



Roj: **STS 4583/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:4583**

Id Cendoj: **28079120012006100809**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2006**

Nº de Recurso: **10/2005**

Nº de Resolución: **748/2006**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil seis.

En el recurso de casación para la unificación de doctrina que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Rogelio , contra el auto de 14 de Junio de 2005, dictado por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Carretero Herranz.

### **I. ANTECEDENTES**

Primero.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en Expediente 232/03, seguido contra Rogelio , y una vez concluso lo remitió a la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 14 de Junio de 2005 dictó auto que contiene los siguientes HECHOS:

"PRIMERO.- En el expediente ya referenciado y con fecha 16 de Febrero de 2005 el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria desestimó la queja de la defensa del penado Rogelio contra el acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 26 de Julio de 2004 sobre mantenimiento de su clasificación en segundo grado.- SEGUNDO.- La referida defensa interpuso recurso de apelación siendo admitido a trámite por providencia de 19 de Abril de 2005 y elevado el expediente a esta Sección en virtud de resolución del Juzgado de 23 de Mayo siguiente.- TERCERO.- Formado el presente Rollo, se señaló y ha tenido lugar la vista con informe del Letrado del apelante y del Ministerio Fiscal, ello previa presentación por la defensa el mismo día 13 de escrito con determinados documentos en apoyo de su recurso". (sic)

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

"LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la defensa- representación del penado Rogelio contra auto de fecha 16 de Febrero de 2005 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en Expediente 232/03 , resolución que se confirma en los términos establecidos por esta Sección 4ª en su auto de 17 de Marzo de 2005 sobre aplicación del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario .- Notifíquese el presente Auto a las partes con las indicaciones que establece el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ". (sic)

Tercero.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina por la representación de Rogelio , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por el art. 5.4 de la LOPJ , de la denuncia vulneración de los arts. 24, 14 y 9 de la C.E .



SEGUNDO: Por igual vía, infracción del art. 14 de la C.E .

TERCERO: Por igual vía, denuncia infracción del art. 24.1 de la C.E . –tutela judicial–.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 5 de Abril de 2006. En el presente recurso se cumplieron todos los plazos procesales excepto en el de dictar sentencia por la complejidad del tema.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario ha sido creado por la Ley Orgánica 5/2003 de 27 de Mayo, que modificó la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio , Ley Orgánica del Poder Judicial, que –en su apartado séptimo– dispone lo siguiente: "contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada".

Segundo.- No es la primera vez que nuestro ordenamiento jurídico penal configura un recurso de esta naturaleza, atribuido a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En efecto, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero , reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ya había desarrollado, en su artículo 42, un recurso de casación para la unificación de doctrina en la aplicación de determinadas medidas a los menores infractores del Código Penal, propias de su ámbito de actuación. De igual manera, esta Sala Casacional también aprovechó una de las primeras ocasiones para pronunciarse sobre sus contornos jurídico jurídico-procesales, como es exponente el Auto de 25 de Noviembre de 2002 , al resolver un recurso de queja frente a la inadmisión del mismo, así como la Sentencia de esta Sala número 115/2003, de 3 de Febrero .

Tercero.- Las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria son los autos dictados tanto por las Audiencia Provinciales como, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean recurribles directamente mediante el recurso de casación ordinario. Se tratará, en consecuencia, de autos dictados en apelación por las Audiencia Provinciales (en su caso, la Audiencia Nacional), procedentes a su vez de resoluciones judiciales dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que cumplan con los requisitos que más adelante expondremos. No podrá acceder a la unificación de doctrina los autos susceptibles de recurso de casación "directo", que lo serán aquellos que determinen el máximo de cumplimiento de la pena impuesta, o en su caso, se deniegue tal fijación ( apartado 6 de la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). al decidir este recurso de unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no tiene necesariamente que optar por una u otra doctrina legal aplicada por los órganos jurisdiccionales en conflicto, sino que puede resolver también la controversia mediante una tercera interpretación que tenga por precedente, indicando que ésa es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable. En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de hecho y de derecho aplicado y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas



divergentes que han de ser "unificadas" por este Alto Tribunal. En definitiva, la finalidad de este recurso es lograr la unidad de interpretación y aplicación del orden normativo jurídico-penal en materia penitenciaria, lo que corresponde inequívocamente a esta Sala Casacional como último intérprete de la legalidad ordinaria penal. Por ello, nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Este recurso exige, como ya hemos adelantado, la concurrencia de dos requisitos: identidad de hecho y de derecho aplicado y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de hecho y de derecho, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos de hechos sustancialmente iguales a los que se le aplicó la misma norma, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, sin razón alguna que lo justifique, salvo una diferente interpretación de un mismo precepto legal. Esta situación debe ser corregida por esta Sala Casacional, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad y el de seguridad jurídica. Ahora bien, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro Tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad reglada en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos que se justifican en una falta de sustancial igualdad, o fruto de la corrección en la respuesta que faculta aquella discrecionalidad. Es por ello que en esta materia serán sustanciales los (estrictos) pormenores fácticos del caso enjuiciado, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro. No puede olvidarse que en materia penitenciaria la aplicación de la Ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, presupuesto que es también necesario para la activación del recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es necesaria la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Será necesario en consecuencia alegar dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro caso sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina de esta materia. Obvio es decirlo, que si se trata de una Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional, la resolución tomará la forma de Auto, y si lo es del Tribunal Supremo, será una Sentencia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada pueden ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la Ley, en relación con sus efectos, que "los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada".

Cuarto.- Aplicando la anterior doctrina el presente caso enjuiciado, verificamos que, en efecto, el auto recurrido en casación de 14 de Junio de 2005 de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, recurso que ha sido formalizado por la representación del penado Rogelio, responde a las características exigidas en la Disposición Adicional Quinta de la L.O. 6/85 –LOPJ– en la actual redacción dada por la L.O. 5/2003 que creo, precisamente, este recurso de unificación de doctrina.

Se trata –el auto recurrido– de una resolución dictada en grado de apelación por la expresada Sección IV que resolvió, desestimándolo, el recurso de apelación previamente instado por la representación del penado citado contra el auto de 16 de Febrero de 2005 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria. En el escrito de formalización del recurso se especifican los tres motivos de casación a través de los cuales se ataca y cuestiona el auto de la Sección IV sometido al presente trance casacional.

El primer motivo por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia como infringidos los arts. 9-3º y 25 de la Constitución Española. En concreto se denuncia la vulneración del Principio de Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables en la interpretación que se sostiene en el auto, y ello en base a que el penado/recurrente cometió los hechos en el año 2000, y por tanto mucho antes de que entrara en vigor



la L.O. 7/2003, que lo hizo al día siguiente de su publicación en el BOE –ocurrida el 1 de Julio de 2003–. Pues bien, se argumenta en el motivo que en el auto se aplica –en perjuicio del reo– la legalidad penal derivada de la L.O. 7/2003 porque en la propia disposición transitoria única está prevista que la modificación de los arts. 90 y 93-2º del Código Penal que dicha Ley modificó “...será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su auto en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena....”.

No se oculta el profundo calado de la denuncia que se efectúa, pues viene a equivaler a denunciar la inconstitucionalidad de tal Disposición Transitoria Unica de la L.O. 7/2003 por atentar contra el principio de no retroactividad de las leyes penales perjudiciales para el penado, cuyo rango constitucional es indiscutible, siendo desde esta perspectiva constitucional que debe ser interpretado y aplicado el principio de legalidad penal, de suerte que éste existe en tanto en cuanto respete las jerarquías de normas, que no termina en el Código Penal, sino que tiene su vértice superior en la Constitución, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en exclusiva, la competencia de depurar el Ordenamiento Jurídico –también el Penal– de aquellas normas que no estén acordadas en la Constitución y correspondiendo a la jurisdicción ordinaria –en este caso del orden penal–, la más concreta función de, si es posible, acomodar la interpretación de la norma penal a las exigencias constitucionales.

En todo caso, se trata de una cuestión que sobrepasa y desborda los concretos límites y ámbito del Recurso de Unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, en los términos en que ha sido formalizado.

Como ya hemos dicho en los fundamentos anteriores este recurso se integra por cuatro elementos que son los que le dan vida: a) identidad de hecho entre el caso cometido a debate y otros idénticos resueltos por otros Tribunales del mismo grado –a tales efectos, la Audiencia Nacional está equiparada a una Audiencia Provincial, sólo que con competencia objetiva especializada y ámbito territorial estatal, pero no es de superior grado a las Audiencias Provinciales–, b) identidad de la norma aplicable tanto en la resolución cuestionada como en las de contraste, c) contradicción de la doctrina aplicada, en este caso por la Audiencia Nacional en relación con los otros Tribunales cuyas resoluciones deben aportarse con el recurso –y se aportaron por el recurrente–, que actúan como sentencias de contraste y d) relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida. Estos elementos que vertebran el recurso de unificación están directamente relacionados con la razón de ser del recurso: hechos y situaciones exactamente iguales deben exigir identidad en la respuesta en garantía del principio de igualdad y de seguridad jurídica, cuya observancia corresponde específicamente a esta Sala como último garante de la legalidad ordinaria penal, facilitando el principio de seguridad jurídica de todo el sistema – art. 9-3º C.E .–, como ya se ha dicho.

De acuerdo con cuanto antecede, hay que convenir que la cuestión que se suscita en este motivo primero queda extramuros del recurso formalizado por lo que debe ser rechazado, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente fundamento.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- Pasamos al estudio del motivo segundo que por el mismo cauce que el anterior denuncia la violación del art. 14 C.E . –principio de igualdad–.

Es este motivo el que incide directamente en el ámbito del recurso formalizado. El recurrente se queja y cuestiona la interpretación que se efectuó en el Auto de la Sección IV de la Audiencia Nacional que confirmando la decisión del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, rechazó la progresión a tercer grado del recurrente por dos razones:

a) Por una razón jurídica, al no darse el requisito legal del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta conforme al art. 36-2º del Código Penal reformado por L.O. 7/2003 al que se remite el art. 72-5º L.G.P. introducida por L.O. 7/2003 .

b) Por una razón fáctica: el recurrente fue condenado con anterioridad en Francia por un delito de la misma naturaleza por el que ha sido condenado en España, y la falta de acreditación fehaciente de un proyecto laboral definido.

Nos centraremos en la primera razón aludida que integra el núcleo del recurso formalizado.

Como resoluciones de contraste que han abordado la cuestión jurídica de la existencia del cumplimiento o no de la mitad del tiempo de condena de prisión impuesta en la sentencia para acceder al tercer grado penitenciario, o lo que es igual, la aplicación de la Disposición Transitoria Unica cita el recurrente, y acompaña los siguientes:

- Auto de 6 de Junio de 2004. A.P. de Madrid. Sección V .



- Auto de 15 de Junio de 2004. A.P. de Barcelona. Sección IX. - Auto de 14 de Marzo de 2005. A.P. de Cádiz. Sección IV. - Auto de 21 de Enero de 2005. A.P. de Vizcaya. Sección II .

- Auto de 11 de Junio de 2004. A.P. de Zaragoza. Sección I .

También acompaña fotocopia de la Instrucción de 15 de Marzo de 2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre aplicación de las normas de Clasificación y Tratamiento.

Es obvio que sólo debemos centrar nuestro estudio en los autos más arriba reseñados pues sólo ellos tienen la naturaleza de resoluciones judiciales de otros órganos judiciales del mismo nivel dictados en apelación que la resolución cuestionada, y que aplican el derecho en una interpretación distinta a la que se efectúa en el auto cuestionado, partiendo unos y otros de la misma situación de hecho.

Así acotado el debate, verificamos que, en efecto, entre el auto recurrido y los citados de contraste existe una idéntica situación fáctica, pero una diferente interpretación y aplicación jurídica del mismo derecho.

Destacamos las siguientes reflexiones contenidas en las resoluciones de contraste citadas, todas ellas referidas y relativas a la no exigencia de la aplicación de tener cumplida la mitad de la pena de prisión para acceder al tercer grado penitenciario, que se exige a partir de la L.O. 7/2003 .

1 - Auto de 6 de Junio de 2004. Sección V A.P. de Madrid .

"...Como es evidente, la disposición transitoria no incluye las disposiciones del artículo 36 del Código Penal . Sin embargo, en este punto cabe interpretar lo siguiente: entre las exigencias del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para acudir al tercer grado aparece ahora la de cumplir los requisitos previstos por el Código Penal; como quiera que jamás hasta ahora contempló el Código Penal requisito alguno para acceder al tercer grado, se hace evidente que, quizá por una vía indirecta, se está exigiendo el cumplimiento del período de seguridad, previsto en el art. 36 (salvo que se haya acordado la aplicación del régimen general), en cualquier resolución posterior a 1 de julio de 2003 que pretenda acordar la progresión a tercer grado.

Ahora bien, esta interpretación supone, de un lado, imputar al legislador el uso de vías oblicuas en materia como el derecho sancionador que se rige por el principio de lex certa, y de otro, concluir que esa vía oblicua es la forma de disimulo de lo que, como se ha dicho, supondría una retroactividad nada inocua de una norma desfavorable y de contenido material genuinamente penal....".

2 - Auto de 15 de Junio de 2004. Sección IV A.P. de Barcelona .

"...La Constitución Española de 1978 garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y es a la luz de esta garantía como debemos interpretar la Disposición Transitoria Única de la L.O. 7/2003 . Independientemente del grado de retroactividad que dicha resolución establece, lo cierto es que se refiere a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal y 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a ...las decisiones que se adopten sobre dichas materias (circunstancias para acceder a la libertad condicional) desde su entrada en vigor con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena. No se incluye, pues, en la retroactividad que se declara el contenido del artículo 36.2 del Código Penal reformado que, por ello, no puede ser aplicado sino a hechos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica, es decir, a partir del día 2 de julio de 2003....".

3 - Auto de 14 de Marzo de 2005 Sección IV A.P. de Cádiz .

"...La Sala, aún reconociendo que en su momento se plantearon serias dudas doctrinales y hasta jurisprudenciales al respecto, y valga como muestra nuestra sentencia de 2 de abril de 2004 , en la que efectivamente sostuvimos la regla tempus regit actum, y en consonancia, entendimos que no se trata de una aplicación retroactiva proscrita por el art. 25 C.E Por el contrario, posteriormente consideramos que la abrumadora mayoría de las resoluciones de las Audiencias, viene entendiendo que al no abarcar dicha Disposición Transitoria específicamente el art. 36, sino los numerales 90 y 93.3 todos del Código Penal y 72.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria , puede solventarse el escollo en cuestión, y en definitiva entender que se trata de una materia que efectivamente, es aplicable al momento de valorar los elementos y requisitos que dichos preceptos contemplan, pero no el art. 36 del C.P . al que este expediente se refiere....".

4 - Auto de 21 de Enero de 2005 Sección II A.P. de Bilbao .

"...Ciertamente la privación de libertad se acuerda en sentencia y la clasificación en tercer grado o la progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario no da la libertad al penado, pero no cabe duda que su concesión reduce la intensidad de la pena. Y es que con independencia de los fines de reeducación y reinserción social a que se orientan las penas ( art. 25 C.E .) no puede olvidarse el componente aflictivo que conlleva toda pena, que es mayor en el caso de las penas privativas de libertad por afectar a un derecho fundamental ( art. 17 C.E .)



y mayor aún cuando se trata de penas de larga duración como son las superiores a cinco años de prisión. Por eso entendemos que una norma como el párrafo segundo del art. 36 del Código Penal tiene una naturaleza indudablemente penal.

Se trata de una norma penal y además hemos dicho desfavorable para el reo, luego, no puede aplicarse retroactivamente por respeto a los principios de seguridad jurídica y legalidad ( arts. 9.3 y 25 C.E .)....".

5- Auto de 11 de Junio de 2004 Sección I A.P. de Zaragoza. "...En consecuencia, y ,compaginando los principios fundamentales antes expuestos y la reforma del citado artículo 36-2 del Código Penal : no puede aplicarse su contenido, por ser perjudicial al reo, con carácter retroactivo a todos aquellos casos como el presente, en el que la fecha de la sentencia por la que se cumple condena sea de calenda anterior al día 2 de Julio de 2003, momento de entrada en vigor del artículo 36-2 en su nueva redacción: a no ser que se quieran infringir preceptos constitucionales de superior rango; puesto que la nueva redacción del tan citado artículo restringe derechos, que antes no lo estaban, para acceder al tercer grado penitenciario, ya que no se exigía antes de la L.O. 7/2003 que se tuviera cumplida la mitad de la condena en casos de ser superior a cinco años....".

La conclusión del estudio efectuado nos conduce indefectiblemente a verificar que la interpretación efectuada por la Sección IV de la Audiencia Nacional en el auto recurrido se aparta y es opuesta a la mantenida en las otras resoluciones de contraste citadas, existiendo una esencial identidad en los hechos a los que ha sido aplicado, tanto en las resoluciones de contraste como en la resolución objeto de recurso, y, finalmente la discrepancia de la interpretación de la misma norma que es relevante, pues ha sido dicha interpretación la causa de su derecho de la decisión adoptada.

Corresponde en este momento concretar cual de las dos interpretaciones es la correcta, o en su caso si existe una tercera interpretación distinta de las expresadas que deba estimarse como la correcta. No ha lugar a esta tercera vía. La contradicción existente entre las dos interpretaciones estudiadas y opuestas, debe ser resuelta por esta Sala en el sentido de estimar interpretación correcta la que fue efectuada por los autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona, Cádiz, Bilbao y Zaragoza, y por tanto, no ajustada a derecho la interpretación que se efectúa en el auto recurrido de 6 de Julio de 2005 de la Sección IV de la Audiencia Nacional .

La razón, expresada con unas u otras palabras se encuentra en todas las argumentaciones que se han reflejado más arriba que concluye con la declaración de no poder ser aplicado el requisito del cumplimiento de la mitad de la prisión impuesta para acceder al tercer grado penitenciario respecto de penados por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la L.O. 7/2003 es decir con anterioridad al 2 de Julio de 2003, porque siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Unica al art. 36 del C.P ., no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.

Dicho de otro modo, la Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los arts. 90 y 93-3º del Código Penal . En el presente caso, la resolución atacada, ha aplicado, además, extensivamente, dicha Disposición Transitoria al art. 36 del Código Penal que quedaba fuera del ámbito de dicha Disposición sin que pueda admitirse esa explicación por su naturaleza de interpretación extensiva en contra del reo por la vía oblicua del art. 72-5º de la LOGP , como efectuó la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En consecuencia, hay que declarar que la interpretación que efectúa la Sección IV de la Sala de lo Penal en el auto recurrido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta al penado para acceder al tercer grado penitenciario anunciando los hechos por los que ha sido condenado ocurrieran antes de la vigencia de la Ley 7/2003 , no es ajustado a derecho y por ello debe ser rectificada esa interpretación dando lugar, en consecuencia al éxito del motivo, y con él al recurso formalizado.

Procede la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para el dictado de nueva resolución.

Procede la estimación del motivo, siendo innecesario el estudio del tercero.

Sexto.- En conclusión procede admitir el recurso de unificación de doctrina, quedando fijada la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el recurso en el sentido expuesto.

Séptimo.- La estimación del recurso tiene como consecuencia la declaración de oficio de las costas del mismo.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al Recurso de Unificación de Doctrina en materia penitenciaria formalizado por la representación del interno Rogelio contra el auto de 14 de Junio de 2005



de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , y en consecuencia declaramos que el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Unica de la L.O. 7/2003 de 30 de Junio queda delimitado exclusivamente para los casos en los que sea procedente la aplicación del art. 90 y 93-2º del C.P . y 72-5º y 6º de la LOGP , debiéndose excluir de su aplicación cualquier otro precepto del C.P. que no venga expresamente mencioando en dicha Disposición. Por tanto, queda fuera de la vigencia extraordinaria que dicha Disposición declara, el art. 36 del C.P . en su versión anterior la Ley 7/2003 . En consecuencia no es exigible el cumplimiento de la mitad de la condena de prisión a los penados por hechos delictivos cometidos antes de la vigencia de la actual redacción del art. 36, y por tanto sólo les será aplicable la exigencia del cuimplimiento de la mitad de la condena de prisión cuando los hechos se hayan cometido con posterioridad a la vigencia del texto del art. 36-2º, que entró en vigor el día 2 de Julio de 2003.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última a fin de que proceda al dictado de otra resolución ajustada a la doctrina que aquí ha quedado fijada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

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