

..ReCrim2009..

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO 197/2006, DE 28 DE FEBRERO (CASO PAROT)

Enrique Orts Berenguer
Universitat de València

acumulación de penas – beneficios penitenciarios – refundición de condenas

Se analiza la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia 197/2006 (popularizada con el nombre de *doctrina Parot*), revisando críticamente los argumentos empleados por el Alto Tribunal para justificar un cambio radical en la interpretación de las reglas de cumplimiento de las penas en los supuestos en que éstas exceden del límite máximo de cumplimiento; novedosa inteligencia que se justificó alterando la que era pacífica e indiscutida doctrina en la interpretación del Código penal de 1973 precisamente cuando éste no está ya vigente, y resulta cuestionable desde la perspectiva de diversos principios constitucionales.

Recibido: 07/04/09

Publicado: 08/04/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

La sentencia – Voto particular – Comentario

1. La sentencia

La sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de febrero de 2006 resolvió el recurso de casación interpuesto contra auto de la Audiencia Nacional (AN) por la representación del penado XXX. Esta había solicitado la acumulación de condenas que le habían sido impuestas, mediante la aplicación de la regla 2ª del art. 70 del CP de 1973, vigente en el momento de la comisión de los hechos, en las causas que en su escrito relacionaba.

A) Al respecto, el Ministerio Fiscal estimó, tras el examen de las veintiséis sentencias condenatorias dictadas contra XXX, que la fecha de comisión del primer hecho delictivo es la de 3 de enero de 1979, y la última, 2 de abril de 1990, y que existían dos momentos claramente diferentes en las fechas en que el condenado cometió sus actividades delictivas: la primera desde el año 1979 hasta el 16 de abril de 1982, y la segunda desde el año 1984 hasta la fecha de su detención el 2 de abril de 1990. Y, que, por lo expuesto, la acumulación de sentencias debía realizarse teniendo en cuenta dichos dos momentos en atención a que dicho condenado realizó hasta el año 1982 actividades distintas y en comandos diferentes que las que cometió a partir del año 1984, después de existir un espacio de tiempo sin delinquir. Por lo tanto, el Fiscal interesó una

acumulación de condenas por los hechos cometidos hasta el año 1982 y otra acumulación por los hechos cometidos desde el año 1984 hasta 1990.

B) La AN, considerando que el periodo de tiempo de comisión delictiva era tan dilatado que superaba con creces todo criterio de conexidad cronológico que pretendiera establecerse, y que se había producido una interrupción en los hechos cometidos por XXX, entre el 16 de abril de 1982 y su reanudación el 21 de noviembre de 1984, en virtud del cual podían formarse dos bloques de condenas para agrupar todos los delitos cometidos en cada uno de tales bloques, acordó acumular, de una parte, las condenas impuestas al penado por hechos realizados entre 1979 y 1982, fijando en treinta años el tiempo de máximo cumplimiento; y de otra, las restantes, estableciendo igualmente en otros treinta años el tiempo de máximo cumplimiento, en aplicación de la regla segunda del art. 70 del Código penal (CP) de 1973 (en el auto se admite que todos los delitos por los que fue condenado XXX, “se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista...”).

Contra esta resolución se interpuso recurso de casación por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por aplicación indebida del art. 70.2 del CP de 1973 en relación con el art. 17.5 y 988 de la LECrim, y vulneración de los arts. 9.3, 14 y 25.2 de la Constitución Española (CE).

C) El Tribunal Supremo (TS), en su sentencia, centra la cuestión en la interpretación que ha de conferirse a la forma de cumplimiento de las diversas penas impuestas al mismo sujeto, cuando todas o algunas de las correspondientes a las diversas infracciones cometidas no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, y señala que nuestra legislación penal parte del denominado concurso real para la extinción de todas las penas impuestas por cada uno de los delitos cometidos, bajo el principio del cumplimiento simultáneo de todas ellas si fuera posible, y de no serlo, opta por el principio del cumplimiento sucesivo, con ciertas correcciones; y que como no es posible el cumplimiento simultáneo de varias penas de prisión, como es el caso, han de interpretarse las reglas fijadas para disciplinar dicho cumplimiento sucesivo. Y a tal efecto empieza por la determinación de la pena bajo el concurso real de delitos fundada en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (arts. 69 del CP de 1973 y 73 de CP de 1995); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (arts. 70.1ª del CP de 1973 y 75 CP de 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (arts. 70.2ª del CP de 1973 y 76 del CP de 1995). Y recuerda que nuestra legislación excluye la pena de privación de libertad perpetua, y orienta las penas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), sin que ello quiera decir que la reinserción social sea el único fin de la pena, sino que ha de armonizarse con otros principios, particularmente el de la prevención especial, que en delitos muy graves se combina también con criterios retributivos de la pena. En este sentido trae a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 120/2000 en la que se dice que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental que permita fundamentar un recurso de amparo, sino un mandato dirigido al legislador y la administración penitenciaria, y en suma, que dicho precepto “no resuelve sobre el mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni entre los posibles fines –prevención especial, retribución, reinserción, etc.–, ha optado por una concreta función de la pena”.

Entiende, pues, el TS que la reinserción social no es el único fin de la pena y que existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas, y menciona que la STC 2/1987 ya declaró que el art. 25.2 de la CE no

limita la orientación de la pena a la reinserción, permitiendo la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general; y que el propio TS ha mantenido que la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales y que justifica su misma existencia legal (STS 1807/2001, de 30 de octubre), y que “la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente... se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el art. 1 CE”. De aquí deduce que “no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito” (STS 1919/2001, de 26 de octubre); y añade 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 CE, ni resulta propiamente tampoco de la ley. Y en el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor.

En función de esos principios, prosigue el TS, nuestro legislador resuelve el cumplimiento de las varias penas que han sido impuestas a un mismo sujeto. Para ello, el art. 70 del CP de 1973, contiene dos reglas. La primera disciplina el cumplimiento sucesivo de las penas, cuando todas ellas no puedan extinguirse simultáneamente (art. 69), en cuya imposición (equivalente en este caso, a ejecución), se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible (posibilidad que se relaciona con las limitaciones penológicas que se determinan en la regla segunda de tal precepto), y que han de ejecutarse mediante la siguiente fórmula:

a) Primeramente, por el orden de su respectiva gravedad, conforme a una escala que el propio precepto diseña, en atención a las diversas clases de penas privativas de libertad que se configuraban en el CP derogado, algo que hoy se predica exclusivamente en función de la gravedad de las penas (art. 75), que ha de traducirse en que será más grave aquella pena privativa de libertad que tenga mayor duración con respecto a las restantes.

b) Tal sucesión en el cumplimiento de las penas lo ha de ser respecto a las ya cumplidas, de modo que acabada de extinguir una, ha seguirse con el cumplimiento de la siguiente, con el precitado orden de gravedad.

c) Sólo se altera tal orden de cumplimiento sucesivo si se obtiene indulto de las penas primeramente impuestas, continuando, en tal caso, con las restantes, con arreglo a la regla primera del art. 70 del CP de 1973. Ahora bien, bajo estas consideraciones, y puesto que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador diseña un sistema de limitaciones temporales para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable, cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente. Estas limitaciones son de

dos tipos: una, impuesta por discutibles razones de política criminal, limita el cumplimiento total de la condena del culpable al triple del tiempo por el 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 (esto es, cumplidas sucesivamente), cubren el máximo de tiempo predicho¹; otra limitación, fundada en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), previene una duración máxima de treinta años de prisión, mediante el cumplimiento de las sucesivas penas impuestas en un mismo proceso, o tras la verificación de una operación de acumulación jurídica.

Sin embargo, el CP de 1995 contiene otros tipos de limitaciones escalonadas (una básica de 20 años, pero otras superiores, que se sitúan en 25, 30 ó 40 años de prisión, tras su modificación por Ley Orgánica (LO) 7/2003). Para aplicar tales limitaciones en el cumplimiento sucesivo de las penas, y que dará lugar a la condena total resultante (que es un concepto diferente de la suma de las penas impuestas y que se han de cumplir sucesivamente de la manera ya expresada), se ha de operar con un criterio de conexidad. El apartado segundo de la regla segunda del art. 70 del CP de 1973, dispone que “la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en un solo”. Esa conexión puede ser de diversas clases: procesal, que obliga a interpretarla de conformidad con la regla 5ª del art. 17 de la LECrim, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; o temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas². Decantándose la jurisprudencia por un sentido hermenéutico de la llamada “acumulación de condenas”, que responda a las reglas del concurso real, interpretando con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido) objeto de enjuiciamiento conjunto (en un solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones³.

El criterio cronológico es firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad.

¹ La primera limitación obedece a discutibles razones de política criminal, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de la CE (“es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales...”), y establece un cierto principio de impunidad, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación. No es éste, sin embargo, el objeto de nuestra resolución judicial.

² Esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS de 15 y 27 de abril de 1994).

³ Con la única exclusión de aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros ya enjuiciados.

Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el art. 76.2 del vigente CP, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico⁴.

Y el TS entiende que una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del art. 70 del CP de 1973 conduce a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario, por las razones siguientes:

a) El CP de 1973 no considera la limitación de treinta años como una nueva pena, sobre la que se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso.

b) Todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes. El CP de 1973 se refiere a la limitación resultante con el término de “condena”, y construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena por referencia a las respectivas “penas” impuestas. Son, pues, dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que impuestas o, en todo caso, el de treinta años).

c) Además, el CP señala que tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará “de extinguir (es decir, de cumplir) las que procedan (esto es, las siguientes en el orden citado) desde que la ya impuestas (cumplidas) cubran el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”.

d) La condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, fruto de la aplicación del art. 69 del CP de 1973 (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado, o de un concurso ideal, cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas.

e) Teleológicamente, carecería de sentido que vía acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado.

f) Si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría,

⁴ En Pleno no Jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005 se estableció que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la de la sentencia firme, sino la de la sentencia condenatoria definitiva, y que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena, respecto a la sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa.

como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del CP de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo “por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas”.

g) Procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la LECrim, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley), “determinando el máximo de cumplimiento de las mismas” (expresado de igual forma así de claro). Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una “refundición de condenas”, sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del CP de 1973. De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del CP de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante⁵.

A la vista de estos parámetros interpretativos, resuelve el TS, la resolución judicial dictada por la AN no puede mantenerse, pues la formación de dos bloques distintos de cumplimiento sucesivo se basa en una desconexión temporal que carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la ley (art. 70.2ª CP de 1973), ni en la jurisprudencia. Al descartar la acumulación total de las condenas por estimar que el periodo delictivo que comprenden todas ellas es “tan largo que no puede admitirse que exista una mínima conexión cronológica entre ambas infracciones”, y negar que entre estos delitos “exista la conexidad que hubiese podido permitir su enjuiciamiento en un único proceso”, olvida la AN que el segundo párrafo de la regla segunda del art. 70 del CP de 1973, no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de las limitaciones que proclama, y que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es una vinculación temporal, sino un criterio de conexidad.

El TS denuncia lo indiferente que resulta a los efectos de poder ser enjuiciado en un solo proceso, la pertenencia a uno o más comandos (sin más datos que justifiquen

⁵ Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del art. 70 del CP de 1973, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. 20+10=30. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el CP aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años.

esta decisión), y sobre todo que de la interpretación de la AN resulta que si XXX hubiera seguido cometiendo atentados ininterrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas, de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Y, concluye el TS, siendo los hechos que han sido aisladamente enjuiciados, susceptibles de ser considerados conexos, ha de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo. Y ello porque, habiéndose impuesto las penas en distintos procesos, y no pudiendo aplicar criterio cronológico corrector alguno (en tanto que todos los hechos cometidos son anteriores a la primera condena impuesta), se está en el caso de aplicar la regla segunda del art. 70 del CP de 1973, y en su consecuencia, estimando el motivo, apoyado por el Ministerio fiscal, declara la limitación del cumplimiento de las penas relacionadas en los antecedentes de su resolución en la suma de treinta años de prisión, que se cumplirán sucesivamente.

D) A continuación, el TS argumenta que la significación dada por la jurisprudencia al requisito que establece que, si las penas se han impuesto en distintos procesos, la llamada acumulación de condenas estará condicionada por la posibilidad de que “por su conexión (los hechos) pudieran haberse enjuiciado en uno solo” (SSTS 1817/1999, de 24-12-1999 y 1223/2005, de 14-10-2005). En la primera de ellas se sostuvo, con fuerte crítica del criterio contrario, que “la pena constituye la medida de la culpabilidad para cada uno de los delitos aisladamente considerados, por lo que su valoración, a efectos de una posterior acumulación, también tiene que hacerse individualmente, sin tener en cuenta, como nueva pena, el límite del triplo de la pena mayor de las impuestas en los supuestos de concurso real”. En la segunda se decidió que “para obtener el conjunto triple ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta a cada delito y no la condena total establecida en sentencia cuando sean juzgados varios delitos”. No existe ninguna razón que permita afirmar que el criterio de consideración individual de las penas sólo sería de aplicación en el caso del límite determinado por el triplo de la pena más grave, pero que no lo sería en el caso del límite derivado del máximo de cumplimiento. En ambos casos se trata de lo mismo: el límite de cumplimiento efectivo. Es de subrayar, de cualquier manera, que el problema específico presentado por este caso es el de la interpretación del art. 100 CP de 1973 en relación al 70.1 del mismo. Sobre esta problemática no existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, en el sentido del art. 1.6 Código Civil, que contradigan la interpretación establecida en nuestras anteriores consideraciones. Las sentencias de 29 de septiembre de 1992 y 24 de junio de 1994, y otras similares, no han interpretado que el límite de cumplimiento constituya una pena total que reemplaza a las individualmente impuestas en los casos de concurso real, sino que se han referido a un problema distinto, el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a las necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real.

La STS de 8 de marzo de 1994, sin embargo, interpretó que el límite de ejecución del art. 70.2ª CP de 1973 “opera ya como una pena nueva resultante y autónoma”, basándose para ello en el art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Sin embargo, esta sentencia no podría ser invocada como un precedente vinculante, dado que su fallo no ha sido luego reiterado en la forma prevista por el art. 1.6 del Código Civil. La circunstancia de que un precedente no haya tenido durante doce años aplicación reiterada, pone de manifiesto, en todo caso, que esa sentencia

mantuvo un punto de vista que no ha sido incorporado a la jurisprudencia. La Sala entiende, por otra parte, que la interpretación allí brevemente expuesta, además, no es ajustada a la finalidad de los preceptos aplicables al caso. Fundamentalmente se estima que la decisión de dicha sentencia, al apoyarse en un precepto meramente reglamentario (el citado art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente), referido a la libertad condicional y no a la acumulación de penas, no podría, dada la menor jerarquía de la norma que le sirve de fundamento, determinar el sentido del art. 70 del CP de 1973.

Tal razonamiento infringiría el principio de jerarquía normativa impuesto en el art. 9.3 CE. Si se pensara, sin tener en consideración el art. 1.6 del Código Civil, que esta resolución introduce una modificación vinculante de la interpretación jurisprudencial o de la que se ha venido haciendo en la práctica penitenciaria sobre las reglas primera y segunda del art. 70 del CP de 1973 y que ello afectaría la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) del recurrente, debemos señalar, en primer lugar, que el TC ha dejado claro que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del art. 14 CE (SSTC 42/1993 y 71/1998). En segundo lugar, sería pertinente recordar que la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (*ad exemplum*, STS 1101/1998) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias. Por todo ello, teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020.

2. Voto particular

Tres magistrados de la Sala Segunda formularon el voto particular que resumidamente se recoge a continuación. Entienden estos tres magistrados que lo que se propone en la STS comentada como una mera interpretación innovadora de la regla 2ª del art. 70 del CP de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo; y recuerdan que el referido art. 70,2ª, 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 solo”.

Y razonan los tres magistrados que el reiterado precepto debe ser leído en relación con los restantes del CP 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 o más 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. Y en el caso de cumplimiento sucesivo, 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: la resultante de aplicar el límite establecido al respecto en la regla 2ª del art. 70 del CP de 1973, 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 que, todavía, sólo en principio, pues sobre ella, según ese mismo CP, 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 CP de 1995 y en sus posteriores vicisitudes, para advertir hasta qué punto el legislador fue consciente de que el CP 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: “La Ley reforma el art. 78 del CP de 1995 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 CP de 1995 los arts. 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”.

A todo ello añaden que, en fechas aún no lejanas, todos los tribunales españoles cuando entró en vigor el CP de 1995, tanto al enjuiciar los casos pendientes en ese momento, como en el trámite de revisión de las condenas en curso de ejecución, para determinar la ley penal más beneficiosa, partieron del dato normativo, nunca cuestionado, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla 2ª del art. 70 del CP de 1973 tendría que incidir la redención de penas por el trabajo. Y fue en vista de esa previsión legal de disminución a partir del triplo de la pena máxima o de los 30 años, como los penados optaron por uno u otro CP. Más aún, esta sala declaró que para hacer el estudio comparativo de las penas a ejecutar y así determinar el CP más favorable en cada caso, habían de tenerse en cuenta las deducciones del tiempo sumado de redención por el trabajo (cfr. los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de 18 de julio 1996 y 12 de febrero de 1999)⁶. La irretroactividad de la

⁶ En el mismo sentido, señalan que, recientemente, no menos de 16 penados por terrorismo, algunos condenados a penas de prisión centenarias, una vez fijado –conforme al CP de 1973– el máximo de pena a cumplir en 30 años, se beneficiaron de la redención de penas por el trabajo según el criterio que aquí se defiende.

ley penal desfavorable es un dogma intangible del Estado de Derecho, y como tal ha sido consagrado en el art. 9.3 de la CE. De otra parte, el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), en materia de terrorismo, no tiene más excepciones que las que se derivan del art. 55.2 de la CE, que contempla algunas especialidades relativas a la forma de perseguir los delitos de esa índole; y no incluye ninguna previsión que afecte al enjuiciamiento ni al cumplimiento de las penas. Además, como declaró la STC 11/1987: “la posibilidad de que se aplique a las penas (...) infligidas (a un condenado) en distintas causas la limitación del art. 70.2ª del CP afecta a un derecho fundamental cual es el de la libertad personal (art. 17 de la CE)”. Por lo cual entienden que lo que se hace en la resolución controvertida no es, simplemente, una relectura, sino una verdadera reescritura del texto del art. 70.2ª del CP de 1973. 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 CP de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003. Tal cambio de criterio va a afectar, inevitablemente, a todos los condenados conforme al CP de 1973 a los que deba aplicarse el art. 70.2ª a partir de ahora.

Ciertamente la jurisprudencia es evolutiva como admite el art. 3.1º del Código Civil, pero todo cambio de criterio debe estar fundado en sólidas razones de ley que lo justifiquen. Razones que no se dan si, como aquí ocurre, la innovación interpretativa es contra reo; incorpora una filosofía de cumplimiento íntegro de las penas, ajena al CP de 1973; y puede ser fuente de trato diferencial de situaciones penitenciarias equivalentes, en materia, como ésta, que afecta de manera tan intensa al bien fundamental de la libertad personal. De manera que no hay, pues, motivo para subvertir la que ha sido pacífica doctrina de esta sala en todas las ocasiones en las que la cuestión se ha planteado⁷.

Respecto de la invocación del “principio constitucional de cumplimiento de las penas”, que resulta –dice la STS– del contenido del art. 118 de la CE (“es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales...”). Sugiriendo que la, hasta

⁷ Y transcriben un fragmento de la STS de 8 de marzo de 1994, que casó la de la Audiencia Provincial: “Se olvida por el Tribunal de Instancia que la pena señalada en el art. 70.2 del CP, el límite de 30 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 (...). Se trata de una interpretación realizada por el órgano a quo contra reo y que por ello debe proscribirse (...). Sobre la pena resultante, que podría ser el triple de la más grave de las sanciones o bien el límite de 30 años, es donde deben operar los beneficios penitenciarios y no distinguir donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el art. 25.2 CE...”. En el mismo sentido, citan la STS de 15 de septiembre de 2005, que declara que la pena acumulada “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, permisos de salida...”. Y es de lo más significativo que esta resolución se refiere, no al CP de 1973, sino al actual de 1995. En fin, la STS de 14 de octubre de 2005, después de distinguir los supuestos de acumulación “material” y acumulación “jurídica” de los arts. 73, 75 y 76 del CP vigente, explica que la pena máxima de 20 años “opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley, como la libertad condicional...”. Es patente que en todos los casos, se parte de que la pena resultante de la acumulación es una pena nueva y, por tanto, sobre ella deberán operar todos los beneficios penitenciarios derivados de la individualización según el criterio de grados, en los términos del art. 72 de la Ley General Penitenciaria.

ahora uniforme inteligencia del art. 70.2ª del CP de 1973, llevaría a la inobservancia de lo resuelto en las sentencias que condenaron al aquí recurrente, en la parte de los 30 años de pena que –por imperativo legal– no fuera a ser objeto de cumplimiento real. Pero razonando de este modo se olvida que las sentencias deben dictarse sólo con arreglo a la ley vigente. Que la observancia de esta exigencia es condición *sine qua non* de la legitimidad de las mismas. Y que el criterio de política criminal inspirador del precepto tantas veces citado, que –hoy– la mayoría de la Sala II considera “discutible”, expresa una opción del legislador que en este momento jurisdiccional debe ser respetada. Es claro que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, con el sanguinario historial del recurrente y su cruel autocomplacencia en lo realizado. Y que tampoco es ajeno al comprensible eco de ambos factores en los medios de comunicación y en la opinión. Pero ni siquiera tales circunstancias pueden justificar una quiebra de los parámetros de aplicación del derecho que constituyen la normalidad de la jurisprudencia.

La resolución dictada por la AN, en razón de su alcance, sólo podía ser recurrida por el interesado y por el Ministerio Fiscal. Aquél solicitó que se anulase la insólita e insostenible refundición llevada a cabo por ese tribunal, al estimar que la agrupación de la pena en dos bloques de treinta años cada uno era contraria a derecho. El Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, también lo entendió así; dando, además, por supuesto que nada se oponía a que a la pena máxima legal, de treinta años, se aplicasen las redenciones a que hubiera lugar, según ese criterio uniformemente observado y nunca discutido.

Pues bien, siendo así, ahora concurre también la atípica circunstancia de que la resolución que motiva este voto desborda los límites de la pretensión del recurrente. Con ello, trasciende el objeto del recurso, para hacer un pronunciamiento de alcance general que, además, equivale a declarar que toda la abundante y uniforme jurisprudencia anterior respondía a una interpretación errónea de los preceptos de aplicación. Porque, paradójicamente, el cumplimiento íntegro de las penas, cuya adopción ha exigido toda una reforma legal, ya estaría incluido en las previsiones del CP de 1973. Aunque nadie, incluido el legislador, hubiese reparado en ello hasta la fecha. Tal modo de decidir implica verdadera *reformatio in peius*, con clara afectación negativa de la materialidad del derecho de defensa, debido a que el recurrente no ha tenido en ningún caso la oportunidad de discutir ese criterio emergente.

La sentencia mayoritaria que, según se ha visto, contradice una línea inmodificada de esta Sala, al alterar como lo hace la interpretación regular del art. 70 del CP de 1973, se aparta de las precisas indicaciones del TC en materia de justificación de cambios en la jurisprudencia. Pues, según esta instancia (STC 202/1999), “los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto del voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso”. Porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley prohíbe “el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que, el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se

continúa con posterioridad –SSTC 64/1984, 49/1985, 108/1988, 199/1990 y 144/1991, entre otras–”.

3. Comentario

En la STS comentada se distinguen claramente dos partes. La primera está dedicada a desmontar la fundamentación del auto de la AN, a partir de consideraciones más o menos tópicas a propósito de algunos principios penales constitucionales y de la función de la pena⁸, y, sobre todo, de una serie de reflexiones en torno a la interpretación del art. 70 del CP de 1973, en las que no voy a detenerme, por las razones que enseguida se verán. La segunda, a fundamentar el final del fallo, conforme al cual el recurrente “deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020”. Y si la primera es perfectamente inteligible, la segunda no lo es tanto; de hecho, termina por entenderse gracias al voto particular, que además de claro y coherente toca casi todos los aspectos problemáticos y, lo adelanto, inquietantes de la STS de 28 de febrero.

Como bien dicen los magistrados discrepantes, no estamos en rigor ante una nueva interpretación del antiguo art. 70, sino ante un caso de creación judicial del Derecho, o ante una aplicación subrepticia del art. 76 del Código penal de 1995, de una “norma” inexistente cuando sucedieron los hechos o de una interpretación sin apoyo legal también retroactivamente. Con anterioridad a la reiterada STS, doctrina⁹, jurisprudencia¹⁰ y Fiscalía General del Estado coincidían en que a tenor de la regla 2 del art. 70, treinta años era la pena tope sobre la que debían operar los beneficios penitenciarios, porque difícilmente cabe hacer otra lectura de la frase “dejando extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximun de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”. Por consiguiente, por imperativo legal, el resto del tiempo de privación de libertad que se hubiera fijado en la sentencia, por abultado que fuera, y a veces lo era y lo es¹¹, se desvanecía. Obviamente, el “cambio interpretativo” obedece, en última instancia, a la gravedad de los hechos cometidos por el recurrente y al malestar que la noticia de su excarcelación ha podido generar. De hecho, se requieren una reflexión profunda y detenida sobre las propias convicciones democráticas y la creencia en el Estado de Derecho, y una autoafirmación en las

⁸ Alguna de las cuales no puede menos que ser compartida, como la que pone de relieve lo paradójico de la interpretación de la AN, pues con arreglo a ella más le hubiera valido al recurrente no suspender sus actividades delictivas dos años y proseguir cometiendo atentados durante ese tiempo, ya que entonces se le podría aplicar una acumulación total de las penas. Interpretación, la de la AN, que podría emparentar con una insólita política criminal.

⁹ Vid., v.gr., Rodríguez Devesa, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1971, pág. 688; Del Toro, A., en *Comentarios al Código Penal*, T. 2, por Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G., Del Toro, A., y Casabó Ruiz, J.R., Barcelona, 1972.

¹⁰ Vid. las SSTS citadas en la de 28 de febrero y en su voto particular.

¹¹ Extremo que, conviene recordarlo, siempre ha provocado el estupor y el sarcasmo de la ciudadanía y que debiera hacer meditar al legislador sobre la conveniencia de simplificar y aproximar a la realidad la “cantidad” de pena que se puede imponer a quien ha delinquido. Tiene más sentido establecer, para determinados delitos –básicamente, para los asesinatos, con independencia de la motivación que les subyaga– la pena de prisión perpetua a la manera alemana, por ejemplo.

mismas, para no aplaudir enfervorizadamente la decisión adoptada por una amplia mayoría de los componentes de la Sala II.

Cuando el TS hace una lectura del art. 70.2ª del CP de 1973, merced a la cual el recurrente “deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020”, por distinto camino llega a un resultado no muy distante del alcanzado por la resolución de la AN, y, sobre todo, en flagrante contradicción con varios principios constitucionales, particularmente con el de legalidad. En efecto, a juicio de los magistrados discrepantes, de los autores que se han pronunciado sobre el particular¹² y también de quien suscribe este comentario, la sentencia de 28 de febrero de 2006 aparece enfrentada al principio de legalidad, a una de sus prohibiciones –la de la retroactividad de las normas que agravan la pena–, al principio de resocialización, y a la prohibición de indefensión y de la *reformatio in peius*.

El criterio general del CP de 1973 y del CP de 1995 en su versión originaria y tras ser reformado por la ley orgánica 7/2003 es el mismo en este punto: la regla es la limitación del cumplimiento a un número de años, sobre el cual han de calcularse los eventuales beneficios penitenciarios (arts. 70 del CP de 1973 y 76 del CP de 1995); y la excepción, reservada a determinados supuestos, el cálculo sobre cada una de las penas impuestas (art. 78 CP. 1995). De otro modo, los reiterados beneficios podrían quedar desvirtuados. Por consiguiente, innecesario debería ser decirlo, cuando el legislador quiso lograr el efecto obtenido en la STS de 28 de febrero se vió obligado a exceptuar de la regla genérica supuestos específicos; esto es: tuvo que legislar, pero, por descontado, se abstuvo de atribuir a las excepciones del art. 78 del CP de 1995 efectos retroactivos. La Sala II, la mayoría de sus miembros, vía sentencia, fue más lejos, cambió por completo el sentido de la regla 2 del art. 70 del CP de 1973, yendo más allá del tenor literal posible del precepto, “legislando” por tanto, y otorgando a ese cambio carácter retroactivo. En consecuencia, no sólo los magistrados disidentes y los autores que han dicho algo al respecto, también el legislador, el ordinario y el constituyente, aunque como es obvio no lo hayan expresado explícitamente, disienten de la STS comentada, que lisa y llanamente vulnera el principio de legalidad, que dado que los jueces están sometidos al imperio de la ley, “parece difícil entender que puedan regular materias que a la ley le estarían constitucionalmente vedadas”¹³, en la forma en que el TS se ha pronunciado.

Una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de 10 de octubre de 2006, caso Pessino contra Francia) ha dado la razón al recurrente que estimó haber sido condenado por hechos que no constituían delito al tiempo de su comisión y que solamente un cambio jurisprudencial permitió su calificación delictiva retroactivamente; y ha llegado a afirmar que el art. 7 de la Convención prohíbe que el Derecho penal sea interpretado extensivamente en detrimento del acusado, por ejemplo por analogía¹⁴.

¹² Vid. por todos Vives Antón, T.S.: “Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006”, en el diario *El País* y en www.tirantonline.com.

¹³ Como dice Vives Antón en op. cit.

¹⁴ Y cita al respecto el caso Coëme y otros contra Bélgica.

Y si la Sala II ha reinventado la regla segunda del art. 70 del CP de 1973, al extremo de haber creado una norma nueva¹⁵, o de aplicar una, la del art. 76 del CP de 1995 reformada en 2003, además la ha proyectado sobre hechos acontecidos tiempo ha; con lo que el principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (arts. 25.1 y 9.3 CE)¹⁶, así como el sometimiento de los jueces al imperio de la ley (art. 117.1 CE), se han visto preteridos. ¿Qué más se puede decir? Pues que, con ser graves las anteriores tachas desde la perspectiva constitucional, no son las únicas que exhibe la STS de 28 de febrero.

De una parte, el recurrente interpuso, contra el auto de la AN, recurso de casación por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 70.2 del CP de 1973 en relación con el art. 17.5 y 988 de la LECrim, y vulneración de los arts. 9.3, 14 y 25.2 de la CE, y la respuesta del TS no estribó sólo en anular el fallo de aquel, sino que supuso la acumulación de sentencias en la forma criticada, extremo que comportaba un resultado no muy diferente del que había combatido mediante el recurso de casación que planteó y que no había sido pedido por el recurrente ni por el Ministerio Fiscal y respecto del cual, consecuentemente, no dispuso de la oportunidad de manifestarse. De este modo, la STS de 28 de febrero incurre en una clara *reformatio in peius*, generadora de indefensión para el recurrente, que se vió privado de toda posibilidad de contradicción, cuando todo lo que obtuvo fue un empeoramiento de su situación, por cuanto de acuerdo con la ley vigente al tiempo de los hechos por los que fue condenado y con la interpretación que se venía haciendo de la misma le correspondía otra respuesta mucho más favorable. Así pues, la STS de 28 de febrero resolvió de manera no pedida por nadie, con manifiesto perjuicio para el recurrente, que no pudo contradecir, ni oponerse por tanto a lo que se le venía encima. La indefensión para él es evidente¹⁷.

Y todavía hay más principios constitucionales en entredicho, por ejemplo el de resocialización proclamado en el art. 25.2 CE, que comporta un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (SSTC 2/1987, 55/1996, 79/1998, etc.), y no se compadece con sentencias en las cuales no se piensa ni por asomo en la reinserción social del penado, por dudosa que ésta sea; o el de igualdad que se contradice, como ya señaló la STC 8/1981, cuando el juzgador aplica un mismo precepto a casos iguales con notoria desigualdad, por razones arbitrarias, por cuanto la

¹⁵ Sin necesidad de promulgar una ley orgánica (art. 81.1 CE).

¹⁶ Vid. Boix Reig, J.: El principio de legalidad en la Constitución”, en *Repercusiones de la Constitución en Derecho Penal*, Bilbao, 1983; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999; Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Bosch, 2004; Luzón Peña. D.M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Universitat, 1996; Vives Antón, T.S.: en *Comentarios al Código Penal*, coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, 1996; Quintero Olivares; G./Morales Prats. F., en *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Quintero Olivares, Aranzadi, 2004; Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 2004; Berdugo Gómez de la Torre, I./Arroyo Zapatero, L./García Rivas, N./Ferré Olivé, J.C./Serrano Piedecabras, J.R.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, 1999; Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H.: *Lecciones de Derecho Penal* (vols. I y II), Trotta, 1997, 1999; Orts Berenguer, E./González Cussac, J.L.: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, 2004; Suárez-Mira Rodríguez, C./Judea Prieto, A./Piñol Rodríguez, J.R.: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Civitas, 2002; etc.

¹⁷ Y si, como es archisabido, en virtud del principio acusatorio el Tribunal resulta condicionado por la acusación formulada, en la cual deben concretarse los hechos en que se fundamenta, porque de ese modo, el acusado puede saber cuáles son los que se le imputan y los cargos de que debe defenderse y por los que puede ser condenado, y se evita en suma la indefensión de aquél, otro tanto ha de decirse de peticiones como la del recurrente, cuya resolución afecta a su derecho fundamental de libertad.

interpretación y consecuente aplicación de la regla 2 del art. 70 del CP de 1973 realizada en la STS de 28 de febrero se aparta radicalmente de la línea seguida por la jurisprudencia hasta el momento, sin que medie una razón de peso, fuera del propósito de prolongar la privación de libertad del recurrente. Por cierto que este giro jurisprudencial induce a reflexionar sobre la problemática relativa a la retroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales, que cuando implican una lectura más rigurosa de una norma penal pueden ser tenidas en cuenta a la hora de juzgar hechos sucedidos con anterioridad, pero que difícilmente, cuando son más benevolentes, se proyectan sobre resoluciones ya firmes¹⁸, y pueden incidir en la concreción de la pena de casos en curso. Ahora bien, cuando la nueva interpretación no sólo es más dura sino que se aparta de la legalidad vigente al tiempo de los hechos y, pese a ello, se la dota de efectos retroactivos, no parece que pueda tener a su vez carácter retroactivo en orden a la interpretación del art. 70 del CP de 1973 y a su aplicación a supuestos ocurridos durante su vigencia. Pero, si se ha hecho una vez ¿por qué no va a hacerse en adelante en otras ocasiones o en todas las ocasiones? No deben olvidarse las consideraciones del TS sobre los cambios jurisprudenciales contenidas en su sentencia.

Como tampoco puede pasarse por alto la invocación que hace del “principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de la CE (“es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales...”, porque si bien es incuestionable que las resoluciones judiciales han de ser cumplidas, lo es sobre la base de que éstas se ajusten a la ley (condición que en el presente caso no se da)”¹⁹.

Finalmente, no está de más subrayar que el criterio jurisprudencial puede acabar implantando de facto la prisión perpetua, que, el propio TS se encarga de reiterarlo en su sentencia, no está contemplada en el ordenamiento punitivo español, ni parece compatible con el art. 25.2 CE, salvo, acaso, si se la concibiera como en algunos de los países que la conservan formalmente (casos de Alemania, Francia o Italia, por ejemplo), de modo que su coexistencia en buena armonía con el principio de resocialización fuera verosímil²⁰.

Como es patente, la interpretación patrocinada en la STS de 28 de febrero de 2006 trae causa del “sanguinario historial del recurrente” y de la alarma que su inmediata puesta en libertad podía provocar en los medios de comunicación, o en varios de ellos, y en el conjunto de la sociedad. No entraré a comentar esta cuestión que escapa a mis posibilidades, pero sí haré unas cuantas reflexiones para poner término a estas notas. La primera tiene que ver con una idea o una realidad, acaso más intuitiva que

¹⁸ El TS ha acudido al art. 2.2 del CC y sugerido la utilización del recurso de revisión, cuando la nueva interpretación es más beneficiosa para el reo (SSTS 13 de febrero y 2 de marzo de 1999, v.gr.).

¹⁹ Aquí podría plantearse el problema de la desobediencia a una sentencia no ajustada a Derecho, del quebrantamiento de la condena impuesta en una tal sentencia y de la eventual exención de la responsabilidad de quienes incurrieran en una u otra conducta, seguramente a través de la eximente de estado de necesidad.

²⁰ Por otro lado, alguien podría argumentarlo, la duración de las penas privativas de libertad, su alargamiento por mejor decir, debiera actualizarse cada tanto, como se hace con las penas económicas, a fin de que no perdieran su eficacia preventiva, en función no de los índices de precios sino de la esperanza de vida; y dado que la de los ciudadanos españoles ha crecido considerablemente de los años 40 a esta parte, resultaría razonable aumentar la extensión de las penas de prisión para mantener su eficacia intimidante, puesto que con una esperanza de vida de poco más de 50 años, 20 de cumplimiento representaba mucho más que 20 años en la actualidad,...

comprobada, en relación con la forma en que se concedían y conceden los llamados beneficios penitenciarios y en su día, y aún hoy, la redención de penas por el trabajo²¹. Esta intuición o impresión se plasma en la suposición, quizás errada, de que los beneficios se otorgan o se deniegan con la mirada puesta en el mantenimiento del control y el orden en los centros penitenciarios, con un cierto automatismo, tal vez con alguna arbitrariedad. Conforme a esta intuición, los beneficios penitenciarios serían la zanahoria que, además del palo, se exhibiría para lograr la tranquilidad en los presidios; y, por lo tanto, se dispensarían al margen de que el penado estuviera integrado o no en programas de resocialización o reinserción social, por ejemplo. Recuérdese que el art. 100 del anterior CP comenzaba con las palabras: “*podrán redimir...*”. Quizá si de los beneficios contemplados en la legislación penal y penitenciaria se hiciera un uso más restringido, ceñido a una cierta resocialización, a un cambio hacia una actitud positiva del interno, no se plantearían situaciones tan escandalosas como a la que ha dado lugar a la sentencia comentada²². Claro que a lo mejor ese uso restringido podría conllevar problemas de gobernabilidad de los centros carcelarios, y entraría en contradicción con el mantenimiento por parte de la Administración penitenciaria de una política orientada ante todo al buen gobierno de los centros a su cargo; política que de salir victoriosa de la confrontación (gobernabilidad–resocialización) haría inane todo planteamiento político criminal, todo discurso resocializador, y, en definitiva, la proclamación del art. 25.2 CE. Pero, como he dicho, esto no pasa de ser una intuición, y a lo mejor no sucede así. En todo caso, sucediera o no, siempre es posible recurrir en tiempo la concesión de la redención de penas por el trabajo a un penado concreto; y si el recurso prosperara, como es evidente, se evitaría el acortamiento de la condena en un tercio y, consiguientemente, en buena medida el resultado que se ha querido corregir, pero sin entrar en colisión con principios intangibles en un Estado de Derecho.

La segunda observación es más bien un recordatorio, superfluo para cualquiera que esté medianamente informado, de un punto que se ha venido repitiendo a lo largo de estas páginas, pero sin hacer hincapié en el mismo: la petición del recurrente estuvo perfectamente fundada en Derecho, en el Derecho de la dictadura, del que procede la redención de penas por el trabajo y las reglas sobre cumplimiento de las penas aquí aplicables²³, de las que deriva el cómputo y la fijación del tiempo de condena que debía cumplir el recurrente. Un Derecho no pensado para la tutela de bienes jurídicos de interés para los ciudadanos, en el que la presencia de la pena de muerte, respecto de la

²¹ Esta referencia a la redención de penas nada tiene que ver con la existencia o no de trabajo al alcance de la población reclusa o con las mayores o menores dificultades para su obtención. En realidad, la redención podría aplicarse, y de hecho se ha venido aplicando, al margen de que hubiese o no trabajo remunerado ofertado por empresas privadas o por la propia institución penitenciaria, pues siempre es posible encontrar o impulsar alguna actividad útil para los demás que pueda ser realizada por personas privadas de libertad.

²² Probablemente, a los ojos de muchos hay un desequilibrio en la respuesta penal a una participación en ciento cincuenta asesinatos, consumados o frustrados, amén de los correspondientes delitos de atentados, etc., saldada con dieciséis años de privación de libertad.

²³ Y puestos a recordar, no está de más mencionar siquiera de paso la doble finalidad perseguida en su día con la implantación de la redención de las penas por el trabajo: aligerar la insoportable cifra de reclusos existente en el momento –en torno a los 350.000– y proporcionar mano de obra barata, casi esclava, a “empresarios” despreciables, enaltecidos por el “régimen” y la riqueza, de cuya rapacidad convenientemente maquillada y hasta ennoblecida disfrutaban sus olvidadizos descendientes, orgullosos de la inteligencia y la iniciativa del abyecto forjador de otra saga digna de engrosar un numeroso sector del elenco de nuestra nobleza.

cual el gobierno podía emitir arbitrariamente el *enterado*, “aliviaba” las necesidades preventivas de las penas de prisión.

En tercer lugar y para acabar este comentario, vuelvo al comienzo del mismo para señalar que la STS de 28 de febrero de 2006 es un excelente banco de pruebas al que someter nuestras convicciones democráticas y nuestra fe en los principios fundamentales (constitucionales) del Derecho penal. Si no caemos en la tentación de celebrar la decisión del TS, será que unas y otra son bastante sólidas y resisten los embates a que pueden verse sometidas, cuando aquellos principios se sacrifican en aras de “hacer justicia”, y que se cree firmemente en que no hay justicia posible de espaldas a unos principios que ha costado “sangre, sudor y lágrimas” asentar en nuestra sociedad, que son los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho, fuera del cual sólo hay pura barbarie²⁴.

Como ha dicho Vives Antón: “Para quienes creemos que el Estado de Derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus enemigos sin renunciar a ninguno de sus principios básicos no hay, pues, motivo alguno de alegría; sino más bien de desencanto, de duda y de tristeza”²⁵. Pero, como todavía soy capaz de encarar las cosas con algún optimismo, no quiero concluir así y pondré punto final a estas digresiones diciendo que mientras haya voces nobles que denuncien, incluso contracorriente, las transgresiones de los principios esenciales del Derecho penal, y tengan eco, hay motivos para la esperanza. Incluso la hay, como ya he apuntado, si se piensa en que tanto el Ministerio Fiscal de la AN, como ésta o la Sala II del TS se han esforzado en encontrar, con apoyatura legal, una solución a una situación aireada por los medios de comunicación distinta de la inevitable, para enervar un efecto de la regulación prevista en el CP de 1973 en orden al cumplimiento de las penas que han considerado injusto (y han expuesto sus razones al respecto). Pero el problema, en definitiva insalvable, estriba en que Ministerio Fiscal de la AN, AN y TS se han afanado en la búsqueda de una salida para un callejón que no la tiene, para bien o para mal, porque el ordenamiento jurídico lo ha diseñado así, y no es lícito, no es acorde con la CE, soslayar los principios que ésta proclama y que hacen que aquél merezca ser llamado Derecho, por más que se haga cuando se piensa que para un caso la respuesta punitiva establecida es injusta por insuficiente.

²⁴ No digo que la STS de 28 de febrero nos sumerja en esa barbarie, pero sí que supone un paso en la dirección incorrecta (aunque se haya dado para conseguir un fin celebrado por muchos ciudadanos), pues toda dejación de dichos principios no conduce a nada bueno, aunque sí tal vez a eso que se ha dado en llamar Derecho penal del enemigo (que acaso resuelva un caso de manera gratificante para unos, pero sienta un precedente muy preocupante para el conjunto de los ciudadanos, por más que no todos lo perciban).

²⁵ Op. cit.