

Nº: 11329/2008P

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Delgado García

Fallo: 11/12/2008

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 898/2008

Excmos. Sres.:

**D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Joaquín Delgado García**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil ocho.

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por el condenado

PEDRO LUIS GALLEGO FERNÁNDEZ representado por la procuradora Sra. Del Rey Estévez contra el Auto dictado el 17 de septiembre de 2008 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, que acordó no aprobar el licenciamiento definitivo de dicho condenado, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente D. Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- La Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, con fecha 17 de septiembre del presente año, dictó Auto en ejecutoria 52/1996, Rollo de Sala 9/93, dimanante del sumario núm. 3/93 del Juzgado de Instrucción núm 1 de Burgos, que contiene los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO**:

<<PRIMERO.- En fecha 13 de agosto de 2008, se recibió, vía fax, oficio de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Centro Penitenciario de Teixeiro (A Coruña) por el que se anunciaba que "en próximas fechas se elevará a esa Autoridad la propuesta de licenciamiento definitivo del penado Pedro Luis Gallego Fernández", fijándose como fecha para ello la de 18 de diciembre de 2008, en virtud de la aplicación al mismo de las redenciones ordinarias y extraordinarias. Las penas impuestas al citado penado suman un total de doscientos setenta y tres años, dos meses y dieciséis días (noventa y nueve mil setecientos veintiún días, 99.721-, días La comunicación del Centro Penitenciario se realiza por si fuese aplicable al presente caso lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2006.

En fecha 29 de agosto de 2008 se dictó providencia, por la que se tenía

por evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal y por designado, para el incidente y defensa del interno Pedro Luis Gallego Fernández, al Letrado D. Ángel de la Fuente Fernández, y para su representación a la Procuradora de los Tribunales Dª Luisa Fernanda Escudero Alonso, dándoles traslado de lo actuado a efectos de que, en el término de cinco días, emitan el correspondiente informe, siendo dicha providencia notificada en fecha 2 de septiembre de 2008 y concluyendo el periodo de alegaciones concedido en fecha 10 de septiembre del mismo año.

En fecha 10 de septiembre de 2008 por la Procuradora de los tribunales Dª Luisa Escudero Alonso se presenta escrito de alegaciones, indicando que no es de aplicación al presente caso la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 por las razones que en dicho escrito se señalan y solicitando la aprobación del licenciamiento definitivo de Pedro Luis Gallego Fernández para la fecha de 18 de diciembre de 2008>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<PARTE DISPOSITIVA. LA SALA ACUERDA: No procede aprobar el licenciamiento definitivo del interno PEDRO LUIS GALLEGO FERNÁNDEZ para el día 16 de diciembre de 2008.

El cómputo de las redenciones, ordinarias o extraordinarias que proceda aplicar al interno Pedro Luis Gallego Fernández en el cumplimiento sucesivo y siguiendo el orden de gravedad de las penas objeto de cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal de 1973, se realizará individualmente en cada una de ellas, fijándose el límite máximo de cumplimiento en treinta años efectivos, por lo que el centro Penitenciario deberá practicar nueva propuesta del licenciamiento definitivo, llegado el momento.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y partes personadas y remítase testimonio al Centro Penitenciario de Teixeiro para constancia y a los efectos

legales de formular nueva propuesta de licenciamiento definitivo llevar a cabo en su momento.

Así, por este auto, contra el que cabe recurso de casación en virtud del artículo 988 de la LECr y Disposición Adicional Quinta, 7º, de la LOPJ (Auto del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2008), lo acordamos, mandamos y firmamos.>>

- Con fecha 18 de septiembre por dicha Audiencia se dictó **AUTO DE ACLARACIÓN** que contiene la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

<<LA SALA ACUERDA: ACLARAR el error observado en el Auto de fecha diecisiete de septiembre actual, de manera que, donde dice en la parte dispositiva del mismo "16 de diciembre de 2008" debe decir 18 de diciembre de 2008.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y Procuradora personada, así como al interesado y póngase en conocimiento del Centro Penitenciario de Teixeiro (A Coruña).>>

3.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **PEDRO LUIS GALLEGO FERNÁNDEZ**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso interpuesto por la representación de dicho condenado se basó en los siguiente **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Al amparo del art. 852 LECr violación del precepto constitucional del art. 24.1 CE que protege el derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 17 que salvaguarda el derecho a la libertad y del art. 118 que obliga al cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes. **Segundo.-** Al amparo del art. 852 de al LECr, violación del precepto constitucional del art. 24.1 CE tutela judicial efectiva, del art. 17 que

salvaguarda el derecho a la libertad y del art. 118 que obliga al cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes, así como el art. 9.3 de la CE principio de seguridad jurídica. **Tercero.-** Al amparo del art. 852 LECr violación art. 9 CE en cuanto prescribe la irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable, así como del art. 14 y 17 de la CE y del art. 25.2 de la misma. **Cuarto.-** Al amparo del art. 849.1 LECr, inaplicación art. 76 CP de 1995.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos los motivos, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 11 de diciembre del año 2008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ya hemos indicado en los antecedentes, nos encontramos con un recurso de casación interpuesto contra un auto por el que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos deniega la aprobación del licenciamiento definitivo del penado Pedro Luis Gallego Fernández para el 18.12.2008, al tiempo que ordena un nuevo cómputo con arreglo a unos criterios de cumplimiento sucesivo de cada pena por orden de su gravedad conforme al **Código Penal de 1973 fijando el límite máximo de cumplimiento en treinta años**. Asimismo ordena al centro penitenciario que, en su momento, realice una nueva propuesta de licenciamiento definitivo.

Con tal resolución la Audiencia Provincial de Burgos aplica la doctrina de la conocida sentencia de esta sala de 28.2.2006 dictada en el caso del terrorista Henry Parot.

Para justificar la admisión a trámite de este recurso, decimos que ello es

en base a lo específicamente dispuesto en el art. 988 LECr que permite impugnar en casación por infracción de ley los autos dictados para fijar, en su caso, los límites de cumplimiento de las penas en aplicación de la regla 2ª del art. 70 CP anterior (ahora art. 76 CP 1995). Entendemos que los autos para fijación de las fechas de excarcelación, en estos casos en que se plantean cuestiones íntimamente ligadas a esos temas de determinación de tales límites legales para cuantificar las penas a cumplir, ha de reconocerse la facultad de recurrir en casación expresamente prevista en tal art. 988 LECr (auto de esta sala, estimatorio de un recurso de queja, de fecha 7.4.2008).

Dicho condenado recurre ahora en casación por cuatro motivos.

SEGUNDO.- En el motivo 1º, al amparo del art. 852 LECr, se alega infracción de precepto constitucional con referencia a los arts. 24.1, 17 y 118 CE, en cuanto que es obligado el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes.

Nos dice que el tema tratado en el auto recurrido ya quedó resuelto en la sentencia dictada por la referida Sección Primera de la Audiencia Provincial por la que se condenó a Pedro Luis Gallego como autor de un delito de raptó en concurso medial con otro de violación y otro de asesinato por alevosía, en ambos con las circunstancias agravantes de reincidencia y despoblado, imponiendo respectivamente las penas de veinte y treinta años de prisión.

Conviene expresar aquí que, conforme nos dice el auto recurrido en su página 3, hay otras muchas condenas contra el aquí recurrente, por sendos delitos de robo con violencia, lesiones, asesinato, violación, etc., con un total de penas de prisión que llegaría hasta el año 2135 si no fuera por los expresados límites (pág. 4 del citado auto recurrido).

Cita el recurrente, en apoyo de la tesis aquí mantenida, los términos en que razona la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que

dice así:

“No cabe disponer en la sentencia, como propugna la acusadora privada, prohibiciones de beneficios penitenciarios que no dependen de los delitos cometidos, sino de la respuesta personal al tratamiento rehabilitador, como tampoco arbitrar expedientes que frusten el propósito del Legislador que no es otro que proscribir la cadena perpetua y las privaciones de libertad inhumanas y contrarias a los fines de reinserción social...”

Pero, como se deduce del texto que acabamos de reproducir, nada resuelve en tal fundamento de derecho la sentencia de la audiencia, lo que se corrobora si examinamos el fallo de la misma sentencia donde nada consta sobre este punto.

No tiene razón el recurrente.

No hubo violación del art. 24.1 CE, ni tampoco del 17 ni del 118 de la misma ley fundamental.

Desestimamos este motivo 1º.

TERCERO.- 1. Ahora, vamos a examinar unidos los restantes motivos 2º, 3º y 4º, porque en ellos se plantean diferentes cuestiones que se repiten en uno y otros.

El motivo 2º se acoge también al cauce procesal del art. 852 para denunciar igualmente infracción de los arts. 24.1, 17 y 118 CE y añadiendo otro más de la misma norma, el art. 9.3 en cuanto que garantiza el principio de seguridad jurídica.

El motivo 3º, por la misma vía del citado art. 852, alega vulneración del principio de legalidad, previsto en el citado art. 9 CE en cuanto que prescribe la irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable con citas también de los arts. 14, 17 y 25.2 de la referida CE.

El motivo 4º, amparado en el nº 1º del art. 849 LECr, dice que hubo infracción de ley por no aplicación del art. 76 CP 95.

2. Contestamos así a las referidas cuestiones:

A) En principio tendría razón el recurrente en cuanto a lo que dice respecto de la aplicación del art. 76 CP actual, si realmente existieran datos en el presente procedimiento respecto de todas y cada una de las condenas contra él dictadas al parecer por diferentes tribunales españoles. Constan en las páginas 3 y 4 del auto recurrido, como ya se ha dicho, el gran número de delitos cometidos por dicho Pedro Luis, algunos de singular gravedad; pero no conocemos las penas impuestas por esas infracciones, salvo las que acordó la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos en la sentencia que es objeto de la ejecutoria en que se dictó el auto recurrido que condenó a 30 años de reclusión mayor por asesinato y a 20 años de reclusión menor por el concurso medial entre un rapto y una violación.

Lo que pretende el recurrente en varios de estos motivos, particularmente en el 4º, es que, como no correspondería en ningún caso pena superior a 20 años de prisión, habría de aplicarse el límite máximo de cumplimiento de 25 años por aplicación del apartado a) del art. 76.1 CP actual, y no el de 30 años previsto en la regla 2ª del art. 70 CP anterior. Y ello habría de ser así por lo dispuesto en el art. 2.2 CP que ordena la retroactividad de la ley penal más favorable, como excepción al principio general de irretroactividad de las leyes de este orden (art. 2.1). Pero aquí nosotros no podemos pronunciarnos en este sentido, porque lo ahora alegado por el recurrente como base para aplicar tal pretendida retroactividad no aparece acreditado: tendría que constar en alguna resolución judicial aportada al presente procedimiento, que si existiera ya habría sido citada por la defensa del recurrente. Por otro lado, bien pudiera ocurrir que la pena correspondiente, según el CP ahora en vigor, habida cuenta de los muchos y

graves delitos cometidos, por alguna de la mencionadas infracciones pudiera ser superior a esos 20 años de prisión del citado apartado a) del art. 76.1, con lo cual el límite máximo de cumplimiento, sería como mínimo el de 30 años del apartado b) del mismo art. 76.1. Además, no cabe decir que 25 años de prisión sin beneficio de redención de penas por el trabajo sea pena más favorable que 30 años de reclusión mayor con tal beneficio penitenciario.

B) Se pretende también aquí por el recurrente que la doctrina de la sentencia de esta sala de fecha 28.2.2006, la relativa al referido Henry Parot, que es la del auto recurrido, no debió aplicarse al caso, porque ello constituye una vulneración de ese principio de irretroactividad de la ley penal que solo tiene su excepción en la retroacción de la norma más favorable a la que acabamos de referirnos. Ciertamente la doctrina de la mencionada sentencia de 28.2.2006, adoptada por el pleno de esta sala con un voto particular de tres magistrados, a la que luego nos referiremos con más detalle, es menos favorable para el reo que la aplicada con anterioridad a tal resolución judicial; pero tal doctrina no es una ley, sino una interpretación de la ley diferente de la que había prevalecido hasta entonces con efecto vinculante para los demás órganos judiciales, no solo por provenir del pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sino porque -dicho sea con los debidos respetos a los compañeros firmantes del mencionado voto particular- tiene en su favor lo dispuesto en el art. 75 CP actual (equivalente de la regla 1ª del art. 70 CP anterior) cuando nos habla del cumplimiento sucesivo de las diferentes penas impuestas por las diversas infracciones cuando no puedan cumplirse simultáneamente. Tal expresión “**cumplimiento sucesivo**” es un argumento fundado en la ley penal que sirve para dar cobertura jurídica a aquello que nos parece como solución más justa, particularmente en los casos como el presente (o el de Henry Parot) en los que las penas totales impuestas superan con mucho los 30 años de prisión que tiene que cumplir el penado por los límites fijados en tal art. 76.1 CP. Recordamos aquí que tales penas impuestas

a Pedro Luis Gallego Fernández habrían quedado extinguidas, por el total acordado para cada delito, en el año 2135, según nos dice el auto recurrido en su página 4. Por lo demás, nos remitimos a las muchas razones expresadas en la tan repetida sentencia de 28.2.2006 y también a lo que nos dice la más reciente de 14.11.2008 (nº 734/2008).

C) Se dice que ha sido vulnerado el derecho a la seguridad jurídica del art. 9.3 CE como consecuencia de ese cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al que se vuelve a calificar de irrazonable, lo que también habría de infringir el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la misma norma fundamental. Entendemos que basta examinar el contenido de tal sentencia de 28.2.2006 del pleno de esta sala para comprender que tal irrazonabilidad no existió. Concretamente en su fundamento de derecho 4º se argumenta cómo el límite de treinta años es solo eso, un límite para el cumplimiento de las penas, no es una nueva pena a la que aplicar los beneficios penitenciarios. Estos habrán de aplicarse sucesivamente por orden de gravedad a cada una de las penas hasta alcanzar ese límite, a partir del cual se tendrán por cumplidas todas. No es necesario decir más en este momento para dejar de relieve la razonabilidad de tal argumentación. Nos remitimos a todo el texto de la mencionada resolución y particularmente a dicho fundamento de derecho 4º que trata este tema con la atención que merece. Se podrá no estar de acuerdo con lo que se dice allí, como pone de manifiesto el referido voto particular; pero en modo alguno cabe hablar de irrazonabilidad. Con ello contestamos también a lo que aquí se dice respecto del derecho a la igualdad del art. 14 CE, cuya vulneración se denuncia en base a la misma argumentación. Como dice el párrafo penúltimo de la tan repetida sentencia de 28.2.2006, los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen tal derecho del art. 14 (SSTC 42/1993 y 71/1998).

D) También se habla en estos motivos que estamos examinando (2º, 3º y 4º) de lesión del art. 25.2 CE. Se dice que con tantos años de prisión se vulnera la finalidad de reeducación y reinserción social del penado. Contestamos simplemente diciendo que tal finalidad, como reiteradamente viene diciendo el Tribunal Constitucional, no es la única que ha de perseguirse con las penas privativas de libertad. Además, tal norma constitucional no engendra un derecho fundamental para el penado. Nos remitimos en este punto al párrafo 3º del fundamento de derecho 3º de dicha sentencia de 28.2.2006 y a las dos sentencias del Tribunal Constitucional que allí se citan, la 2/1987 y la 120/2000.

Desestimamos también estos motivos 2º, 3º y 4º.

III. FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por **PEDRO LUIS GALLEGRO FERNÁNDEZ** contra el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos con fecha diecisiete de septiembre de dos mil ocho por el que se acordó no aprobar el licenciamiento definitivo de dicho recurrente que se había fijado para el 18 de diciembre de 2008. Le condenamos al pago de las costas de esta alzada.

Dada la situación de prisión en que al parecer se encuentra dicho condenado, comuníquese por fax el contenido del presente fallo a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos. En su día se devolverá la causa con certificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Joaquín Delgado García

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, a la sentencia 898/2008 de 11 de Diciembre, Recurso de Casación nº 11329/2008P, interpuesto por PEDRO LUIS GALLEGO FERNÁNDEZ, contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 17 de Septiembre de 2008.

1- Los hechos.

La Audiencia Provincial de Burgos por auto de 4 de Junio de 1997 y como último Tribunal sentenciador del interno, Pedro Luis Gallego Fernández efectuó una acumulación de las diversas condenas que le fueron impuestas, y fijó como límite máximo de cumplimiento de las distintas penas privativas de libertad impuestas treinta años, en aplicación del Cpenal de 1973, dejando extinguidas las que excedieran de dicho límite temporal, fijándose como inicio de cumplimiento el 2 de Noviembre de 1993 y como fecha de extinción el 9 de Noviembre de 2022. A la hora de determinar el día del licenciamiento definitivo, se informó al Tribunal por la Administración Penitenciaria que la extinción de dicha pena de 30 años se iba a producir el 18 de Diciembre de 2008 de efectuarse el cómputo interpretando la pena de 30 años como pena nueva, resultante y autónoma sobre la que operarían los beneficios penitenciarios del anterior Cpenal de 1973.

Caso de efectuar el cómputo de conformidad con la nueva doctrina sentada por esta Sala Casacional en el caso Parot --STS 197/2006 de 28 de Febrero--, el nuevo cómputo tendría por consecuencia que la nueva fecha de licenciamiento sería el 9 de Noviembre de 2022 --lo que vendría a suponer un

cumplimiento efectivo de pena de unos veintinueve años--.

La Audiencia en la resolución citada y recurrida ante esta Sala de 17 de Diciembre de 2008, extendió los efectos de la doctrina del "caso Parot" y acordó no aprobar el licenciamiento del recurrente Pedro Luis Gallego previsto para el 16 de Diciembre de 2008 y ordenó efectuar nueva propuesta de licenciamiento, efectuándose el cómputo de las resoluciones ordinarias y extraordinarias de la forma indicada en la STS del "caso Parot", 197/2006. Esta es la resolución que ha sido recurrida en casación por el interno indicado.

2- La sentencia de la mayoría.

Recurrida en casación la resolución de la Audiencia Provincial de Burgos por el interno, la sentencia de la mayoría rechazó todos los motivos y confirmó la resolución recurrida.

3- Mi voto disidente.

Estoy en contra de la decisión de la mayoría, desde el respeto a lo decidido.

Se trata de una disidencia coherente con la expresada en su día a la sentencia del "caso Parot", 197/2006 de 28 de Febrero.

Se decía en el voto particular, conjunto, firmado por el exponente y dos compañeros más de la Sala, que:

a) La pena refundida a consecuencia de la acumulación, opera como una nueva pena final resultante, sobre la que a su vez podría operar el beneficio de resolución de penas previsto en el art. 100 del Cpenal de 1973 así como también se computará para la concesión de la libertad condicional.

b) Esta concepción de que la pena resultante era una única pena final, en la que se fundían todas las impuestas, fue de forma constante y unánime el

criterio jurisprudencial prácticamente durante toda la vigencia del Cpenal desde el inicio de la vigencia del texto refundido de 1944 mantenido en el "*texto revisado de 1963*" aprobado por sentencia de 28 de Marzo de 1993, así como en el "*texto refundido*" aprobado por Decreto 3096/73 de 14 de Septiembre.

c) La generalizada reducción en un tercio aproximadamente de penas privativas de libertad operada en el texto original del Cpenal de 1995 --las numerosas y posteriores reformas en el orden punitivo, han desdibujado este dato-- tenía como finalidad "*compensar*" la eliminación de los beneficios de la redención de penas por el trabajo del art. 100 del anterior Cpenal, y prueba de ello es que la pena máxima de prisión en el Cpenal de 1973 (art. 70) que era de treinta años, pasó en el art. 36 del vigente Código a 20 años, es decir un tercio inferior, y lo mismo puede observarse en la Disposición Transitoria Undécima del Cpenal en el que se fija la tabla de equivalencia entre las penas del anterior y del actual Código. Más aún, el espíritu de la reforma de la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de Junio, sobre cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y que dio nueva redacción al art. 78 Cpenal, solo se comprende desde la forma de cómputo de las distintas penas de prisión impuestas a una misma persona que se sostiene, de suerte que una vez refundidas, constituía la pena resultante, una nueva y única pena que sustituía a la suma de todas las anteriores.

d) La jurisprudencia de esta Sala y de la totalidad del resto de los Tribunales fue uniforme en la interpretación tanto del Cpenal de 1973 como del actual en el sentido que se postula hasta la novedosa interpretación ofrecida en la resolución del caso Parot y a tal respecto me remito a las referencias jurisprudenciales citadas en el voto particular en relación a los dos Códigos.

e) También se hace referencia en el voto particular de aquella sentencia a la jurisprudencia "*ad casum*" que había motivado el giro jurisprudencial, motivado tanto por "*...el sanguinario historial del recurrente...*" como por el "*eco*" de tal factor en los medios de comunicación, que vertebró un verdadero populismo punitivo. La ampliación de esta interpretación a otros casos, como el presente, ha robustecido mi disidencia en igual medida.

El criterio sentado en la sentencia 197/2006 ha quedado consolidado al haberse dictado otras resoluciones de esta Sala en el mismo sentido y ha quedado ampliado porque la nueva doctrina se ha aplicado a situaciones pretéritas y en relación a penados que tenían ya refundida la condena en fijación del periodo máximo de cumplimiento de treinta años, y sobre ellos se había efectuado la liquidación de condenas de acuerdo con las previsiones del Cpenal de 1973, que, recordémoslo era ajeno a la actual filosofía de "*cumplimiento íntegro de las penas*". Como resoluciones de esta Sala que siguen la doctrina Parot, se pueden citar las SSTS 924/2006 de 29 de Septiembre, Auto de Inadmisión de 11 de Octubre --Recurso Casación 10538--, y STS 734/2008 de 14 de Noviembre. Esta última sentencia de la Sala --violador Vall d'Hebron-- no solo admitió la recurribilidad del auto de licenciamiento definitivo dictado por la Audiencia correspondiente, en la que no se había admitido el nuevo cómputo de las penas impuestas según la sentencia del "*caso Parot*", sino, que admitiendo el recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, declaró nulo el auto de licenciamiento y con remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona, acordó el dictado por ésta de nueva liquidación con arreglo a tal doctrina. Es de consignar que dicha resolución contó con un voto particular adverso.

En el presente caso, se está en un momento procesal anterior en la medida que ya la Audiencia Provincial de Burgos no aprobó el licenciamiento propuesto por el Centro Penitenciario, o para ser más exacto, el Centro Penitenciario efectuó dos propuestas alternativas de licenciamiento. Una conforme a la doctrina anterior al caso Parot, y otra de acuerdo con dicha doctrina, en esta situación la Audiencia Provincial de Burgos en el auto de 17 de Septiembre de 2008 acordó que por el Centro Penitenciario se efectuase una propuesta de licenciamiento efectuando el cómputo de 30 años que como máximo debía cumplir el penado, de acuerdo con la doctrina Parot y es esta

resolución la que ha sido impugnada por el interno.

Fijado por auto de 4 de Junio de 1997 de la Audiencia Provincial de Burgos que el máximo de cumplimiento del penado Pedro Luis Gallego Fernández era de 30 años, de acuerdo con el Cpenal de 1973 "*....dejando extinguidas sin cumplir las que procedan y excedan de dicho límite temporal....*" , es claro, a mi juicio, que esa pena máxima no es un marco teórico en el que resulta irrelevante la forma de efectuar el cómputo con tal de no rebasar dicho límite, sino que cuando se efectuó el mismo existía una doctrina jurisprudencial consolidada en el sentido ya expuesto, y de acuerdo con ello se fueron efectuando los descuentos por beneficios penitenciarios de suerte que el resultado fue que el del licenciamiento del recurrente debía ser para el día 18 de Diciembre de 2008.

Que por sentencia de esta Sala 197/2006 de 28 de Febrero --caso Parot--, se inaugurase un nuevo cómputo en contra del reo, no autoriza, a mi juicio, extender hacia atrás, dicha interpretación sin quiebra del principio de irretroactividad de las normas penales perjudiciales.

Ciertamente que la jurisprudencia no es norma jurídica, pero en la medida que completa el ordenamiento jurídico --art. 1-6º del CCivil-- debe concedérsele un cierto valor normativo. En relación al sistema de justicia penal, el monopolio legislativo es claro, pero ello no puede hacernos olvidar que, en última instancia, el contenido y ámbito de una norma penal viene determinado por la interpretación que de ella hagan los Tribunales, y, muy especialmente esta Sala II de lo Penal, que como garante del principio de seguridad jurídica --art. 9-3º Constitución-- es el último intérprete de la legalidad penal ordinaria.

Pues bien, la novedosa interpretación de la doctrina Parot en cuanto supone un nuevo ámbito y contenido de la norma penal concernida en una

interpretación contra reo, participa del principio de irretroactividad de la ley penal en la perjudicial pena al reo, y por tanto tal interpretación no debió extenderse a situaciones anteriores, máxime cuando tal interpretación afecta de forma directa al bien supremo de la libertad individual, y pone en serio riesgo de vaciamiento la vocación de reinserción a que toda pena de prisión debe responder. Dicho en otras palabras, el nuevo cómputo responde a priorizar exclusivamente los aspectos custodiales de la pena de prisión, de suerte que la prisión queda reducida al mero "*aparcamiento*" de personas en tales centros, con desentendimiento de toda actividad reeducadora. Enlazado con ello, queda totalmente diluido el principio de humanidad en el cumplimiento de las penas con lo que la posible colisión con la interdicción de toda inhumanidad en el cumplimiento de las penas es algo más que un riesgo. Baste indicar que, en el presente caso, los treinta años de cumplimiento "*teórico*" impuestos al recurrente se van a convertir en veintinueve --29-- años de cumplimiento efectivo --los que van desde el inicio del cumplimiento el 2 de Noviembre de 1993 al 9 de Noviembre de 2022--. Hasta esa fecha va a estar recluido en prisión efectiva día tras día, pues obviamente el disfrute de los beneficios penitenciarios del anterior Código se convierte en ilusorio en la misma medida que la pena final de 30 años, se cumple desacomulando las diversas penas impuestas.

En efecto, la lógica de la doctrina de la que discrepo, lleva a la consecuencia de que los beneficios penitenciarios previstos en el anterior y en el vigente Código Penal: permisos de salida, adquisición del tercer grado penitenciario o la libertad condicional, habrán de ser acordados individualizada y sucesivamente en cada una de las sentencias condenatorias con lo que no se estaría en una ejecución única, sino una ejecución sentencia a sentencia con la conclusión de que cuando en una sentencia --pongamos la primera-- hubiese cumplido la parte correspondiente para obtener el tercer grado, o la libertad condicional, habría que adoptar la medida correspondiente, pero

simultáneamente al tener que comenzar a cumplir la segunda condena estaría, volvería a estar clasificado en primer o segundo grado con la contradicción que supondría estar al mismo tiempo clasificado en tercer grado o en libertad condicional en una condena y en prisión efectiva en la siguiente y así sucesivamente pero en todo caso, seguiría en prisión.

En efecto, no otra cosa se deriva del nuevo cómputo que inaugura la doctrina Parot.

Nos dice esta resolución, textualmente, en su f.jdco. cuarto:

"...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 Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

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 Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o al 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 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 Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años....".

De acuerdo con lo expuesto, si cada pena mantiene su propia autonomía en su ejecución, la situación personal del interno puede ser distinta según la pena que esté cumpliendo, como ya se ha dicho, y como se cumplen sucesivamente, bien pudiera ocurrir que en el cumplimiento de la primera condena se llegase a una fase en que pudiera estar en tercer grado o disfrutar de la libertad condicional de darse las condiciones previstas en el art. 98 del Cpenal 1973 ó art. 90 del actual (según sea la aplicación uno u otro Código), la lógica del sistema inaugurado llevaría a que el interno concernido debería ser puesto en libertad para seguidamente --inmediatamente-- iniciar el cumplimiento de la siguiente pena, ello convertiría pura y simplemente en ilusorios los beneficios penitenciarios previstos en la Ley, tanto en el Cpenal 1973 como en el vigente.

La situación es ciertamente esquizoide y más todavía si para evitar esa específica situación, se optase por aplicar los beneficios penitenciarios sobre la pena acumulada considerada como pena única, porque entonces se estaría inaugurando un sistema de alternancia en el cumplimiento de la pena, según el cual, las distintas penas a que fue condenada una persona se acumulaban en un máximo total, cuyo cumplimiento se ejecutaría separadamente y desacumuladamente para luego aplicar los beneficios penitenciarios sobre la pena total nuevamente acumulada.

Por todo ello no puedo compartir la decisión de la mayoría, y estimo que no debió ser aplicada al caso de autos la "*doctrina Parot*" expuesta en la sentencia de esta Sala 197/2006 de 28 de Febrero de la que discrepé en su día, y,

por ello el recurso formalizado por Pedro Luis Gallego debió haber sido admitido, con la consecuencia de que el recurrente debió haber sido puesto en libertad el 18 de Noviembre de 2008.

Fdo.: Joaquín Giménez García

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Joaquín Delgado García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

