

Roj: **AAP IB 34/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:34A**

Id Cendoj: **07040370022020200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **24/04/2020**

Nº de Recurso: **276/2020**

Nº de Resolución: **318/2020**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA

### Sección Segunda.

Rollo número 276/2020.

Órgano de Procedencia: Juzgado de Instrucción nº 1 de Palma.

Procedimiento de Origen: Diligencias previas 409/2020.

### **AUTO núm. 318/20**

S.S. Ilmas.

DON DIEGO GÓMEZ-REINO DELGADO

DON JUAN JIMÉNEZ VIDAL

DOÑA CRISTINA DÍAZ SASTRE

En Palma de Mallorca, a veinticuatro de abril de dos mil veinte.

VISTO por esta Sección de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, compuesta por el Ilmo. Sr. Presidente Don Diego Gómez-Reino Delgado y por los Ilmos. Sres. Magistrados Don Juan Jiménez Vidal y Doña Cristina Díaz Sastre, el presente rollo núm. 276/2020, en trámite de apelación contra el auto de 25.3.2020, confirmado por el de 30.3.2020, dictados ambos por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Palma, cuyo procedimiento de origen son las diligencias previas 409/2020, procede dictar la presente resolución sobre la base de los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 25.3.2020 se dictó resolución acordando la prisión provisional comunicada y sin fianza de Víctor por la supuesta comisión de un delito de desobediencia grave a la autoridad del artículo 556 del Código Penal. Se interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de 30.3.2020. Fue recurrido en suplicación con impugnación del Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** En atención a ello se procedió a formar el rollo de apelación y se designó como Ponente del mismo al Ilmo. Sr. D. Juan Jiménez Vidal. Tras la correspondiente deliberación y votación, procede a dictar la presente resolución, expresando el parecer del Tribunal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resolución impugnada.** Se señala en ella que existen indicios de que el investigado ha desobedecido hasta en cuatro ocasiones las obligaciones de confinamiento domiciliario ordenadas por el **Real Decreto** 463/2020, de 14 de marzo, sin que se viera afectado por ninguna de las excepciones al confinamiento establecidas por el artículo 7 del **Decreto** señalado. Se indica también que el investigado, en la declaración ante el Juzgado, manifestó que lo volvería a hacer. Afirma el Magistrado en la resolución que ello pone de manifiesto

el riesgo de reiteración delictiva. Refiere que el artículo 503 LECr permite adoptar la prisión provisional, aun cuando la pena que el Código Penal prevé para el delito cometido no exceda de los dos años de prisión, cuando el delito sea doloso y concurren circunstancias que permitan entender que el investigado comete los hechos con habitualidad. Entiende que este es el caso, por lo que acuerda la medida cautelar interesada por la Fiscalía.

En la resolución de 30.3.2020, que confirma la anterior desestimando el recurso de reforma, el Magistrado instructor insiste que con la medida cautelar no se pretende tanto conjurar el riesgo de fuga del investigado como evitar que éste siga ignorando las normas de confinamiento adoptadas para hacer frente a la pandemia que ha dado origen al estado de alerta decretado. Señala que existen múltiples indicios de que el investigado ha desobedecido la orden de confinamiento establecida por el **Real Decreto** 463/2020, de 14 de marzo, como también las órdenes dadas expresamente por los agentes de la Policía Nacional en cuatro ocasiones en que ha sido hallado en la vía pública sin justificación. Añade que en su declaración judicial manifestó que pensaba mantener su actitud de hacer lo que quisiera. Hace referencia al artículo 20 del **Real Decreto** que establece la posibilidad de imponer sanciones y refiere que incumplió las prohibiciones cautelares impuestas por los Juzgados de Instrucción nº 6 y 8 de acercarse a las vías en donde fue hallado por la policía, lo que podría suponer la comisión de dos delitos de quebrantamiento de medida cautelar.

**SEGUNDO.- Alegaciones de las partes.** Señala el apelante que la medida cautelar acordada en este caso no tiene otra justificación que anticipar una posible condena. Que no tiene nada que ocultar, por lo que no existe razón alguna para pensar que el investigado pueda alterar, ocultar o destruir supuestas pruebas. Añade que, ante la falta de recursos materiales, debe recurrir a la beneficencia para conseguir alimentos y necesita desplazarse para obtenerlos. Que no ha creado riesgos de contagio, sino que se sentó en un banco sin poner en peligro la salud de nadie. Además, señala que cuenta con familiares en la ciudad, lo que supone arraigo. Niega que haya existido resistencia o desobediencia a los agentes de la autoridad. El propio atestado así lo recoge. Señala por último el Letrado que lo representa que ante el Juzgado de instrucción solicitó que el imputado fuera examinado por el médico forense para determinar si padecía algún trastorno cognitivo que le dificulte seguir las pautas recibidas por el conjunto de la sociedad y que dicho examen no se llevó a cabo.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interesando la confirmación de la resolución. Señala que fue identificado hasta en cuatro ocasiones por la Policía Nacional en idéntica situación y mostró su voluntad de incumplir las medidas del estado de **alarma** actualmente decretado por el Gobierno de la nación.

**TERCERO.- Derecho administrativo sancionador.** El artículo 10.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de **alarma**, excepción y sitio establece, en relación al estado de **alarma**, que "el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de **alarma** será sancionado con arreglo a las leyes". A esta norma hace expresa referencia el artículo 20 del **Real Decreto** 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de **alarma** para la gestión de la situación de crisis **sanitaria** ocasionada por el **Covid-19**. Este **Real Decreto** es una norma jurídica de carácter general que impone en su artículo 7 una serie de prohibiciones referidas a la circulación de personas. En el artículo 5 encomienda a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, a los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales diversas funciones entre las que se encuentran dictar las órdenes, requerimientos y prohibiciones dirigidos a dar cumplimiento a lo dispuesto. Éstas al emitirse constituyen mandatos concretos dirigidos a los ciudadanos cuyo incumplimiento puede constituir una infracción administrativa sancionable.

Las normas sancionadoras previstas en caso de infracción están recogidas en los artículos 34 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana. El procedimiento sancionador se establece en los artículos 44 y siguientes. En su artículo 36.6 sanciona como infracción grave la desobediencia (antigua falta del CP en su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015). Por su parte el Código Penal sanciona el delito en el artículo 556 la desobediencia grave. La diferencia para entender que la conducta constituye una infracción o un delito reside en la gravedad de la conducta, siendo de aplicación para deslindar los comportamientos que debe ser calificados graves y por ello delictivos la jurisprudencia dictada durante la vigencia de la falta.

Existen también medidas legales a disposición de las autoridades sanitarias para hacer frente a los incumplimientos en la materia, sin necesidad de acudir al derecho penal, para responder a supuestos concretos de riesgo para la salud pública: La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública. Este cuadro normativo pone de manifiesto que, para conjurar un riesgo para la salud pública, los medios adecuados no se encuentran en el derecho penal ni en el proceso de esa naturaleza.

El atestado recoge que el investigado ha desobedecido hasta en cuatro ocasiones las obligaciones de confinamiento domiciliario ordenadas por el **Real Decreto** 463/2020, de 14 de marzo. Sin embargo, los posibles

y **reales** peligros sanitarios creados no se concretan de ninguna forma. En todo caso, de existir, tienen respuesta en el ámbito administrativo sanitario.

Se relata en el atestado que en otras tres ocasiones anteriores (17, 18 y 20 de marzo) la fuerza pública identificó al apelante en el mismo lugar por carecer de justificación para encontrarse en la vía pública, no consta que se haya levantado acta de denuncia, ni dado cuenta de la misma a la Delegación de Gobierno con el objeto de dar lugar a la incoación del correspondiente expediente administrativo sancionador, ya inmediatamente, si es que es posible y no está afecto por la suspensión de plazos derivados del estado de **alarma** o, en otro caso, posteriormente, una vez superado el estado de **alarma**. La policía administrativa no ha dado inicio a la previa actuación administrativa generadora de la potestad sancionadora, al menos, no nos consta. Si los agentes de la autoridad no han comunicado la infracción a la autoridad administrativa, es que han descartado la existencia de un ilícito administrativo y recurrido directamente a la vía penal presentando al detenido en el Juzgado de guardia. La vía seguida precisa de la gravedad de la desobediencia para desbordar y superar el límite de la sanción administrativa que debe de explorarse previamente antes de recurrir al procedimiento penal (último ratio) y a la adopción de la medida cautelar penal de la prisión provisional.

El sistema sancionador constitucionalmente ordenado y legalmente desarrollado es un conjunto de normas a disposición del Estado para hacer frente a los más graves incumplimientos de la normativa, en este caso administrativa. En el supuesto de que la existencia de una norma prohibitiva no sea suficiente para conseguir el comportamiento legalmente obligado y se infrinja el mismo, es legítimo que el Estado recurra a su facultad sancionadora en los casos legalmente previstos, pero el sistema está ordenado de forma que debe recurrirse a lo establecido por normas sancionadoras menos graves y estigmatizadoras antes de hacer uso del arma más potente y agresiva que el ordenamiento prevé: la normativa penal. Por ello la Ley Orgánica reguladora del estado de **alarma** prevé expresamente el recurso a la sanción legalmente procedente. Sólo es legítimo recurrir al derecho penal ante una actitud rebelde al cumplimiento de tal gravedad que, frente a ella, se ha revelado inútil la imposición de la sanción administrativa en una pluralidad de ocasiones.

En el presente caso no consta iniciado ningún expediente administrativo sancionador. Ni siquiera consta acta de denuncia, tampoco intimidación para que cese la conducta infractora. En consecuencia, no se ha intentado corregir el comportamiento del investigado mediante la sanción administrativa. No obstante se puede inferir que el recurrente fue advertido por los agentes que elaboraron los atestados previos al que ha dado lugar a la adopción de la medida cautelar de que no podía reiterar su conducta y de las consecuencias que ello tendría, tesis lógica y no descartable, sin que el investigado haya dado ninguna explicación, pese a conocer el delito que se le imputa en el atestado. De esta forma se podría estimar, a los efectos indiciarios propios del momento procesal, que hay indicios delito de desobediencia y no sólo infracción administrativa, puesto que - supuestamente- tras haber sido requerido por las fuerzas de autoridad (siquiera mediante orden verbal) a que cumpla el confinamiento y se abstenga de reiterar sus incumplimientos, su posterior actuación (que ha dado lugar al presente procedimiento) no observando lo ordenado pudieran ser calificada como constitutiva de desobediencia grave y por tanto de delito y no mera infracción administrativa.

Sin embargo se plantean serias dudas de que ello haya sido así por cuanto en el auto del Juzgado de 30.3.2020, con referencia a los anteriores supuestos incumplimientos al confinamiento, se dice literalmente: "Además de haber tenido conocimiento este Juzgado que incumplió dos prohibiciones que le han sido impuestas por los Juzgados de instrucción nº 6 y 8 de Palma, de acercarse a las vías en donde fue hallado en días próximos al 25 de marzo, lo cual supondría la comisión de dos nuevos delitos de quebrantamiento de medidas cautelares del artículo 468 del Código Penal". Si esto es así, de lo que no hay constancia en las actuaciones, se le imputarían dos quebrantamientos a las medidas fijadas judicialmente -cuyo bien jurídico protegido es la administración de justicia-, pero no desobediencias a los mandatos dados por la policía en cumplimiento de lo dispuesto en la norma que declara el estado de **alarma**. El delito de desobediencia protege el bien jurídico orden público mediante la defensa del principio de autoridad, con el fin de que los mandatos concretos emitidos por la autoridad y sus agentes en el ejercicio de sus funciones no sean desconocidos por los concretos destinatarios de ellos. Los bienes jurídicos que protegen cada uno de los delitos son diferentes.

**CUARTO.- El delito de desobediencia.** El artículo 556 CP castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses a los que resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Este es el delito que se imputa al apelante en el presente procedimiento.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ( STS 821/2003, 1615/2003) el delito de desobediencia requiere: a) *un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la Autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias;* b) *que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido;* c) *la resistencia del requerido a*

*cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante; y e) en todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el artículo 634 CP . Ante la actual despenalización de la falta deberíamos hablar aquí de infracción administrativa.*

La desobediencia debe serlo a una orden de la autoridad. Las normas generales, como el **decreto** que declara el estado de **alarma**, podrán ser cumplidas o no por los ciudadanos y ello, en su caso, dará lugar a las consecuencias previstas, pero en ningún caso a un delito de desobediencia. Sólo se desobedecen mandatos concretos de la autoridad. La norma general, aunque introduzca prohibiciones, no es susceptible por sí misma de ser desobedecida en este sentido penal. El mandato desobedecido debe ser concreto objetivo y subjetivamente. Objetivamente en cuanto tiene que existir un acto que concrete en un mandato determinado la previsión de la norma general. Subjetivamente en cuanto tiene que existir un acto de la autoridad o sus agentes dirigido a una persona concreta (la autora de la conducta).

La tipicidad consiste en desobedecer intencionalmente, es decir, omitir o no realizar conscientemente el comportamiento que impone o prohíbe el mandato, para lo cual se precisa una previa intimación que exprese el contenido de lo mandado y las consecuencias de su incumplimiento. La presencia de este elemento es necesaria para configurar el dolo típico; el elemento cognitivo del dolo presupone el conocimiento del contenido del mandato y las consecuencias de su desatención. Podría cometerse el delito, (a parte de los casos claros de desobediencia inmediata a la orden) por reiteración en el incumplimiento del confinamiento, tras la previa advertencia de los agentes, que es lo que parece aquí ha ocurrido.

Como consecuencia de lo anterior, debemos entender que entre los requisitos típicos figuran la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta ya que "sin orden expresa no puede existir una negativa abierta a su cumplimiento" ( SSTS 8/2010, de 20 de enero y 477/2009, de 6 de noviembre) y que haya sido notificado claramente al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido ( STS 1.615/2003, de 1 de diciembre).

En el caso presente, como hemos dicho, al investigado no se le ha comunicado (o por lo menos no consta que se le comunicase) acta de denuncia administrativa por infracción de la Ley de Seguridad Ciudadana, en punto a sancionar su comportamiento desobediente y, por tanto, pueden haber dudas respecto de si su conducta es abarcada por una infracción administrativa o excede ese límite y se convierte en un delito de desobediencia derivado del incumplimiento reiterado de un ilícito administrativo y de las consecuencias que dicho incumplimiento comporta en atención al fundamento de ese mandato, que no es otro que proteger la salud del sancionado y del resto de la población para evitar la difusión de la epidemia de **Covid-19**.

La comisión del delito de desobediencia no requiere, y no es un elemento del tipo, la previa advertencia de que el incumplimiento del mandato puede derivar en consecuencias penales. Esto es aconsejable para evitar el error de la conciencia de la ilicitud y de su trascendencia penal. Pero sí debe conocer el destinatario de la orden que su conducta es ilícita y que la misma podría tener consecuencias más graves que las meramente administrativas o sancionadoras.

A este respecto, a modo de criterio para operar, podríamos valorar como delito de desobediencia aquellas situaciones en las que el desobediente hubiera sido sancionado en dos ocasiones por infracción de la Ley de Seguridad Ciudadana a la que se remite el **Real Decreto** y en la tercera ya se procediera a su detención policial con incoación de denuncia penal y subsiguiente liberación por la propia fuerza actuante, tras advertirle que en la siguiente ocasión sería ya puesto a disposición por si su conducta contumaz mereciera, no ya reproche penal, sino también la adopción de una medida cautelar como la prisión preventiva. En esas circunstancias cabría estimar, siquiera a efectos dialécticos, cometido el delito, debiendo ser posteriormente en atención a las circunstancias del caso concreto cuando se determine si los hechos presuntamente cometidos justifican la adopción cautelar de la medida de prisión, ya que dicha medida requiere analizar no solo la comisión de un hecho delictivo grave -gravedad que en estos casos vendría de la mano de la peligrosidad del investigado- sino, además, las circunstancias en las que se produjo el incumplimiento y las personales, familiares y sociales del desobediente.

**QUINTO.- La prisión provisional.** Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 60/2001 de 26 febrero "la prisión provisional ha de ser concebida "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" ( SSTC 128/1995, de 26 Jul., FJ 3 , y 177/1998, de 14 Sep ., FJ 3 ). 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 su vez, su régimen jurídico". Por ello, además de su legalidad, la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige

*que su configuración y su aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permiten la adopción de la medida ( STC 165/2000, de 12 Junio )"*

La prisión provisional aparece regulada, en cuanto a los requisitos y finalidades que pueden justificar su adopción, en el artículo 503 LECrim. En principio la previsión normativa sólo permite tal tipo de medida cautelar cuando la pena máxima prevista para el delito imputado sea igual o superior a dos años de prisión. El delito de desobediencia está sancionado en el artículo 556 del Código Penal con una pena de tres meses a un año o multa seis la dieciocho meses. No supera los dos años, parte de un mínimo muy inferior y se configura como una alternativa con la pena de multa. Esas circunstancias dan cuenta de la entidad que el legislador dio a esa conducta.

En este caso no se daría el requisito establecido, con lo que no cabe acordar la prisión con fundamento en el número 1 del artículo 503 LECrim. El número 2 del precepto permite la adopción de la medida para evitar el riesgo de que el investigado cometa nuevos hechos delictivos. En este caso también exige la Ley que la pena máxima prevista supere aquel límite, salvo en los casos regulados en el último párrafo del mismo precepto. En ese párrafo se permite la adopción de la medida de prisión provisional para conjurar ese riesgo en dos casos, aunque no se cumpla el requisito de la pena mínima: Uno es referido a la actuación concertada de forma organizada para cometer los hechos imputados, que no es aplicable a este caso. El otro es el referido a quien "realiza sus actividades delictivas con habitualidad". La necesaria interpretación restrictiva del precepto se acentúa por tratarse de supuestos para los que, con carácter general, no se prevé esta medida cautelar. Es decir, para casos en que la pena máxima prevista sea inferior a dos años. Ello obliga a limitar más la interpretación del precepto.

El concepto "habitualidad" no exige la presencia de antecedentes penales, pero sí requiere que se entienda que lo que se hace habitualmente es cometer delitos. La habitualidad puede ser un concepto vago, pero remite a algo que se hace tal número de veces, con tal frecuencia y de una forma tan extendida en el tiempo que tolera que se hable de un hábito. Se requiere que la repetición de la conducta tenga entidad para ser considerada habitual.

La finalidad por la que se acuerda la prisión, es la de evitar la reiteración delictiva, la cual sin duda constituye uno de los objetivos legítimos a los que puede responder la privación de libertad como medida preventiva. Ahora bien, pese a que pudiera existir este riesgo, ello no justificaría per se la adopción de la medida cautelar, la cual afecta a un derecho fundamental como es la libertad ( artículo 17 de la C.E.) si no se cumplen los demás requisitos legales. En este sentido hay que precisar que al recurrente se le atribuye un único delito de desobediencia, cuyo arco punitivo no permite la prisión aplicando la regla general sin que pueda afirmarse la existencia de "habitualidad en la actividad delictiva" como presupuesto legal de la prisión preventiva para delitos castigados con penas inferiores a los dos años.

La habitualidad en la acción delictiva es un concepto con un componente de indefinición (la ley si hubiera querido hubiera podido concretarlo, como hace, por ejemplo, en el artículo 94 del C.P.). En el contexto del precepto se refiere más a una habitualidad construida sobre la base de la información policial previa referida a la actividad delictiva. Es decir, pese a que ciertamente el término no exige la presencia de antecedentes penales, sí requiere que se entienda que lo que se hace habitualmente es cometer delitos. En el presente caso la imputación es por un único delito de desobediencia, lo cual compromete el requisito de la habitualidad en la actividad delictiva, imprescindible para adoptar y mantener la prisión preventiva en penas inferiores a los 2 años de prisión.

Cuestión distinta, sería que constara en el atestado que al investigado ya se le hubiera atribuido anteriores delitos de desobediencia, o que contara con antecedentes penales no cancelables por delitos que por su homogeneidad permitieran realizar un pronóstico de habitualidad en la actividad delictiva; o que en el propio atestado se relatasen hechos que, individualmente considerados, tuvieran entidad delictiva por sí mismos. Pero no es el caso. A estos efectos es destacable que el art. 503.2 de la LECr cuando establece este supuesto de prisión preventiva está pensando en una futura pena de prisión (puesto que sólo exceptúa el límite penológico del art. 503.1.1º, pero no el tipo de pena. Y en nuestro caso ocurre que el art 556 del C.P, prevé la pena de prisión sólo como alternativa a la de multa, circunstancia que incrementa la nota de excepcionalidad de la privación de libertad en el presente supuesto.

Merece la pena constatar, a efectos puramente ilustrativo, que la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de estados de **alarma**, excepción y sitio en su artículo 10, referido al estado de **alarma** y a las consecuencias sobre los incumplimientos de sus medidas, sólo prevé que "será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes",

sin referencia ninguna a la posible responsabilidad penal o al proceso penal. Se trata de la única previsión sancionadora que contiene para dicho estado de **alarma**, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y la LECr. Sin embargo, la misma Ley en lo referido al estado de excepción sí que prevé expresamente una consecuencia de orden procesal penal: "Si durante el estado de excepción el Juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional del presunto responsable, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado". Esta previsión no existe en el caso del estado de **alarma**, para el que no hay ninguna variación o modalización de las normas reguladoras de las medidas cautelares, a diferencia de lo que ocurre en el caso de declaración de un estado de excepción, por lo que la única disposición aplicable es la contenida en el artículo 503 de constante referencia.

Al apelante se le imputa un solo delito. No consta la existencia de procedimientos por el mismo. En consecuencia no existe habitualidad y no procede acordar la medida cautelar cuestionada.

**SEXTO.-** La aplicación de la prisión provisional en el presente caso nos obliga a analizar las circunstancias en que se ha producido el hecho y calibrar la proporcionalidad de su aplicación. Alega la defensa en su recurso que el investigado carece de recursos y que debe acudir a la beneficencia para obtener alimentos. En la vista para acordar medidas provisionales señaló que antes de que se adoptara alguna medida cautelar debía ser examinado por el Médico Forense a efectos de determinar posibles anomalías. Ello fue denegado y en la resolución de 30.3.2020, por la que se desestima el recurso de reforma, se señala que, previamente a acordar el examen forense, deberá el abogado de la defensa "indicar con que finalidad y aportar informes médicos que acrediten que el investigado pueda presentar alguna anomalía, patología o adicción".

La aportación de la documentación requerida sólo es posible en la medida de que se cuente con ella. Puede no ser así y que realmente existan esas anomalías. En todo caso, de lo instruido se desprenden algunos elementos que ponen de manifiesto las circunstancias en que se ha cometido el hecho.

En el informe policial de 25.3.2020 que obra en el atestado no se señala domicilio alguno del detenido. Se informa de que fue detenido los días 17, 18 y 20 de marzo en el mismo lugar. Los hechos ocurrieron a las 11:30 horas del día 25.3.2020 cuando los agentes de policía vieron, desde el coche en el que patrullaban, al investigado sentado en un banco en la avenida Gabriel Roca nº 3. Para situarnos, se trata del paseo marítimo en las proximidades del Hotel Costa Azul, que a su vez se encuentra en las proximidades del más conocido Hotel Bellver. Informan los agentes de policía que cuando los divisó el apelante se puso a reír en tono de burla. Al dirigirse a él, tras bajar del coche, les dijo que hacía lo de siempre. No quiso declarar en sede policial y, en la diligencia, se hizo constar como domicilio el sito en CALLE000 nº NUM000 de Palma. Es decir, en C'an Pastilla. En la declaración judicial prestada el mismo día nuevamente no se hace constar domicilio del detenido y se recoge como declarado por él: "A mí me han detenido por estar sentado. Sí, me han detenido tres veces por lo mismo. Iba a buscar comida. Esta mañana no iba comprar nada, estaba simplemente sentado. Yo soy una persona normal y hago lo que me da la gana en un espacio público. Estoy cansado de esta situación".

Creemos que existen indicios que apuntan vehementemente a que el protagonista de los hechos es un indigente o, como mínimo, que vive el día en la calle. A las 11:30 de la mañana de un día cualquiera se encuentra sentado en un banco de Palma. El hecho sólo es propio de turistas desocupados, y ese no es el caso. En otras tres ocasiones ha sido sorprendido en las mismas condiciones. Señala su Letrado que tiene que hacer uso de los recursos públicos para conseguir alimentos. En la única ocasión en la que se le adjudica un domicilio resulta que está en C'an Pasilla, a muchos kilómetros del lugar en el que se le detuvo y en el que también se encontraba en tres ocasiones anteriores entre el 17 y el 20 del mismo mes y, al parecer, carece de vehículo. Sobre todo esto está la burla con la que recibió a los agentes de la policía y la altivez que mostró ante estos y en el Juzgado durante su toma de declaración. Su insistencia en que él solo estaba sentado.

No se trata de un caso que pueda ser asimilado al de un comerciante que, con toda discreción, continúa vendiendo productos no autorizados durante el estado de **alarma** o de un bar que ofrece bebidas a su clientela a puerta cerrada. No es el caso tampoco de un aficionado al deporte que continúa ejercitando su actividad en instalaciones o en la vía pública incumpliendo lo dispuesto, ni el de una pareja de turistas a la que el estado de **alarma** a pillado en Mallorca y aprovechan para ir cada día a la playa. Se presentan indicios sólidos de que se trata de una situación de marginación social que requiere de medidas sociales o socio sanitarias. No puede imponerse el derecho penal a quien no tiene medios dignos para llevar a cabo el confinamiento y a quien, seguramente por ello, ni tan siquiera ha sido objeto de denuncia administrativa. El confinamiento requiere un medio apropiado para materializarlo. En otro caso lo procedente es la adopción de medidas sociales, no la prisión provisional, y si estas requieren de un confinamiento en algún albergue o institución y el destinatario se niega habría que demandar el auxilio de las autoridades administrativa sanitarias y en su caso la autorización judicial al juez de lo contencioso.

Es una realidad cotidiana la presencia en Palma de muchas docenas de ciudadanos que viven en la calle, o en viviendas que no merecen tal nombre. Cada mañana pueden ser observados en distintos puntos de la ciudad, aunque es cierto que, en situaciones normales, la presencia de transeúntes disimula su presencia. Pero esa ocultación de la realidad desaparece con el confinamiento social, cuando la mayoría de ciudadanos desaparece y los marginados se convierten en los protagonistas de las calles. Su ilegal presencia en la vía pública no puede ser evitada con la prisión provisional, prevista legalmente para los supuestos expresamente determinados que hemos señalado. Para casos como el presente debe recurrirse a medidas sociales o, incluso, de ser necesario, al internamiento no voluntario previsto en el artículo 763 L.E.C.

En consecuencia, se estima el recurso interpuesto y se revoca la prisión provisional acordada.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala resuelve: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Víctor contra el auto de 25.3.2020 que se revoca y deja sin efecto la medida acordada. Procede acordar la libertad provisional previa designación de domicilio a efectos de notificaciones y teléfono donde pueda ser localizado.

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

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-