



Roj: **STS 4027/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4027**

Id Cendoj: **28079129912018100004**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **28/11/2018**

Nº de Recurso: **828/2018**

Nº de Resolución: **603/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 603/2018**

Fecha de sentencia: 28/11/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 828/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Procedencia: Audiencia Provincial de Cantabria

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: ARB

Nota:

VOTO PARTICULAR.-

RECURSO CASACION núm.: 828/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 603/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta

D. Julian Sanchez Melgar



D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca  
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre  
D. Luciano Varela Castro  
D. Alberto Jorge Barreiro  
D. Antonio del Moral Garcia  
D. Andres Palomo Del Arco  
D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 828/2018, interpuesto por **D<sup>a</sup> Palmira**, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Silvia Malagón Loyo, bajo la dirección letrada de D. Felipe Ríos Larrain, contra la sentencia dictada por la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria con fecha 7 de febrero de 2018. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander se incoaron Diligencias Previas nº 1782/2016, en virtud de testimonio deducido por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander en su ejecutoria nº 197/2016 por un delito de quebrantamiento de condena, contra **D<sup>a</sup> Palmira**, Acordada la apertura de juicio oral, contra la acusada por dicho delito se remitieron las actuaciones al Juzgado de lo penal nº 3 de Santander nº de PA 100/2017, que dictó sentencia con fecha 23 de agosto de 2017, contra la que se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cantabria, que en la causa nº 57/2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **antecedentes de hecho**:

"Se aceptan los de la sentencia de instancia, y

**PRIMERO.-** En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el JUZGADO DE LO PENAL N°3 DE SANTANDER se dictó sentencia en fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, son del tenor literal siguiente:

#### HECHOS PROBADOS:

**ÚNICO.-** Que Ha resultado probado que Palmira fue condenada ejecutoriamente por sentencia firme de fecha 6 de mayo de 2016 por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander por un delito contra la seguridad vial a la pena de ocho meses de multa con una cuota diaria de 5 euros. Por auto de 24 de Junio de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander, encargado de la ejecución de la sentencia, se declaró la insolvencia de la penada, determinándose como responsabilidad personal subsidiaria la pena de 4 meses de privación de libertad a cumplir con 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad a petición de la Sra. Palmira. La acusada fue requerida por el Juzgado el 5 de Julio de 2016 para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debiendo presentarse en el Servicio de gestión de Penas y Medidas Alternativas en el pazo de 15 días para la elaboración del plan de ejecución. Asimismo el Servicio de Gestión de Penas la citó a través de correo certificado que recibió en fecha 8 de julio de 2016, para acudir a la elaboración del plan de ejecución de penas el día 4 de agosto de 2016, no compareciendo a dicha cita.

#### FALLO :

Que debo **CONDENAR Y CONDENO A Palmira** como autora penalmente responsable del **delito de quebrantamiento de condena previsto en el artículo 468 del C.P**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **MULTA de DOCE MESES con una cuota DIARIA DE 3 EUROS**, con la responsabilidad subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 del C.P, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con imposición de las costas.."



**SEGUNDO:** Por Palmira , con la representación y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada a efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elevó la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Primera, en la que tras su examen, se ha deliberado y fallado el recurso.

**HECHOS PROBADOS.- ÚNICO:** Se aceptan los de la sentencia de instancia, anteriormente reproducidos."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS :

Que desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Palmira contra la sentencia de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete dictada por el Juzgado de lo Penal N° 3 de Santander, en los autos de Juicio Oral N° 100/17, a que se contrae el presente Rollo de Apelación, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento. Contra la presente sentencia cabe recurso e casación por infracción de ley que podrá interponerse en los plazos y en las condiciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por la procesada, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en el siguiente motivo:

**Único.-** Al amparo de lo previsto en el art 849.1 LECrim. Denunciamos la infracción por el Tribunal Sentenciador del art 468.1 del C. Penal y de la jurisprudencia aplicable al mismo en relación con el art 49 del mismo Código.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 24 de octubre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Formula el único de los motivos al amparo de lo previsto en el artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción por el tribunal sentenciador del artículo 468.1 del Código Penal y de la jurisprudencia aplicable al mismo, en relación con el artículo 49 del mismo Código.-

Señala, como antecedente de la queja, que la sentencia del Juzgado Penal nº 3 de Santander consideró probado que Palmira había quebrantado la condena de 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad al **no comparecer a la citación** que le hizo el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para el día 8 de agosto de 2016 con el objeto de la elaboración del plan de ejecución de *la pena*.

Contra el criterio de las instancias, recuerda que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede, de oficio, rechazar el plan propuesto por la administración y que la elaboración del plan de trabajos es una **condición previa** para que se dé *inicio* al efectivo cumplimiento de la condena. Por otra parte, en lo subjetivo, estima que el delito de quebrantamiento de condena sólo se da si el penado tiene consciencia y voluntad de quebrantar la sanción impuesta.

Asimismo añade que el hecho de que las exigencias del Art. 49 CP, a la hora de considerar un quebrantamiento de condena, estén previstas para el momento en que **ya existe un plan** de trabajos y se está en realización de los mismos. Por otro lado, eso no supone que en la etapa previa a esa cumplimiento de la pena no deba también, y con mayor razón, exigirse que la **conducta rebelde del penado sea manifestada con reiteración**.

No plantea, ni podría plantear, la cuestión de hecho relativa a si compareció o no cuando fue citada. Ya que el motivo se ampara en el cauce habilitado por el artículo 847.1.b) de la Ley de enjuiciamiento criminal que solamente autoriza la casación bajo alegación de infracción de ley previsto como motivo en el ordinal 1º del artículo 849 de la misma ley.

2.- Se había planteado como segundo motivo del recurso de apelación, cuya resolución es ahora objeto de esta casación, la **cuestión de la tipicidad** de la conducta tal como es efectivamente descrita en el hecho probado.

El Juzgado de lo Penal en primera instancia estimó los hechos constitutivos del delito de quebrantamiento de condena por estimar que basta la no presentación a la citación recibida para elaborar el plan de cumplimiento



de los trabajos en beneficio de la comunidad, cuya pena el condenado había aceptado, incluso sin necesidad de que la citación o requerimiento se reitera.

La Audiencia Provincial resolvió en el mismo sentido la apelación contra la condena fundada en tal criterio justificando su decisión por considerar que en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ( art.49 del C.P.) hay dos fases, una primera, donde es *imprescindible la colaboración* del penado para la fijación del plan, y una segunda que es la ejecución por el penado del plan aprobado; añadiendo que, tanto la inasistencia injustificada a la citación de los servicios sociales penitenciarios para elaborar el plan cuanto el incumplimiento del ya fijado, satisfacen la exigencia típica ya que, dice compartiendo criterio con el Juzgado de lo Penal, el tipo penal no exige que haya más de un requerimiento y ello, concluye, porque *no se puede dejar al albur del penado* el cumplimiento de la pena ya impuesta.

3.- Una primera advertencia se hace necesaria: la sentencia que había condenado a la ahora recurrente, en la causa en la que se acabó imponiendo la aceptada consecuencia de cumplir el acusado trabajos en beneficio de la comunidad, estableció esta posibilidad como **condición de suspensión** de la pena privativa de libertad - responsabilidad personal subsidiaria- en que se tradujo el impago de multa, por decisión (de 24 de junio de 2016) del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander encargado de la ejecución de condena impuesta en sentencia (de seis de mayo de 2016) por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander.

Recordemos el hecho declarado probado por el Juzgado de lo Penal que condenó en primera instancia, aceptado por la Audiencia en apelación, tras recordar que a la ahora recurrente se le impuso por el Juzgado de Instrucción una pena de multa, se añade:

*Por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander, encargado de la ejecución de la sentencia, se declaró la insolvencia de la penada, determinándose como responsabilidad personal subsidiaria la pena de 4 meses de privación de libertad a cumplir con 4 meses de trabajos en beneficio de la comunidad a petición de la Sra. Palmira .*

Pese a la equivocidad de los términos de tal resolución y del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 53 del Código Penal, que aquella transcribe, debemos considerar que nos encontramos ante la imposición de una pena privativa de libertad, ya que así califica el artículo 35 del Código Penal a la denominada responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Y cuando se habla de que esa pena se **pueda** "cumplir" mediante los trabajos en beneficio de la comunidad, lo hace como acuerdo del juez o tribunal "previa conformidad del penado". Es decir, se trata de un **supuesto de suspensión** de la pena privativa sometida a esa **condición** aceptada por el penado.

Pues bien, cuando de incumplimiento de condiciones de suspensión de la pena se trata, el ordenamiento jurídico establece la consecuencia que corresponde imponer. Así el artículo 84 del Código Penal prevé la posibilidad de tal suspensión de la ejecución de la pena a, entre otras, la condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Y, a su vez, el artículo 86 prevé las posibles consecuencias anudadas por el legislador a las diversas hipótesis descritas en sus apartados 1 y 2.

Precisamente en el apartado 1. c) del citado artículo 86 del Código Penal se refiere al supuesto en que se ha incumplido por el penado alguna de las condiciones del artículo 84 del mismo cuerpo legal. Entre ellas por tanto la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Tal como se encabeza ese apartado 1 del artículo 86 citado la **consecuencia será la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena suspendida**. Eso sí, se cuida de exigir el legislador para tan drástica respuesta, siempre que el **incumplimiento sea grave y reiterado**. Porque, **si no** alcanza tal intensidad el incumplimiento, la consecuencia se mitiga en el apartado 2 del mismo artículo 86. Modificar las condiciones o prolongar la duración del plazo de suspensión.

4.- En el caso que ahora juzgamos en casación no se trataba de una pena impuesta como principal de trabajos en beneficio de la comunidad. Ni de manera directa y principal en la sentencia, ni tampoco como sustitutiva de otra, caso éste al que hacía referencia el artículo 88 de Código Penal ya no vigente al tiempo de decidirse, por el juzgado encargado de la ejecución, la suspensión de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Si ciertamente, cuando de pena impuesta directamente se trata, es aplicable el artículo 49 y el incumplimiento de esa pena puede acarrear la añadidura de quebrantamiento a que el citado artículo 49 del Código Penal se refiere, ordenando la deducción, en su caso, de testimonio para aplicación del artículo 468 del Código Penal, la citada previsión del artículo 86 prevalece por específica sobre la del artículo 49. Con mucha mayor razón lo que ha de excluirse es la acumulación de consecuencias del artículo 49 a las del artículo 86 ya que supondría imponer consecuencias gravosas -la sanción del artículo 468 y los incrementos de onerosidad del artículo 86- dos veces por un único hecho, el de incumplir.

Conclusión: excluida por la reforma del Código Penal de 2015 la duplicidad de *sustitución* de pena (limitada al caso de la expulsión a que se refiere el artículo 89 del Código Penal) y *suspensión condicionada* de pena,



el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión **no acarrea otras consecuencias que las previstas en el artículo 86.1** del Código Penal -si el incumplimiento es grave y reiterado- que es revocar la suspensión y ejecutar la suspendida- **o las del artículo 86.2** , si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, en que la consecuencia es de menor onerosidad y se limita a las agravaciones del nº 1 del citado artículo. En todo caso no cabe, salvo la excepción prevista en el ordinal 4 del mismo artículo 86, decidir sin el procedimiento previo allí establecido. Por tanto, tampoco cabe hablar de tipicidad, **ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia** desde la imputación de tales incumplimientos, en los casos en que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de suspensión y no pena principal. La consecuencia a que se refiere el artículo 49, 6ª párrafo segundo -tipicidad como **quebrantamiento de condena-** **solamente puede predicarse en supuesto en que los trabajos constituyan pena principal.**

Lo que acarrea la estimación del recurso en este supuesto.

**SEGUNDO.-** La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## FALLO

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

**Estimar** el recurso de casación formulado por Dª Palmira , contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria con fecha 7 de febrero de 2018, sentencia que se casa y se anula para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se dicta a continuación a la mencionada Audiencia con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 828/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### PLENO

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet



D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 57/2018, seguido por la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria, rollo de apelación número 57/2018, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Santander, dimanante del procedimiento Abreviado nº 100/17, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santander, por delito de quebrantamiento de condena, contra D<sup>a</sup>. Palmira , mayor de edad, con DNI número NUM000 , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial de fecha 7 de febrero de 2018, que ha sido recurrida en casación por la penada y ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se admite la declaración de hechos probados de las sentencias de la instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones dichas en la sentencia de casación los hechos tal como se declaran probados son atípicos debiendo ser absuelta la acusada del delito por el que venía penada. Con declaración de oficio de las costas de ambas instancias.

## FALLO

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

**Absolver** a D<sup>a</sup> Palmira del delito de quebrantamiento de condena por el que había sido acusada y penada, dejando sin efecto los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, declarando de oficio las costas de la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON Andres Martinez Arrieta A LA SENTENCIA NÚMERO 603/2018, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018, DICTADA POR ESTA SALA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 828/18.

A través del presente voto particular concurrente a la sentencia expreso una disensión parcial a la argumentación contenida en la misma. El voto es concurrente porque coincide con el Fallo estimatorio del recurso de casación. También es coincidente en cuanto argumentación referida al supuesto al que se refiere, esto es, a los efectos de la incomparecencia a la citación para fijar el plan de ejecutoria de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando es impuesta como sustitución de otra. Como se argumenta en la sentencia, lo procedente en caso de incumplimiento es la revocación de la condena que sustituye para la ejecución de la pena sustituida, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 del Código penal.

Mi disensión radica porque se ha desaprovechado la ocasión que proporciona el recurso para unificar los criterios de interpretación sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la incomparecencia, no justificada, de la persona condenada a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que ha sido citada al servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la fijación de un plan de actuación, y ha incomparecido, siendo éste el interés casacional que justificaba, a mi juicio, la admisión del recurso de casación formalizado. A mi juicio en el supuesto de incomparecencia a la citación del condenado para ser oído en el plan de actuación, debe suponer la remisión de la incomparecencia al Juez de Vigilancia penitenciaria para que ordene lo procedente, de ordinario, su detención.

El condenado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, señala el RD 840/2011, de 17 de junio, ha de ser citado por el servicio de gestión de penas para ser oída en lo referente a la elaboración de un plan de actuación que será aprobado por el Juez de Vigilancia penitenciaria. Se trata de interpretar si la



incomparecencia injustificada a esa citación es, o no, el presupuesto del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 Cp. La Sentencia no obstante, sí que parece sostener que la incomparecencia a la citación para ser oído antes de aprobar el plan de ejecución, al integrarse en la ejecución, integra el presupuesto típico del quebrantamiento de condena y ha de deducirse testimonio como dispone el art. 49.6 del Código penal.

La interpretación sobre este extremo no es uniforme y conocemos que algunos órganos de la jurisdicción penal han declarado la atipicidad de la conducta, en tanto que otros, aplicando el artículo 49 del Código penal, han declarado que esa conducta se subsume en el artículo 468 del Código penal, delito de quebrantamiento de condena, en tanto que otros han entendido que el delito de aplicación es la obstrucción a la justicia, del art. 556 Cp. desobediencia grave a la autoridad judicial.

En la Sentencia de la que discrepo se afirma "si ciertamente, cuando de pena impuesta directamente se trata, es aplicable el art. 49 y el incumplimiento de esa pena puede acarrear la añadidura de quebrantamiento a que el citado artículo 49 del Código penal se refiere, ordenando la deducción, en su caso, de testimonio para aplicación del artículo 468 del Código penal".

Discrepo de esa interpretación y así lo expuse en la deliberación de esta Sentencia. A mi juicio, la incomparecencia a una citación realizada por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, a los que se refieren el Real Decreto que regula la ejecución de esta pena, no supone el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena. Aunque forme parte de la ejecución de una sentencia, no se ha dado comienzo a la ejecución de la sentencia. La incomparecencia a la citación no es inicio de cumplimiento, de la misma manera que la incomparecencia a una resolución judicial que determine el ingreso en prisión en una fecha determinada, no supone quebrantamiento de la condena. El ordenamiento dispone de elementos para asegurar el cumplimiento de la citación (orden de detención por incomparecencia a una citación del art. 487 LECrim.) Concretamente, el artículo 5.2 del Real Decreto 840/2011, del 17 junio, dispone que, al citar el penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le adviertan de las consecuencias de su incomparecencia y en el supuesto de injustificación, remitirá los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución. Esta previsión normativa establece la consecuencia jurídica a una incomparecencia no justificada, que no es otra que la remisión al juez de vigilancia penitenciaria para comprender la ejecución de la citación, asegurando su comparecencia a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 del mencionado Real Decreto, cuyo contenido es el de escuchar al penado en la propuesta que realice para determinar el plan de ejecución y realizar la valoración de la actividad más adecuada para el penado. La citación por los servicios de gestión, aunque enmarcada en la ejecutoria no es propiamente inicio de ejecución, sino previo a la ejecución al ser citado para elaborar el plan de ejecución. Su incomparecencia supone la remisión al Juez de vigilancia penitenciaria para que adopte medidas de aseguramiento de la audiencia preceptiva ( art. 5 R.D. 840/2011).

Conclusión del anterior es que la incomparecencia no justificada tiene prevista específica una previsión normativa y no es el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena.

Por otra parte, desde la proporcionalidad de la conducta respecto de otras que sí merecen esa tipicidad, es llano afirmar que no hay relación proporcional entre la incomparecencia a una citación con un objetivo concreto, ser oído en el plan de actuación, y los demás supuestos de quebrantamiento de condena, como es el incumplimiento de medidas adoptadas para la protección de la víctima o sustraerse a la acción de la justicia respecto de detenciones o encarcelamientos. La situación descrita, la incomparecencia a una citación no es proporcional siendo preciso buscar una interpretación que homogeneice los supuestos típicos.

Entiendo que, desde el interés casacional que indudablemente tiene el recurso, debió aprovecharse la sentencia para dar solución al tema planteado.

Andres Martinez Arrieta