

CONSULTA NUMERO 3/1993 bis, de 9 de diciembre

**SOBRE CRITERIO INTERPRETATIVO DEL LIMITE DE
LOS TREINTA AÑOS AL QUE SE REFIERE LA REGLA 2.^a
DEL ARTICULO 70 DEL CODIGO PENAL**

I

El objeto de la Consulta consiste en determinar si los beneficios penitenciarios deben aplicarse partiendo del tiempo total a que ha sido el reo condenado tras cuantificar todas y cada una de las penas correspondientes a los delitos objeto de pronunciamiento judicial en la sentencia de condena —cincuenta y nueve años en el sumario de referencia— o en otro caso y alternativamente, los treinta años, que constituyen el máximo a cumplir conforme a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 70 del Código Penal, representan una referencia obligada para computar, a partir de los mismos, los descuentos correspondientes a la aplicación de los derechos y beneficios penitenciarios a los que se haya hecho acreedor el penado.

Se cita en la Consulta, a modo de antecedente, la parte dispositiva de una sentencia en la que se condena por diversos y graves delitos cuyas penas ascienden a un total de cincuenta y nueve años añadiéndose, en otro párrafo de la misma resolución, la fijación en treinta años del tiempo máximo de privación de libertad, especificando además que «tal limitación no será tenida en cuenta a los efectos de aplicación de los beneficios penitenciarios de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo, para los que servirá de base el tiempo total a que es condenado el autor del delito y que ascienden a cincuenta y nueve años de privación de libertad».

De modo explícito el Fiscal que eleva la Consulta se inclina por la primera de las soluciones ofertadas arguyendo en favor de

esa tesis el principio de proporcionalidad de las penas que, en supuestos como el que da lugar a la consulta, se vería infringido al constatar la distinta gravedad de la conducta de quien comete un único robo con homicidio y quien, como en la causa de referencia, ha cometido, además de ese delito, dos delitos de agresión sexual, otro de homicidio y un quinto delito de robo con toma de rehenes.

La corrección a ese atentado al principio de proporcionalidad de la pena se canalizaría, conforme al criterio de la Fiscalía que consulta, tal y como ordena la sentencia condenatoria, aplicando los beneficios de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo sobre el total de penas resultante de la acumulación material o aritmética de las mismas y no al resultante de aplicar inicialmente la regla segunda del artículo 70 del Código Penal.

Las expresiones «sentenciados» y «pena impuesta» y «condenados» utilizadas respectivamente por el legislador en los artículos 98 y 100 del Código Penal pondrían de relieve la certeza de tal criterio hermeneútico. La Consulta concluye que «en ambos casos el legislador hace referencia clara y precisa a penas sentenciadas en el artículo 98 y a condenas y penas impuestas en el artículo 100».

Se argumenta, finalmente, sobre el texto del artículo 70.2 del Código Penal que fija en 30 años el máximo de cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad afirmando, en consecuencia, que carece de sustento legal que los beneficios penitenciarios «jueguen partiendo del cumplimiento efectivo de los 30 años por aplicación del límite del artículo 70.2.º del Código Penal».

La interpretación del tenor literal de la ley que ofrece el Fiscal consultante se asienta en lo que éste denomina *mens legislatoris* y es consecuencia de la terminología adoptada en los artículos 70, 98 y 100 del Código Penal que se analizan seguidamente.

1. El párrafo segundo del artículo 70 dispone que el máximo de cumplimiento de la condena no podrá exceder del triplo del tiempo porque se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no

podrá exceder de treinta años. No hay referencia alguna ni explícita ni tácita a que los límites legales coincidan o deban coincidir con tiempo efectivo de estancia en presidio. El cómputo de tales límites, el triplo de la más grave y los treinta años, como el resto de magnitudes utilizadas en el Código Penal, es cómputo jurídico.

La praxis judicial y la dicción del Código Penal refuerzan el sentido de la exégesis aceptada por cuanto no es sólo posible sino constatable que frecuentemente una pena corta de prisión se suspenda condicionalmente por la aplicación del instituto de la condena condicional. Con su aplicación, aun cuando no se cumpla físicamente la pena, no por ello se vulnera la legalidad sino que se reafirma. La Remisión Condicional, la Redención de penas por el trabajo y la Libertad Condicional se ubican sistemáticamente en el mismo capítulo del Código Penal, el 5.º del Título III del Libro I, dedicado a la ejecución de las penas, y constituyen modos distintos de proceder a su cumplimiento.

De otro modo: el cumplimiento efectivo de las penas, su ejecución deberá abordarse —principio de legalidad en la ejecución, art. 81 del CP— en atención y con el tamiz ofrecido por las normas vigentes en materia de ejecución de penas, que no son otras que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica General Penitenciaria, Reglamento Penitenciario y preceptos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, que permanecen en vigor conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento de 8 de mayo de 1981. Tales normas determinan la existencia de derechos y beneficios penitenciarios que modelan normalmente el rigor de las penas impuestas en sentencia.

2. Se argumenta además en la Consulta la dicción del artículo 98 del Código Penal. La definición del instituto de la Libertad Condicional y en particular el primero de los presupuestos de su aplicación, «sentenciados a más de un año de privación de libertad», no sugiere, como se propone, que tal beneficio opere sobre el total aritmético de condenas. La propia sentencia que ha servido de antecedente a la consulta había condenado inicialmente a cincuenta y nueve años, aplicando inmediatamente después en la propia parte dispositiva del fallo el correctivo legal de los treinta años. Con las salvedades que posteriormente se analizarán, el total de años a que fue «sentenciado» el procesado, aplicando la regla segunda del ar-

título 70 del Código Penal en la resolución condenatoria fue de treinta años y no de cincuenta y nueve como se postula.

No ofrece duda la viabilidad de aplicar en la propia sentencia condenatoria los límites legales al sistema cumulativo descrito en el primer párrafo del artículo 70.

En ese sentido se orientó la Consulta núm. 3/1989, de 12 de mayo, al señalar que la regla segunda del artículo 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión y pluralidad inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario y que se resuelve en la sentencia y otro cuando median conexión y pluralidad sucesiva mediante la acumulación de causas o procedimientos resolviendo su aplicación en auto.

3. Análogo canon hermenéutico —porque idéntica es la terminología utilizada— merece el artículo 100 del Código Penal, que define la redención de penas por el trabajo. El presupuesto de partida «condenados a penas de reclusión...» conduce a la sentencia de condena como referencia obligada.

III

Para la resolución de la Consulta es central determinar si en fase de ejecución y cuando se aplican los límites correctores y en particular el de los treinta años previstos en el párrafo 2.º del artículo 70 del Código Penal al sistema cumulativo utilizado para resolver los problemas penológicos derivados del concurso real de delitos, continúan o no vigentes todas y cada una de las penas separadamente impuestas. Es decir, si las penas asignadas en sentencia a cada uno de los ilícitos enjuiciados pierden o mantienen su identidad en favor de la pena resultante de aplicar los topes establecidos al legislar el párrafo segundo citado.

1. La respuesta al interrogante anterior requiere de un análisis separado para cada una de las hipótesis en la que operan los correctivos legales, el del triplo de la pena más grave y el de los 30 años. En fase de ejecución penal, el primero de ellos y por su propia redacción goza de mayor proximidad que el segundo a una consideración individualizada de los factores que conforman la

pena globalmente impuesta. Es más perceptible, pues, singularizar cada una de las penas que integran el conjunto cuando el legislador declara «triple de la mayor» que cuando usa de la expresión «treinta años».

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, impone un punto de inflexión en los cánones de ejecución de penas privativas de libertad al introducir en su artículo 72 el denominado sistema de individualización científica de la condena, distinto del arcaico modelo progresivo que todavía anida en el artículo 84 del Código Penal —inexplicablemente mantenido pese a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983—, y en el que se contemplan los cuatro conocidos grados como referencias acotadas para el tratamiento resocializador. Sigue constituyendo la cúspide del sistema el instituto de la libertad condicional cuyas raíces se hunden en el sistema progresivo clásico y que no ha sido alterada en su formulación legal pese a las últimas modificaciones operadas en el Código Penal.

Cuando de varias penas se tratare, lo que es aplicable a las hipótesis de acumulación jurídica de condenas, el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981 preceptúa en su párrafo c) que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarla de la suma total». La redacción del párrafo citado guarda perfecta armonía con los otros tres que comprende el precepto y que prescriben, a los efectos del cómputo de las tres cuartas partes, la rebaja del tiempo de condena que fuera objeto de indulto y demás beneficios penitenciarios «como si se tratara de una nueva pena de inferior duración». En los supuestos de pluralidad de penas, la libertad condicional no opera separadamente sobre cada una de ellas sino sobre el conjunto de las mismas. Consiguientemente el artículo que desarrolla el 98 del Código Penal se orienta, de forma indisimulada, hacia una unidad global de ejecución. De igual modo, los tres grados de tratamiento penitenciario que preceden al de la libertad condicional y que conforman la totalidad de la ejecución penitenciaria deben orientarse en idéntico sentido.

2. Resuelto afirmativamente el primero de los interrogantes para los supuestos de coexistencias de penas individuales, no debe

ofrecer dudas el análisis de las hipótesis en que las penas quedan preteridas en favor del límite de los treinta años. Si cuando concurren diversos delitos la ejecución penal y penitenciaria opera sobre la integridad de los mismos, menor dificultad ofrece la aceptación de esa cohesión en fase ejecutoria cuando la propia sentencia ha aplicado el límite de los treinta años. En dicho supuesto ha sido el propio juzgador en fase de determinación judicial de la pena quien ha precisado y concretado previamente sobre qué magnitud debe de actuar la ejecución penitenciaria.

No era otra la conclusión que ofrecía una observación histórica del instituto de la libertad condicional. La doctrina científica insistía en señalar que el artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1914 acogía la libertad condicional para los penados «que se encuentren en el cuarto período de condena», ponía de relieve que las previsiones no se hacían sobre penas determinadas e individualizadas, sino sobre sentencias o condenas que superasen el año de privación de libertad. De tal modo que el redactado legal se orientaba en el sentido de la unidad global de ejecución.

En los supuestos de penas que debían de ser cumplidas sucesivamente, la terminología legal, que inducía a confusión, se benefició, en su momento, del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. Este, en su artículo 56 establecía que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, las que sean superiores a las de arresto serán consideradas como una sola de mayor duración a efectos de aplicación de la libertad condicional». El referido precepto ya fue criticado en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1968, que constataba que conforme al artículo 70, las penas se imponían individualizadas y debían de cumplirse sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad. La praxis, en cualquier caso, era contundente en favor del Reglamento del 56, como señaló la doctrina científica respecto del denominado sistema de la libertad discontinua. Carecía de sentido, en efecto, excarcelar al recluso por aplicación de la libertad condicional respecto de la primera de las penas impuestas, para reingresarle y reclasificarlo después, una vez cumplido el tiempo del cuarto grado de tratamiento respecto de la condena extinguida.

Las precedentes consideraciones son aplicables *mutatis mutandis* a lo actualmente regulado en la ejecución penal y penitenciaria

que debe de responder a las exigencias del artículo 25.2 de la Constitución y a los artículos 59 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

3. Cuando las penas se refunden en aplicación del artículo 70 del Código Penal, se produce no sólo un cambio cuantitativo sino una modificación cualitativa, una novación de las penas singulares asignadas por ley —art. 70.2 CP— a cada uno de los ilícitos enjuiciados por una pena global de distinta duración a la adición de las anteriores y cuya definitiva conformación es tarea judicial. Se trata, pues, de una reacción unificada ante una pluralidad de actos criminales.

En la doctrina alemana, con el principio de la pena unitaria, aplicable al caso de la prohibición de rebasar el límite de los treinta años, se entiende que los varios hechos que han servido de base a la misma perderán en último término su autonomía, excepción hecha, obviamente, de los futuros efectos para la apreciación de la reincidencia. Ya la jurisprudencia ha manifestado con alguna insistencia que la limitación sectorial referida a cada una de las penas se aleja de la concepción moderna de la pena entendida como una institución unitaria referida a una persona determinada.

La clasificación y el tratamiento penitenciario operan sobre una verdadera unidad de ejecución en la que se van integrando las condenas que van quedando firmes mientras el reo se encuentra todavía cumpliendo otras penas privativas de libertad.

La consagración jurídica de la unidad de ejecución en España dispone de un soporte reglamentario que corrige las rigideces legales. La unidad de ejecución, es decir, la consideración conjunta de la condena, tiene como horizonte normativo el artículo 70 del Código Penal, que ofrece tres distintas respuestas y no más: la suma aritmética de las penas, el triplo de la pena más grave y los treinta años. Esos constituyen los únicos referentes imperativos para el juzgador y de entre ellos debe de optarse por el más beneficioso para el penado para aplicarle posteriormente, y a partir de ese presupuesto anterior, los derechos y beneficios de carácter penitenciario.

Las anteriores consideraciones son aplicables al derecho a la redención ordinaria de penas y demás beneficios penitenciarios puesto que a los mismos se refieren no sólo los artículos 100 del Código Penal y 65 y siguientes del Reglamento de los Servicios de

Prisiones de 2 de febrero de 1956 sino, además, el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981. La redención se calcula sobre la condena impuesta —art.76.2c)— y no sobre el montante global de penas que prescinda de los límites legales como sugiere la Consulta formulada.

IV

El principio de legalidad en la ejecución establecido en el artículo 81 del Código Penal prohíbe la ejecución de las penas en forma distinta que la prescrita por la ley y reglamentos. A falta de desarrollo normativo, al que se refiere el artículo 78 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, su disposición transitoria primera declaró vigente los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La técnica que acoge la regla segunda del artículo 70 pasa por la inicial determinación de las penas individuales que corresponden a cada infracción, la posterior jerarquización de estas penas individuales ordenándolas en una escala de mayor a menor gravedad conforme a los parámetros establecidos en la regla 1.^a del artículo 70 que facilite el cumplimiento sucesivo de las penas, determinando posteriormente los límites que prevé la regla 2.^a del artículo 70 —triplo de la sanción más grave y los treinta años y aplicando finalmente ambos límites absoluto y relativo— a las penas ordenadas según su gravedad, optando por aquel que resulte para el reo como el más beneficioso. La elección de uno de los dos tipos produce un efecto de extinción de las penas que restan por debajo del mismo, pues el Código utiliza la expresión «dejando de extinguir».

Como se ha señalado anteriormente, la Consulta 3/1989, de 12 de mayo, se pronunció en el sentido de que la Regla 2.^a del artículo 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión y pluralidad inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario y que se resuelve en la sentencia. Y otro, cuando median conexión y pluralidad sucesiva, mediante la acumulación de causas o procedimientos, resolviendo su aplicación mediante Auto. En consecuencia, a la ejecutoria se llega en un momento procesal posterior al de la fijación de los límites ordenados por el legislador.

Corolario inevitable de lo anterior es que los derechos y beneficios de carácter penitenciario que operan en fase de ejecución penal y penitenciaria disponen como condicionante obligado la previa aplicación de las reglas del concurso real de delitos. No es posible alterar el orden procesal y computar previamente los beneficios penitenciarios sobre la base de evitar en la práctica los cálculos matemáticos ordenados en el artículo 70 del Código Penal.

A las dos liquidaciones antedichas se refiere el número 2 del artículo 67 del Reglamento Penitenciario, que dispone: «tres meses antes del cumplimiento de la condena, el Director del Establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de licenciamiento definitivo para el día en que el penado deje extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia y habida cuenta de los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena». El precepto constituye un exponente de la existencia de dos cómputos o balances distintos de condena, la primera practicada en la sentencia, y en el que, conforme a las reglas establecidas en el Código Penal para la determinación judicial de la pena —entre las que se encuentra la establecida para el concurso real de delitos—, se asienta la concreción legal del marco penal y otra posterior, a propuesta del centro, computados ya los beneficios de carácter penitenciario, y que se refiere al cumplimiento efectivo de días de privación de libertad.

V

La resolución que justifica la Consulta al aplicar la regla segunda del artículo 70 Código Penal no resuelve condenando a treinta años de privación de libertad, sino que el pronunciamiento es del tenor siguiente: «fijamos como tiempo máximo que puede estar efectivamente privado de libertad el de treinta años...». Se trata de una desviación a lo ordenado por el precepto cuya literalidad se ha descrito y cuyo texto discrepa sustancialmente de lo expresado por el legislador. Un tratamiento en profundidad merecía de análisis singularizado que excede del ámbito de lo que se consulta. Debe, en cualquier caso, cumplirse la garantía de ejecución contenido en el artículo 81 del Código Penal vigente.

Tampoco se formula en Consulta lo que es apreciable en una primera lectura del texto de la sentencia. En ella se establecen bases para la aplicación del instituto de libertad condicional y otros beneficios de carácter penitenciario cuya aprobación tiene encomendada —en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 117, 3.º de la Constitución y arts. 100, 98 y concordantes del CP, 76 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 63 a 66 del Reglamento Penitenciario de 1981— el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyas competencias en la materia no son renunciables.

VI

La primera de las razones esgrimidas en la Consulta en favor de un mayor rigor retributivo para los supuestos como el analizado, pone de relieve discrepancias con el sistema de acumulación jurídica de condenas utilizado por el legislador para solventar penológicamente los supuestos de concurso real o material de delitos. En particular con la regla segunda del artículo 70, que mitiga el rigor del principio de acumulación material expresado en el primer párrafo.

Las limitaciones previstas en el artículo 70 del Código Penal operan en la práctica como cláusulas de impunidad para los delitos que excedan de los topes previstos. Se detectó ya en el XIX que la moderación impuesta por la acumulación jurídica suponía una rebaja a quienes delinquieren «al por mayor». Que los límites no guardan relación alguna con el número y gravedad de los hechos cometidos. Se ha cuestionado acerca de los motivos de la restricción hasta el triplo de la sanción más grave en lugar del duplo, el cuádruplo o el quíntuplo. Se afirmó también por la doctrina científica que los límites previstos en el artículo 70 del Código Penal conducían a castigar con la misma sanción un asesinato que veinte.

No es objeto de novedad doctrinal la reflexión vertida en la Consulta de la que se infiere que la regla segunda del artículo 70 del Código Penal dispone, como también señaló la doctrina científica, de un significado análogo a la categoría de la atipicidad en cuanto que la ley declara la irrelevancia punitiva de las sanciones que trascienden los límites mencionados.

No se menciona, por el contrario, en los fundados argumentos esgrimidos por la Fiscalía consultante, que el sistema de acumulación utilizado por el legislador español es el más riguroso de los que se prevén en el Derecho comparado para las consecuencias jurídicas concursales y que es el criterio que mejor acomodo encuentra en la teoría penal absoluta de la retribución. Que con el sistema de acumulación se produce un efecto distorsionador de los fines de la pena, pues la suma de sanciones tiene que alterar necesariamente los efectos preventivos buscados con cada pena individual.

Como ha señalado la doctrina y la propia jurisprudencia, es perceptible que el sistema español vigente conduce con frecuencia a la imposición de penas de exagerada duración que, en términos generales, vienen rechazadas en las orientaciones político-criminales de esta época en el Derecho Penal Europeo y que venían corregidas, de algún modo, en el Proyecto de Código Penal de 1992.

Subyace en la Consulta una reflexión apuntada en otras anteriores y de la que participa la sociedad en su conjunto, destinataria final del ordenamiento penal, acerca de la desproporción existente entre la pena impuesta en las sentencias de los Tribunales y la que se observa efectivamente por la estancia física del penado en el medio carcelario. Aun cuando un abordaje en profundidad del problema excede del marco de lo que se cuestiona en la presente Consulta es notorio que lo central en la referida desviación de lo fijado en la resolución condenatoria lo constituye la concesión indiscriminada y en ocasiones graciosa de derechos y beneficios penitenciarios sin que en la misma se ponderen debidamente los requisitos para su proposición.

La corrección de esos excesos requiere necesariamente de una intervención rigurosa del Ministerio Fiscal en fase de ejecución penal y penitenciaria evitando en lo posible la aprobación de derechos y beneficios penitenciarios sin las condiciones y presupuestos exigidos por el legislador.

El obligado control que los señores Fiscales deberán ejercer en los expedientes penitenciarios para asegurar, en defensa de la legalidad, el cumplimiento de todos los presupuestos exigibles para la aprobación de los derechos y beneficios propios de la fase de ejecución, para evitar que por vía penitenciaria se hagan irrisorios los mandatos contenidos en las sentencias condenatorias, es perfecta-

mente compatible con el obligado respeto a las finalidades asignadas a la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española.

En conclusión, en los supuestos de acumulación jurídica de condenas en los que se imponga treinta años de privación de libertad, máximo a cumplir conforme a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 70 del Código Penal, el citado límite legal representa al punto de referencia obligado para computar, a partir del mismo, los descuentos correspondientes a la aplicación de los derechos y beneficios penitenciarios a los que se haya hecho acreedor el penado.