

Resumen

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el condenado contra auto denegatorio del recurso de súplica interpuesto contra la providencia en la que aprobaba el licenciamiento definitivo del referido penado. Subraya el TS que la resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución de las penas privativas de libertad, no es el único fin de esa clase de pena, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como incluso la retribución, o muy especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial, esta última muy relacionada con el número de delitos cometido por el penado. Formulan voto particular los Magistrados D. Perfecto Andrés Ibáñez y D. Luciano Varela Castro.

NORMATIVA ESTUDIADA

- RD 190/1996 de 9 febrero 1996. Reglamento Penitenciario art.202
- LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal art.76
- Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales art.6 , art.13
- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.1.1 , art.17 , art.25.1 , art.25.2
- D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971 art.70.2 , art.100
- RD de 24 julio 1889. Código Civil art.3
- RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal art.988

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	9
VOTO PARTICULAR	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- CUMPLIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENAS
 - EN GENERAL
 - TRIPLO DE LA PENA MÁS GRAVE
 - ACUMULACIÓN Y REFUNDICIÓN DE PENAS
- DELITO
 - DELITOS CONEXOS
 - Penalidad y refundición de condenas
- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
 - IGUALDAD ANTE LA LEY
 - Justificación objetiva y razonable del trato discriminatorio
 - DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD
 - Otras cuestiones
 - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES
 - Indefensión
 - Supuestos diversos
 - Proceso con todas las garantías
 - Inexistencia de violación del derecho

PRINCIPIO DE LEGALIDAD
DE LAS SANCIONES
TERRORISMO
PENALIDAD
En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.202 de RD 190/1996 de 9 febrero 1996. Reglamento Penitenciario

Aplica art.76 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.6, art.13 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Aplica art.1.1, art.17, art.25.1, art.25.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.70.2, art.100 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Aplica art.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.988 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Citada por Res. de 13 julio 2011

Cita LO 7/2003 de 30 junio 2003. Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.849.1, art.852 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre CUMPLIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENAS - ACUMULACIÓN Y REFUNDICIÓN DE PENAS STS Sala 2ª de 14 noviembre 2008 (J2008/222318)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Proceso con todas las garantías - Inexistencia de violación del derecho STS Sala 2ª de 28 febrero 2006 (J2006/11467)

Cita en el mismo sentido sobre CUMPLIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENAS - ACUMULACIÓN Y REFUNDICIÓN DE PENAS STS Sala 2ª de 14 octubre 2005 (J2005/165903)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - IGUALDAD ANTE LA LEY - Justificación objetiva y razonable del trato discriminatorio STC Sala 2ª de 1 octubre 2001 (J2001/32228)

Cita en el mismo sentido sobre CUMPLIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENAS - EN GENERAL STS Sala 2ª de 1 octubre 1998 (J1998/25123)

Cita en el mismo sentido sobre CUMPLIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENAS - ACUMULACIÓN Y REFUNDICIÓN DE PENAS STS Sala 2ª de 8 marzo 1994 (J1994/2099)

En la Villa de Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil nueve.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por Argimiro, contra auto dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, con fecha dieciséis de enero de dos mil nueve, en causa seguida contra Argimiro, por delito de terrorismo, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, siendo parte recurrente Argimiro, representado por el Procurador D. Javier J. Cuevas Rivas y defendido por los Letrados D. Iker Urbina Fernández, Dª Amaia Izko Aramendia y Dª Jaione Carrera Ciriza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, dictó auto, de fecha dieciséis de febrero de dos mil nueve, que contiene los siguientes Hechos:

"Primero.- Con fecha 29/12/08 se dictó providencia del tenor literal siguiente: por recibido informe del Ministerio Fiscal, únase a la ejecutoria del penado Argimiro y visto su contenido y lo interesado por el Centro Penitenciario hágase saber al mismo, mediante oficio, que procede la aplicación de la sentencia 197/2006 de 28 de febrero de de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto a dicho penado, debiendo proponerse como fecha de licenciamiento definitivo el 8 de Setiembre de 2019, conforme la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y coincidente con la liquidación de la condena practicada por la Sala con fecha 28 de junio de 1999.

Segundo.- Contra la misma, el procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu en representación del penado Argimiro se interpuso recurso de súplica, que fue informado negativamente por el Ministerio Fiscal" (sic).

SEGUNDO.- La Sala de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva: "Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu en representación del condenado D. Argimiro contra la providencia de 29/12/08, que se confirma.

Comuníquese este auto al Centro Penitenciario donde se encuentra ingresado el penado" (sic).

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de Argimiro, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Argimiro se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del art. 852 de la LECr EDL 1882/1 y 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que quepa indefensión, por infracción del artículo 24.1, derecho a la defensa, a un proceso público y con todas las garantías, e infracción del artículo 24.2 CE EDL 1978/3879 , en relación con el artículo 6 y 13 del Convenio Europeo de la Derechos Humanos, que protege el derecho a un juicio justo, que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal imparcial, en relación con el art. 17 del CE EDL 1978/3879 (derecho a la libertad).

2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECR EDL 1882/1 , por vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el art. 24.1 C.E EDL 1978/3879 ., en su vertiente de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, en relación con el derecho a la libertad, art. 17 C.E EDL 1978/3879 .

3.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR EDL 1882/1 , por infracción de ley y, en concreto, por interpretación manifiestamente errónea de los arts. 70.2 y 100 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 y artículo 66 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 y 202 del Reglamento Penitenciario actual.

4.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR EDL 1882/1 , por infracción de Ley y, en concreto, por interpretación manifiestamente errónea del art. 70.2 del CP EDL 1995/16398 y el art. 988 de la LECRIM EDL 1882/1 .

5.- Recurso por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECR EDL 1882/1 y 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación al artículo 9.3 del mismo ordenamiento constitucional en cuanto a la aplicación con carácter retroactivo de la nueva interpretación jurisprudencial derivada de la STS 197/06, en relación con los arts. 7 del CEDH y 15 del PIDCP.

6.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la LECR EDL 1882/1 en relación con el art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley de D. Argimiro, art. 14 de la C.E. EDL 1978/3879 y art. 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

7.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECR EDL 1882/1 y 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del Derecho Fundamental a la libertad del Sr. Argimiro, art. 17.1 de la CE. EDL 1978/3879 En relación con los artículos 5 y 7.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y 9.1 y 5 y 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

8.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECr EDL 1882/1 y 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del art. 25.2 de la CE EDL 1978/3879 . en relación con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos (Elaboradas en el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra 1955) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma prevenida para el día veintidós de octubre de dos mil nueve.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim EDL 1882/1 y 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías en relación con los artículos 6 y 13 del CEDH que protege el derecho a un juicio justo, y el derecho que toda persona declarada culpable de un delito tiene a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal imparcial, en relación con el artículo 17, derecho a la libertad de la Constitución. La razón de estas vulneraciones de derechos fundamentales la concreta el recurrente en que la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional modificó el licenciamiento definitivo del recurrente en base a la aplicación de la doctrina establecida en la STS 197/2006, de 28 de febrero EDJ 2006/11467 , sin oír a la parte perjudicada.

1. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la posibilidad de que se aplique a las distintas penas impuestas a una persona el límite contemplado actualmente en el artículo 76 del Código Penal EDL 1995/16398 , antes artículo 70.2 del Código Penal derogado EDL 1973/1704 , afecta a la libertad personal, por lo que es preciso respetar el derecho de defensa del penado, lo cual implica que debe ser asistido de letrado y oído antes de adoptar la decisión que proceda. El artículo 70.2 del Código Penal derogado EDL 1973/1704 se refería al "máximum de cumplimiento de la condena del culpable", y el Código Penal vigente EDL 1995/16398 lo hace al "máximo de

cumplimiento efectivo de la condena del culpable. En ambos casos, está claro que la decisión jurisdiccional que establece tal máximo es relevante respecto al derecho a la libertad, por lo que la asistencia letrada y la audiencia al penado son imprescindibles.

En consecuencia las decisiones relativas a la forma en la que la pena privativa de libertad se cumple, en tanto que también afectan al derecho a la libertad, deben venir igualmente precedidas de la asistencia de letrado y de la audiencia al penado.

2. En el caso, la Audiencia Nacional dictó la providencia de 29 de diciembre de 2008, en la que se acordó que procedía la aplicación de la doctrina establecida en la STS núm. 197/2006, de 28 de febrero EDJ 2006/11467, y se fijó como fecha de licenciamiento definitivo el 8 de setiembre de 2019, coincidente con la liquidación de condena aprobada el 28 de junio de 1999. En realidad, aunque acordó aplicar la mencionada doctrina, no modificó la anterior fecha de licenciamiento definitivo. En cualquier caso, adoptó una decisión relevante, y fue dictada sin oír previamente al penado acerca de las cuestiones planteadas u otras de posible planteamiento por aquel, siendo oído, sin embargo, el Ministerio Fiscal, que emitió el oportuno informe. La representación del penado interpuso recurso de súplica, en el que, entre otras cuestiones, se quejaba de la falta de audiencia previa, recurso que fue desestimado por la Audiencia Nacional entendiendo que al interponer aquel recurso había podido argumentar lo pertinente en defensa de sus posiciones y criterios sobre las cuestiones a resolver, de manera que no se había producido ninguna indefensión. En este motivo de casación argumenta que, para cuando pudo exponer su criterio sobre la aplicación de la doctrina de la STS núm. 197/2006 a su caso, el Tribunal ya se había posicionado, tomando una decisión contraria a sus intereses, en la que se aplica un criterio nuevo respecto a la forma de ejecución de las penas.

3. Las disposiciones de la ley deben ser cumplidas en sus propios términos, de forma que antes de dictar la providencia que fue recurrida en súplica, el penado debió ser oído. Por lo tanto, no puede sostenerse con carácter general que el cumplimiento de la ley sea irrelevante. Excepcionalmente, en el caso, en el que no se aprecia indefensión, no es preciso devolver las actuaciones dadas las circunstancias que concurren. En primer lugar, el Tribunal que resuelve sobre la cuestión inicialmente y luego en vía de recurso es el mismo. Y en segundo lugar, la indefensión que se alega, debida a la previa expresión del criterio aplicable por parte del Tribunal, no resulta tal si se tiene en cuenta que la decisión del órgano jurisdiccional no se basa en las circunstancias particulares del penado, sino en la aplicación de una doctrina general a una determinada clase de situaciones de cumplimiento de las penas, de manera que la previa expresión del criterio del Tribunal igualmente se hubiera producido si con anterioridad hubiera resuelto supuestos similares, lo cual no supone la exteriorización de un prejuicio en el que pueda basarse la indefensión. A ello debe añadirse que las quejas del recurrente, plasmadas en su recurso de súplica y ahora en el de casación, no tienen su base en las particulares características de su caso, sino en su discrepancia con el criterio establecido en la mencionada STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467, lo cual pudo hacer valer a través del recurso de súplica ante el Tribunal de la instancia y ahora ante esta Sala.

Por lo tanto, aunque ordinariamente la falta de audiencia al penado debería dar lugar a la anulación de lo actuado para cumplir adecuadamente con el trámite legal, excepcionalmente, en este caso no se aprecia que se haya producido una indefensión de tal naturaleza que justifique la anulación de lo actuado para una nueva tramitación.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 y 852 de la LECrim EDL 1882/1, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes. Sostiene que con la providencia impugnada y el Auto que la confirma, ha incumplido el contenido de resoluciones firmes dictadas por el propio Tribunal. Las penas impuestas en las dos sentencias en las que el recurrente ha sido condenado fueron refundidas señalando el periodo de treinta años con fecha 31 de mayo de 1999, practicando la Sala liquidación de condena el 28 de junio de 1999, en la que no se hacen constar las redenciones aplicables. La providencia y Auto recurridos vienen, pues, a modificar resoluciones ya firmes.

1. El recurrente fue condenado en sentencia de 1 de diciembre de 1990, a una pena de ocho años de prisión mayor. Asimismo, en sentencia de 4 de noviembre de 1991 fue condenado a una pena de veintiocho años de reclusión mayor; a otra pena de dieciocho años de reclusión menor, y a otra pena de cinco años de prisión menor. En la sentencia se hace mención, apartado quinto del fallo, al límite establecido en la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal EDL 1995/16398. El 2 de diciembre de 1992 se practicó por el Secretario Judicial liquidación de condena con fecha de licenciamiento para el día 6 de setiembre de 2027, sin mención alguna a posibles redenciones. El día 22 de marzo de 1996, el centro Penitenciario donde se encontraba interno, remite al Tribunal dos liquidaciones de condena todavía sin refundir las penas impuestas en las dos sentencias condenatorias, aunque teniendo en cuenta el límite de treinta años para las penas contenidas en la sentencia de 4 de noviembre de 1991, a la que se suma la pena impuesta en la sentencia de 1 de diciembre de 1990, liquidaciones en las que se calculan las redenciones que le corresponderían hasta esa fecha y las que le corresponderían hasta la fecha de cumplimiento, aplicables sobre aquellas condenas. A pesar de que el recurrente afirma que esta liquidación es aprobada mediante Auto de 28 de mayo de 1996, lo cierto es que ese Auto se limita a considerar que no procede revisar la pena por la entrada en vigor del nuevo Código Penal EDL 1995/16398, sin aprobar ninguna de las liquidaciones de condena, aunque haya tenido en cuenta los cálculos provisionales realizados en las mismas por el centro Penitenciario a los efectos de la resolución que adopta.

Por lo tanto, tal como se dice en el Auto impugnado, el Auto de 28 de mayo de 1996 no modificó la liquidación previamente aprobada mediante Auto de 2 de diciembre de 1992, en la que se fijaba como fecha de licenciamiento el 6 de setiembre de 2027.

Mediante Auto de 31 de mayo de 1999 se acordó la acumulación de todas las condenas impuestas, fijando en un máximo de treinta años el periodo de privación de libertad del recurrente.

2. Tras la acumulación de las condenas impuestas se practicó liquidación de condena de fecha 28 de junio de 1999, fijando la fecha de licenciamiento definitivo para el día 8 de setiembre de 2019, liquidación en la que no se hacía referencia alguna a las posibles redenciones, y que no fue impugnada en su día. Con posterioridad, según afirma el recurrente, el Centro Penitenciario remite al Tribunal, en consulta, varias liquidaciones posibles según los criterios empleados en su configuración, de las cuales el Tribunal, tras oír al Ministerio Fiscal,

aprueba liquidación de condena, con aplicación de la doctrina contenida en la STS núm. 197/2006, y fecha de licenciamiento definitivo para el 8 de setiembre de 2019.

En el caso, pues, no ha existido modificación desfavorable de liquidaciones anteriores ni de las fechas previstas para el licenciamiento definitivo del penado, pues únicamente se sustituyó la efectuada anteriormente en 1992 que fijaba como fecha de licenciamiento el 6 de setiembre de 2027 por otra posterior que establecía como nueva fecha el 8 de setiembre de 2019. La liquidación últimamente practicada es coincidente en la fecha de licenciamiento definitivo con la última que se había realizado, y en ninguna de ellas se había acordado nada respecto a la existencia y forma de aplicación de las redenciones ordinarias y extraordinarias.

3. Puede plantearse, con diferente perspectiva, si lo que se ha alterado es una decisión previa acerca de la forma en la que se computan los beneficios penitenciarios consistentes en redención de penas por el trabajo, al amparo del artículo 100 del anterior Código Penal EDL 1995/16398. No se cuestiona la consolidación de los beneficios reconocidos, que solamente pueden ser dejados sin efecto por las causas previstas normativamente, sino la forma en que se aplican tales beneficios a las penas pendientes de cumplimiento.

El proceso de ejecución de las distintas penas impuestas a una persona, en una o en varias sentencias y tenga o no establecido un determinado máximo de cumplimiento, se extiende al tiempo preciso desde que comienza la ejecución hasta que se produce el licenciamiento definitivo, y en ese periodo temporal pueden aparecer distintas incidencias que son resueltas con aplicación del criterio que, a través de la interpretación de la ley, se establezca como correcto en cada caso. Como se decía en la STS núm. 734/2008 EDJ 2008/222318, "el expediente histórico-penal del recluso en el que se recojan las acumulaciones de condenas y cuantas vicisitudes puedan afectar a la liquidación en su día practicada, ha de considerarse vivo en tanto no recaiga Auto de licenciamiento definitivo y éste adquiera firmeza", Auto de licenciamiento, "que no es en absoluto baladí, automático o meramente ritual, sino que tiene la importante función de verificar la forma en que se cumplen las penas acumuladas, el cómputo de éstas y la manera de efectuarse ese cómputo".

Por lo tanto, los criterios a aplicar en ese momento final son los vigentes en ese tiempo, aun cuando se hubieran realizado cálculos provisionales respecto de un posible licenciamiento definitivo utilizando otros criterios, que pudieran estar vigentes entonces, pero que se han abandonado al considerarlos posteriormente como incorrectos.

En el caso, la primera liquidación de condena que se realiza una vez señalado el límite máximo de cumplimiento de todas las penas impuestas al penado establece una fecha de licenciamiento definitivo que no ha sido posteriormente alterada. El criterio para determinar cómo deben aplicarse los beneficios penitenciarios, que por aplicación del Código Penal derogado EDL 1973/1704 son la redención de penas por el trabajo o las redenciones extraordinarias, es el que se considere correcto al revisar la aplicación de los debidamente aprobados en el momento de dictar el auto de licenciamiento definitivo.

De todos modos, en el caso, aunque constan cálculos provisionales realizados por el Centro Penitenciario en el año 1996, no existe ninguna resolución judicial que apruebe su contenido, y por lo tanto, en realidad la decisión que ahora se impugna no altera en esta causa ningún criterio previamente establecido por el Tribunal.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, con apoyo en el artículo 849.1 de la LECrim EDL 1882/1, denuncia la infracción por interpretación errónea, de los artículos 70.2 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704, artículo 66 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, y artículo 202 del Reglamento Penitenciario vigente. Sostiene que el Tribunal se equivoca al negar a las redenciones valor para reducir el cumplimiento efectivo de condena, pues parte de la base de que el artículo 70.2 del Código Penal EDL 1995/16398 establece que el máximo de treinta años ha de ser efectivo, aunque dicho artículo no habla de cumplimiento efectivo como sí hace el artículo 76 del Código vigente. Señala que la interpretación realizada en la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 vulnera el principio de legalidad, y que la vigente hasta el momento entendía que las redenciones operaban como abono para cumplimiento de la pena impuesta, es decir, se ha consagrado históricamente como tiempo de cumplimiento, con independencia de que el límite de treinta años sea considerado o no como una nueva pena. De esta forma, para el cómputo del límite máximo debe tenerse en cuenta no solo el tiempo efectivo de cumplimiento, sino el cumplimiento mediante las redenciones reconocidas al penado.

1. El artículo 70.2 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 disponía que el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en las que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

El artículo 100 de ese mismo Código, dispone que "al recluso trabajador se le abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta...", y que "el mismo beneficio se le aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad".

El tenor literal del primer precepto permite entender que se refiere a un máximo de tiempo de cumplimiento y que las penas impuestas no son sustituidas por ese máximo, sino que solo dejan de ser cumplidas en la medida que excedan del límite máximo mencionado. En definitiva, lo que se cumple es la pena impuesta y no el límite máximo. Congruentemente, el artículo 100 se refiere a la aplicación de los beneficios a la "pena impuesta", y no al límite de cumplimiento.

El recurrente entiende que la redención de penas por el trabajo reduciría el tiempo de cumplimiento de cada pena, y por lo tanto es a su vez periodo de cumplimiento computable sobre el total. De manera que cuando el límite de cumplimiento se establece en treinta años, para su cómputo deben tenerse en cuenta los días redimidos mediante el trabajo.

2. La cuestión que el recurrente plantea, en realidad, es si debe entenderse que cuando el Código se refiere al máximo de cumplimiento lo hace a cumplimiento efectivo, o si, por el contrario, lo hace a cualquier forma de cumplir, lo que implicaría la inclusión del cumplimiento mediante redenciones por el trabajo o redenciones extraordinarias. La aceptación de su tesis implicaría, de hecho, que las

redenciones no se aplicarían a la pena impuesta, como señala el artículo 100 del Código Penal derogado EDL 1973/1704 , sino al límite máximo de cumplimiento, pues su efecto sería reducir ese máximo y no la pena impuesta.

A pesar del planteamiento del motivo, la Sala ha entendido que el artículo 70.2 del Código Penal EDL 1995/16398 no se refiere al establecimiento o a la imposición de una nueva pena, sino al señalamiento de un límite máximo para el cumplimiento de las penas impuestas como se desprende de su referencia a la extinción de las otras penas desde que las ya impuestas cubrieran ese límite, ("dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran el máximo de tiempo predicho,..."). Igualmente resulta del artículo 988 de la LECrim EDL 1882/1 , que se refiere al "cumplimiento de las penas impuestas" y del artículo 100 del Código Penal derogado EDL 1973/1704 , que igualmente dispone que al recluso trabajador "se le abonará para el cumplimiento de la pena impuesta...". Es decir, que, en consecuencia, las penas que se cumplen son las penas impuestas en la sentencia, de forma sucesiva, como se desprende del apartado primero de ese artículo, y no un tiempo que solo aparece como un límite máximo, que el legislador establece con la finalidad de impedir la prolongación de la privación de libertad más allá de límites admisibles, aunque hayan de reconocerse excepciones derivadas de la reiteración de actos criminales durante o tras el cumplimiento de los máximos legales. Es por eso, que las redenciones por el trabajo, como ficción de cumplimiento, se aplican a las penas que se cumplen, que son las que han sido impuestas, con sus propios efectos en cuanto a la reducción del tiempo efectivo de cumplimiento de cada una de ellas, y no a una inexistente nueva pena.

Ello no contradice la literalidad de lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956, que se refiere al abono a efectos de la liberación definitiva, pues esta no podrá llegar hasta el cumplimiento de la pena o penas impuestas, salvo que con anterioridad se alcance el límite máximo; ni el tenor del artículo 71.3 del mismo reglamento, en cuanto se establecen redenciones extraordinarias con el límite referido a cada año de cumplimiento efectivo de la pena, lógicamente, de la impuesta.

Tampoco contradice al artículo 202 del vigente Reglamento Penitenciario, que dispone que "se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento", pues a lo que se refiere es, como se desprende del apartado segundo de ese mismo artículo, a los únicos beneficios que reconoce, el indulto particular, que reduce la duración de la condena impuesta en la sentencia firme, y el adelantamiento de la libertad condicional, que reduce el tiempo efectivo de internamiento.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia la interpretación errónea del artículo 70.2 del Código Penal derogado EDL 1973/1704 , y del artículo 988 de la LECrim EDL 1882/1 . Sostiene el recurrente que es incorrecto entender que la refundición de condenas no actúa como una pena nueva sobre la que aplicar los beneficios penitenciarios. Hasta la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 , el entendimiento de los citados preceptos era pacífico, en el sentido de que "la pena señalada en el art. 70.2 del Código Penal EDL 1995/16398 , el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas", como se decía en la STS núm. 529/1994 EDJ 1994/2099 , avalada por innumerables resoluciones posteriores. Señala que la nueva doctrina pugna con los más elementales postulados del derecho penal moderno y los fines rehabilitadores de la pena.

1. La posibilidad de un cambio de criterio en la interpretación de la ley está ampliamente reconocida y resulta, entre otros del artículo 3 del Código Civil EDL 1889/1 , en cuanto en su apartado primero dispone que "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Por lo tanto, es clara la posibilidad de rectificación del criterio anterior, siempre que existan razones suficientes para abandonar la interpretación hasta entonces mantenida y para sustituirla por otra de significado y consecuencias diferentes, con independencia de que resulte más o menos favorable a los intereses de los afectados por la aplicación del precepto. La doctrina del TC exige para estos casos que se trate de una rectificación razonada, razonable y con vocación de futuro. Dicho de otra forma, el cambio de criterio es posible siempre que no se trate de una rectificación solo aplicable al caso examinado; que existan razones suficientes que la justifiquen, y que esas razones se expliquen en la resolución que la acuerda.

2. Todos esos elementos se encuentran presentes en el texto de la STS núm. 197/2006, que establece una doctrina que fue seguida posteriormente por la STS núm. 734/2008 EDJ 2008/222318 , y que es ratificada en esta Sentencia. No obstante, conviene recordar algunos aspectos. Es cierto que, como dice el recurrente en el motivo, en la STS núm. 529/1994 EDJ 1994/2099 se había dicho que "la pena señalada en el art. 70.2.ª del Código Penal EDL 1995/16398 , el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas", lo cual fue reiterado en alguna otra posterior, como la STS núm. 1223/2005 EDJ 2005/165903 , aunque ésta ya referida al Código vigente, en el que la regulación de la materia no es exactamente igual que la contenida en el Código derogado, e incluso pueden encontrarse otras resoluciones en las que, aún sin enfrentar el tema concreto, parecían darlo por resuelto en el mismo sentido. No obstante no fue esta la única tesis sostenida en sentencias de esta Sala, aunque fuera la que últimamente se venía aplicando en la práctica. La preconstitucional STS 23 de noviembre de 1968 señalaba que resultaba "...por tanto lógico y ajustado a derecho que la aplicación de los indultos recaiga sobre todas y cada una de las penas impuestas al reo, aunque teniendo siempre presente en su ejecución que el cumplimiento no podrá exceder del triplo de la mayor,..." y la STS núm. 1985/1992, ya vigente la Constitución, luego de señalar que "En efecto, el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia o necesidad de operar, no sobre penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las sentencias o condenas pendientes de ejecución, reduciéndolas a una unidad de cumplimiento...", concluía diciendo que "Por todo lo expuesto, esta Sala entiende que deben acumularse para su cumplimiento a la pena de veintiséis años, ocho meses y un día por delito de asesinato y de tres años por delito de tenencia ilícita de armas las penas de dos años, cuatro meses y un día por robo con intimidación impuesta por S. 24-1-1987, de cuatro meses y un día impuesta por robo con fuerza por S. 13-2-1987, y de cinco años por delito de robo con fuerza, cumplimiento sucesivo que no podrá exceder de treinta años conforme a la regla 2.ª del Código Penal

EDL 1995/16398 ". De donde se deduce que en esa sentencia se entendió que tras la acumulación, procedía el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas, y no de una supuesta pena resultante, si bien con el límite máximo correspondiente, en el caso, de treinta años.

3. De todos modos, lo cierto es que hasta la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 no se había planteado y resuelto en profundidad la cuestión planteada. Las principales razones del sostenimiento de la tesis generalmente aplicada en la práctica y que ahora sostiene el recurrente, aunque no se encontraban desarrolladas con amplitud en las sentencias que se han citado, se encuentran relacionadas con el trato humanitario a los penados, huyendo de privaciones de libertad excesivas.

Pero tales consideraciones no pueden desvincularse de razones de justicia, incorporada al ordenamiento como un valor superior, según el artículo 1 de la Constitución EDL 1978/3879 . En cualquiera de las tesis que se defiendan, el límite de 30 años de cumplimiento establecido en el Código derogado o los distintos establecidos en el vigente, son aplicables a cualquier penado tras la acumulación, por lo que ordinariamente no se rebasan dando lugar a penas privativas de libertad que equivalgan a la cadena perpetua. Pero no se encuentran razones de peso para tratar en todo de la misma forma a quien comete un alto número de delitos que a quien comete menos. Es cierto también que los principios humanitarios y en algunos aspectos la propia naturaleza humana, limitada en su duración temporal, imponen que en ocasiones el trato final resulte igual en uno y otro caso, pero no es preciso que sea siempre así, si no es inevitable.

La tesis sostenida con anterioridad a la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 se revela injusta en casos de condenas por varios delitos graves. Los ejemplos posibles son numerosos y no es preciso exponerlos en detalle. Tal como se decía en esa Sentencia, FJ 3º, "Es claro también, que otro principio que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución española EDL 1978/3879 , ni resulta propiamente tampoco de la Ley".

4. Es preciso, pues, examinar si la ley permite otra interpretación que de lugar a un tratamiento más justo de la situación. Y en este sentido, el texto de la ley autoriza otra interpretación en la que se entienda, como ya se ha dicho, que las penas privativas de libertad impuestas deben cumplirse de modo sucesivo, si bien con los límites temporales a que se refieren el artículo 70.2 del Código Penal derogado EDL 1973/1704 o el artículo 76 del texto vigente.

La doctrina asumida en la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 es conforme con el tenor literal de los textos legales interpretados, de los que resulta que las penas impuestas se cumplen de forma sucesiva, y al tiempo, se establecen unos límites máximos de cumplimiento efectivo. En primer lugar, en el Código derogado, aunque la pena de reclusión mayor podía alcanzar los treinta años, no existía una pena específica de esa única extensión; de otro lado, ninguna norma dispone que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia proceda a imponer una nueva pena, lo que resultaría difícilmente entendible en los casos en que se tratara de un Juez de lo Penal, sin competencia para penas superiores a una cifra determinada. Por el contrario, lo que se establece es un máximo de cumplimiento, aunque lo que se cumple son las penas impuestas. El artículo 70.2 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 disponía que el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en las que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. El artículo 100 de ese mismo Código, dispone que "al recluso trabajador se le abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta...", pero no sobre la cifra máxima de cumplimiento. Y el artículo 988 de la LECrim EDL 1882/1 , se refiere al "cumplimiento de las penas impuestas". De la misma forma, la Ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto, en su artículo 4 se refiere al indulto de las penas impuestas y en ningún caso al indulto del total o de una parte del máximo resultante considerado como una nueva pena. Por otro lado, los problemas derivados de las consideraciones penitenciarias relativas a la idea de la unidad de cumplimiento, pueden ser resueltos de la misma forma en que se hace cuando se trate de penas privativas de libertad no acumulables, cuya duración total podría ser superior a los límites generales establecidos en los dos Códigos Penales referidos.

5. Y finalmente, aunque en otro motivo se hace referencia expresa a esta cuestión, el nuevo criterio no afecta a las finalidades de reinserción que corresponden a las penas privativas de libertad según el artículo 25.2 de la Constitución EDL 1978/3879 . De un lado, la reinserción o rehabilitación social del penado no es la única finalidad de la pena, pues nada impide reconocer otros fines como la prevención general y especial, que resultan mejor satisfechos cuando en la forma de ejecución se reconocen más negativas consecuencias para quienes han sido condenados por un número mayor de delitos. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el artículo 25.2 CE EDL 1978/3879 sienta las bases de nuestro sistema de ejecución penitenciaria más acorde con los postulados del Estado, además de social, democrático de Derecho en que, según el artículo 1.1, se constituye España, al decir que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mismo fin primordial éste que atribuye el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria de 26.9.79, lo cual no constituye un derecho fundamental de la persona, "sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria", ATC de 11.1.84, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, lo que quiere decir que no obstante ser la prevención especial el fin primordial de la pena privativa de libertad, no es el único.

La resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución de las penas privativas de libertad, no es el único fin de esa clase de pena, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como incluso la retribución, o muy especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial, esta última muy relacionada con el número de delitos cometido por el penado. Por ello, la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no incompatibles con aquella.

De otro lado, la interpretación acogida en la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 , ahora ratificada una vez más, no impide la reinserción social, que en parte puede manifestarse mediante el desarrollo del trabajo penitenciario, ni el reconocimiento al penado de

los efectos que en la forma de ejecución pueda aquella producir, pues los distintos grados previstos en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad, junto con los mecanismos regulados dentro del ámbito del tratamiento penitenciario, pueden permitir, a través de su correcta aplicación, el avance posible en cada caso en la reinserción del delincuente, lo cual no debe ser incompatible con el respeto a aquellos diversos fines asignados a la pena, ni siquiera en aquellos casos en los que la duración total de la privación de libertad pudiera prolongarse más allá de los límites generales establecidos por cada Código ante la imposibilidad de proceder a la acumulación de todas las penas impuestas a la misma persona por hechos cometidos en distintos periodos temporales que no hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso. Y, finalmente, la interpretación que aquí se sostiene no supone tampoco una superación de los límites establecidos por la Ley como máximo de cumplimiento, que estarían vigentes y efectivos en todo caso.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim EDL 1882/1 y del artículo 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , denuncia la vulneración del principio de legalidad y del artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 , en cuanto a la aplicación retroactiva de la nueva interpretación jurisprudencial. Se aplica con carácter retroactivo jurisprudencia claramente contraria a los intereses del recurrente y al tenor literal de la ley.

1. La cuestión ha sido resuelta en anteriores precedentes de esta Sala. La STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 señalaba que "...la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (ad exemplum, STS 1101/1998 EDJ 1998/25123) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE EDL 1978/3879 reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias".

2. Efectivamente, la jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser más favorables. Se limita a establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEXTO.- Con el mismo apoyo, denuncia en el motivo sexto la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, pues la resolución de la Audiencia Nacional supone un agravio comparativo con otros penados en idénticas circunstancias, alguno de ellos perteneciente a su misma causa. Reclama la proscripción de la arbitrariedad que derivaría del hecho de que un mismo órgano jurisdiccional dictara resoluciones que, sustancialmente similares en sus contenidos, se resolvieran de manera contraria en unos casos y en otros (sic). Argumenta extensamente acerca del cambio que supone el nuevo criterio frente a una aplicación uniforme y sostenida del criterio abandonado. Cita como ejemplo el caso del Sr. F., imputado en la misma causa que el recurrente, con responsabilidades penales superiores a los 30 años de condena, se le realizó una liquidación de condena en la que se incluyen las redenciones que podría tener, licenciándose definitivamente en el año 2005. Igualmente ocurre con el Sr. Eutimio, al que se aprobó la libertad condicional en el año 2001 y el licenciamiento en el año 2008, aplicando las redenciones a los treinta años.

1. El principio de igualdad en la aplicación de la ley exige que los Tribunales no se separen, arbitrariamente y sin justificación alguna, de sus precedentes en asuntos idénticos. Es preciso, pues, un término válido de comparación, y la inexistencia de una justificación suficiente y razonable del cambio de criterio, que, además, debe presentarse como aplicable en el futuro para casos iguales al resuelto. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, (STC de 1 de octubre de 2001 EDJ 2001/32228)"lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo, cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro".

Por otra parte, no es posible reclamar el principio de igualdad para lograr una aplicación de la ley que se haya considerado incorrecta.

2. En realidad, a pesar de los términos en los que el motivo se formaliza, el recurrente insiste en cuestionar la legitimidad del overruling operado por la STS núm. 197/2006, en cuanto se queja de la adopción de un criterio que no tiene precedente en ninguna de las resoluciones dictadas hasta ahora por el Tribunal, y que resulta negativo para los intereses del recurrente. La cuestión ha sido ya resuelta en el anterior fundamento de derecho.

Además se queja de que a otros imputados en la misma causa se les han aplicado licenciamientos definitivos con liquidaciones de condena en las que al límite de los treinta años se les aplicaron las redenciones que pudieran tener. Además de que el recurrente no aporta datos concretos respecto de los demás penados y del estado de cumplimiento de sus condenas, la argumentación debe ser rechazada, pues la aplicación incorrecta o equivocada de la ley no autoriza a reclamar su generalización.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- De nuevo con el mismo apoyo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la libertad del recurrente. Sostiene que la resolución dictada supone retrasar el licenciamiento definitivo más de diez años en relación con el tiempo que tenía inicialmente previsto, debido al cambio de criterio jurisprudencial. La nueva interpretación vacía de contenido la redención de penas por el trabajo.

1. Es evidente que la aplicación del derecho penal de la que resulta la imposición de una pena privativa de libertad, así como las resoluciones judiciales relativas a su ejecución efectiva, implican una restricción del derecho a la libertad del penado. Esa es, precisamente, la naturaleza de la pena privativa de libertad. La cuestión, por lo tanto, reside en la legitimidad de esas medidas y en la comprobación de que han sido adoptadas de acuerdo con la Constitución y con las leyes.

2. En anteriores fundamentos de esta sentencia, que deben darse aquí por reiterados, se han resuelto las cuestiones planteadas por el recurrente en relación con la posibilidad del cambio de criterio y con las razones que lo justifican. Esta Sala entiende que las razones expuestas en la STS núm. 197/2006 EDJ 2006/11467 y en las que la ratifican, avalan el entendimiento que se realiza en ellas respecto de los preceptos aplicables al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el octavo motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la vulneración del artículo 25.2 de la Constitución EDL 1978/3879 en relación a las Reglas mínimas del Tratamiento de los Reclusos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sostiene que la decisión adoptada es contraria a la previsión constitucional relativa a que las penas privativas de libertad se orientarán a la reinserción social del delincuente.

El motivo debe ser desestimado por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta Sentencia, en el que se examina la compatibilidad del criterio sostenido con la reinserción social del delincuente y la mejor satisfacción de los otros fines de la pena, especialmente, la prevención general y la prevención especial.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal de Argimiro, contra auto dictado por la Audiencia Nacional (Sala Penal, Sección Segunda), con fecha 16 de febrero de 2009, que deniega el recurso de súplica contra la providencia de 29 de diciembre de 2008, en la que aprueba el licenciamiento definitivo del referido penado.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formulan los Magistrados Perfecto Andrés Ibáñez y Luciano Varela Castro a la sentencia número 1076/2009 dictada en fecha 29 de octubre de 2009 y que resuelve el recurso de casación número 10619/2009P

Nuestra discrepancia del criterio de la mayoría se funda en que lo que se propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 , es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo, como se dijo en el voto particular que acompañó a la sentencia resolutoria del recurso de casación núm. 598/2005-P.

En efecto, el art. 70,2 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 , en el caso del condenado por una pluralidad de infracciones y de que las diversas penas no pudieran ser cumplidas de forma simultánea, establece que "el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años". Y que "la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo".

El precepto debe ser leído en relación con los restantes del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 relativos al cumplimiento de las penas. De ellos, el art. 49 establece que "a los autores de un delito o falta se les impondrá la pena (...) señalada por la ley". A su vez, el art. 69 dispone que "al culpable de dos delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible". Luego, aquéllas serán tratadas según las "reglas para la aplicación" recogidas en los arts. 49 y siguientes. Al respecto, pueden darse varias alternativas: que la pena sea única; que sean varias; y que éstas, a su vez, sean o no susceptibles de cumplimiento simultáneo.

En este último caso, o sea, en el de cumplimiento sucesivo -que es el del condenado que recurre- a tenor del precepto antes transcrito, existe un máximo de tiempo de cumplimiento, que no podrá exceder del triplo de la pena más grave de las impuestas y, en ningún caso, de treinta años. Y así sucede que, en virtud de las normas citadas, las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman -"se refunden", dice la jurisprudencia- en otra de la misma naturaleza, pero distinta. Distinta porque en ella se integran diversas penas para formar una sola Y porque la magnitud de ésta difiere (a veces extraordinariamente, como aquí) del conjunto de las originarias. De este modo, es como surge la pena de cumplimiento. Esto es, la resultante de aplicar el límite establecido al respecto en la regla 2ª del art. 70 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 , que determina la pérdida de relevancia de lo que de las penas impuestas quede fuera de él.

Así se constituye "la unidad punitiva" (al fin, resultante) a extinguir por el reo. Ciertamente, todavía, sólo en principio, pues sobre ella, según ese mismo Código Penal EDL 1995/16398 , operará normalmente (en realidad, por regla general), la redención de penas por el trabajo; que, según la previsión del art. 100, incide sobre las impuestas, una vez tratadas conforme a las mencionadas reglas de aplicación, "para el cumplimiento".

Basta reparar en lo que prescribe el Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 y en sus ulteriores vicisitudes, para advertir hasta qué punto el legislador fue consciente de que el Código derogado no prestaba base legal para una decisión como la que aquí se cuestiona; que es por lo que consideró necesario modificar de manera sensible su régimen de cumplimiento de las penas.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas es suficientemente expresiva al respecto EDL 2003/17963 : "La Ley reforma el artículo 78 del Código Penal EDL 1995/16398 para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Se modifican, igualmente, en el Código Penal EDL 1995/16398 los artículos 90 y 91 relativos a la libertad condicional. Con esta modificación se trata de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas.

Por último, mediante la disposición transitoria única, la Ley establece que los criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios".

En definitiva, y por lo expuesto, hay que insistir, es patente que lo que se hace en la resolución controvertida no es, simplemente, una relectura, sino una verdadera reescritura del texto del artículo 70,2 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 . Pues, en efecto, una vez fijado el máximo de cumplimiento a tenor de esta regla mediante la refundición de la totalidad de las penas impuestas, y alcanzado el límite máximo de 30 años; en vez de operar directa y únicamente con él, se retrocede en el proceso de acumulación, para actuar de forma individualizada sobre cada pena en la aplicación de los beneficios penitenciarios, según una inédita técnica de desagregación no prevista en aquel texto. Y que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita -y retroactiva en perjuicio del reo- el art. 78 del Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 , en su actual redacción debida a la LO 7/2003 EDL 2003/17963 .

Y, en este sentido, entendemos, tendría que haberse estimado el recurso.

Perfecto Andrés Ibáñez.- Luciano Varela Castro.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012009101265