

***Circular 3/1996, de 22 de noviembre, sobre el criterio jurisprudencial relativo a la redención de penas por el trabajo y la revisión de sentencias conforme al nuevo Código Penal, adaptando en este punto la Circular 1/1996 a la consolidada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.***

I

El criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1996 ha vuelto a recogerse en la sentencia del mismo Tribunal de 13 de noviembre último que, sin embargo, pese a que fue expresamente solicitado por el Fiscal, no contiene comentario alguno acerca del cauce procesal que pueda brindar el ordenamiento para revisar resoluciones firmes de no revisión.

Como es bien sabido, el criterio jurisprudencial contradice abiertamente el sentado en la Circular 1/1996 al que han ajustado sus dictámenes hasta el momento los Fiscales. Además ese criterio de la Circular 1/1996 ha sido asumido casi unánimemente por los Jueces y Tribunales, aunque no faltan excepciones. En la labor de revisión de las sentencias en ejecución la gran mayoría de los Juzgados y Tribunales han partido, asumiendo el criterio del Fiscal, de la inaplicabilidad de los beneficios de la redención a los condenados con arreglo al nuevo Código Penal -en adelante NCP-, negando por tanto la revisión en muchos casos en que de aplicarse estrictamente la doctrina del Tribunal Supremo hubiese procedido la misma. La labor de revisión todavía no ha finalizado en los Juzgados y Tribunales pues queda un número no muy grande en comparación con el total de sentencias por revisar.

La lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo y, sobre todo, su significativo silencio sobre el impacto que aquélla pueda tener respecto de las revisiones ya efectuadas, son la mejor muestra de las dificultades que obstaculizan la búsqueda de una solución satisfactoria.

La naturaleza de los principios que convergen en el análisis del problema son de muy distinto signo y, al propio tiempo, del máximo rango constitucional. No resulta aconsejable, pues, el sacrificio de alguno de ellos en una precipitada ponderación de intereses. Resulta necesario, ante todo, indagar soluciones desde la convicción de que los indudables problemas técnicos que estarán presentes en el examen de la cuestión, no pueden ser concebidos como obstáculos insalvables, llamados a imposibilitar la plena vigencia de los derechos fundamentales en juego.

Y es esa presencia de derechos fundamentales inalienables de quienes se hallan privados de libertad, lo que obliga a una actitud del Ministerio Fiscal de reforzada sensibilidad institucional, so pena de dar la espalda a uno de los principios que delimitan su espacio funcional y al que el art. 124 de la Constitución adjudicó el máximo rango normativo. Ciertamente, los numerosos ejemplos que ofrece la práctica, en relación con otras materias, respecto de las consecuencias que los cambios jurisprudenciales proyectan sobre las sentencias ya firmes, permitiría inclinar la solución en un sentido determinado. El problema aquí analizado no es nuevo y aparece con cierta regularidad: cuando el Tribunal Supremo modifica su criterio sobre algún

extremo en la interpretación de la Ley penal esa rectificación no alcanza a las sentencias ya firmes. Piénsese en la variable doctrina sobre la presencia del Secretario Judicial en los registros domiciliarios: la variación de los criterios jurisprudenciales no motivó la revisión de las sentencias ya firmes (algunas confirmadas por el propio Tribunal Supremo) en que se había dado validez a registros practicados en condiciones que, de haber llegado al Tribunal Supremo unos meses después, hubiesen sido tachadas de absolutamente irregulares. Igual cabe decir de otras rectificaciones jurisprudenciales que se recuerdan con facilidad (impunidad de la entrega de drogas sin precio a quien es consumidor en determinados casos; no consideración de la rotura de la cadena del ciclomotor como fuerza en las cosas; la jurisprudencia sobre determinadas drogas...).

Sin embargo, la ya expuesta necesidad de que la Fiscalía General del Estado - en plena sintonía con los principios constitucionales que justifican su actuación-, agote cuantos recursos técnicos posibilitem un desenlace respetuoso con el derecho a la libertad, obliga a la búsqueda, nada fácil, de argumentos que respalden la aplicabilidad de la decisión del Tribunal Supremo, incluso, a supuestos ya revisados. En esa fatigosa labor institucional de indagación argumental, orientada hacia la búsqueda de un congruente aval a una decisión jurisdiccional no compartida, los obstáculos surgen desde la primera aproximación ponderativa. Empiezan por la posibilidad -difícil, mas no descartable- de que pudiera producirse, en un futuro más o menos próximo, una nueva rectificación jurisprudencial que, a la vista de las graves inconveniencias de la decisión que ahora se propugna, tratara de paliar sus previsibles trastornos aplicativos.

## II

El panorama se complica, además, por cuanto que el terreno sobre el que se despliega la polémica, no es, ni mucho menos, uniforme. A raíz de la sentencia de 18 de julio la actitud de las Audiencias y Juzgados ha sido muy dispar. Desde las que han hecho caso omiso totalmente al criterio del Tribunal Supremo, hasta las que han iniciado de oficio una nueva revisión generalizada, pasando por algunos órganos que, negándose a revisar las resoluciones ya firmes, han venido aplicando el nuevo criterio a las revisiones pendientes.

En suma, el Fiscal que ahora ha de esforzarse en una contraargumentación de dudoso sostén técnico, tiene ante sí un panorama laberíntico, plagado de obstáculos aplicativos cuya exposición permitirá, cuando menos, aportar dosis de realismo analítico en la labor que ahora se emprende.

Las situaciones pueden ser muy diversas:

a) Sentencias dictadas con posterioridad al 25 de mayo de 1995 en que se ha decidido la aplicación del Código Penal derogado partiendo del criterio más extendido según el cual la comparación ha de hacerse teniendo en cuenta la duración completa de la pena con arreglo al NCP y sin posibles redenciones ganadas anteriormente (durante el tiempo de prisión preventiva) que podrían determinar que fuese más beneficiosa la aplicación del NCP. Si la revisión de autos de revisión plantea dificultades difícilmente sorteables, la modificación de una sentencia ya firme incrementa todavía más esas dificultades: revisar de oficio una sentencia firme por un

nuevo criterio jurisprudencial, como insistentemente se viene razonando, es algo de difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

b) Autos de revisión aplicando el NCP en que se declara abonable el tiempo de redención ganado, incluso después del 25 de mayo, hasta el momento en que se declara la firmeza de la revisión.

c) Autos declarando no haber lugar a la revisión cuando la solución hubiese sido justamente la contraria de aplicarse el criterio jurisprudencial.

Las dificultades son también de distinto signo y no pueden ser objeto de interesada ocultación:

a) Las resoluciones dictadas jurisdiccionalmente por los Jueces y Tribunales acordando o no la revisión si no han sido recurridas han ganado firmeza. Y abrir la posibilidad de una «revisión de la revisión» contrariaría elementales principios del derecho procesal. Al respecto son muy elocuentes las consideraciones que se vierten en la STC 30 de octubre de 1989 citada en la misma sentencia: «las resoluciones judiciales adquieren firmeza de no interponerse contra ellas recurso alguno en tiempo y forma por parte de los sujetos legitimados». Sólo cuando la ley contenga una excepción o cuando se trate de una resolución que por su propia naturaleza es provisional y condicionada a circunstancias futuras, podrá modificarse esa resolución. Y ninguna de esas circunstancias concurre en las resoluciones que son objeto de examen. El art. 267.1 de la LOPJ al consagrar el principio de invariabilidad de las sentencias y autos definitivos (y éste es un auto definitivo pues pone fin a un incidente que se abre en virtud de la normativa transitoria del NCP) parece impedir que puedan rectificarse esos autos dictados que hayan ganado firmeza (bien por no haber sido recurridos, bien por no haber ya ulterior recurso).

b) Si se admitiese la posibilidad de «revisar» los «autos de revisión» tendríamos que también cabría revisarlos in peius, es decir en aquellos casos en que la aplicación de los criterios del Tribunal Supremo determinaría un empeoramiento de la situación del penado; lo que sucederá con aquellos supuestos en que se ha abonado la redención posterior al 25 de mayo.

O incluso en aquellos casos en que la pena fijada con arreglo al NCP se ha fijado partiendo del no abono de los días redimidos: la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo determinaría posiblemente una individualización distinta más gravosa. Y desde luego esta posibilidad no podría admitirse en modo alguno.

c) Abrir la posibilidad de «revisar» lo ya «revisado» supondría que el órgano jurisdiccional inferior (Juzgado de lo Penal) podría modificar por voluntad propia el criterio establecido por el órgano superior (Audiencia Provincial) al haber resuelto un eventual recurso contra el auto de revisión.

Los argumentos son fuertes pero desde luego dejan un tremendo poso de insatisfacción, pues no parece fácilmente tolerable hacer depender el tiempo de prisión efectiva de unos u otros penados de «avatares» procesales arbitrarios.

### III

En favor de la revisabilidad de las revisiones, obligado resulta buscar vías superadoras -pese a su carácter forzado- del resignado inmovilismo frente a la resolución adversa. Ciertamente, algunas de las bienintencionadas propuestas que a continuación se sugieren, se sitúan en un nivel próximo a la máxima dosis de audacia admisible en cualquier tesis jurídica. Es probable, sin embargo, que el quebranto de aquella medida haya sido inducido por el actual estado de cosas que, pese a todo, no admite limitar la respuesta institucional del Fiscal a la reiterada proclamación de argumentos disidentes.

a) Abrir la posibilidad de recurso de revisión, forzando el tenor del art. 954.4º de la LECrim. tal y como ha hecho en ocasiones el Tribunal Supremo, representa una alternativa. Sin embargo, se trataría de una decisión en manos del propio Tribunal Supremo y utilizable, en su caso, por los interesados en la revisión.

b) Una vía singularmente fructífera para el objetivo que se persigue, podría consistir en considerar aplicable el principio de retroactividad en lo favorable no sólo a la ley sino también a la jurisprudencia tal y como ha postulado algún sector doctrinal. De esa forma, admitida la relevancia normativa de la nueva tesis jurisprudencial, sería admisible por aplicación extensiva del art. 2.2 del NCP, revisar nuevamente las revisiones.

En esta línea de forzada indagación argumental, podría repararse en el papel que, en nuestro sistema jurídico, está llamada a desempeñar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La copiosa bibliografía -sobre todo de corte histórico- que centró su contenido en el examen del alcance que el vocablo complementará tenía en el art. 1.6 del Título Preliminar del Código Civil, pone de manifiesto que el tema, cuando menos, no es pacífico. De hecho, evidenciaría una cierta actitud reduccionista la degradación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a una exclusiva labor de complemento del ordenamiento jurídico. Ciertamente es que, en numerosas materias, ahí agota la jurisprudencia su propia funcionalidad, esto es, complementando el sistema jurídico mediante el ejercicio de la función jurisdiccional que le incumbe. Sin embargo, resulta inocultable que en ciertas ocasiones esa jurisprudencia puede llegar a tener un contenido normativo. Los límites a esa normatividad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo son -obligado resulta reconocerlo- bien difusos. Pero lo que parece fuera de duda es que si hubiera de destacarse un ámbito en el que esa normatividad prevaleciera sobre la simple complementariedad del sistema jurídico, aquél no sería otro que el definido por la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Las dificultades aplicativas del derecho intertemporal y, de modo especial, su directa repercusión sobre el círculo de derechos fundamentales que se ve afectado por el cambio legislativo, revaloriza el significado funcional de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

c) Buscar la analogía con lo que se decía en el apartado IX de la Circular 1/1996 y que tiene su reflejo en el apartado 2 de la D. Transitoria 1ª del Reglamento Penitenciario. Allí se trataba de la posibilidad de revisar la revisión hecha en virtud de circunstancias sobrevenidas que supusiesen una alteración fáctica de los términos de

comparación: en efecto si efectuada la comparación tomando en cuenta el tiempo previsible de redención, esa redención no se alcanzase por la pérdida de esos beneficios, se evidenciaría que se han alterado las condiciones lo que determinaría la necesidad de una modificación de la revisión. El supuesto es dispar desde luego y además se parte de una comunicación por parte del Centro Penitenciario que en los supuestos que ahora se analizan como si detectará fácilmente los casos de pérdida de redención, no tiene por qué saber en qué casos la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo puede suponer una alteración de la revisión hecha.

d) Y es esa admitida variabilidad del criterio de la revisión efectuada, el que proporciona cobertura -no modélica, desde luego- mediante el recurso al expediente de rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos. De hecho, las liquidaciones verificadas con arreglo a la anterior propuesta interpretativa han resultado erróneas, pese a que el error, más que de carácter material haya sido de naturaleza conceptual, si se admite que el pronunciamiento jurisprudencial despeja las incertidumbres analíticas que anteriormente han podido afectar al Ministerio Fiscal y a cuantos órganos jurisdiccionales aceptaron su tesis.

e) En el deseo de agotar alternativas, cabría mantener la doctrina de la invariabilidad de los autos ya dictados, remitiendo a los afectados a la vía del indulto parcial que incluso el Fiscal informaría favorablemente para solventar agravios comparativos intolerables. Sin embargo, la escasa operatividad de tal remedio, frente a la celeridad que imponen las soluciones a adoptar, obligan a descartar tal posibilidad, pese a su incuestionable sensatez.

#### IV

En conclusión, el Ministerio Fiscal no puede hacer caso omiso de una línea jurisprudencial que con dos resoluciones puede considerarse consolidada. No puede olvidarse que, aparte de consideraciones teóricas, la igualdad en la aplicación de la Ley y la seguridad jurídica son valores constitucionales a los que ha de servir el Ministerio Fiscal y que se consiguen manteniendo un criterio uniforme y luchando también por la uniformidad del criterio de los Jueces y Tribunales. A veces no es descartable que el Ministerio Fiscal asuma la defensa en los Tribunales de una posición que no considera correcta legalmente, para propiciar una aplicación uniforme de la ley, al tratarse de una solución respaldada jurisprudencialmente.

Todo lo anterior supone necesariamente:

1. Que en las revisiones todavía pendientes de realizar (las menos) el informe del Fiscal deberá ajustarse a los criterios jurisprudenciales haciendo expresa invocación de los mismos.

2. Que a todos aquellos penados cuya condena haya sido adaptada al NCP habrán de computársele en la liquidación, rectificando en su caso la existente, las redenciones de penas ganadas antes del 25 de mayo.

3. En cuanto al resto de los supuestos, que podrían agruparse bajo la descripción genérica de la revisión, ya hemos añadido tanto las dificultades para

encontrar una solución legal satisfactoria como la ineludible obligación que, ex art. 124 de la Constitución, debe mover al Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales que aparecen afectados y entre los que cabe destacar el derecho a la igualdad y a no padecer discriminación (art. 14 CE) y el de la libertad (art. 17 CE), amén de dar satisfacción a la necesidad de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de responder al valor superior de la justicia (art. 1.1 CE).

Es así, pues, que los dictámenes que emita en estos supuestos el Ministerio Fiscal deban abordar las evidentes dificultades legales y procesales con la invocación de tales valores, principios y derechos fundamentales, así como con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se desprende de las mentadas sentencias de fechas 18 de julio y 13 de noviembre de 1996.

El Ministerio Fiscal a la luz de tales derechos fundamentales en juego habrá de instar tal revisión siempre que disponga de datos concretos que permitan operar en favor de tal revisión, datos que puede poseer por propia información o porque les sean suministrados por Centros Penitenciarios, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, Juzgados de lo Penal o Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales. En todos esos casos el Ministerio Fiscal promoverá y, en su caso, dictaminará la revisión de las situaciones en que proceda conforme con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes mentada.

En el resto de los supuestos, el Ministerio Fiscal habrá de aguardar a que el órgano judicial le dé traslado de la preceptiva liquidación de condena efectuada conforme con los criterios decididos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emitiendo entonces dictamen en la manera antedicha.

En todos aquellos casos en los que promovida la revisión o dictaminada ésta por el Ministerio Fiscal, los órganos judiciales, desestimaran tales pretensiones, se procederá a recurrir las resoluciones judiciales en los supuestos y casos prevenidos por la Ley.

A fin de procurar una efectiva y real información de las situaciones penitenciarias que hubieren resultado afectadas por la mentada jurisprudencia, la Fiscalía General del Estado, ha interesado del Ministerio del Interior que por los diferentes Centros Penitenciarios se remitan a los órganos judiciales pertinentes las nuevas liquidaciones de condena efectuadas conforme con el referido criterio jurisprudencial.

Con ello se pretende agilizar, clasificar y ordenar el proceso a la vez que los órganos judiciales que habrán de hacer frente con su celo profesional ya acreditado a estas nuevas exigencias de la más estricta Justicia.

#### 4. Recursos Pendientes.

En relación con los recursos ordinarios pendientes, procederá que los señores Fiscales desistan de los mismos, atemperando tal decisión a la fase procesal en que se encuentren aquéllos.

De tratarse de recursos de casación, consecuentemente se abstendrán de preparar recurso contra los autos de revisión en que se siga la referida doctrina de la Sala Segunda. En los ya preparados, si aún no se ha producido el emplazamiento, pueden desistir ante la Audiencia Provincial, en tanto si ya se ha efectuado, remitirán la documentación, con oficio en que advertirán de esta situación, omitiendo el preceptivo informe, en cuanto el desistimiento corresponde a la Fiscalía del Tribunal Supremo.

No escapa a la Fiscalía General del Estado que la práctica diaria de estas normas habrá de chocar con dificultades y problemas o dudas concretas. En estos casos y de no poder obtener respuesta en las reflexiones y conclusiones antes citadas, se procederá en cada caso a formular la pertinente consulta ante este Fiscal General del Estado si el tiempo, urgencia y momento procesal así lo permitieran.