estas prácticas no son aceptables por la indefensión que generan y porque son claramente contrarias a las garantías básicas del proceso penal en un Estado de Derecho. Nos encontramos ante una actuación judicial que supone una quiebra de los principios de audiencia y contradicción, más propia del proceso penal inquisitivo, y que podría ser equiparable a la actuación de un juez o tribunal que tras la celebración del juicio, y formuladas las conclusiones definitivas, decide practicar nuevas diligencias antes de dictar sentencia, o a la de un juez instructor que practica diligencias sin notificarlo a las partes impidiendo así que puedan intervenir en las mismas.

Pero si el órgano judicial acude a las normas procesales civiles –que solo pueden aplicarse de forma estrictamente supletoria- para justificar su actuación, al menos debería haberlo hecho respetando la normativa que invoca. Las diligencias finales

están reguladas en los arts. 435 y 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que literalmente dicen:

**"Artículo 435.** *Diligencias finales. Procedencia.*

1. *Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:*

1. *No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.*
2. *Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.*
3. *También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.*

2. *Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.*

*En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.*

**Artículo 436.** *Plazo para la práctica de las diligencias finales. Sentencia posterior.*

1.  *Las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días y en la fecha que señale a tal efecto, de resultar necesario, el Secretario judicial, en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase. **Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado.***

*2. El plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito a que se refiere el apartado anterior."*

Pues bien, en este caso y pese a que la norma invocada no puede ser más clara, sorprendentemente no se ha dado traslado de las diligencias finales practicadas al Ministerio Fiscal, ni tampoco al Médico Forense, privándoles de la posibilidad de valorar las mismas y formular las alegaciones oportunas.

2ª. La necesidad de aclarar los informes elaborados por los facultativos, que al parecer justifica la ejecución de las diligencias finales, no es patrimonio exclusivo del órgano judicial, salvo que se piense que el Ministerio Público –probablemente tan profano en cuestiones médicas como el órgano judicial- no precisa de aclaraciones de ningún tipo para evaluar en su justa medida los informes médicos, ni tampoco conocer éstos para poder emitir un dictamen fundado con todos los elementos de juicio necesarios que le permitan cumplir con su función de defensa de la legalidad, del interés social y de los derechos de las víctimas.

Hubiera sido muy esclarecedor que este informe médico fuera sometido al principio de contradicción, y por tanto examinado por los servicios médicos forenses de la Audiencia Nacional para esclarecer diversas contradicciones, como los motivos por los que en el informe médico del día 20 de agosto de 2012 de la Comisión Médica de Osakidetza se ignora el número de metástasis del interno, y sin embargo dos días después en este informe de 22 de agosto de 2012 -desconocido para el servicio médico forense y **el Ministerio Fiscal**- se establecen las siguientes metástasis según transcribe la resolución recurrida "*El diagnóstico: Metástasis múltiples del carcinoma renal a nivel del sistema nervioso central, en progresión.....Metástasis pulmonar del carcinoma renal en el lóbulo inferior derecho*". Para



finalmente, en el acta levantada por la secretaria del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria el día 28 de agosto del 2012, este servicio médico pasa de describir metástasis múltiples recogidas en el informe del día 22 de agosto de 2012, a tres metástasis más la enfermedad extracraneal -acta judicial de 28 de agosto de 2012 que tampoco ha sido notificada al **Ministerio Fiscal** como ya se ha manifestado.

También se expresa el índice vital que tiene el paciente dando varias fechas, concluyendo que nunca pasaría de nueve meses de vida. Es importante significar que nada se dice acerca de si estos índices de vida son con tratamiento médico o sin él; como tampoco se dice si puede ser operable como el nódulo de pulmón, o los efectos que pueden tener en el enfermo las nuevas técnicas terapéuticas a las que más adelante se hará mención, o la influencia de la huelga de hambre que voluntariamente inició el interno cuando se estaban realizando dichos informes médicos.

**SEGUNDA. Aplicación indebida al caso en cuestión del supuesto de libertad condicional regulado por el art. 92.3 del CP.**

En el informe emitido en fecha 27 de Agosto indicábamos que en la normativa reguladora de este período de cumplimiento de la pena, que conlleva la excarcelación total del recluso con imposición de medidas o reglas de conducta cabe distinguir cuatro situaciones:

1ª. Supuesto normal de libertad condicional regulado en el art. 90 y que exige el cumplimiento de tres requisitos: estar en tercer grado, haber cumplido las  $\frac{3}{4}$  partes de la pena, y tener buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social

2ª. Supuestos privilegiados de libertad condicional regulados en el art. 91: se otorga cumplidas las  $\frac{2}{3}$  partes de la pena o la

mitad de la pena impuesta siempre que esté en tercer grado, y haya tenido buena conducta y pronóstico favorable de reinserción, cuando no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales

3ª. Supuesto excepcional de libertad condicional regulado en el art. 92.1 y 2CP: para septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables, en cuyo caso se requiere encontrarse en tercer grado, tener buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social en los términos que establece el párrafo 3º del art. 90.1.c) CP cuando se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sin limitación temporal alguna en cuanto al período de condena que debe haberse cumplido.

4ª. Supuesto excepcionalísimo de libertad condicional regulado en el art. 92.3 CP: que concurra una situación de **peligro patente para la vida del interno** que sea mayor de 70 años o que padezca una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, en cuyo caso no son exigibles ninguno de los requisitos establecidos para los restantes supuestos de libertad condicional.

En primer término, cabe señalar que dicha libertad condicional no puede ser acordada al amparo del art. 92.3 CP, supuesto claramente excepcional fundado en el "peligro patente para la vida del interno", y en el que no se exige ninguno de los requisitos que contemplan los arts. 90 y 92.1 CP, puesto que los sucesivos informes médicos, tanto el informe médico elaborado el 16 de agosto de 2012 por los servicios médicos del Centro penitenciario de Álava para la posible aplicación del artículo 196.2 del Reglamento Penitenciario, como el informe elaborado por el Médico Forense el 24 de Agosto –ambos preceptivos conforme al art. 92.3 CP- no señalan que el interno se encuentre en fase terminal, ni que concurra un peligro patente para la vida

del interno por el hecho de permanecer en tercer grado, estimándose un pronóstico desfavorable en un año, aunque es necesario precisar que no ha comenzado a administrarse el tratamiento médico específico; tampoco en los informes elaborados por Osakidetza/Hospital Universitario de Guipúzcoa, ni siquiera en los que no pudieron ser examinados y contrastados por el Ministerio Fiscal y el Médico Forense, se llega a afirmar que la vida del interno corre peligro inminente o patente.

El informe del Médico Forense, de 24 de agosto de 2012, que sí es preceptivo, descarta esa situación al indicar que:

1. 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, concretamente como únicos síntomas en relación con la enfermedad tumoral una leve debilidad del miembro inferior izquierdo y leve inestabilidad residual en la marcha -señala el informe médico forense que la puntuación del índice Karnofsky de 80-90-, la cual es deducida por la sintomatología clínica que describen en relación exclusivamente con la enfermedad tumoral y sin tener en cuenta la debida a la huelga de hambre. El informe médico forense expresa además, que está pendiente de que se complete el diagnóstico sobre el tumor de origen y el número de metástasis cerebrales, así como de la instauración del tratamiento del nódulo pulmonar y de las metástasis cerebrales, indicando finalmente que sería conveniente una nueva evaluación clínica una vez que se realice la terapia específica para evaluar la posible mejoría debida a la misma.

2. Señala también el informe médico forense que el tratamiento al paciente, 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. La inmunoterapia con inhibidores de los receptores de la tirosina kinasa (Sunitunib), se administra vía oral y de forma ambulatoria. El tratamiento de las eventuales complicaciones y de los nuevos síntomas que previsiblemente surgirán en el curso evolutivo de la enfermedad, deberá ser valorado en el momento que éstos aparezcan.

En el informe de 22 de agosto de 2012 se dice expresamente *"que teniendo en cuenta el antecedente del carcinoma renal de células claras parece lógico pensar que nos encontramos ante una diseminación tardía del tumor renal, tanto por la evolución como por el aspecto muy vascularizado de las metástasis del sistema nervioso central.*

*El nódulo pulmonar ha resultado ser también una metástasis del carcinoma renal. Resulta sorprendente que la lesión existiese ya en 2005 y que permaneciese estable, sin tratamiento de ningún tipo, durante más de 5 años. Aún así es bien conocido el comportamiento errático e imprevisible del carcinoma renal.*

*En conjunto, **el estado físico del paciente sufre un deterioro progresivo debido a su huelga de hambre, sin complicaciones severas hasta el momento.** La clínica atribuible a sus metástasis del sistema nervioso central se mantiene estable con la medicación pautada. A pesar de ello, lo que influye más marcadamente en el pronóstico son esas metástasis, especialmente la del cerebelo, que si crece, sangra o presenta un aumento importante del edema puede provocar un cuadro de enclavamiento amigdalario, con paro cardiorrespiratorio y fallecimiento del paciente.*

*El diagnóstico:*

*Metástasis múltiples del carcinoma renal a nivel del sistema nervioso central, en progresión. La de mayor tamaño, situada a*

*nivel del hemisferio cerebeloso izquierdo, entraña el riesgo de una complicación potencialmente letal a nivel de fosa posterior (enclavamiento amigdalario).*

*Metástasis pulmonar del carcinoma renal en el lóbulo inferior derecho."*

Por último, el acta levantada el 28 de Agosto como colofón de la diligencia final practicada "inaudita parte" con los especialistas del Hospital Universitario de Guipúzcoa recoge, según refiere el fundamento jurídico 4º del auto impugnado, las siguientes manifestaciones:

*- Los doctores especialistas en oncología están a cargo del tratamiento del interno sin perjuicio de las actuaciones circunstanciales de los doctores responsables a cargo del Centro Penitenciario.*

*- El paciente tiene un tumor de origen en el riñón, una metástasis en el pulmón y tres en el sistema nervioso central y se ha objetivado radiológicamente la progresión de la enfermedad entre las imágenes disponibles del Hospital de León y las que se practican en el Hospital de Donostia tres semanas y media después.*

*- Por este juzgador, en la práctica de la referida diligencia, se pregunta a los doctores especialistas en oncología si existe expectativa de curación de la enfermedad del interno, a lo que responden que técnicamente la curación de la enfermedad es imposible, "no hay armas terapéuticas, hoy por hoy, para un cáncer renal diseminado que aporten curación."*

*- El estado actual del enfermo es de un Karnofsky de 60-70, atendiendo a la misma tabla utilizada en el informe forense; por lo que valorando el número de metástasis (tres) y la enfermedad extracraneal (nódulo en el pulmón) les conduce, dentro de la misma tabla, a un pronóstico más corto de vida, considerando solo el Karnofsky, bajaría a una mediana de supervivencia de*

7,29 a 7,30 de vida. Pero si se considera la enfermedad extracraneal y las tres metástasis, estaríamos en una mediana de 3,3 meses de vida.

- Se informa por los especialistas que atendiendo al conjunto de factores relevantes en el caso y la propuesta de tratamiento recogida en el informe referido, puede estimarse una mediana de supervivencia de nueve meses de vida.

En conclusión, en ninguno de los informes médicos que se han ido aportando se ha hecho constar, literalmente, que exista un peligro patente para la vida del interno, que es, precisamente, lo que exige este apartado, a diferencia de lo dispuesto en el número 1 del art. 92. Y en el trance de definir ese concepto jurídico "peligro patente para la vida del interno", sobre el que se sustenta la discrepancia con el órgano judicial, es necesario recurrir nuevamente a la doctrina constitucional citada, tanto en el informe del Ministerio Fiscal como en el auto impugnado, y a los precedentes judiciales que el órgano judicial refiere insinuando un inexistente cambio de criterio del Ministerio Público.

La STC 48/96, de 26 de marzo, señala que *"tan sólo una enfermedad grave e incurable, en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aún cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal"*, doctrina de la que infiere el órgano judicial que **"no resulta necesario que los internos sean enfermos terminales *por lo que no puede darse la exigencia para la excarcelación de un peligro inminente o inmediato para la vida del recluso* si no que la finalidad de la misma es que pueda vivir el tiempo que**

*pueda quedarle en libertad (fundamento jurídico 5º)*". Este razonamiento jurídico requiere dos importantes precisiones:

La primera para recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo formulado por un recluso contra un auto de la Audiencia Provincial de Valencia por el que **se deniega la progresión a tercer grado de un penado que padecía una enfermedad coronaria grave e incurable**. No resulta ocioso indicar que, en este caso -a diferencia del que resuelve la mencionada sentencia que al estimar el amparo obliga a clasificar al interno en tercer grado- el penado se encuentra ya clasificado en el susodicho tercer grado, régimen penitenciario mucho más flexible y perfectamente compatible con las estancias en centros hospitalarios para el adecuado tratamiento terapéutico de la enfermedad que padece.

El Ministerio Público no cuestiona que el penado padezca una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (carcinoma renal con metástasis pulmonar y cerebral), ni que el afectado deba ser sometido a tratamiento radioterápico y/o quirúrgico en un centro hospitalario cuando sea necesario, ni pretende el reingreso del penado a un centro penitenciario -en régimen no abierto distinto al tercer grado- si ello puede dificultar la administración de los tratamientos prescritos por los facultativos que la enfermedad demanda, ni trata de impedir que deba concedérsele la libertad condicional si se objetiva que la situación de tercer grado representa un peligro inminente o patente para su vida, pero no puede estar de acuerdo con su concesión al amparo del art. 92.1 prescindiendo del pronóstico favorable de reinserción social en los términos que establece el art. 90.1.c) párrafo 3º para los condenados por delitos de terrorismo, como sugiere erróneamente el auto de 30 de Agosto en su fundamento jurídico 7º, apartado c), **porque la concurrencia de ese**

**pronóstico favorable es una exigencia insoslayable para su concesión en ese concreto supuesto (art. 92.1 CP).**

La segunda es que la doctrina constitucional, al decir literalmente la STC 48/96 que *"permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal"*, no exime en ningún caso del cumplimiento de las previsiones que el Código Penal dispone en sus arts. 90 y 92.1 para enfermos muy graves con padecimientos incurables cuando no exista riesgo inminente de pérdida de la vida (sic).

Es, pues, la propia doctrina constitucional en cierto modo la que identifica el concepto "peligro patente para la vida del interno" con la situación de **riesgo inminente para la vida del recluso**. Y también el propio órgano judicial "a quo" se ha pronunciado en el mismo sentido, cuando en el auto de 14-1-2011 por el que resuelve aprobar la libertad condicional del penado MIGUEL IBAÑEZ OTEIZA por la vía excepcionalísima del art. 92.3 CP, expresa en su fundamento jurídico 5º (párrafo 4º) que cuando nos hallamos ante el caso de enfermedad grave **sin riesgo inminente para la vida** es aplicable el art. 92.1 CP y deben cumplirse los requisitos que establece el art. 90 CP a excepción del requisito temporal (art. 90.1.b), refiriéndose literalmente el citado auto a "la satisfacción de las responsabilidades civiles y la declaración de arrepentimiento", una afirmación ésta bien diferente de las que se contienen en la resolución impugnada, y de la que únicamente cabe extraer "a sensu contrario" que la situación de riesgo inminente para la vida del interno es el factor determinante de la aplicación del art. 92.3 CP.

Pero la infracción del art. 92.3 CP que se denuncia no sólo alcanza a la inexistencia en el caso concreto de "un peligro patente para la vida del interno". El auto concede la libertad



condicional basándose, de manera exclusiva, en los informes del equipo médico del Hospital de San Sebastián y en contra del criterio del informe médico forense. Sin embargo, de la lectura del art. 92.3 se deduce que no es posible adoptar tal resolución basándose en uno sólo de los informes emitidos, el que más convenga o interese al órgano judicial que resuelve, dado que el legislador, habida cuenta que la concesión de la libertad condicional supone el cumplimiento de la pena fuera de una institución penitenciaria, estableció en la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 7/2003 que ambos informes, el de los servicios médicos del centro penitenciario y el del médico forense, deben ser coincidentes. Esto es, para conceder la libertad condicional tanto uno como otro deben afirmar la existencia de un peligro patente para la vida del interno. Así se desprende del tenor literal del art. 92.3 CP: *"Si el peligro para la vida del interno fuera patente.....por estar así acreditado en el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario..."*. Nótese, pues, que el legislador utilizó la conjunción copulativa "y", para evitar una libertad condicional en caso de informes contradictorios, debiéndose tener presente que el informe forense toma una importancia capital, en cuanto que proviene de un perito ajeno al caso y que no está contaminado ni por el conocimiento o trato habitual con el interno ni por su entorno. Si el legislador hubiera querido que cualquier informe médico, público o privado, de oficio o a instancia de parte, fuera suficiente para la excarcelación, habría optado por una redacción diferente de la norma.

En síntesis, el órgano judicial, al apartarse del informe del forense ha vulnerado de lleno el artículo citado, en cuanto ha concedido la libertad condicional sin disponer de dos informes coincidentes, tal y como establece la norma penal.

Por último, sin perjuicio de las alegaciones que se van a formular en el tercer motivo de impugnación, no resulta ocioso aclarar algunas confusiones conceptuales que el auto impugnado incluye en su fundamento jurídico 7º, al atribuir al Ministerio Fiscal razonamientos jurídicos que no se corresponden con el contenido de su informe y que una sosegada lectura del mismo seguramente hubiera contribuido a despejar.

La primera de ellas se contiene en el párrafo 2º del fundamento jurídico 7º al vincular la exigencia de un pronóstico favorable de reinserción social con el supuesto de libertad de libertad condicional del art. 92.3 CP, lo que no se dice ni directa ni indirectamente, ni explícita ni implícitamente, en el informe del Ministerio Fiscal.

La segunda se contiene en el apartado b) del citado fundamento jurídico al confundir el informe de pronóstico final, que se requiere únicamente en el supuesto del art. 92.3 CP, con el pronóstico favorable de reinserción social, que es exigible en los casos del art. 92.1 para enfermos muy graves con padecimientos incurables cuando no exista riesgo inminente para su vida, y a ellos se refería el Ministerio Fiscal en su informe. El art. 92.1 no deja margen a la duda al señalar que:

*"1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.*

*El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables."*

Es evidente que el único requisito que no exige este supuesto de libertad condicional es el temporal.

**TERCERA. La concesión de la libertad condicional conforme al art. 92.1 CP para enfermos muy graves con padecimientos incurables sin que exista "peligro patente para la vida del interno" debe cumplir los requisitos del art. 90.1 con excepción del temporal (apartado b).**

Para la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 92 CP, que hacen referencia a la libertad condicional de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y el penado URIBECHEVERRIA BOLINAGA lo es (así se reconoce en todos los informes médicos), se hace preciso valorar la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto (art. 92.2 in fine), y fundamentalmente la concurrencia de los requisitos establecidos en los apartados a) y c) del art. 90 CP, de manera que si no concurren ambos presupuestos no podrá otorgarse la libertad condicional a los supuestos previstos en el art. 92.1 y 2 CP (septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables). Como indicábamos en el inciso final del 2º motivo de impugnación la dicción literal del art. 92.1 párrafos 1º y 2º es diáfana y meridiana.

En cuanto a la dificultad para delinquir y a la escasa peligrosidad del sujeto, no resulta irrazonable sostener que en su situación la capacidad y la posibilidad de volver a cometer nuevos hechos delictivos puede verse mermada o limitada, por lo que nada vamos a objetar en este sentido para la concesión del tercer grado por la Autoridad Penitenciaria competente al amparo del art. 104.4 del Reglamento Penitenciario.

Por el contrario, resulta ciertamente evidente que concurre el requisito establecido en el apartado a) del art. 90.1 CP, ya que el penado se encuentra en tercer grado penitenciario concedido por

resolución de 17 de Agosto dictada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y esa resolución es firme al no haber sido recurrida por la Fiscalía en el plazo legalmente previsto.

Sin embargo, todavía es más claro que no se cumple el requisito que establece el apartado c) del art. 90.1 CP consistente en que exista un "pronóstico favorable de reinserción social". Al margen de que el penado no haya satisfecho las responsabilidades civiles como exige el párrafo 2º del art. 90.1.c) (lo que puede tener su justificación si ha sido declarado insolvente y carece de recursos económicos para hacerlo), el párrafo 3º del art. 90.1.c) CP hace depender ese pronóstico favorable de que *"muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante **una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.**"*

Pues bien, de los informes aportados por los servicios penitenciarios no se desprende que el penado se haya desvinculado de la organización terrorista o de su entorno, ni tampoco que haya formulado declaración de rechazo y/o

abandono de su pasado delictivo, o petición de perdón a las víctimas de sus delitos. Así, en la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Álava se destacan como factores de inadaptación la no asunción de la responsabilidad delictiva, la ausencia de voluntad para asumir la responsabilidad civil impuesta, y la falta de percepción del daño causado por el delito, signos inequívocos de una absoluta falta de arrepentimiento por parte del penado en cuestión.

No estamos de acuerdo con la tesis argumental empleada por el órgano judicial para justificar su resolución –fundamento jurídico 7º- , muy distinta de la expuesta en otros precedentes judiciales propios a los que hace referencia, y hasta muy distante de las previsiones contenidas en el Código Penal.

En el citado fundamento jurídico el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria realiza diversas argumentaciones para llegar a concluir que para la concesión de la libertad condicional del artículo 92 del Código Penal a los enfermos graves con padecimientos incurables condenados por terrorismo, no son de aplicación los requisitos exigidos en el artículo 90 del texto punitivo, apoyando su razonamiento en que existe un tratamiento igual en los mayores de 70 años. Finalmente afirma que **el Ministerio Fiscal** debió de realizar esa impugnación cuando le fue concedido el tercer grado de tratamiento por Instituciones Penitenciarias por la vía del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario.

Estas argumentaciones del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria deben ser categóricamente rechazadas, por cuanto las mismas no encuentran apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de abril de 1998, resolviendo el Recurso de Amparo contra Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Novena), de 24 de

abril de 1996, que confirma en apelación los dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 4, de la misma ciudad, de fechas 8 y 26 de enero de 1996, denegatorios de la libertad condicional del recurrente en amparo, interno de más de 70 años, afirma **"en efecto, de la lectura de las resoluciones judiciales recurridas se desprende con claridad que, tanto el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como la Audiencia Provincial, denegaron el beneficio de la libertad condicional anticipada al considerar que no cumplía el penado todos los requisitos legalmente previstos, singularmente el de ofrecer garantías, de hacer vida honrada en libertad...(pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, según dispone el artículo 92.3 del Código Penal de 1995 –actualmente vigente-) al no haberse acreditado debidamente dicha circunstancia en la propuesta de la Administración Penitenciaria, lo que era exigible a la vista de la dilatada trayectoria delictiva del recurrente"**.

En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de agosto de 1988; y también el Auto de 23 de octubre de 1997, dictado por la Audiencia Provincial de Jaén cuando indican que **"no sólo se exige que los penados estén en el tercer grado, sino los demás previstos en el Código Penal, que según el artículo 90 precisa también que se hayan extinguido las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena y que hayan observado buena conducta y exista a su favor un pronóstico favorable de reinserción social. No obstante, el artículo 92...establece unas excepciones a la regla general cuando se trate de sentenciados mayores de 70 años y de enfermos muy graves con padecimientos incurables; en estos casos el requisito temporal no será exigible, pero sí los demás previstos legalmente"**.

En otro orden de cosas, resulta llamativo que la resolución judicial contenga un cierto tono de censura al Ministerio Público por no haber recurrido la concesión del tercer grado alegando que los requisitos para su concesión son los mismos que para la libertad condicional en los casos de enfermos graves con padecimientos incurables, indicando implícitamente que la declaración de arrepentimiento o de abandono de la violencia no es exigible para estos supuestos. Nada más lejos de la realidad.

La vía utilizada para la concesión del tercer grado ha sido el art. 104.4 del Reglamento Penitenciario, previsión especial que supone una excepción respecto al art. 72.6 de la Ley General Penitenciaria (el cual sí exige el cumplimiento de determinadas condiciones para un buen número de delitos, no solo los de terrorismo: satisfacción de responsabilidades civiles, abandono de la violencia, arrepentimiento, perdón, etc.). El art. 104.4 que es aplicable a los enfermos muy graves con padecimientos incurables atiende exclusivamente a razones humanitarias y de dignidad personal, cuando exista dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, por lo que difícilmente podía ser recurrido. Pero la libertad condicional, que es un grado diferente y conlleva la excarcelación total del recluso, debe cumplir inexcusablemente los requisitos que establece el Código Penal como hemos señalado con anterioridad, y entre ellos aun cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables –sin riesgo inminente para su vida- que se encuentren en tercer grado y un pronóstico favorable de reinserción social en los términos que establece el art. 90.1.c) párrafo 3º para los condenados por delitos de terrorismo, requisito éste que sin embargo no se necesita para la concesión del tercer grado. Cuando la ley lo prevé de forma expresa no cabe interpretación judicial alternativa o contraria.

A la vista de los informes médicos obrantes en el expediente de queja planteada por el interno, que señalaban la existencia de una enfermedad tumoral con metástasis, en buena lógica ésta debía de ser tratada por los servicios médicos y, según el tratamiento que se le impusiera podría dar lugar a ingresos de larga duración en Centros Hospitalarios; por lo tanto desde esta perspectiva médica lo aconsejable era la concesión del tercer grado, por ser un régimen de cumplimiento que no impide que el tratamiento médico pueda ser realizado –dependiendo de por cuál se opte- bien en el Centro Penitenciario o bien en Centro Hospitalario.

De esta manera, para el caso de que el interno sujeto a tratamiento médico pudiera tener curación –no se olvide que según el informe médico forense existen técnicas terapéuticas en este tipo de diagnóstico que mejoran la salud del interno, o pueden llegar a conseguir su curación- el beneficio del tercer grado podría ser revocado cuando desapareciesen las causas que lo originaron.

En cambio, los efectos de la libertad condicional son distintos; en primer lugar el efecto jurídico que produce la libertad condicional, una vez sea firme la misma, es la inmediata excarcelación del interno, y consecuentemente, no quedar sometido al régimen penitenciario a excepción de los controles para el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria. Por el contrario, con la concesión del tercer grado el interno no es excarcelado totalmente y por tanto queda sometido al régimen penitenciario aunque de una forma muy flexible.

En segundo lugar, una vez concedida la libertad condicional no puede ser revocada porque el interno se haya curado, pues solo y exclusivamente puede ser revocada en el caso de que incumpliera las obligaciones impuestas por el Juzgado Central de



Vigilancia Penitenciaria. Por el contrario, con el tercer grado si el interno logra su curación a través del tratamiento médico al desaparecer la causa que originó la concesión de la misma puede ser éste revocado.

Como también nos parece sorprendente que se atribuya al Ministerio Público un supuesto cambio de criterio en relación con casos similares resueltos por el propio órgano judicial, que no llega a citar, pero que en esta vía impugnatoria es conveniente reseñar de manera más pormenorizada para concluir que, quizás, se aprecia menos coherencia de la que parece en la resolución judicial, y que la posición del Ministerio Público se ha mantenido invariable en todos los casos.

En el caso de SERGIO PEREZ FUERTES, cuya libertad condicional fue aprobada en el año 2006, con informe favorable del Fiscal, las circunstancias concurrentes eran estas: condenado a 5 años de prisión por colaboración con banda terrorista, cumplimiento de las 4/5 partes de la condena, y padecimiento de un brote psicótico con tendencias autolíticas y elevado riesgo de suicidio, llegándose a concluir por los servicios médicos que la estancia en la cárcel representaba un grave peligro para su vida.

En el caso de MIGUEL IBAÑEZ OTEIZA, cuya libertad condicional fue aprobada por auto de 14-1-2011, también con informe favorable del Fiscal, tanto el Médico Forense como los servicios médicos penitenciarios afirmaron que su estancia en prisión representaba un grave peligro para su vida, ya que padecía "linfoma en tratamiento con quimioterapia, extirpación de testículo por metástasis tumoral, insuficiencia renal por metástasis tumoral, artropatía psoriásica, diabetes y cardiopatía isquémica con infarto agudo de miocardio". En fecha 27 de Diciembre de 2010 ingresa en la UVI del Hospital de San Sebastián con septicemia generalizada y fracaso renal agudo. En

fecha 30 de Diciembre el Médico Forense informa que su vida corre grave peligro.

En ninguno de los dos casos se exigió el requisito del art. 90.1.c) párrafo 3º porque la vía utilizada fue la del art. 92.3 CP, pero de ello no cabe inferir –como parece expresar el auto- que en todos los casos de enfermedad grave e incurable debe prescindirse de la satisfacción de las responsabilidades civiles y de la declaración de arrepentimiento. Es más, como ya hemos indicado, el fundamento jurídico 5º del auto de 14-1-2011 –bien distinto en su contenido del fundamento jurídico 7º del auto que se impugna- no puede ser más explícito:

*“Así, si comparamos la dicción del primer apartado del art. 92 del CP con la del apartado tercero, podemos comprobar que, cuando de enfermedad grave sin riesgo inminente para la vida se trata, el legislador sí requiere el cumplimiento de ambas condiciones (satisfacción de responsabilidades civiles y arrepentimiento), y únicamente exceptúa el requisito temporal”.*

No parece que lo afirmado en la resolución que se impugna sea coincidente con lo dicho en el auto citado en el párrafo anterior (caso IBAÑEZ OTEIZA)

### **Conclusiones.**

1ª. Se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva originando indefensión (art. 24.1 CE) al no haber notificado al Ministerio Fiscal las diligencias finales ejecutadas por el órgano judicial con la consecuencia de no haber podido intervenir en las mismas, y no haberle dado traslado del informe médico de fecha 22 de Agosto y del acta de 28 de Agosto para su conocimiento y formulación de las alegaciones pertinentes.

2ª. El penado padece una enfermedad grave e incurable, pero no se encuentra en situación de riesgo inminente o de peligro patente para su vida lo que hace inaplicable el art. 92.3 CP, de modo que para acceder a la libertad condicional prevista en el

art. 92.1 resulta imprescindible formular declaración de arrepentimiento en el sentido indicado por el art. 90.1.c).párrafo 3º del CP lo que no ha sido acreditado en los autos.

Por todo lo expuesto, con estimación del recurso interpuesto interesa:

1º. Se acuerde la nulidad de pleno derecho de las actuaciones conforme al art. 238.3º LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la providencia de fecha 28 de Agosto, ordenando retrotraer las actuaciones para cumplir con la legalidad vigente.

2º. Si no se decretase la nulidad de lo actuado, dado que no se cumplen en el momento actual los requisitos exigidos por la legislación vigente, procede revocar y dejar sin efecto la libertad condicional acordada respecto al penado URIBECHEVERRIA BOLINAGA, debiendo permanecer el mismo en situación de tercer grado para facilitar la aplicación de los remedios terapéuticos que la enfermedad del penado reclama para un adecuado tratamiento médico del mismo.

Madrid, a 05 de septiembre de 2012

EL FISCAL COORDINADOR DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

PEDRO RUBIRA

1º OTROSI DICE: Conforme al artículo 225 de la Ley Rituaria se designan como particulares los siguientes:

- Todos los informes médicos obrantes en el expediente.
- Informe médico forense de 24 de agosto de 2012.

- Informe del Ministerio Fiscal de 27 de agosto de 2012.
- Informes del Ministerio Fiscal aportados en el expediente de queja de **Jesús María Uribechevarria Bolinaza**.
- providencia de fecha 28 de Agosto de 2012
- notificación de la providencia al Fiscal de fecha 29 de Agosto
- acta de fecha 28 de Agosto sobre la diligencia final acordada
- Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 30 de agosto de 2012.

2º OTROSÍ DICE: **El Ministerio Fiscal** interesa que se dé a este recurso el trámite de urgencia, tanto en la tramitación ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, como ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que teniendo en cuenta la importancia y complejidad de las cuestiones que se suscitan, la repercusión que puede tener para otros casos similares que se puedan plantear y la necesidad de establecer criterios jurídicos uniformes en esta materia sería conveniente conforme al art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que el recurso fuera avocado para su resolución al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Madrid a 5 de Septiembre de 2012