

Id Cendoj: 28079120012008100710
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10566/2008
Nº de Resolución: 734/2008
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- Licenciamiento definitivo.- Revisibilidad de liquidación de condena.- Voto particular

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil ocho.

En los recursos de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuestos el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acusación Particular Dña. Rebeca , Dña. Verónica , Dña. María Virtudes y Dña. Aurora , contra Auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona , en el que se aprobó el licenciamiento definitivo del acusado Jose Francisco , los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes Acusación Particular, representados por la Procuradora Sra. Esquivias Yustas y el recurrido acusado Jose Francisco , representado por la Procuradora Outeiriño Lago.

I. ANTECEDENTES

1.- Por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la ejecutoria derivada de los sumarios nº 2 de 1994 del Juzgado de Instrucción nº 23 de Barcelona y nº 1 de 1.991 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Barcelona se dictó Auto que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho: Primero: En virtud de escrito del Ministerio Fiscal presentado ante esa Sala el 16 de julio de 2007 se impugnó "la aprobación del licenciamiento definitivo" del penado Jose Francisco , interesando la práctica de nueva liquidación de condena conforme a la doctrina del Tribunal Supremo establecida a partir de la sentencia de 20 de febrero de 2006, aprobación de dicho licenciamiento que todavía no se había producido por parte de esta Sala. De dicha petición se dio traslado a la Defensa previo al dictado de la resolución. Segundo: Por auto de esta Sala de fecha 27 de julio de 2007 se desestimó dicha petición del Fiscal. Y contra dicho auto se interpuso por su parte recurso de súplica en virtud de escrito presentado el 1 de agosto de 2007, que fue desestimado por auto de esta Sala de 14 de septiembre de 2007. Del recurso de súplica se había dado traslado previo a la defensa para que pudiera alegar lo que al respecto tuviera por conveniente. Tercero: Estando previsto el licenciamiento definitivo del penado Jose Francisco para el próximo 22 de septiembre, se presenta nuevo escrito-informe por parte del Ministerio Fiscal insistiendo, con argumentos añadidos a los de su primera petición del 16 de julio y a los propios de su recurso de súplica, en que no se apruebe el licenciamiento definitivo por las razones que se desprenden de los diversos escritos presentados por su parte. De esta nueva solicitud, o insistencia de lo anterior, no se ha podido dar traslado a la Defensa dada la premura de tiempo que hay de cara a dicho licenciamiento definitivo.

2.- El citado Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva: Desestimando las nuevas y reiteradas pretensiones del Ministerio Fiscal que constan en su escrito-informe de 19 de septiembre de 2007, procede aprobar el licenciamiento definitivo del penado Jose Francisco debiéndose librar a tal efecto el despacho correspondiente al Centro Penitenciario donde se haya ingresado para que proceda a la excarcelación del mismo conforme a *ley y a la liquidación de condena ya aprobada definitivamente en marzo de 1999* , de la que dicha Institución de la Generalitat tiene pleno conocimiento. Se declaran de oficio las costas derivadas de esta resolución. Notifíquese en debida forma a las partes, y de forma personal al propio penado.

3.- Notificado el Auto a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acusación Particular Dña. Verónica , Dña. Rebeca , Dña María Virtudes y Dña. Aurora , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del *art. 849, nº 1 de la L.E.Cr .*, por inaplicación indebida de lo dispuesto en los *arts. 75 y 76.1 del C. Penal de 1995* en relación con el *art. 988 de la L.E.Cr .*

II.- El recurso interpuesto por la representación de la ACUSACIÓN PARTICULAR DÑA. Verónica , DÑA. Rebeca , DÑA. María Virtudes y DÑA. Aurora , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo primero.- En virtud de lo dispuesto en el *art. 849.1º y 988 L.E.Cr .*, por infracción de ley, por indebida aplicación del *art. 70 regla primera y segunda del C. Penal de 1973 o artículos 75 y 76 del vigente Código Penal .*

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por la Acusación Particular se opuso a su admisión, impugnándolo subsidiariamente, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida solicitando también su inadmisión e impugnando los recursos de casación interpuestos, quedando concluidos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de noviembre de 2.008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado en 21 de septiembre de 2.007 por la Audiencia Provincial de Barcelona por el que, desestimando las pretensiones del Fiscal, aprobado el licenciamiento del penado Jose Francisco para el siguiente 22 de septiembre de 2.007.

El recurrente considera que la mentada resolución judicial vulnera lo que disponen los *arts. 75 y 76.1 C.P .* vigente en relación con el *art. 988 L.E.Cr .*

SEGUNDO.- Como antecedentes procesales a tener en cuenta deben consignarse los siguientes:

1.- El penado fue condenado por sentencia de 20 de junio de 1.995 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en sumario 1/91:

- como autor responsable de tres delitos de rapto y agresión sexual a dos penas de 12 años de Prisión Mayor y otra de 20 años de Reclusión Menor.

- por un delito de rapto consumado y agresión sexual intentada a 12 años de Prisión Mayor.

- por cuatro delitos de rapto y violación, a cuatro penas de 20 años de Reclusión Menor.

- por nueve delitos de violación, a otras tantas penas de 17 años, cuatro meses y un día de Reclusión Menor.

- por dos delitos de violación intentada, a dos penas de 6 años de Prisión Menor.

- por un delito de rapto intentado, a 6 meses de Arresto Mayor.

- por tres delitos de amenazas, a tres penas de 6 meses de Arresto Mayor.

- por un delito de robo con intimidación a 5 años de Prisión Menor.

- por dos faltas de lesiones, a dos penas de 30 días de Arresto Menor.

La sentencia estableció en 30 años el límite máximo de cumplimiento.

2.- Por sentencia de 7 de marzo de 1.995, dictada por la Sección Quinta de la misma Audiencia

Provincial, fue condenado el mismo penado, como autor de un delito de violación y otro de amenazas, a las penas de 17 años de Reclusión Menor por el primero y cuatro meses de Arresto Mayor por el segundo.

3.- Las penas impuestas en las dos sentencia referidas fueron acumuladas en su día por la oportuna resolución judicial, estableciéndose finalmente el límite máximo de cumplimiento efectivo en 20 años de prisión. Seguidamente se practicó la correspondiente liquidación de condena que fue aprobada por la Audiencia en 17 de marzo de 1.999 y que -resalta el Auto recurrido en casación- "el propio Ministerio Fiscal ratificó mostrando expresamente su conformidad con la misma".

4.- Por Providencia de 18 de septiembre de 2007 se dio traslado del expediente a la Fiscalía, interesándose en dicha providencia que el Ministerio Fiscal emitiera informe acerca de la aprobación del licenciamiento definitivo del penado para el día 22 de septiembre de 2007.

- Al día siguiente, 19 de septiembre de 2.007, el Fiscal emitió informe en el que, en síntesis, se opuso a la aprobación del licenciamiento definitivo para dicho día, al resultar ello de la aplicación de los días de redención a una supuesta nueva pena de 20 años, cuando conforme con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo aquellas redenciones deben aplicarse respecto a cada una de las penas en un cumplimiento sucesivo de las mismas, interesándose dicha forma de cumplimiento de penas y de aplicación de redenciones.

- Con la oposición del Fiscal, la Sección Quinta dictó Auto de 21 de septiembre de 2007 aprobando el licenciamiento definitivo para el día siguiente, 22 de septiembre, desestimando las pretensiones del Fiscal contenidas en su informe de 19 de septiembre. Dicho Auto, es el objeto del presente recurso de casación.

TERCERO.- Las claves para la resolución de la cuestión suscitada nos las ofrece, en primer término, las disposiciones del Código Penal. En efecto, el *art. 75 C.P.* (equivalente al *art. 69 del C. P.* anterior) establece el sistema de cumplimiento de las penas impuestas a un mismo acusado por las "diversas infracciones" cometidas, y ordena el cumplimiento sucesivo de cada una de ellas comenzando por la de mayor gravedad y cumplida ésta, continuando con las restantes siguiendo siempre el orden de su respectiva gravedad, siempre, claro es, que se trate de penas, como las de prisión, que no pueden ser cumplidas de manera simultánea.

Este mecanismo legal supondría, de hecho, la de rogación del *art. 15 C.E.* que, por los principios humanitarios que la inspiran, proscribire las penas inhumanas o degradantes, entre las que se considera la cadena perpetua, que no figura en el catálogo penológico de nuestras leyes penales. Consciente el legislador de que en no pocos casos el sistema de cumplimiento sucesivo de todas las penas impuestas a una persona equivaldría a la reclusión perpetua, ha establecido un sistema de limitación temporal de dicho cumplimiento, que regula el *art. 76 C.P.* en el que el cumplimiento efectivo de las penas en que haya incurrido no podrá exceder de 20 años, como regla general, y como excepciones de 25, 30 y 40 años tras la modificación del *precepto operada por la L.O. 7/2003, de 30 de junio*.

El mismo régimen de cumplimiento efectivo limitado se seguirá respecto de las distintas penas impuestas en diversos procesos, que sean acumuladas, según el *art. 76.2 C.P.*

Adviértase que también en este caso, se trata de fijar el límite máximo de cumplimiento efectivo de privación de libertad de las distintas penas impuestas en distintos procesos, pero en ningún caso -y esto debe quedar meridianamente claro-, ese límite máximo de privación efectiva de libertad resultante de la acumulación, debe ser considerado como una nueva pena que sustituya las anteriormente impuestas por los órganos jurisdiccionales sentenciadores. Una pena nueva es la que se impone al acusado por un Tribunal de Justicia o un Juez de lo Penal en una sentencia que culmina un procedimiento judicial con imputación de hechos delictivos, que son objeto de enjuiciamiento, de prueba de cargo y de descargo, de debate en el juicio oral y de calificación jurídica y condena por el Tribunal sentenciador, excepto en caso de sentencia de conformidad, pero siempre sobre unos hechos no enjuiciados hasta entonces, calificados delictivos y sancionados con una pena. Es obvio, que en nada se parece a esto, el límite máximo de cumplimiento efectivo de penas anteriormente impuestas que se acumulan precisamente para establecer ese límite o el que se señala en una sentencia en la que el acusado ha sido condenado a una pluralidad de penas por diversos delitos.

CUARTO.- Pues bien, si como hemos tratado de explicar, ese tan repetido límite máximo de privación de libertad, en cualquiera de los dos casos mencionados, no es una pena, ningún beneficio penitenciario puede repercutir en el mismo. Y, si como también ha quedado expuesto, las diversas penas acumuladas o impuestas en un solo proceso, deben cumplirse sucesivamente por su orden de gravedad hasta el límite

máximo establecido en el Auto de acumulación o en la sentencia, ninguna duda cabe que los beneficios y redenciones que se haya hecho acreedor el reo deberán ser aplicados a dichas penas que el penado esté cumpliendo.

De este modo, condenada una persona a doce penas (en el mismo o distintos procesos) que sumen 100 años de prisión, y establecido el límite máximo de cumplimiento por vía del *art. 76.1 ó 2 C.P.*, en veinte años, habrá de empezar a cumplir la más grave de aquéllas, a la que le serán aplicables los beneficios correspondientes a la misma. Si transcurren veinte años de cumplimiento efectivo de esa primera pena con el descuento de los beneficios que le correspondan, sin haberlo extinguido, el resto pendiente y las demás penas "se declararán extinguidas". Pero si, cumplida en su totalidad (con el descuento de los beneficios que procedan) esa primera pena, no se ha alcanzado todavía el límite máximo establecido, se continuará con el cumplimiento de la siguiente pena más grave, con sus beneficios, y así sucesivamente hasta cubrir dicho máximo de veinte años de cumplimiento efectivo de privación de libertad, quedando entonces extinguidas las demás penas.

QUINTO.- Es cierto que, como señala la resolución recurrida, la liquidación de condena del penado practicada tras el Auto de acumulación de condenas que estableció el límite máximo de cumplimiento efectivo en 20 años, se ajustó "a la legislación entonces vigente y conforme a la orientación jurisprudencial imperante en la época" (1.999).

Al respecto, cabe señalar que la legislación vigente entonces era esencialmente la misma que la actual, que hemos analizado precedentemente. Y que la jurisprudencia en torno a la interpretación del *art. 76.1 y 2 C.P.* ya había sido declarada en el Pleno Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2.006, reiterándose y consolidándose después en diversas resoluciones de esta misma Sala. Y, desde luego, era sobradamente conocida por la Audiencia de Barcelona cuando desestimó las sucesivas pretensiones del Ministerio Fiscal en orden a practicar una nueva liquidación de condena conforme a esos criterios jurisprudenciales.

Para rechazar la pretensión del Ministerio Fiscal de que se elaborase una nueva liquidación de condena, el Auto objeto del presente recurso de casación aduce, entre otras razones, que en el caso debatido "no pende la aplicación de ninguna norma legal que permita u obligue a la modificación de la liquidación de condena del reo de que se trata".

No opina lo mismo esta Sala. La norma legal existe, y se concreta en los citados *artículos 75 y 76 C.P.* y en la interpretación que de estas disposiciones ha acuñado desde hace años este Tribunal Supremo en el ejercicio de su función como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales, que le asigna el *art. 123 C.E.* y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de manera que la unidad material del Poder Judicial se hace posible, a pesar de ser múltiples los titulares de la potestad jurisdiccional, por medio de la jurisprudencia informadora sobre los criterios de interpretación y aplicación de las normas; lo que sirve, a su vez, a los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley. Y la elaboración de esa jurisprudencia está encomendada al órgano constitucionalmente ubicado en la cúspide de la Organización Judicial: el Tribunal Supremo.

Por ello mismo, no podemos compartir el razonamiento de la resolución impugnada cuando sostiene que "la introducción de una nueva doctrina jurisprudencial, o el cambio de criterio del Tribunal Supremo, no es equiparable a nuestro juicio a los casos que citaba el Fiscal. Todos ellos, todos los casos que implican imperativamente la necesidad de modificar una determinada liquidación de condena obedecen a supuestos "previstos por la ley". Aquí no ha habido ninguna nueva norma legal o incidente previsto por la ley que haya que poner en marcha o que permita revisar o reelaborar en estos momentos la liquidación de condena que fue aprobada en su día."

Lo que aquí ha habido es una norma legal, no nueva, sino preexistente cuya actual interpretación, repetida y reiterada desde el Pleno de la Sala Segunda antes mencionado y aplicada en las sentencias resolutorias de diferentes recursos de casación, justifica sobradamente la modificación de la anterior liquidación de condena practicada conforme a unos criterios que en la actualidad son considerados contrarios a derecho.

SEXTO.- Tampoco cabe aducir como justificación de la decisión de no modificar la liquidación de condena inicial y adecuarla a los vigentes criterios jurisprudenciales en la interpretación de las disposiciones legales en la materia, que las sentencias dictadas por esta Sala que establecen el modo de computar y determinar el máximo de cumplimiento efectivo de la condena cuando ésta incluya una pluralidad de penas, acumuladas o no, de que habla el *art. 76 C.P.*, no son de aplicación al supuesto de hecho, porque el

Tribunal Supremo se pronunció, aplicando el nuevo criterio interpretativo "en el marco de un recurso de casación contra una sentencia" Lo que aquí no sucede. Ni es posible aceptar la inaplicabilidad del Auto del T.S. de 29 de marzo de 2.007 -precedentemente comentado- porque ".... un "auto" no coadyuva a la formación de la jurisprudencia".

El Auto es una resolución judicial que decide sobre incidentes o puntos esenciales (*art. 141 L.E.Cr.*), que se redactan con arreglo a antecedentes de hecho y fundamentos de derecho y que, por lo mismo, requiere el mismo grado de motivación jurídica que las sentencias y que, dictados por el Tribunal Supremo, han de ser necesarios el mismo número de Magistrados que para el dictado de las sentencias (*art. 145 L.E.Cr.*).

No se puede negar que el Auto de 29 de marzo de 2.007 invocado por el recurrente en apoyo de su pretensión, aborda, analiza y resuelve cuestiones de particular relevancia en la materia que se debate en este recurso de casación, a alguna de las cuales ya hemos hecho la oportuna referencia. Por consiguiente, dicha resolución tiene la misma aptitud y capacidad para recopilar jurisprudencia que las sentencias dictadas por esta misma Sala sobre esa misma materia.

SÉPTIMO.- Se prodiga la resolución objeto de este recurso en razonar que la pretensión del Fiscal de modificar la liquidación de condena del penado efectuada en 1.998, no resulta posible al estar aquella aprobada y consolidada definitivamente desde aquel año, sin que exista un "procedimiento vivo" o un trámite procesal previsto en la Ley que permita u obligue a esa modificación. Este argumento requiere para adquirir eficacia el complemento de que aquel Auto que resuelve sobre el licenciamiento definitivo del penado carece -en rigor- de relevancia jurídica. Expone la A.P. que el auto de licenciamiento definitivo y la consiguiente excarcelación de un penado, es "un acto automático u obligado, que tiene su origen o es consecuencia de una liquidación de condena consolidada tiempo atrás con su correspondiente aprobación judicial que no pende de ningún trámite procesal o incidente previsto por ley que permita u obligue a su modificación". Incluso llega a afirmar que "no es propiamente un acto o resolución (su aprobación) de naturaleza sustancial para la propia jurisdicción penal que requiera una decisión interpretativa o propia del debate jurisdiccional de un órgano colegiado" y continúa diciendo que "se trata de un acto de mero control rutinario de la ejecución de una pena pero no es una decisión jurisdiccional que requiere de especial deliberación y, por tanto, que se trate de una decisión que haya de ser necesariamente motivada" insistiendo en que la aprobación de la liquidación del penado es el acto verdaderamente trascendente a estos efectos, y donde supuestamente se produciría la verdadera deliberación y votación del Tribunal".

No es este carácter de irrelevancia el que este Tribunal Supremo atribuye al Auto de licenciamiento definitivo del penado. En nuestro Auto de 7 de abril de 2.008, sosteníamos -al referirnos precisamente al Auto de la Audiencia de Barcelona de 21 de septiembre de 2.008, que es el objeto de este recurso de casación- que dicha resolución tiene por objeto determinar el máximo de cumplimiento de las penas que ya había sido adoptado de forma apriorística en la anterior acumulación. Ahora bien determinar el máximo exige fijar cuanto se cumple y además, comprobar la forma en que se cumple, es decir, el cuánto y el cómo, por lo que ambos Autos (el de acumulación y el de licenciamiento, nos permitimos precisar) aparecen relacionados entre sí, llegando a afirmar el Alto Tribunal que los autos que resuelven sobre el licenciamiento definitivo en estos expedientes de acumulación de condenas son "resoluciones que afectan a la esencia de la ejecución penal como es la concreción de la determinación del máximo de cumplimiento", al comprenderse también en el contenido de esta expresión el cómo del cómputo de las penas acumuladas, y ser este cómo del cómputo o forma de cumplimiento de las penas acumuladas uno de los objetos o materias del control judicial a realizar a través del Auto de licenciamiento o libertad definitiva.

Y añadíamos que "en el supuesto de autos, la resolución objeto del recurso de casación, el licenciamiento definitivo, se refiere a la forma en que se ha de cumplir el tiempo previamente fijado. Ello determina, a su vez, el período máximo de cumplimiento", añadiendo más adelante que "la determinación del máximo de cumplimiento es fijada en la misma resolución de acumulación de manera apriorística que se concreta, antes del término de la ejecución, en el Auto de licenciamiento definitivo".

Por ello, tiene razón el Fiscal recurrente al señalar que "de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo, a los Autos que resuelven sobre el licenciamiento definitivo en expedientes de Acumulación de Condenas les corresponde la esencial función de comprobar antes del término de la ejecución el cómo del cómputo de las penas acumuladas o forma de cumplimiento de las mismas a fin de constatar si tal forma de cumplimiento se ha ajustado a la legalidad vigente y ha podido suponer una modificación del límite establecido en el Auto de Acumulación".

Por consiguiente, y como corolario de estas consideraciones, 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, lo que evidencia su importancia y, por otro lado, la existencia de un trámite procesal con intervención del Ministerio Fiscal que, en su caso, podrá impugnar la resolución. Con esta última afirmación se pone de manifiesto que la resolución recurrida carece de razón cuando sostiene que después de practicada la liquidación de condena ya no existe ningún trámite legal que permita la modificación de dicha liquidación. El trámite legal es el 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. Buena prueba de ello, es que se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informara.

OCTAVO.- En definitiva, y como razonada y fundamentamente argumenta el recurrente, el Auto de licenciamiento definitivo dictado por el Tribunal de instancia, de 21 de septiembre de 2.007 , al concretar y fijar definitivamente al término de la ejecución el máximo de cumplimiento respecto de las penas que se habían acumulado, manteniendo antiguos criterios y liquidaciones, afectó sustancialmente, modificándolo, el límite de cumplimiento efectivo de 20 años que de forma apriorística fue fijado en el Auto de 30 de noviembre de 1998 , pues, al hacer aquella concreción definitiva, comprobando la forma de cumplimiento, debió aplicar y no lo hizo la norma penal vigente -*arts. 75 y 76.1 del Código Penal de 1.995* , equivalentes a los *arts. 69 y 70 del anterior Código* - interpretada conforme a doctrina jurisprudencial vigente en el momento en que se dictó, sin que desde luego ello suponga ningún tipo de retroactividad penal infractora del *art. 25* de la Constitución.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, el motivo casacional debe ser estimado, casada y anulada la resolución recurrida y devolviéndose las actuaciones al Tribunal remitente a fin de que, previos los trámites y diligencias pertinentes, se practique nueva liquidación de condena al penado Jose Francisco de las penas que le fueron acumuladas en su día, de manera que, manteniéndose el límite máximo en veinte años de privación de libertad, el cumplimiento de la condena total se efectuará principiando por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los benéficos 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. 76 del Código Penal* . Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

DÉCIMO.- El recurso interpuesto contra el mismo Auto de licenciamiento definitivo por la acusación particular, que tiene la misma finalidad que el del Ministerio Fiscal, ni siquiera debe ser objeto de examen por esta Sala al carecer los recurrentes de legitimación activa conforme a lo dispuesto en el *art. 988 L.E.Cr .*, que reserva tal legitimación al Fiscal y al condenado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el motivo único del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 21 de septiembre de 2.007 dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta) sobre el licenciamiento definitivo del penado Jose Francisco , que declaramos nulo y sin efecto, remitiéndose las actuaciones a dicho órgano jurisdiccional a fin de que, tras las diligencias que sean pertinentes, dicte una nueva resolución con arreglo a derecho. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Diego Ramos Gancedo , 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

FECHA:14/11/2008

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO A LA SENTENCIA Nº 734/2008, RECURSO DE CASACIÓN Nº 10566/2008 -P.

Hay una primera razón por la que me siento obligado a disentir, con todo el respeto que me merecen siempre las decisiones de mis compañeros de Tribunal, de la resolución que en este caso adopta la mayoría. Y es que su criterio implica, en mi modesta opinión, una flagrante vulneración, no solamente del derecho a la tutela judicial efectiva, al imponer la cesación de efectos de una decisión jurisdiccional firme, sino del derecho a la libertad, pues aquella implica un plus de condena de varios años a quien el Estado, a través del Poder Judicial había decidido fijar el día en que había de ponerse en libertad. Decisión del Poder Judicial que contaba con la más plena y expresa aquiescencia del Ministerio Fiscal tan sorprendente como arbitrariamente mudada.

Se trata por ello de cuestión en la que este Tribunal, siendo Supremo en lo demás, carece de la última palabra que el *art. 123* de nuestra Constitución atribuye al Tribunal Constitucional. En el caso decidido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1999 se había dictado una decisión jurisdiccional por la que, habiéndose dictado resolución aplicando los beneficios de redención de penas a la que se estaba ejecutando, tras la revisión de una pena por la sobrevenida vigencia del actual *Código Penal de 1995*, se dicta nueva resolución, aprobando liquidación de la pena revisada, por la que se dejaba sin efecto de hecho aquellos beneficios y no se aplicaban para decidir cuando había de considerarse extinguida la pena revisada.

Lo que se discutía por tanto era si la decisión sobre aplicación de los beneficios penitenciarios era revisable en una resolución ulterior.

El propio Tribunal Constitucional advertía que el objeto de nuestro análisis no es la interpretación y aplicación de las previsiones contenidas en la *disposición transitoria segunda del Código Penal de 1995*, cuestión esta de estricta legalidad penal que corresponde resolver en exclusiva a los órganos competentes de la jurisdicción penal. Tampoco se trata de corregir o revisar, desde la perspectiva de legalidad ordinaria, la liquidación de condena del recurrente aprobada por la Audiencia Provincial, pues también esta cuestión compete en exclusiva a los órganos judiciales. La función de este Tribunal ha de limitarse a comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas, contra las que no cabe recurso ordinario alguno, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (*art. 17.1 CE*).

Fijado así el objeto de la decisión constitucional propia de su función de garante de derechos fundamentales, añadió el Tribunal Constitucional que En relación con la redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos, que preveía el *art. 100 del derogado Código Penal, Texto Refundido de 1973*, es doctrina de este Tribunal, sentada a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, la de que el reconocimiento de dicho beneficio penitenciario, que afecta directamente a la libertad de los penados, corresponde en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria para ser tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador para la liquidación de condena.

Y a tal proclamación siguió la que estimo relevante en el caso que ahora hemos juzgado con criterio dispar, diciendo un auto del Juez en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, salvo que sea recurrido o sea revisado en los supuestos legales en que así se prevea, deviene firme e intangible.

No era esta una doctrina aislada. Porque, como en al misma se cita, ya había sido proclamada con anterioridad en la nº 174 /1989. En esta había dicho que, respecto al carácter de las resoluciones de «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena» y sobre los recursos que cabían respecto a ellas. Nada dice, sin embargo, la Ley Orgánica General Penitenciaria añadiendo que Esta laguna fue subsanada por la *Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)*, que, en su *Disposición adicional quinta*, señala que puede interponerse recurso de reforma contra todos los Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como el de apelación (y el de queja, en caso de inadmisión de la apelación) en determinados supuestos, entre los que se cuentan las decisiones sobre beneficios penitenciarios (*Disposición adicional quinta, ap. 3*), ante la Audiencia Provincial en cuyo territorio esté ubicado el establecimiento penitenciario. Finalmente, el apartado 5 de la Disposición adicional que se comenta se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L. E. Crim.) para la normativa aplicable a los citados recursos, con la única excepción de que limita la legitimación al Ministerio Fiscal -que en todo caso ha de ser parte- y al interno o liberado condicional...

...Ello significa que un Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, si no es recurrido en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal o por el propio penado, deviene firme e intangible, salvo que se den una de estas dos posibilidades: una, de naturaleza procesal, la de que la ley no atribuya expresamente de firmeza a dicha resolución, excepción que en todo caso debería ser compatible con el principio de seguridad jurídica; otra, de carácter sustantivo, la de que el beneficio en cuestión no sea definitivo, sino condicional, pudiendo ser revisado en los supuestos

legales en que así se prevea.

Y de la misma manera que el Tribunal Constitucional estimó que ninguna de dichas circunstancias concurre en relación con la redención de penas por el trabajo, cabe afirmar que tampoco hay precepto legal alguno que torne en meramente provisional la decisión de aplicar los beneficios penitenciarios a la PENA a cumplir y no a TODAS las impuestas, porque no es una decisión condicionada, ni siquiera la ley podría hacerlo sin inconstitucional merma de la seguridad jurídica más elemental.

Y con esa Sentencia del Tribunal Constitucional tengo también yo que convenir en que En cuanto a la L. E. Crim., ya se ha dicho que el régimen general de los términos en ella previstos es el de preclusividad, por lo que una resolución no recurrida en su momento deviene necesariamente firme salvo disposición expresa en contra, lo que no es sino expresión de un principio básico de derecho procesal que responde a exigencias de la seguridad jurídica. Es, en efecto, indiscutible que resulta contrario a la seguridad jurídica que una resolución judicial cualquiera pueda ser modificada sin más en cualquier momento. La inseguridad generada a quienes resulten afectados por una resolución que en ningún caso adquiere firmeza es todavía más condenable cuando afecta a derechos fundamentales sustantivos, como sucede con las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria relativas a la redención de penas por el trabajo. En efecto, dicho beneficio afecta directamente a la libertad personal, derecho fundamental del que se encuentra transitoriamente privado un penado en aplicación de la ley penal, ya que el período de privación depende en definitiva de diversos factores, entre los que está, en el actual sistema penal español, la redención de penas por el trabajo contemplada por el *art. 100 del Código Penal*. Y no resulta admisible que la cuantía total del citado beneficio que concretamente corresponda a un penado, en aplicación de lo dispuesto por la ley, esté siempre pendiente de una ulterior modificación, ya sea por subsanación de presuntos errores -como en el caso presente- o por variación de criterios del Juez responsable.

Y es de subrayar que en el caso decidido por el Tribunal Constitucional era un órgano diverso el que dejaba sin efecto una resolución anterior. La Audiencia en relación a la decisión del Juez de Vigilancia. Cuanto más habría de vetarse la revocación cuando el órgano que entienda de la liquidación y de los efectos de ella sea la misma Audiencia.

Aquí, como allí, había sido dictada una resolución jurisdiccional relativa al modo y consecuencias de aplicación de los beneficios de redención de pena. La de la Audiencia de Barcelona de fecha 30 de noviembre de 1998. En ella el Tribunal decidió: a) que la duración máxima de cumplimiento pasaría a ser de 20 años y no de 30 por aplicación del *Código Penal de 1995*, y b) que le serían de aplicación los beneficios penitenciarios consolidados a al fecha de entrada en vigor del dicho Código Penal pero sin que pudiera obtener otros a partir de esa fecha.

Consecuencia de esa doble resolución era la de ordenar la práctica de la correspondiente liquidación por la que se realizase un cómputo de la fecha de comienzo de cumplimiento, del total de tiempo a cumplir y, finalmente, de la fecha en que la pena habría de tenerse por extinguida.

Cuando la Audiencia dicta esa resolución de 1998 podía optar por la tesis que los Tribunales españoles en su totalidad, incluido el Tribunal Supremo, de manera constante, venían interpretando la consecuencia de la fijación del tiempo máximo de cumplimiento. Esto es: que el mismo tendría un posible doble límite: ni más de 30 años antes de 1995 ó 20, después, ni más del tiempo que resultase de multiplicar por tres la pena más grave, si dicho múltiplo era inferior a esos 30/20 años. Y, tras fijarse así la duración, se reduciría dicha cifra resultante por aplicación de los beneficios penitenciarios. Solo EXCEPCIONALMENTE, y de optarse por aplicar el *Código Penal de 1995*, como así había optado, en cuanto tribunal sentenciador, ordenar que los beneficios se aplicarían no a la pena a cumplir sino a la totalidad de las penas impuestas.

Y también podía la Audiencia haberse anticipado en aquel año 1998 al criterio que, rompiendo con la unidad de doctrina y Jurisprudencia, introdujo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 2006. Pero entonces, además de demostrar una clarividencia que al Tribunal Supremo no le advino hasta varios años después, tendría que haber dictado una resolución distinta de la que dictó. Y debería haber proclamado que los beneficios, de los que el penado venía disfrutando bajo el régimen del *Código Penal de 1973*, durante el cual cometió los delitos, se aplicarían a cada pena que sucesivamente iría cumpliendo, hasta el total de 30 años de efectivo cumplimiento.

En cualquier caso la Audiencia optó por no hacer esta segunda declaración. Muy al contrario, estableció que los beneficios redundarían en la reducción de la PENA A CUMPLIR.

Y esa decisión fue aceptada expresamente por la representación del Ministerio Fiscal. En

consecuencia, al practicar la liquidación que ejecutaba la decisión de revisión de penas, fijó como fecha de extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de todas las penas impuestas el 22 de septiembre de 2007.

Y no cabe, en mi modesto entender, considerar que, al tiempo de declarar extinguida por cumplimiento la pena, se revisen los criterios ya decididos sobre aplicación de beneficios so pretexto de que, en tal momento del proceso de ejecución, han de valorarse determinados factores.

Es verdad que el propio *art. 78, en su apartado 3* manda examinar -por cierto por el Juez de Vigilancia y no por el Sentenciador- los pronósticos de reinserción, atendiendo a circunstancias personales del reo y a la evolución del tratamiento.

Pero nótese que esa nueva valoración lo es precisamente para reconducir la situación de excepción (recuérdese: remitir a la totalidad de las penas los beneficios) a la aplicación del REGIMEN GENERAL DE CUMPLIMIENTO. Es decir para referir los beneficios a la PENA A CUMPLIR.

Y lo que se pretende en este caso es, nada menos, que hacer esa valoración para que el régimen general -el que había acordado años antes de manera definitiva y firme la Audiencia-, se transforme en el de EXCEPCIONAL AGRAVACIÓN DEL REGIMEN DE EXTINCIÓN DE PENAS CON REMISION DE BENEFICIOS A LA TOTALIDAD DE LAS IMPUESTAS. Posibilidad absolutamente ausente del régimen del *art. 78 del Código Penal de 1995*.

La decisión de la Audiencia mandando revisar las penas conforme al *Código Penal de 1995* y aprobando la subsiguiente liquidación, es, en mi modesto entender, en todo parangonable a los efectos de generar cosa juzgada, a la que dió lugar a las antes citadas Sentencias del Tribunal Constitucional. Y por las razones que expone dicho Tribunal Constitucional, que también por la autoridad que le incumbe en exclusiva como garante de derechos fundamentales, estimo que no era posible dejar de ejecutar en sus propios términos una decisión jurisdiccional que, equivocada o no, había reconocido el derecho del penado a obtener la libertad no más tarde del día 22 de septiembre de 2007.

Una segunda razón me lleva a discrepar de mis compañeros. Cuando el Tribunal Supremo adoptó el criterio, por ahora vigente, conforme al cual EN NINGÚN CASO SE APLICARÁN LOS BENEFICIOS A LA PENA A CUMPLIR, COMO UNICA, SINO SUCESIVAMENTE A LA QUE EN CADA MOMENTO SE ENCUENTRE CUMPLIENDO, ya se habían producido dos hechos: a) por supuesto la comisión de los delitos y el comienzo de ejecución de las penas del aquí condenado y b) la decisión jurisdiccional que interpretaba en el sentido de la recurrida el modo en que dichos beneficios debían aplicarse.

Es el Ministerio Fiscal quien desencadena un incidente el 16 de julio de 2007 -véase el auto de la Audiencia de 27 de julio de 2007 que narra tal antecedente- pidiendo que se revise la liquidación efectuada varios años antes. Y lo hace fundándose exclusivamente en la nueva doctrina jurisprudencial. No, por tanto, en la consustancial inexistente provisionalidad de la liquidación, sino en que la misma habría devenido "errónea". Y la decisión de la mayoría ahora lo que hace es aceptar la pretensión y el fundamento citados.

La tesis del escrito por el cual el Ministerio Fiscal interpone recurso de súplica, introduce, al haber sobrevenido a su petición inicial la reclamación por el Tribunal de informe sobre el licenciamiento, otra cuestión diversa: la provisionalidad de la liquidación que no quedaría consolidada hasta esa decisión, al final ya del cumplimiento.

La endeblez del argumento es clara. Por supuesto que la liquidación es provisional y la definitiva exige valorar los avatares durante el cumplimiento (si el cumplimiento fue continuado o no, en este caso, o por ser o no merecedor de beneficios que influyan en la reducción, en otros casos, ya que en éste se habían ya excluido los diversos de los obtenidos antes de la entrada en vigor del *Código Penal de 1995*). Pero lo que no es revisable es la fijación del criterio con que la liquidación debe hacerse. Por ello, la cuestión de la aplicación de los beneficios penitenciarios, criterio fundamental para decidir la liquidación, quedó definitivamente fijada muchos años antes con la conformidad del propio Ministerio Fiscal. Como definitivamente fijada quedó la fecha máxima de permanencia en prisión, a salvo del HECHO nuevo de un eventual quebrantamiento de la pena por el condenado.

Pues bien, cuando dictamos esta nueva decisión de la que discrepo, acogiendo la pretensión del Ministerio Fiscal, se confiere RETROACTIVIDAD CONTRA REO a la nueva doctrina jurisprudencial. Lo que me parece difícilmente aceptable. Ni siquiera para el caso, es de suponer que, al menos, posible, de que ese criterio de este Tribunal Supremo sea variado antes de que el penado cumpla la nueva pena y también

entonces se esté dispuesto a dar fuerza retroactiva al nuevo criterio, entonces a favor del reo.

En cualquier caso, hay una segunda razón para mi discrepancia con el parecer mayoritario. Siquiera ésta se reconduce no tanto al caso concreto que juzgamos, cuanto al criterio mantenido por la mayoría del Pleno del Tribunal que dictó la Sentencia de 20 de febrero de 2006 . Pero al respecto mi parecer es en todo coincidente con el que entonces expusieron los tres compañeros que discreparon en un voto particular de la decisión de la mayoría. A él me remito.

Pero no sin reiterar aquí otra razón esencial para tener por profundamente incorrecta la doctrina de la Sentencia de 20 de febrero de 2006 , en cuanto que el *Código Penal que en este caso se aplica al penado es el de 1995* , por lo que no hago ya referencia a lo que ocurriría bajo el *Código Penal de 1973* (que por lo demás no implicaría variación).

En efecto, el *art. 78 del Código Penal de 1995* establece como EXCEPCIONAL que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieren a la totalidad de las penas. Y lo establece como excepcional pues ese modo de actuar se atribuye al juzgador con el sintagma podrá acordar, que se trueca en modo imperativo en el *apartado 2 del citado precepto solamente en los supuestos concretos de las letras a) y b) [inicialmente y, desde la Ley Orgánica de 2003 también c) y d)] del art. 76 del mismo Código Penal* . Aún más, esa facultad excepcional exige un presupuesto: que el triple de la pena más grave sea inferior a la suma de la totalidad de las penas impuestas.

De suerte que, si el triple de la pena más grave no es inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas o, aún en tal caso, si el sentenciador no hace uso de aquella posibilidad, la referencia será en relación a la pena a cumplir, expresión usada por el citado *art. 78* en el inciso inicial del precepto.

Por ello, discrepo de la tesis de la Sentencia de 20 de febrero de 2006 del Pleno de este Tribunal, ya que la misma supone negarle al Tribunal sentenciador la posibilidad que el *art. 78* le otorga fuera de los casos excepcionales, e incluso le obliga a hacer la referencia a la totalidad de las penas impuestas fuera del caso de que el triple de la más grave no alcance a la mitad de la suma de las penas impuestas.

Luciano Varela Castro