



Roj: **STS 1592/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1592**

Id Cendoj: **28079120012017100316**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2017**

Nº de Recurso: **10008/2017**

Nº de Resolución: **298/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 298/2017

Fecha de sentencia: 27/04/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P) Número del procedimiento: 10008/2017 P Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 05/04/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández Transcrito por: ARB Nota:

Resumen Auto denegando revisión de pena.- Desestimatoria.- RECURSO CASACION (P) núm.: 10008/2017 P Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

Sentencia núm. 298/2017

Excmos. Sres. D. Manuel Marchena Gómez D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Pablo Llàrena Conde D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 27 de abril de 2017. Esta sala ha visto el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **D. Fabio**, representado por su procurador D. Nicolás Álvarez del Real, bajo la dirección letrada de D. Francisco Miranda Velasco, contra auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 14 de noviembre de 2016, en ejecutoria número 156/2008 (11-M), seguida contra Fabio, acordando que no procede la revisión de la pena impuesta en Sentencia al penado referido, solicitada por su representación procesal, al amparo de la reforma operada por LO 1/2015 en el Código Penal. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria número 156/2008, seguida contra Fabio, se dictó auto, con fecha 14 de noviembre de 2016, que contiene los siguientes **HECHOS**:

«Primero.- Por la representación procesal del penado Fabio se presentó escrito solicitando la revisión de la pena impuesta en Sentencia, al amparo de lo dispuesto en la L.O. 1/2015. Segundo.- Conferido traslado al Ministerio fiscal, por el mismo se emitió informe en el sentido de oponerse a lo solicitado, al considerar que no procede la revisión de la pena impuesta»(sic).

SEGUNDO.- La Sección 2ª de la Sala de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«No procede la revisión de la pena impuesta en Sentencia al penado Fabio, solicitada por su representación procesal, al amparo de la reforma operada por LO 1/2015 en el Código Penal»(sic).

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por la representación de **D. Fabio**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a

Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Fabio** , lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Tal y como exponíamos en líneas precedentes, el artículo 849.1 de la LECrim , establece como motivo de casación por infracción de ley o error de derecho, lo siguiente: "Cuando, dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal". A) De las infracciones de ley en las que incurre el auto recurrido: esa representación entiende infringido por un lado lo estipulado en las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la LO 5/2010 . B) De la pena de prisión permanente revisable. C) De la procedencia de la revisión interesada. D) De la determinación de la pena más favorable.

2.- Se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna , toda vez que el Auto que recurre por medio del presente incurre, con todos los respetos y desde el más estricto derecho de defensa es una clara carencia de fundamentación.

QUINTO. - Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, interesa su inadmisión a trámite y subsidiariamente lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de Abril de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia nº 65/2007, de 31 de octubre, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , el recurrente Fabio fue condenado como responsable en concepto de cooperador necesario de ciento noventa y dos delitos de homicidio terrorista consumados en concurso ideal con dos delitos de aborto, mil novecientos noventa y un delitos de homicidio terrorista en grado de tentativa, cinco delitos de estragos terroristas y como autor de un delito de falsificación de placas de matrícula de vehículo automóvil, con la atenuante de anomalía psíquica, a las penas de veinticinco años de prisión por cada delito de homicidio terrorista consumado, quince años de prisión por cada delito de homicidio terrorista en grado de tentativa y diez años de prisión por cada uno de los cinco delitos de estragos terroristas, e inhabilitación absoluta por un tiempo superior en seis años al de duración de las penas privativas de libertad y la prohibición del derecho de acudir al lugar de residencia de las víctimas y de comisión del delito por tiempo de diez años, y seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de 50 €, por la falsificación de placas de matrícula, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo, absolviéndole de los demás delitos de que venía acusado. Esta Sala, al resolver el recurso de casación interpuesto por el recurrente confirmó las penas que le habían sido impuestas. De conformidad con el artículo 76.1.d) del Código Penal , la pena fue limitada a un máximo de cumplimiento efectivo de cuarenta años. El recurrente solicitó de la Audiencia Nacional la aplicación retroactiva de las normas contenidas en el Código Penal tras la reforma operada en el mismo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, ya que entendía que la nueva regulación, que suponía la imposición de la pena de prisión permanente revisable, le resultaba más beneficiosa. La Audiencia Nacional denegó la revisión mediante Auto de 14 de noviembre de 2016 , contra el que interpone recurso de casación. en el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción del artículo 2.2 del Código Penal y de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015 , (aunque cite erróneamente la LO 5/2010). Argumenta que la revisión es posible; que en la determinación de la ley más favorable no solo hay que tener en cuenta la pena impuesta y la imponible con arreglo a la nueva ley, sino también las normas de ejecución; y que la nueva regulación, desde esa perspectiva, es más favorable.

1. Según el artículo 2.2 del Código Penal , tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Por otro lado, nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015 , aunque no aparecen en la LO 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos. En dichas disposiciones se establece el efecto retroactivo de las disposiciones más favorables, reiterando lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal . Se precisa, sin embargo, en primer lugar, que en la determinación de la ley más favorable deberán ser tenidas en cuenta las normas completas del Código en su redacción anterior y las resultantes de la reforma; en segundo lugar, que se aplicará la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial; y que en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al

hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, exceptuándose el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad, pues, en tal caso, deberá revisarse la sentencia. De esta regulación resulta que el criterio aplicable para establecer la disposición más favorable se referencia a la pena impuesta y a la que sería imponible con arreglo a la nueva regulación, sin que se haga mención alguna a los criterios o sistemas de ejecución. No obstante, ha de tenerse en cuenta que algunas de las normas relativas a las formas de ejecución de las penas repercuten en la duración temporal efectiva de las mismas, por lo que cabe plantearse si pueden ser valoradas igualmente. La respuesta ha de ser afirmativa, si bien con una importante precisión. La disposición más favorable habrá de ser determinada considerándola taxativamente, y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En consecuencia, prescindiendo de las particularidades que resultarían del caso particular de cada penado en la ejecución de las penas, solamente podrán ser valoradas a estos efectos aquellas normas de aplicación ineludible, no dependientes de las particularidades de la situación individual de cada penado, que afecten a la duración efectiva de la pena.

2. Con independencia de las argumentaciones del recurrente, que se sitúan en el escenario más favorable, ha de partirse de un hecho incontestable: la pena impuesta, después del establecimiento de un límite de cumplimiento, queda establecida en un máximo de cuarenta años, mientras que la prisión permanente revisable, no está limitada en su extensión temporal. Por ello, considerada taxativamente, resulta de mayor gravedad que la anterior. Y, aunque pueda tener una duración menor en privación efectiva de libertad, esa posibilidad depende de la decisión del Tribunal, que habrá de valorar las circunstancias del penado, las cuales, en la medida en que dependen de cada caso concreto, no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la determinación de la disposición más favorable, según las reglas antes expuestas. De todas maneras no consta ningún dato que permita sostener que la expectativa de una reducción del tiempo de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable pudiera ser considerada como razonable. El recurrente argumenta que, de acuerdo con las normas aplicables en el momento de comisión de los hechos, la condena a cuarenta años de prisión implica que, en el mejor de los casos, no podrá acceder al tercer grado hasta haber cumplido efectivamente treinta y dos años, y a la libertad condicional hasta haber cumplido treinta y cinco años de prisión. De tal manera, dice, que en ningún caso podrá disfrutar de permisos ordinarios previamente a esas fechas de cumplimiento. Por el contrario, sostiene, que, a pesar de que lo dispuesto en el artículo 78 bis conduciría a una situación similar en cuanto al acceso al tercer grado y a la suspensión de la ejecución del resto de la pena, que sustituye a la libertad condicional, el artículo 36.1 del Código Penal, relativo a la prisión permanente revisable, permitiría un acceso al tercer grado una vez cumplidos los veinte años de prisión y que igualmente cabría la posibilidad de disfrutar de permisos penitenciarios una vez cumplidos doce años de prisión efectiva. Sin embargo, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, el recurrente parte de un error, pues de aplicarse la nueva redacción del Código Penal la pena imponible no sería una única pena de prisión permanente revisable, sino 192 penas de esa clase, según resulta del artículo 573 bis.1.1º, de forma que el precepto aplicable a los efectos discutidos no es el artículo 36.1, sino el artículo 78 bis, que se refiere expresamente a los casos en los que el sujeto haya sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, casos en los que el acceso al tercer grado y a la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá del cumplimiento efectivo de treinta y dos y treinta y cinco años de prisión respectivamente, según resulta del apartado 3 y del último párrafo del mencionado artículo 78 bis. En cuanto a estos aspectos, pues, la nueva regulación no es más favorable, por lo que no procede su aplicación retroactiva. Además, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, y entiende parte de la doctrina, la posibilidad de disfrute de permisos penitenciarios tiene una regulación, de necesaria aplicación, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, que determina que la regulación anterior sea más favorable. Pues, aunque en el artículo 78 bis no se contiene previsión alguna en este aspecto para los casos en que al sujeto se le hayan impuesto varias penas de prisión permanente revisable, el límite mínimo de doce años de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 36 para los casos de imposición de una única pena de aquella clase, sería aplicable supletoriamente, pues carecería de lógica una interpretación de la que resultara un periodo menor. Sin embargo, con la anterior redacción del Código Penal, ante la ausencia de previsión legal expresa sobre la materia, sería preciso acudir al Reglamento Penitenciario, que en el artículo 154 prevé un periodo mínimo de cumplimiento de diez años para los casos de una condena a cuarenta años, como es el caso. Por lo tanto, en este aspecto, resultaría más beneficiosa la regulación vigente al tiempo de comisión de los hechos. En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues entiende que el Auto impugnado carece de motivación, pues deniega la pretensión sin argumentos suficientes, limitándose a señalar que la prisión permanente revisable, por su vocación de permanencia es la más grave dentro de las existentes en nuestro ordenamiento, olvidándose del carácter revisable y sin proceder a una comparación íntegra de ambas normativas, por lo que incurre en incongruencia omisiva. Añade que se ha vulnerado el artículo 9.3 de la Constitución al omitir esa comparación.

1. Según ha venido declarando el Tribunal Constitucional (entre las más recientes, STC 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 3 y STC 33/2015, de 2 de marzo), "...el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La motivación de las Sentencias está expresamente prevista en el art. 120.3 CE y es, además, una exigencia deducible del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y posibilita su control mediante el sistema de recursos (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1; 146/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 42/2006, de 13 de febrero, FJ 7, o 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2)". La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho.

2. La lectura de la resolución recurrida en casación permite comprobar que no se ha producido ninguna de las vulneraciones denunciadas. La Audiencia ha expresado de forma perfectamente comprensible las razones de su decisión, argumentando acerca de las exigencias legales de la revisión y analizando si, en su criterio, la pena de prisión permanente revisable, en función de su naturaleza de pena que carece, en principio, de límite temporal, puede ser considerada menos grave que una pena de prisión limitada temporalmente, optando por la respuesta negativa. Y si ha omitido algunas consideraciones, tal forma de proceder puede encontrar explicación en el entendimiento de que las razones expuestas para denegar la revisión son ya suficientes. Es claro que la respuesta de la Audiencia Nacional puede no ser compartida, pero también lo es que constan expresamente las razones en las que se apoya, por lo que la discrepancia, legítima, no puede identificarse con ausencia de motivación suficiente. En consecuencia, el motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Fabio, contra auto dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección Segunda, con fecha 14 de noviembre de 2016, en ejecutoria nº 156/2008.

2º Imponer a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Pablo Llarena Conde Juan Saavedra Ruiz