

**SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE NAVARRA**

Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, Planta
2 Solairua
Pamplona/Iruña 31011
Teléfono:
Email: TX026
Procedimiento sumario ordinario
Jdo. Instrucción N° 4 de Pamplona/Iruña

**PROCEDIMIENTO SUMARIO
ORDINARIO**

N°:
Pieza: Pieza de situación personal

A U T O

ILMOS. SRES.:

Presidente

D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ

Magistrados/as

D. RICARDO J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

D^a. RAQUEL FERNANDINO NOSTI (Ponente)

A U T O

En Pamplona/Iruña, a 28 de diciembre de 2018.

Visto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra/Nafarroa, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados/a que al margen se expresan, la petición de modificación de situación personal, a fin de que se acuerde la prisión provisional de los encausados D. ANGEL BOZA FLORIDO, D. JESÚS ESCUDERO DOMÍNGUEZ, D. JOSÉ ANGEL PRENDA MARTÍNEZ, D. ALFONSO JESÚS CABEZUELO ENTRENA y D. ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO; solicitud formulada por el Ministerio Fiscal en el Rollo Penal de Sala Sumario Ordinario 426/2016, petición a la que se han adherido la acusación particular, y las acusaciones populares, M. I. Ayuntamiento de Pamplona y Gobierno de Navarra, y a la que se ha opuesto la defensa de los encausados.

Siendo Ponente la Ilma. Magistrada D^a Raquel Fernandino Nosti.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto dictado el día 21 de junio del corriente 2018, la decisión mayoritaria de esta Sala, acordó "la prórroga de la prisión

provisional de los encausados, ELUDIBLE previa prestación de fianza en metálico por la cantidad de 6.000 euros y con sujeción a las siguientes obligaciones:

-Designación de domicilio donde puedan ser hallados, así como un teléfono de contacto, con advertencia expresa de que en el caso de no ser localizados en tales domicilios de inmediato se expedirá la correspondiente requisitoria.

-Prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial con obligación de hacer entrega del pasaporte de que disponga ante este Tribunal dentro de los 4 días siguientes a su puesta en libertad, así como prohibición de obtenerlo en el futuro.

-Comparecer apud-acta todos los lunes, miércoles y viernes ante el Juzgado de Guardia de su residencia y cuantas veces fueren llamados por este Tribunal, así como comunicar cualquier cambio de domicilio o teléfono.

A tales efectos se librará la oportuna comunicación a la Brigada Provincial de extranjería y documentación de la Jefatura Superior de Policía de Navarra para el control de la efectividad de la decisión adoptada sobre retirada del pasaporte, prohibición de expedición de otro y la prohibición de salida del territorio nacional.

Estas medidas, sin perjuicio de su revisión, tendrán vigencia en tanto no exista resolución firme que ponga fin al presente procedimiento.

2º).- IMPONER a DON JOSÉ ÁNGEL PRENDA MARTÍNEZ, DON ÁNGEL BOZA FLORIDO, DON JESÚS ESCUDERO, DON ALFONSO JESÚS CABEZUELO ENTRENA Y DON ANTONIO MANUEL GUERRERO ESCUDERO, la prohibición de entrar en la Comunidad Autónoma de Madrid (excepción hecha del tiempo que precisen para preparar su regreso a los lugares de su residencia los dos condenados que se encuentran en esa Comunidad en prisión provisional, así como el mero tránsito por ella de quienes se encuentran en Pamplona), así como la de comunicarse con la denunciante por cualquier medio o procedimiento ya sea oral, visual, escrito, electrónico o telemático, directa o indirectamente, por sí mismos o por medio de terceras personas”.

Todos los encausados constituyeron la fianza fijada, que fueron declaradas bastantes, y tras ser requeridos al cumplimiento de las condiciones impuestas, fueron excarcelados el 22 de junio de 2018.

Han permanecido en tal situación desde precitada fecha, ya que se desestimó el recurso de súplica interpuesto por la totalidad de las acusaciones frente al Auto de 21 de junio.

SEGUNDO.- Por el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sala, D. José Francisco Cobo Sáenz, ponente de esta causa, se declinó la redacción de la resolución, anunciando la emisión de un voto particular. Asumió la ponencia D^a Raquel Fernandino Nosti.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo esgrimido, por el Ministerio Fiscal, en la solicitud de modificación de la situación personal de los encausados, es que con fecha 30 de noviembre de 2018, la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, confirmó parcialmente la dictada por esta Sala.

La confirmación fue íntegra en lo atinente a la condena por la comisión de un delito de abuso sexual con prevalimiento, previsto y penado en el art.181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los arts. 192 y 74 de dicho Código sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de nueve años de prisión.

Se destaca que la sentencia del Tribunal Superior cuenta con un voto particular, según el cual, los hechos son constitutivos de un delito de agresión sexual, de modo que, si en primera instancia la discrepancia de la Sala fue entre condenar o absolver, en la segunda instancia desaparece la discrepancia, siendo unánimemente condenatoria.

Esta sentencia, según las acusaciones, incrementa el riesgo de que los acusados intenten eludir la acción de la justicia, ante la altísima probabilidad de que recaiga sentencia firme con una pena privativa de libertad grave.

Ese es el eje de la petición de prisión provisional, pues otras acusaciones se han referido, asimismo, al riesgo de reiteración delictiva, mencionando la condena del Sr. Boza por un delito leve de hurto y lesiones, y el auto de procesamiento frente a cuatro de los encausados,- todos menos el Sr. Boza-, dictado por el Juzgado de Instrucción de Pozoblanco (Córdoba).

SEGUNDO.- Ciertamente es que según reiterada doctrina constitucional, por todas, SSTC 65 y 66/2008, ".....ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables (.....)".

Y también es insoslayable el párrafo final del art. 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida".

Ahora bien, y como ya señalábamos en el Auto de 21.06.2018, la jurisprudencia constitucional no legitima el automatismo de la adopción de la decisión de prórroga de una prisión provisional, sino que es preciso que se justifique vinculada a la consecución de alguno de los fines legítimos asignados a la prisión provisional, algunos de los cuales en el caso concreto posiblemente ya no concurren (como el peligro de desaparición de pruebas o la obstaculización de la investigación), aunque otros puedan continuar, como el del riesgo de fuga; y, en relación con esa condena en primera instancia,-en el presente caso, confirmada en apelación, pero frente a la cual todas las partes han anunciado recurso de casación-. «la sentencia condenatoria constituye todo lo más una confirmación temporal de los indicios de culpabilidad apreciados *ab initio*, pero resulta todavía inhábil para enervar la presunción de inocencia del acusado, a la espera del desenlace del recurso de casación interpuesto por él» (SSTC 50/2009,91/2018 y 92/2018).

Esto es, mientras el recurso contra ella no se haya resuelto, dicho pronunciamiento sobre la culpabilidad del procesado sigue siendo provisional, (SSTC 22/2004; 333/2006; 27/2008 y 185/2014).

De ahí que, si como ha señalado uno de los Letrados en la comparecencia, "no vamos a jugar a ser adivinos", hemos de aplicar los consolidados criterios de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, puesto que la confirmación,-en trámite de apelación-, de la sentencia condenatoria dictada por esta Sala, resulta a todas luces insuficiente para justificar, por sí sola, la decisión que todas las acusaciones nos solicitan.

Así, en primer lugar, que la resolución ha de ajustarse al canon de motivación reforzada, "en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior..." (SSTC 2/1997 y 226/2015).

Y si bien, en un principio, cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto. Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (...),-por todas STC 140/2012-.

Desde esa perspectiva, no podemos obviar que los encausados estuvieron privados de libertad desde el 7 de julio de 2016 hasta el 22 de junio de 2018, prácticamente dos años.

La situación personal, familiar y laboral de todos ellos permanece inalterable respecto a lo ya valorado por esta Sala en el Auto de 21 de junio del corriente. De ahí que proceda dar por reproducido en su

integridad lo que ahí ya señalamos, puesto que todas las partes conocen tal argumentación. Cabría añadir que en estos meses, uno de los encausados, el Sr. Cabezuela Entrena, ha sido privado de su condición de militar. Decisión que si bien no es firme, de momento supone que no recibe ingreso alguno. Tal carencia no incrementa el riesgo de fuga, sino que, en cierta forma lo limita.

Durante el tiempo transcurrido desde que los encausados fueron excarcelados han cumplido, puntualmente, las condiciones que les fueron impuestas. Han comparecido ante el Juzgado de Guardia de Sevilla en los días indicados en el Auto de 21 de junio. Sin que pueda tomarse en consideración el episodio que afectó únicamente al Sr. Guerrero, quien acudió a obtener el pasaporte para presentarlo ante esta Sala, pues sobre tal hecho ya recayó resolución firme, denegatoria de su ingreso en prisión.

El argumento del riesgo de fuga, aparece bastante endeble en este preciso supuesto. Y no solo porque durante casi seis meses han acatado las condiciones impuestas por esta Sala, sino porque desde que se tuvo conocimiento de la confirmación de la sentencia de esta Sala, ha pasado casi un mes y los encausados han continuado cumpliendo aquellas, mostrando así su intención de no eludir la acción de la justicia.

Por ello, debemos recordar que el art. 503.1.3º a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al apuntar al riesgo de fuga como uno de los fines de la prisión provisional, dispone: "Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga". Los datos objetivos sobre este extremo no permiten deducir tal riesgo que, por otra parte es imposible conjurar con total seguridad, pero la conducta de los encausados desde que salieron de prisión no avala la tesis de las acusaciones. Se invoca el riesgo de fuga para que se aplique maquinalmente el último párrafo del art. 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el mismo textualmente descarta su aplicación automática, al prever que la prisión provisional "podrá prorrogarse".

Por lo que se refiere a otra de las finalidades de la prisión provisional invocada por la acusación particular y las acusaciones populares, "el riesgo de reiteración delictiva", previsto en el art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constatamos que, tras recaer el Auto de 21 de junio, el Sr. Boza ha resultado condenado por dos delitos leves, uno de lesiones y otro de hurto. Si bien en un primer momento, la acusación dirigida frente a este coencausado fue por delito de robo con violencia y lesiones, la condena por dos delitos leves, por hechos que afectan a bienes jurídicos muy diferentes y más livianos que los que han determinado su condena por un delito de abusos sexuales, no justifica la sustancial alteración pretendida por estas acusaciones.

Como tampoco incide a esos efectos, las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Pozoblanco. No se ha celebrado todavía el juicio, y por tanto no ha recaído sentencia, ni tampoco se ha acordado la prisión preventiva por tales hechos. Son otros órganos jurisdiccionales los llamados a valorar las concretas circunstancias de ese caso.

Además de lo ya indicado, concurre un argumento adicional, el principio “favor libertatis” (a favor de la libertad),-que lleva a la elección y aplicación, de la norma menos restrictiva de la libertad, (SSTC 210/2013 y 217/2015)-para concluir que no se nos han aportado razones suficientes para modificar la situación personal de los encausados.

Y ello sin perjuicio de que esta decisión pudiera ser reconsiderada, de apreciarse el incumplimiento de las condiciones impuestas.

En virtud de todo lo cual,

III PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS la solicitud, formulada por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares, de modificación de la situación personal de los encausados en el Procedimiento Sumario Ordinario 426/2016.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, y demás partes personadas.

Así por este Auto, que no es firme, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Francisco Cobo Sáenz, al amparo de lo dispuesto en el Art. 260 LOPJ, en relación con el Art. 147.4ºLECrim., respecto del Auto de fecha 28 de diciembre de 2018, en el que se desestima, la petición de modificación de la situación personal, a fin de que se acuerde la prisión provisional de los encausados D. Ángel Boza Florido , D. Jesús Escudero Domínguez, D. José Ángel Prenda Martínez, D. Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y D. Antonio Manuel Guerrero Escudero; solicitud formulada por el Ministerio Fiscal en el Rollo Penal de Sala Sumario Ordinario 426/2016, petición a la que se han adherido la acusación particular, y las acusaciones populares, M. I. Ayuntamiento de Pamplona y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de mi Compañero y Compañera de Sala, me veo en la obligación de mostrar mi discrepancia respecto de la decisión mencionada; a mi juicio, debió accederse a la pretensión formulada, en el sentido de acordar la constitución de los procesados: Don José Ángel Prenda Martínez, Don Ángel Boza Florido, Don Jesús Escudero Domínguez, Don Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y Don Antonio Manuel Guerrero Escudero, en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza, hasta el límite máximo de cuatro años y medio, descontando de este periodo, el tiempo en que dichas personas estuvieron en situación de prisión provisional, entre el 9 de julio de 2016 y el 22 de junio de 2018, habiéndose practicado su detención el día 7 de julio de 2016.

Para encuadrar la cuestión, me remito y doy por reproducidos los Antecedentes de Hecho de nuestro Auto.

Mi desacuerdo se concreta, en la apreciación que se realiza en la decisión mayoritaria, acerca de la relevancia, que para estimar como finalidad constitucionalmente legitimadora de la medida cautelar personal de prisión provisional, propugnada por todas las acusaciones, concretada en la finalidad de asegurar la presencia de dichos procesados en el proceso, cuando *“puede inferirse racionalmente un riesgo de fuga.”*-Artículo 503 1.3ª a) LECrim.-, tiene la Sentencia 8/2018 de 30 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Navarra, como Sala de lo Penal, en el recurso de apelación número 7/18, contra nuestra Sentencia 38/2018 de 20 de marzo de 2018, en la presente causa nº 426/16 .

En dicha Sentencia de apelación, entre otros pronunciamientos, por lo que respecta a la cuestión controvertida, se confirma íntegramente nuestra Sentencia, en lo atinente a la condena a Don José Ángel Prenda Martínez, Don Ángel Boza Florido, Don Jesús Escudero Domínguez, Don Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y Don Antonio Manuel Guerrero Escudero, como responsables en concepto de autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, previsto y penado en

el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, entre otras, a la pena de nueve años de prisión.

A mi juicio y en coincidencia con la apreciación unánime en este extremo de todas las acusaciones, la confirmación del señalado pronunciamiento condenatorio, teniendo cuenta la gravedad de la pena impuesta, consolida y refuerza, los factores que deben ser evaluados, para apreciar que la medida cautelar personal, es necesaria para procurar el fin legítimo asignado a la prisión provisional, concretado en la evitación de la sustracción a la acción de la justicia.

A este respecto y con relación a esta concreta finalidad legitimadora, me remito a lo ya valorado y argumentado en mis votos particulares, en relación al Auto de 21 de junio pasado, en el que se acordaba la prórroga de la prisión provisional en su momento establecida respecto de dichos procesados mediante Auto de 9 de julio de 2016, hasta la mitad de dicha pena, esto es 4 años y 6 meses, si bien eludible previa prestación de fianza en metálico por la cantidad de 6.000 euros y con sujeción a las obligaciones que en dicha resolución se detallan . Así como respecto al Auto de 16 de julio desestimatorio del recurso de súplica frente a la anterior resolución.

En concreto en los extremos, que con remisión a la doctrina constitucional elaborada por el Tribunal Constitucional, se refieren a:

(i) Los elementos que deben ponderarse en la motivación de la resolución judicial que acuerde la medida, para que se pueda considerar suficiente y razonable.

(ii) Los dos criterios de enjuiciamiento en dicha motivación de la medida cautelar, identificados por la expresada doctrina, en función de la incidencia que el transcurso del tiempo, ejerce en la toma de la decisión y el mantenimiento de la prisión provisional.

(iii) La exigencia de que la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la

misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda.

(iv) El requerimiento de que cuando se trata de decidir sobre la prórroga de la prisión provisional, existiendo Sentencia condenatoria recurrida, la suficiencia y razonabilidad de la motivación demanda que se tenga en cuenta no sólo las características y gravedad de la pena sino también las circunstancias del caso y las personales del acusado, en el preciso momento procesal en que se encuadra la resolución.

(v) La inadmisibilidad, en aplicación de la expresada jurisprudencia constitucional, de la motivación de la prórroga de la prisión provisional, sustentada exclusivamente en el dictado de una sentencia condenatoria, pues tal automatismo supone desconocer las rigurosas exigencias de motivación de la prórroga.

(vi) La plena vigencia de derecho constitucional a la presunción de inocencia, en tanto no recaiga una sentencia firme de condena.

En este sentido, y abundando en lo que anteriormente argumenté, sobre la necesidad de dar cumplimiento al reconocimiento y efectividad del expresado derecho constitucional, resulta singularmente apropiada, la cita, que se realiza en la resolución mayoritaria, de las recientes sentencias de la Sala primera del Tribunal Constitucional 91 y 92 /2018 de 17 de septiembre, concretamente en el Fundamento de derecho quinto de ambas sentencias, en el que se razona, con cita de un muy conocido precedente de la expresada doctrina constitucional: *“... la jurisprudencia constitucional que, en interpretación del artículo 17.1 CE, ha establecido que la sentencia condenatoria solo constituye una confirmación temporal de los indicios de culpabilidad apreciados ab initio que resulta todavía inhábil para enervar la presunción de inocencia del acusado y que no es base suficiente para adoptar ninguna decisión sobre reformas peyorativas de la situación personal de los afectados que siguen vinculada única y exclusivamente a la consecución de alguno de los fines legítimos asignados a la prisión provisional (STC 50/2009, de 23 de febrero, FJ 5). En ese contexto en que el automatismo de la existencia de la condena en primera instancia está constitucionalmente vedado (...).”*

(vii) Finalmente, la consideración, de los parámetros con arreglo a los cuales ha de ser evaluada la decisión tanto de adopción, como el

mantenimiento de la medida cautelar personal, que con arreglo a una consolidada doctrina constitucional, reflejada, entre otras muchas, pero de un modo particularmente relevante, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 47/2000 de 17 de febrero, verdaderamente nuclear en la materia, pues no en vano, a través del “auto planteamiento”, de la cuestión de inconstitucionalidad, dio lugar, a la regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento criminal, en los términos, sustancialmente vigentes en la actualidad con cita de la STC 128/1995, recordemos: « ... *el contenido de privación de libertad, que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico*».

La expresión del presupuesto de la medida, se concreta en el presente caso, en la existencia de dos Sentencias condenatorias, con el contenido que es bien sabido y en las que se impone y ratifica la atribución a las personas procesadas, de un delito al que se le asigna una pena - entre otras-, de nueve años de prisión, se trata por tanto de una pena, que supera nítidamente, hasta casi duplicarlo, el umbral inferior de cinco años, considerado en el Código Penal, como límite para diferenciar los delitos graves de los menos graves - artículo 33 de dicho cuerpo legal -.

En este contexto valorativo, no cabe sino ratificar, en las concretas circunstancias, de evolución temporal y atendiendo a la configuración propia y específica de la actual situación, los argumentos que anteriormente consideré, evaluando los datos que se concreta en función de la actuado, sobre : (i) la estabilidad domiciliaria de los procesados, (ii) la disponibilidad de medios para poder desarrollar su vida, (iii) la integración en su contexto familiar y convivencial extenso ... ; los cuales no permiten en mi consideración , conjurar eficazmente el riesgo de que los procesados se sustraigan a la acción de la justicia.

Y esta determinación, a mi juicio, no puede derivarse, de la observancia durante el tiempo transcurrido desde que los procesados fueron excarcelados, de las condiciones que le fueron impuestas para el mantenimiento de su situación personal; ni del dato de que, conocida la confirmación de la sentencia condenatoria, en sede de apelación, con respecto al delito contra la libertad e indemnidad sexuales, las personas condenadas, han continuado cumpliendo los requerimientos a cuya observancia, se vincula el sostenimiento de la situación de libertad provisional.

En conclusión, por todo lo expuesto, entiendo que resultaba procedente, estimar la pretensión formulada al unísono por todas las acusaciones, para apreciar - con fundamento en la existencia de dos sentencias condenatorias, en sucesivas instancias , en las que se impone una pena privativa de libertad suficientemente grave - , como finalidad constitucionalmente legitimadora de la medida cautelar personal de prisión provisional, la de asegurar la presencia de dichos procesados en el proceso, cuando "*puede inferirse racionalmente un riesgo de fuga.*"- y en consecuencia en la Parte Dispositiva de la resolución de la que disiento, se debiera:

DISPONER la constitución de los procesados: Don José Ángel Prenda Martínez, Don Ángel Boza Florido, Don Jesús Escudero Domínguez, Don Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena y Don Antonio Manuel Guerrero Escudero, en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza, hasta el límite máximo de cuatro años y medio, descontando de este periodo, el tiempo en que dichas personas estuvieron en situación de prisión provisional, entre el 9 de julio de 2016 y el 22 de junio de 2018, habiéndose practicado su detención el día 7 de julio de 2016.

Pamplona, a 28 de diciembre de 2018

José Francisco Cobo Sáenz