

ABONO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CRÓNICA DEL ESPEJISMO DE UN CONFLICTO QUE ERA UN PROBLEMA DE *CALIDAD DE LA LEY*

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ORIGEN: DE NUEVO UN PROBLEMA DE CALIDAD DE LA LEY: II.1. *La regulación legislativa y la interpretación jurisprudencial del abono de la prisión provisional del penado mixto.* II.2. *La solución de la jurisdicción constitucional desde el derecho a la libertad.*—III. EL ESPEJISMO: UN CONFLICTO INEXISTENTE: III.1. *La recepción —crítica— de la doctrina constitucional por el Tribunal Supremo.* III.2. *La modificación del artículo 58.1 CP.*—IV. LA REALIDAD: EL TRIBUNAL SUPREMO COMO GARANTE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.—V. EPILOGO: CRÓNICA INCONCLUSA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La consagración de una jurisdicción constitucional en la Constitución Española de 1978 y el propio diseño de distribución de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han dado lugar a que en los más de treinta años de existencia de este último Tribunal hayan aparecido algunos supuestos de tensión entre ambas instituciones (1). Más allá de ello, también se

(1) BACIGALUPO ZAPATER (2002), pág. 1001, entonces Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, definió esta relación usando el término «conflicto», como también el actual Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, XIOL RÍOS (2008), pág. 1911, o ASENCIO MELLADO (2009), pág. 161. Sin embargo, PÉREZ TREMPs (2010), pág. 165, Magistrado del Tribunal Constitucional, prefiere utilizar, haciendo un inteligente juego de palabras, la expresión «*re-celos institucionales*» y hablar de manera menos dramática y, a mi parecer, más fiel a la realidad de la relación entre ambos Tribunales de «*existencia de ciertas tensiones*». En el mismo sentido, habla de tensiones DELGADO DEL RINCÓN (2007), pág. 633. Más drástico se muestra MENDIZÁBAL ALLENDE (2011), pág. 1, al hablar de «*tribunales enfrentados*». Sobre

ha pretendido incluir entre esas situaciones de fricción algunos casos en que un análisis reposado de la cuestión evidencia, más bien, un funcionamiento normal de la relación entre ambas instituciones y el respeto al ejercicio respectivo de funciones otorgadas por la Constitución. Uno de esos casos es el referido a la lectura constitucional que, *ex* artículo 17.1 CE —derecho a la libertad—, se realizó del abono de la prisión provisional del penado mixto en la STC 57/2008, de 28 de abril (2).

Ciertamente, la publicación de la STC 57/2008 fue recibida con tempranos comentarios muy críticos vertidos por operadores jurídicos bien vinculados a Instituciones Penitenciarias (3) bien a la judicatura (4). Incluso se vivió una verdadera rebelión contra dicha resolución en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que tuvo su plasmación en muy diversos Autos, en que se eludía la aplicación de la doctrina establecida en la STC 57/2008 (5). Ahora bien, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a pesar de hacer públicos sus reparos a dicha doctrina en la STS 1391/2009, de 10 de diciembre, no sólo no se mostró insumisa a su aplicación, sino que, en su condición de «*órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes*» (art. 123.1 CE), fue quien garantizó en sucesivas

la vinculación de esta difícil relación con el diseño constitucional de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, por todos, ARAGÓN REYES (2006), o PÉREZ TREMPs (2010), págs. 151-169, y, evidenciando que es una tensión estructural inherente a la propia figura de la jurisdicción constitucional que se repite en todos los países que han asumido este diseño, GARLICKI (2007).

(2) Así, por ejemplo, PÉREZ TREMPs (2010), págs. 165-167, no cita en su apretada crónica del desencuentro entre ambos Tribunales la STC 57/2008, como tampoco XIOL RÍOS (2008), págs. 1911-1915; ASENCIO MELLADO (2009), págs. 172-182, o ALCACER GUIRAO (2011), págs. 353-355. Sin embargo, entre los comentaristas del artículo 58 CP —con posterioridad a su reforma por LO 5/2010, de 22 de junio— no ha dejado de incidirse en el carácter crítico con el que se recibió en el Tribunal Supremo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y su carácter de principal impulsor de la reforma legal. Al respecto, BAUCCELLS LLADÓS (2011), págs. 572-573; BLAY GIL (2012), págs. 151-155; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011), págs. 204-209; GASCÓN INCHAUSTI/VILLAMARÍN LÓPEZ (2010), págs. 364-367, o JERICÓ OJER (2011), págs. 15-16.

(3) NISTAL BURÓN (2008), MONTERO HERRANZ (2008) o ROCA POVEDA (2009). Todos ellos son juristas del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias.

(4) MARCOS MADRUGA (2009) o GONZÁLEZ PASTOR (2009). Por el contrario, MARTÍN PALLÍN (2009) defiende la doctrina constitucional, habida cuenta de que «*es la única constitucionalmente aceptable*» en el contexto de los «*desajustes no tolerables de funcionamiento de los juzgados y de todos los organismos obligados a cooperar con ellos*», que son los que han provocado la situación que ha debido resolver el TC, pág. 4.

(5) Así, Autos de la Audiencia Nacional de 2 de marzo, 17 de marzo, 13 de abril, 29 de abril, 29 de mayo, 5 de junio, 8 de junio, 16 de junio y 28 de julio de 2009; 5 de marzo y 6 de octubre de 2010; 13 de enero y 21 de marzo de 2011.

resoluciones, estimando diversos recursos de casación, la estricta aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (6).

Por otro lado, siendo indudable la existencia de dos interpretaciones concurrentes sobre el abono de la prisión provisional del penado mixto —la defendida tradicionalmente por la jurisdicción ordinaria y la impuesta por el Tribunal Constitucional desde la lectura del derecho a la libertad— puede concluirse que el origen de esta concurrencia no se encuentra en un eventual problema de celos institucionales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, sino en otra característica también de cierta raigambre de nuestro Ordenamiento jurídico: la deficiente *calidad de la ley* (7), en este caso, en la regulación de la institución del abono de la prisión provisional.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, mostrar que, más allá de las legítimas discrepancias que pudo generar la STC 57/2008 en el Tribunal Supremo, todo el devenir de la cuestión de la *interpretación constitucional* del artículo 58 CP sobre el abono de la prisión provisional del penado mixto lo que refleja es el espejismo de un conflicto entre Tribunales. Es más, representa un buen ejemplo de la posibilidad de una leal convivencia y sana crítica entre ambas jurisdicciones. Por otro, poner de manifiesto que, al contrario, el origen de esta polémica radicaba en un problema de *calidad de la ley* que, además, ha pretendido resolverse con una modificación legislativa que parece haber incurrido en una defectuosa técnica (8). A estos efectos, y para poder apreciar en toda su dimensión esta doble tesis abordaré, en primer lugar, el origen de esta situación (II), para lo que es necesario, por un lado, un acercamiento a la regulación legal del abono de la prisión provisional y de su proyección tradicional, desde

(6) Sólo como ejemplo, SSTS núms. 1391/2009, de 10 de diciembre; 82/2010, de 11 de febrero; 311/2010, de 24 de marzo; 412/2010, de 7 de mayo; 227/2010, de 20 de mayo; 551/2010, de 28 de mayo; 667/2010, de 11 de junio; 908/2010, de 20 de octubre; 928/2010, de 22 de octubre, 208/2011, de 28 de marzo; 278/2011, de 5 de abril; 243/2011, de 6 de abril; 263/2011, de 6 de abril; 695/2011, de 18 de mayo; 906/2011, de 20 de septiembre; 1281/2011, de 28 de noviembre; 1417/2011, de 23 de diciembre, o 19/2012, de 18 de enero.

(7) El concepto de *calidad de la ley* es muy polisémico [al respecto, CRUZ VILLALÓN (2003), págs. 149-152]. En el texto utilizo la idea de la *calidad de la ley* en el sentido más específico usado por la jurisprudencia del TEDH referido a la exigencia de previsibilidad como mandato dirigido al legislador de los derechos fundamentales. Más ampliamente, sobre este particular, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2003), págs. 389-392.

(8) En este caso, para evitar confusiones, he preferido utilizar la idea de *defectuosa técnica legislativa*, que no hace sino remitirse a la segunda de las acepciones de *calidad de la ley* a la que se refiere CRUZ VILLALÓN (2003), pág. 150, y que entronca con la creciente preocupación sobre la racionalidad y calidad técnica de las leyes. Ampliamente, sobre la eventual afectación de los defectos de técnica legislativa en la seguridad jurídica y los supuestos en que el TC los ha considerado relevantes a efectos constitucionales, GARCÍA-ESCUADERO MARQUÉZ (2010), págs. 26-48.

una perspectiva de legalidad ordinaria, a los casos de concurrencia temporal de las situaciones de penado y de preso preventivo y, por otro, exponer la lectura que, desde la perspectiva del artículo 17.1 CE y de la doctrina constitucional en la materia, se realizó en la STC 57/2008. A partir de ello se estará en posición de analizar los elementos en que se fundamenta este espejismo (III), que está compuesto tanto por la reacción de la STS 1391/2009, como por la modificación legislativa del artículo 58.1 CP operada por la LO 5/2010. La exposición de la evolución posterior de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia evidenciará que la realidad ha sido la defensa cerrada que ha realizado este órgano judicial del ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales (IV). En todo caso, esta crónica, al referirse a un proceso todavía inconcluso, no puede obviar el abordaje de algunas cuestiones todavía abiertas (V), como son las referidas a asuntos todavía pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional y a la aptitud de la reforma legislativa del artículo 58 CP para alcanzar los objetivos propuestos.

II. EL ORIGEN: DE NUEVO UN PROBLEMA DE CALIDAD DE LA LEY

No creo que constituya un descubrimiento ni una sorpresa afirmar que el origen de muchos de los problemas —aparentemente jurisdiccionales— que han lastrado nuestro Ordenamiento jurídico trae causa de la defectuosa calidad de la legislación española (9). Desde la aprobación de la Constitución, ha habido que asistir con ojos atónitos no sólo a los diferentes llamamientos de diversas jurisdicciones nacionales e internacionales advirtiendo sobre la defectuosa calidad de la ley en la regulación de determinadas instituciones

(9) Esta calidad, si bien es exigible para la generalidad de las instituciones, es absolutamente imprescindible en los casos de desarrollo de los derechos fundamentales. A esos efectos, debe tomarse en consideración que el legislador de los derechos fundamentales, además del más conocido mandato constitucional expreso para que en su desarrollo respete su contenido esencial (art. 53.1 CE), también cuenta con un deber constitucional, inherente al propio reconocimiento de dichos derechos y conectado con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), de que dicha regulación se aborde con la debida precisión para que exista una previsibilidad objetiva que dote de una razonable certeza al ejercicio de dicho derecho (por todas, STC 34/2010, de 19 de julio, FJ 5). Específicamente, en cuanto al derecho a la libertad, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, señala que «*la Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que [...] por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva*» (FJ 5). Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, por todos, JIMÉNEZ CAMPO (1999), págs. 66-80. Más en concreto, sobre el contenido esencial del derecho a la libertad, GARCÍA MORILLO (1995), págs. 62-66.

vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales, sino, especialmente, a la indiferencia con que el legislador ha afrontado esas advertencias (10). En buena medida, la polémica sobre el abono de la prisión provisional del denominado penado mixto responde también a un problema de defectuosa regulación legislativa en cuyo marco la jurisdicción ordinaria buscó una solución, quizá asumible desde parámetros de interpretación de la legalidad ordinaria y que minimizaba las disfunciones a las que abocaba la ausencia de una regulación expresa sobre el particular (II.1), pero que debió ser censurada por el

(10) Son muchos los ejemplos que podrían ponerse, máxime en el ámbito del proceso penal en que el núcleo de su regulación responde a una norma del siglo XIX y en cuyo marco cada reforma intentada no hace sino acrecentar la necesidad de su sustitución por una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sólo por citar algunos de los casos en que han sido diferentes los órganos que han advertido sobre esa defectuosa calidad de la ley, puede destacarse la regulación de las intervenciones telefónicas, sobre cuya deficiente calidad de la ley ha advertido tanto el TEDH con el TC (para la redacción del art. 579 LECrim, antes de su reforma por LO 4/1988, de 25 de mayo, STEDH de 30 de julio de 1998, *caso Valenzuela Contreras c. España*, y STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; todavía con posterioridad a ésta, STEDH de 18 de febrero de 2003, *caso Prado Bugallo c. España*, y STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5. Actualmente, se reconoce que la normativa española en la materia «completada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, plantea unas normas claras y detalladas, y precisa, a priori con suficiente claridad», por ejemplo, en la decisión de inadmisión TEDH de 26 de septiembre de 2006, *caso Abdulkadir Coban c. España* y en la STEDH de 17 de enero de 2012, *caso Alony Kate c. España*, § 76). Sobre este particular, CATALÁ I BAS (2010). La regulación de la prisión provisional es otro buen ejemplo, llegándose a plantear por el TC una cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con la redacción entonces vigente de los artículos 503 y 504 LECrim, señalando que la lectura del primero de ellos «pone de manifiesto prima facie que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda» (STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5), que sólo pudo ser archivada por falta sobrevenida de objeto tras la reforma operada en los preceptos cuestionados por la LO 13/2003, de 24 de octubre (ATC 154/2004, de 28 de abril). Al respecto, JORGE BARREIRO (2004/2005). También cabría recordar la insuficiencia de la casación penal para hacer efectivo el doble grado de jurisdicción denunciada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en una serie de Dictámenes que tienen su origen en el de 11 de agosto de 2000, *caso Gómez Vázquez*, y que finalmente acaba con el Dictamen de 10 de mayo de 2005, *caso Parra Corral*, en que se reconoce que la forma en que se ejerce el control sobre la declaración de la culpabilidad en la casación penal cumple las exigencias del artículo 14.5 PIDCP. En este contexto, por LO 19/2003, de 23 de diciembre, se reformó la LOPJ para generalizar la segunda instancia penal, pero la ausencia de una reforma de las leyes procesales penales ha impedido hasta ahora su implantación. Sobre ello, IGARTUA SALAVERRÍA (2004). Por citar un último ejemplo, en la reciente STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7, se ha vuelto a insistir sobre la necesidad de que el legislador regule una materia que afecta al derecho a la intimidad como son los registros en ordenadores personales, redundando en la genérica insuficiencia legislativa sobre intervenciones corporales como medio de investigación en el procedimiento penal puesta de manifiesto en la STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6, y ampliamente denunciada por la doctrina. Al respecto, con abundante bibliografía, VIDAL PUEYO (2005), págs. 366-370.

Tribunal Constitucional desde una lectura protectora del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) (II.2).

II.1. *La regulación legislativa y la interpretación jurisprudencial del abono de la prisión provisional del penado mixto*

Las medidas cautelares privativas de libertad que eventualmente pueden adoptarse en un proceso penal —detención y prisión provisional— y las penas privativas de libertad cuentan con un muy diferente fundamento constitucional legitimador de la restricción del derecho a la libertad personal (11). Esa diferencia de fundamento, sin embargo, no ha impedido que desde antiguo el legislador y también la jurisprudencia hayan regulado la posibilidad del abono del tiempo pasado como detenido y/o en prisión provisional para el cómputo de la pena finalmente impuesta (12).

(11) La Constitución española, a pesar de su relativa juventud y de tener el precedente del CEDH, prefirió en su artículo 17.1, al igual que se hace en el artículo 9 PIDCP, enunciar únicamente la garantía formal de que las medidas privativas de libertad deben estar previstas legalmente. Sin embargo, no incluye una relación tasada y cerrada de supuestos en que resultan legítimas dichas restricciones, como, por ejemplo, se hace en el artículo 5.1 CEDH, en que sí aparecen expresamente citadas tanto las medidas cautelares como las penas por la comisión de delitos [al respecto, por todos, CASAL HERNÁNDEZ (1998), págs. 61-90]. Más apodíctica todavía es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que regula en su artículo 6 el derecho a la libertad y a la seguridad con un lacónico *«toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad»*. En todo caso, más allá de poder sostenerse, como ya hiciera GARCÍA MORILLO (1995), pág. 61, que *ex* artículo 10 CE, no cabría en la legislación española ningún caso de privación de libertad que no sea incardinable en alguno de los regulados en el CEDH, la referencia expresa en la Constitución a instituciones directamente identificadas con la privación de libertad —detención y prisión provisional en el art. 17.2 y 4 CE y las penas en el art. 25 CE— permite concluir su indubitado anclaje constitucional. El concreto fundamento legitimador de cada una de estas instituciones, lógicamente, es diferente, ya que mientras en las medidas cautelares debe buscarse principalmente, en palabras de las SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3, y 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 3, en «la realización de la administración de la justicia penal»; el de la pena privativa de libertad radica en la preservación de intereses socialmente relevantes cuya lesión o puesta en peligro culpable aparece tipificada como infracción penal (en ese sentido, por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10). Más ampliamente sobre los fines legitimadores de la prisión provisional, por todos, SANGUINÉ (2003), págs. 49-72.

(12) El artículo 98 del CP 1822, primero en que se regula esta institución, establecía que *«En las penas que tengan tiempo determinado se empezará a contar éste desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiere estado preso, le será contado como parte del de la pena, graduándose cada seis meses de arresto ó prisión por tres de obras planeas, ó por cuatro de reclusión ó presidio»*. Sobre el abono de la prisión preventiva a la condena es muy reveladora la Exposición de Motivos de Real Decreto de 9 de octubre de 1853 (*Gaceta de Madrid*, núm. 283, de 10 de octubre), por el que se reintroduce la posibilidad de tener en cuenta el

Con carácter general, la regulación del abono de la prisión provisional prevista en la codificación penal española hasta el CP 1995 sólo contemplaba el llamado «abono propio», referido al supuesto normal de descontar de la pena finalmente impuesta el tiempo que se había estado privado de libertad por la adopción de medidas cautelares en ese mismo procedimiento (13). A pesar de ello el Tribunal Supremo, aun reconociendo que se producía una separación de la regulación legal expresa, creó la figura jurisprudencial del llamado «abono impropio», conforme al cual el período de tiempo sufrido de manera cautelar en una causa que, por las razones que fuera, no hubieran culminado en una sentencia condenatoria o dicha sentencia hubiera condenado con una pena inferior al tiempo de prisión preventiva, podría utilizarse para ser descontado del cómputo de las penas impuestas en otros procedimientos (14). Esta construcción jurisprudencial acabó recibíendose

encarcelamiento preventivo en el cómputo de la prisión que había desaparecido tras la derogación del CP 1822, toda vez que pone de manifiesto, por un lado, el carácter inveterado de la institución del abono de parte de la medida cautelar a la pena, por otro, que en las fases en que tal institución no estuvo vigente o se aplicó de una manera limitada sin computar la totalidad del tiempo sufrido de privación de libertad —normalmente sólo la mitad—, las causas fueron puramente dogmáticas, derivadas del diferente fundamento de la privación de libertad de las medidas cautelares y las penas, y, por último, que las razones de este abono radican tanto en consideraciones pietistas y humanitarias, como en una más moderna idea de respeto a una de las garantías del principio de culpabilidad de que la pena cumplida no puede exceder el límite de la culpabilidad por el hecho. En todo caso, no será hasta la Ley de 17 de enero de 1901 —vigente todavía en determinados aspectos procesales— cuando se establezca que el abono se hará de la totalidad del tiempo de prisión provisional que se hubiera sufrido en caso de penas correccionales, manteniéndose en la mitad para las afflictivas. En 1932 es cuando se introduce con carácter general el abono de la totalidad del tiempo sufrido de prisión preventiva. Para un breve recorrido de la evolución histórica del abono, GARCÍA ALBERO (2011), pág. 479, y STS de 15 de enero de 1991, y sobre el fundamento del abono, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2010), pág. 1363, o BAUCELLS LLADÓS (2011), págs. 570-571.

(13) Así, el párrafo primero del artículo 33 del CP 1973, vigente hasta la entrada en vigor del CP 1995, se limitaba a establecer que *«el tiempo de prisión preventiva privación sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta»*.

(14) La justificación de esta extensión trae causa, en términos de la STS de 13 de noviembre de 1958, en el *«espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo que inspira la finalidad del precepto»*, destacando también la STS de 15 de enero de 1991 la idea de *«realizar así el fin de justicia material a que el precepto tiende»*. En cuanto a su fundamentación jurídica, la STS 1449/1998, de 27 de noviembre, recuerda que *«la aplicación de este abono más allá de lo establecido en la literalidad del artículo 33 CP ha sido apoyada en una interpretación sistemática de dicho precepto en relación con el artículo 70, párr. 2.º Código Penal, que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos, aunque hayan sido impuestas en distintos procesos, pues al ser la liquidación de condena conjunta el tiempo de duración de las posibles prisiones preventivas sufridas en las diversas causas acumuladas se abonarán en la suma total»*. Por eso, como también destacaba la STS 2286/1992, de 30 de octubre, en los casos de imposibilidad de abono en otra causa la vía procedente *«es la prevista en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder*

por el legislador en el artículo 58.1 CP de 1995, en cuya redacción originaria ya se establecía que «*el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión*» (15).

La recepción legislativa del abono impropio, sin embargo, no vino acompañada de una previsión legal para otro de los supuestos que recurrentemente aparecía en los casos de abono de la medida cautelar: la del penado mixto. No es infrecuente en la realidad penitenciaria española que quien ya está cumpliendo pena por un delito sea objeto de una medida cautelar de prisión provisional en otra causa (16). En estos casos, se plantea el problema de qué hacer con el tiempo sufrido de manera concurrente como penado y preventivo. Teóricamente existen tres posibilidades: *a)* primar la condición de penado y, por tanto, computar ese tiempo concurrente sólo a los efectos de la pena que efectivamente se está cumpliendo, pero no considerar abonable ese tiempo en la causa en la que se acordó la medida cautelar; *b)* primar la condición de preventivo y, por tanto, computar ese tiempo concurrente sólo a los efectos del abono en la causa en la que se acordó la medida cautelar, pero no para el cumplimiento de la pena por la que se estaba en prisión, y *c)* asumir la doble condición de penado y preventivo y computar ese tiempo tanto a los efectos de cumplimiento de la pena por la que se está en prisión como para su abono en la causa en la que se acordó la medida cautelar.

Ante la ausencia de una previsión legal al respecto (17), la Administración penitenciaria optaba por la primera solución de entender que el sujeto material-

Judicial, para así obtener una indemnización compensatoria del injusto quebranto sufrido por la prisión sufrida en la causa en que fue absuelto el procesado, sin que ello justifique en forma alguna una compensación en "pena futura"».

(15) Esta redacción era la vigente y aplicada en el supuesto que fue objeto de enjuiciamiento en la STC 57/2008 para dar una respuesta constitucional desde el artículo 17 CE a la interpretación realizada sobre el abono del llamado «penado mixto» y que, en última instancia, dio lugar a la reforma de este precepto por la LO 5/2010. Ahora bien, con carácter previo, el artículo 58 CP ya había sido reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que tampoco incluía ninguna regulación expresa del abono en estos supuestos del penado mixto.

(16) Aunque se carecen de datos estadísticos públicos sobre este particular, todos los juristas del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias que han escrito sobre este tema coinciden en señalar que es una realidad muy habitual. Así, NISTAL BURÓN (2008), pág. 7; ROCA POVEDA (2009), pág. 82, o MONTERO HERNANZ (2009), pág. 14.

(17) Reconocen expresamente la ausencia de esa regulación NISTAL BURÓN (2008), pág. 7, y ROCA POVEDA (2009), pág. 83, aunque este último justificándolo en que era una cuestión pacífica y de amplia tradición penal. MARTÍN PALLÍN (2009), por su parte, llega a afirmar en relación

mente no era un preventivo y el tiempo en que se simultaneaba la condición de penado y preventivo se computaba únicamente para la liquidación de la pena que efectivamente se estaba cumpliendo (18). Esta práctica contaba, además, con respaldo jurisprudencial, argumentándose a esos efectos, que no cabía un doble cómputo *«porque las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, siguiéndose el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, como establece el artículo 75 CP»* (Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de agosto de 2003) (19). Esta solución de alzaprimar

con la propia denominación de *penado mixto*, que *«sin descartar la originalidad y utilidad de estas denominaciones para manejarse en el funcionamiento diario de las prisiones, esta catalogación ni tiene encaje legal ni consecuencias jurídicas sobre la liquidación de la condena»*, pág. 2. Sin embargo, se muestra beligerantemente discrepante con ese punto de partida GONZÁLEZ PASTOR (2009), insistiendo en que *«el legislador sí se ha planteado el problema y sí lo ha resuelto»*, pág. 4. A pesar de tal afirmación no se acaba de vislumbrar en la argumentación de esta autora ni el hecho de que el legislador lo hubiera planteado ni, mucho menos, que lo hubiera solucionado, toda vez que la larga relación de artículos que vierte lo único que ponen de manifiesto es la decidida voluntad del legislador de abonar el tiempo sufrido por medidas cautelares de cualquier naturaleza a la eventual pena que debiera cumplirse, pero no, como también reconoce JERICÓ OJER (2010), pág. 706, el concreto tratamiento a dispensar en los casos, ahora debatidos, de concurrencia de situaciones de penado y preventivo. Todo ello, sin perjuicio de asumir en virtud del carácter sistemático del ordenamiento jurídico una posible interpretación integradora de esta laguna jurídica, que es, según mi parecer, lo que en el fondo propone esta autora.

(18) Así, NISTAL BURÓN (2008), argumentando que *«se consideraba que la privación de libertad es única y la permanencia en prisión provisional a efectos de la privación de libertad es meramente formal»*, pág. 7. Más categórico todavía, ROCA POVEDA (2009) considera esta solución como *«una cuestión no controvertida»* (pág. 83). Por su parte, MARCOS MADRUGA (2009) señala que esta solución *«simplemente respondía a una razón utilitarista, cual es la seguridad de futuro que reportaba esta solución, ante la eventualidad de una absolución en la causa preventiva. Es decir, si luego el interno resultaba absuelto en esa causa pendiente en la cual se había acordado la prisión provisional no había que considerar abono alguno, ni eventual indemnización»*, pág. 7.

(19) MARTÍN PALLÍN (2009), pág. 2, objeta que este argumento carece de consistencia porque no se está hablando de simultanear penas, sino una pena y una medida cautelar que, conforme el artículo 34.1 CP no puede reputarse pena, por lo que estaría fuera de cuestión la aplicación del artículo 75 CP, cuyo objeto es regular los supuestos de penas correspondientes a diversas infracciones que no puedan ser cumplidas simultáneamente. Por su parte, ROCA POVEDA (2009), pág. 83, sostiene que el artículo 74 CP permite una interpretación sistemática, ya que partiendo de la base de que la intención del legislador es evitar cumplimientos simultáneos imposibles por las naturalezas de las condenas, cabe concluir que esa misma prohibición ha de ser aplicada al caso del penado mixto para evitar que lo que en un momento dado es cumplimiento simultáneo de pena y medida cautelar, por la vía del abono acabe convirtiéndose en un cumplimiento simultáneo de penas prohibido por el artículo 74 CP. En objeción a esta última posición, JERICÓ OJER (2010), págs. 707-708, recordando, a los efectos de una eventual interpretación integradora, que también el CP prevé en el artículo 99 un sistema vicarial para los casos de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad que, sin embargo, resuelve con el criterio de cumplimiento simultáneo.

la condición de penado no dejaba de resultar paradójica habida cuenta de que, ante el silencio de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), la previsión del artículo 104 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), es hacer prevalente a efectos penitenciarios la condición de preventivo sobre la de penado (20). Precisamente, como se expondrá a continuación, éste fue uno de los aspectos relevantes utilizados por la STC 57/2008, de 28 de abril, para deslegitimar, desde una lectura del artículo 17.1 CE, esta interpretación.

II.2. *La solución de la jurisdicción constitucional desde el derecho a la libertad*

Era cuestión de tiempo que la interpretación sobre el abono de la prisión provisional en los casos de concurrencia de situaciones de penado y de preventivo llegara al Tribunal Constitucional y que tuviera que pronunciarse sobre ella. La ocasión llegó con motivo del recurso de amparo núm. 5899-2003, interpuesto por don Abdelhakim Issaouin, quien estando cumpliendo una pena de prisión compatibilizó la condición de penado con la de preventivo desde el 7 de julio de 2002 al 20 de marzo de 2003. Al recurrente le fue negado al abono de este tiempo para el cumplimiento de la condena impuesta en la causa en que sufrió la prisión preventiva con el argumento de que había sido computado para el cumplimiento de la primera condena. El recurrente planteó como cuestión clave que la inaplicación de lo previsto en el artículo 58 CP suponía una vulneración de su derecho a la libertad (art. 17.1 CE), habida cuenta de que era indubitado que, desde la objetividad y la ejecutividad de los mandatos de los Autos de adopción de medidas cautelares, en dicho período de tiempo había estado en una situación de preventivo y había tenido el deber jurídico de soportar un estatus jurídico que no era el correspondiente a un penado.

(20) En concreto, el artículo 104.1 RP establece que «cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal», insistiendo en esa condición prevalente el artículo 104.2 RP al señalar que «si un penado estuviera ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación [...]». Por el contrario, esta práctica podía resultar sistemáticamente coherente en el marco del ya derogado Reglamento Penitenciario de 1981, toda vez que el artículo 252 del mismo establecía la preferencia de la condición de penado sobre la de preventivo en los casos en que las causas por las que se acordaba la medida cautelar fueran de inferior gravedad a aquellas por las que se estaba ya cumpliendo la pena.

La respuesta llegó en la STC 57/2008, de 28 de abril, dictada por la Sala Segunda con ponencia del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas. El enjuiciamiento de esta cuestión por el Tribunal Constitucional parte de un doble condicionamiento: el primero referido a la indudable conexión entre la institución de la prisión provisional y el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el segundo vinculado con la delimitación de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en el procedimiento de amparo (FJ 2). A partir de ello, concluye que la interpretación judicial adoptada para solucionar el abono de la prisión provisional del penado mixto no resulta aceptable a la luz del derecho a la libertad (FFJJ 5 a 7).

La conexión de la prisión provisional —como institución central de las medidas cautelares de naturaleza personal en el proceso penal— con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) ha sido destacada por el Tribunal Constitucional desde su más temprana jurisprudencia, como también lo ha sido el carácter nuclear de esta garantía dentro del Estado democrático de Derecho (21). En ese sentido, la STC 57/2008, en un apretado resumen de una jurisprudencia ya muy consolidada, destaca como elementos esenciales, por un lado, que si bien la interpretación y aplicación de la legalidad procesal y penal es una cuestión que corresponde resolver en exclusiva a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), el Tribunal Constitución, al ejercer su función como órgano superior en materia de garantías constitucionales, *«puede, y debe, enfrentarse a la interpretación de leyes por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto elemento incidente en la interpretación del derecho fundamental»* (22). Y, por otro, pone de manifiesto que, tomando en consideración

(21) Así, ya la STC 41/1982, de 2 de julio, señala que esta institución *«situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en: a) el artículo 1.1, consagrando el Estado social y democrático de Derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; b) en la sección 1.ª, capítulo 2.º del título I, el artículo 17.1, en que se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, y c) en el artículo 24.2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas... y a la presunción de inocencia”»* (FJ 2).

(22) No deja de ser relevante, y hasta cierto punto una novedad, que la STC 57/2008 haga una explícita referencia a la lógica y la metodología de cómo se debe operar para este enjuiciamiento. A esos efectos, se señala que en el enjuiciamiento de resoluciones judiciales a las que se imputa la vulneración de un derecho fundamental el Tribunal Constitucional *«inevitablemente debe entrar en la valoración de la interpretación de leyes ordinarias y de su aplicación al caso desde la óptica obligada de la definición constitucional del derecho de que se trate»*, añadiendo que *«dado el papel fundamental de los derechos fundamentales, ex artículo 10 CE, debe ser el derecho fundamental la clave lógica de la interpretación de la ley, y no la interpretación de ésta*

la garantía legal consagrada en el artículo 17.1 CE (23), «*el derecho a la libertad puede resultar conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone*» (FJ 2).

En atención a esta doctrina constitucional y a las concretas alegaciones vertidas por el recurrente en su demanda de amparo, la STC 57/2008 acaba concluyendo que la decisión judicial de no abonar al recurrente el tiempo sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa vulnera el artículo 17.1 CE, ya que «*carece de cobertura legal*» (FJ 8). Para llegar a esa conclusión se parte, como presupuesto básico y reproduciendo lo afirmado en las SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 4, y 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5 (24), que «*no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión*» (FJ 5), argumentado que la diferente finalidad de ambas instituciones permite que su característica común de la privación de libertad cumpla materialmente esta doble función y que «*no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta*» (FJ 6) (25). A partir de este presupuesto, la

el elemento determinante del ámbito correspondiente el derecho fundamental». Así concluye que «*debe ser el derecho fundamental el prius lógico para la interpretación de la ley, y no la interpretación de ésta el elemento definitorio del derecho fundamental*» (FJ 2).

(23) No cabe confundir, sin embargo, la existencia de una garantía legal con que este derecho sea de configuración legal, lo que ha sido negado por la propia doctrina constitucional poniendo de manifiesto que la inexistencia de alusiones constitucionales a esta institución, más allá de la prevista en el artículo 17.4 CE en cuanto a que la ley determinará su plazo máximo de cumplimiento, no «*puede engendrar la errónea concepción de que estamos ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad*» (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3). Ahora bien, como también se recuerda en esta Sentencia, tampoco cabe despreciar la relevancia constitucional de la concreción legal de su contenido (FJ 3). En relación con la garantía legal o reserva de ley como garantía del derecho a la libertad, por todos, GARCÍA MORILLO (1995), págs. 54-59.

(24) En ambas sentencias se planteaba la cuestión de si para el computo del plazo máximo de una medida cautelar debía tomarse en consideración el tiempo en que se está cumpliendo simultáneamente además una pena de prisión. La conclusión en ambos casos fue que no cabía excluir ese tiempo habida cuenta de las reales diferencias de incidencia y estatus jurídico del penado y preso preventivo. De ese modo, si bien puede decirse que el tema no es idéntico, una vez afirmado en ambos pronunciamientos la diferencia material que existe entre la situación del penado y la del preventivo, esto suponía un precedente que no podía ser ignorado. Sobre estas sentencias, NISTAL BURÓN (2008), págs. 6-7.

(25) La propia STC 57/2008, y sólo desde la perspectiva de afectación al derecho a la libertad, incide en que de acuerdo con la normativa penitenciaria «*el cumplimiento en calidad*

STC 57/2008 analiza el tenor literal del artículo 58.1 CP vigente en el momento de la decisión judicial enjuiciada, constatando, que es el concreto y único precepto que regula la cuestión controvertida, por lo que no cabe argumentar una solución para el mismo en virtud del artículo 75 CP —relativo al cumplimiento simultáneo de penas— y que, además, dispone el abono completo del período de prisión provisional en la causa en que fue adoptada esa medida cautelar, sin prever ninguna excepción, singularmente la relativa a la situación del penado mixto (FJ 6). Esta constatación le sirve para señalar, *obiter dicta*, que puede presumirse que, siendo tan frecuente en la realidad la situación del penado mixto, la carencia de una regulación expresa no puede responder a la inadvertencia del legislador sino a su intención de no excepcionarla (26), y, como *ratio decidendi*, que «*el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable*» (FJ 6), por lo que no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación que lleve a una consecuencia restrictiva para el derecho a la libertad basada en un dato ausente de la regulación del artículo 58.1 CP.

de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues [...] no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional» (FJ 7). Critican esta afirmación NISTAL BURÓN (2008) y ROCA POVEDA (2009) señalando, el primero, que «*esto no supone que la libertad del interno se vea afectada realmente, sino que ello es una consecuencia de la propia naturaleza de la medida cautelar de la prisión preventiva, que se vería frustrada si el recluso pudiera hacer uso de aquellos beneficios penitenciarios que le permiten salidas de prisión sin custodia policial*», pág. 8, y, el segundo, que «*es fácil comprender que, en el caso de coincidencia de pena de prisión y prisión preventiva, esta última ejerce una vocación expansiva innegable por motivos obvios*», pág. 84. No parece que convenzan estos argumentos que, más allá de confirmar la obviedad de los efectos de la prisión provisional, lo que ratifican es su perjudicial incidencia en el *status libertatis* del interno. En todo caso, el régimen jurídico de ambas situaciones es también diferente desde otras perspectivas, ya que, sólo a modo de ejemplo, mientras el preso preventivo queda excluido del tratamiento penitenciario, el penado es objeto de una clasificación penitenciaria que permite diseñar un programa tratamental en cuyo marco se posibilita la realización de actividades laborales y formativas directamente dirigidas a la consecución de su reinserción social. Más ampliamente, sobre el diferente estatus jurídico de penado y preventivo, MARCOS MADRUGA (2009), págs. 6-7; MARTÍN PALLÍN (2009), pág. 3, o JERICÓ OJER (2010), págs. 697-699.

(26) Críticos con esta apreciación, MONTERO HERNANZ (2008), argumentando «*el convencimiento de que no existía un problema*», pág. 15, o ROCA POVEDA (2009), señalando la existencia de «*una praxis histórica y consolidada, común, aplicada universalmente por los distintos tribunales sentenciadores*», pág. 83, y la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2009, pág. 1039. Por el contrario, MARCOS MADRUGA (2009), tras constatar que en el Anteproyecto de reforma del Código Penal presentado en octubre de 2008 la cuestión de la interpretación del artículo 58 CP no había merecido ninguna atención, se muestra de acuerdo en que no cabía dudar que ésa era la intención del legislador, pág. 8.

La argumentación de esta sentencia, por tanto, supone imputar directamente la vulneración constitucional al órgano judicial por la solución interpretativa aportada al cómputo del abono de la prisión provisional del penado mixto. Ahora bien, dicho reproche, en la medida en que sólo descansa en haber resuelto una determinada situación que afectaba al derecho a la libertad del recurrente al margen de las previsiones legales —esto es, afectando a la garantía legal o de reserva de ley—, no prejuzga que esa solución, en el caso de que fuera asumida por el legislador, como así ha sido tras la LO 5/2010, pudiera ser considerada materialmente contraria al artículo 17.1 CE (27). Esto pone de manifiesto que, en última instancia —y a expensas de que algún día deba pronunciarse el TC sobre esta concreta solución legislativa—, quienes se mostraran críticos con el hecho de que no pudiera excepcionarse la aplicación del artículo 58.1 CP en los casos del penado mixto, debían asumir que el problema no radicaba en lo afirmado por la STC 57/2008 —que se limitaba a la constatación obvia de que en la medida en que el art. 58 CP no regulaba esa excepción se vulneraba el art. 17.1 CE— sino en la pasividad del legislador de los derechos fundamentales que había omitido su regulación con la necesaria precisión impuesta por las exigencias de la calidad de la ley (28).

III. EL ESPEJISMO: UN CONFLICTO INEXISTENTE

La STC 57/2008 fue publicada en el BOE el 4 de junio de 2008. Justo un mes después aparece el primer comentario doctrinal (29) que, como casi todos los posteriores, no dirige sus críticas tanto al proceso argumental y la

(27) En ese mismo sentido, la Memoria de Fiscalía General del Estado de 2009, pág. 1039 y también la STS 1391/2009, de 10 de diciembre, al señalar que «*El Tribunal Constitucional no prejuzga bajo otra redacción del precepto que una solución distinta impuesta por el Legislador vulnere el derecho fundamental a la libertad*» (FD 2). Por el contrario, NISTAL BURÓN (2008) concluye que lo reprobado por el Tribunal Constitucional es la ausencia de precepto sustantivo que evite la simultaneidad de cómputos (pág. 8), con lo que, erróneamente, parece dar a entender que el TC se postularía a favor de esta solución de fondo, cuando, sin embargo, en atención a lo que se sometió a su consideración, el TC se limitó únicamente a un enjuiciamiento sobre el debido cumplimiento de la garantía legal en relación con la interpretación judicial controvertida.

(28) En ese sentido, por ejemplo, MONTERO HERNANZ (2008) reconoce que «*ciertamente la redacción del artículo 58 del CP es taxativa y no encontramos en la legislación otro argumento que el del artículo 75 de la misma norma*», pág. 16.

(29) NISTAL BURÓN (2008). Con cierta lógica este primer comentario, al igual que el segundo y el tercero, MONTERO HERNANZ (2008) y ROCA POVEDA (2009), surge de Juristas del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, en tanto que primeros operadores jurídicos que deben hacer aplicación de esta doctrina.

fundamentación jurídica de esta sentencia (30) como a destacar, por un lado, las consecuencias y efectos negativos que conlleva el doble cómputo del tiempo de privación de libertad del penado mixto (31) y, por otro, la necesidad de que se produzca una regulación normativa que impida este doble cómputo (32). La posición más crítica la protagonizó la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuyo Pleno, por una serie de Autos que comienzan con el de 2 de marzo de 2009, se mostró en ocasiones evasivo en ocasiones directamente contrario a la aplicación de la doctrina de la STC 57/2008 (33). Ese mismo camino siguieron

(30) La excepción fue el comentario de GONZÁLEZ PASTOR (2009), Magistrada de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que focaliza toda su crítica en sustentar que, frente a lo afirmado en la STC 57/2008, la legislación española sí daba una respuesta clara a la solución del cómputo del penado mixto, cargando las tintas de todas las perjudiciales consecuencias a las que a su juicio conlleva esta sentencia en el TC y no en el legislador, pág. 4.

(31) En general esas críticas han consistido en la injusticia material que supone el valor doble de cada día de privación de libertad [NISTAL BURÓN (2008), pág. 8; MONTERO HERNANZ (2008), pág. 16; ROCA POVEDA (2009), pág. 85; GONZÁLEZ PASTOR (2009), pág. 5, y MARCOS MADRUGA (2009), pág. 9], con el agravio comparativo que ello supondría para reclusos que no han tenido la consideración de penados mixtos [NISTAL BURÓN (2008), pág. 8] y la necesidad de proceder a una revisión de oficio de condenas con efectos de excarcelación inmediata en muchos casos [NISTAL BURÓN (2008), pág. 8; MONTERO HERNANZ (2008), pág. 14; ROCA POVEDA (2009), pág. 85]. Asume incluso un posible cierto carácter criminógeno derivado de esta interpretación y situaciones paradójicas, JERICÓ OJER (2010), págs. 710-711, a pesar de ser favorable a la solución adoptada por el TC.

(32) Se propone la intervención del legislador en este sentido por NISTAL BURÓN (2008), pág. 8, o MONTERO HERNANZ (2008), págs. 15-16; ROCA POVEDA (2009), pág. 85; MARCOS MADRUGA (2009), pág. 9, y la Fiscalía General del Estado en la Memoria de 2009, págs. 1039-1041. En contra de la necesidad de modificación, MARTÍN PALLÍN (2009), pág. 3, y JERICÓ OJER (2010), pág. 717.

(33) Este Auto, dictado en el rollo de Pleno 2/2009, fue el que dio lugar a la STS 1391/2009, de 10 de diciembre, en que el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez respecto del artículo 58 CP tras la STC 57/2008. Ciertamente, en este Auto, como en los de 17 de marzo y 13 de abril de 2009, no hay una negativa directa a aplicar la STC 57/2008, sino que se utiliza como argumento evasivo que *«sólo en la medida en que, en la resolución del caso concreto, se precie la afectación del derecho fundamental a la libertad, porque la prisión provisional suponga un alargamiento ilegítimo de la pérdida de libertad, será aplicable la doctrina constitucional»* (Auto de 13 de abril de 2009, FD 2). Sin embargo, un buen ejemplo de la insumisión a la doctrina constitucional, es el Auto de 5 de junio de 2009, dictado en el rollo de Pleno núm. 4/2009, tras ser avocada la cuestión desde la Sección Primera, en que se afirma que *«debemos asumir el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en torno al carácter novedoso y aislado de la STC 57/08, toda vez que, si bien la tesis nuclear de la misma trae causa de otras resoluciones del TC (19/99 y 72/00, entre otras), en que se contienen planteamientos atinentes a los límites máximos de la prisión preventiva, no abordan en absoluto la materia objeto de la solicitud del penado en la presente ejecutoria, de modo que, aun admitiendo que la protección constitucional plasmada en la acción de amparo trasciende de lo singular, no cabe olvidar las precedentes sólidas doctrina jurisprudencial y práctica judicial contrarias al respecto»* (FD 3). En la misma línea de negativa a aplicar la doctrina de la STC

otros órganos jurisdiccionales, llegando a negar fuerza vinculante a la doctrina constitucional (34).

El Tribunal Supremo también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este particular y lo hizo asumiendo la doctrina de la STC 57/2008, pero haciendo un especial énfasis en las disfunciones que conllevaba dicha doctrina constitucional, para postularse en favor de una modificación legislativa del artículo 58 CP, que se culmina con la reforma operada por la LO 5/2010. Al ponerse el acento en la crítica realizada por el Tribunal Supremo (III.1) y en su apoyo a la reforma legislativa (III.2), se generó un falso espejismo de que se estaba ante un nuevo —el enésimo— enfrentamiento institucional entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, lo que como se expondrá más adelante, estaba lejos de la realidad.

III.1. *La recepción —crítica— de la doctrina constitucional por el Tribunal Supremo*

La primera ocasión que el Tribunal Supremo tuvo para pronunciarse sobre la nueva situación jurídica generada tras la STC 57/2008 fue la STS 1391/2009, de 10 de diciembre, dictada con motivo del recurso de casación interpuesto contra el ya citado Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2009. El Tribunal Supremo desautorizó a la Audiencia Nacional y consideró necesariamente aplicable en su literalidad la doctrina de la STC 57/2008, haciendo una nítida recepción de la misma (FD 2). Esa recepción no fue, desde luego, complaciente, habida cuenta de que se dedicó todo el fundamento de Derecho tercero a verter una serie de consideraciones críticas sobre las consecuencias que se derivaban de la aplicación de la doctrina emanada de

57/2008, están los Autos de 29 de abril, 29 de mayo, 8 de junio, 16 de junio y 28 de julio de 2009; 5 de marzo y 6 de octubre de 2010; 13 de enero y 21 de marzo de 2011.

(34) En ese sentido, es de destacar, especialmente, la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó una serie de Autos (entre otros, de 6 de julio, 15 de septiembre o 20 de octubre de 2009) negando la aplicación de la doctrina de la STC 57/2008 no sólo con el argumento sostenido por la Audiencia Nacional de la necesidad de que se acreditara un perjuicio efectivo sino también destacando la idea de que «*la decisión del Tribunal Constitucional se basó en la literalidad del artículo 58.1 del Código Penal, pero al respecto se ha de recordar que tiene que armonizarse con otros preceptos. La letra de la ley es importante, pero no hasta el punto de convertirla en soberana. Colocar la gramática por encima de la equidad y cerrar los ojos ante los absurdos de interpretaciones literales, hiere el sentimiento natural de justicia. Ello naturalmente, sin olvidar que una sola sentencia no puede considerarse doctrina consolidada*» (Autos de 15 de septiembre y de 20 de octubre de 2009).

la STC 57/2008 (35). Sin embargo, una lectura pausada de la STS 1391/2009 parece evidenciar que estas consideraciones críticas no tenían como objetivo tanto el hacer pública una discrepancia con el Tribunal Constitucional como el dar su apoyo expreso a una propuesta de modificación legislativa en el marco de un proceso de reforma penal que, como se comentará más adelante, se había iniciado sin reparar en la necesidad de reforma del artículo 58 CP.

Las críticas vertidas en la STS 1391/2009 se dirigieron a destacar los eventuales problemas de seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad que podrían provocarse. Así, en relación con la seguridad jurídica esta sentencia pone de manifiesto, en primer lugar, que este nuevo criterio introduce un factor aleatorio en el cómputo de las penas —la eventual simultaneidad de las situaciones de penado y preventivo— no establecido en el artículo 58 CP que impide prever las consecuencias sancionadoras de los actos punibles. Y, en segundo lugar, que también esa incertidumbre en la cuantificación del cumplimiento de la pena se extiende a la eventual concurrencia de otros extremos inciertos como serían el mayor o menor rigor con el que se aplicarán las reglas de conexidad, el tiempo en que las causas fueran deviniendo firmes o la coordinación entre juzgados. En cuanto al principio de igualdad y proporcionalidad, la crítica del Tribunal Supremo versa sobre el favorecimiento que se produce de los sujetos que más delitos y más largas condenas acumulen, que serán los eventualmente favorecidos por las situaciones de simultaneidad de cumplimiento de pena y prisión preventiva,

(35) En un principio, parece que el TS da la razón al TC cuando afirma *«que el artículo 58 CP, ni en su redacción originaria ni en la vigente se detiene a dar respuesta, pese a su frecuente acaecer en la labor diaria de los Tribunales, a la posible concurrencia simultánea de penas y medidas cautelares privativas de libertad»*. Sin embargo, no puede negarse, desde luego, que también se filtra un cierto reproche de invasión competencial al TC, cuando se señala *«que dicha omisión necesariamente conduzca a un ajuste estricto a la literalidad del precepto es discutible»*, máxime al traer a colación la STC 237/2005, de 26 de septiembre, en que se censuró la interpretación realizada del artículo 23.4 LOPJ —principio de justicia universal— por el Tribunal Supremo. En todo caso, no puede dejar de mencionarse como en la STS 412/2010, de 7 de mayo, se menciona, en un tono casi contemporizador con el Tribunal Constitucional, que éste *«tenía ante sí una alternativa con la ineludible necesidad de optar. Ya fuera por un tratamiento meramente formal, nominalista incluso, de asunto, asimilando una a una las dos situaciones de privación de libertad. O bien por atender al efecto real de las peculiaridades de cada uno de los dos usos de ese instrumento jurídico-penal en la materialidad de los derechos de los afectados. Y, como se ha visto, es justamente esto segundo lo que ha hecho, con las mejores razones, a tenor de la calidad del derecho fundamental en juego»* (FD 2). También reitera esta última idea la STS 243/2011, de 6 de abril. Ya en la STS 1250/2011, de 22 de noviembre, se afirmaba con normalidad que *«tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo coinciden en la doctrina de la posibilidad de doble cómputo del tiempo que un interno estuvo simultáneamente en situación de preventivo y penado»* (FD 2).

frente a delincuentes primarios; e incluso, entre los multirreincidentes, «ya que serían doblemente computables los periodos que hubiesen pasado en prisión preventiva, pero no los de cumplimiento efectivo de condena» (FD 3).

Al margen de lo anterior, la STS 1391/2009 también muestra especial preocupación por el riesgo de utilización fraudulenta de esta doctrina, ya que puede avocar a que los penados utilicen estrategias procesales para la consecución de un doble cómputo, bien al no oponerse a la adopción de medidas cautelares, no solicitar el levantamiento de las ya adoptadas o, simplemente, dilatando el desarrollo del proceso en que esté acordada la medida cautelar. En sentido contrario, también pone de manifiesto el eventual efecto paradójico de que, en evitación del doble cómputo, las acusaciones no soliciten medidas cautelares. El resumen crítico que realiza el Tribunal Supremo es que «esta interpretación provoca la creación de facto de un beneficio penitenciario no previsto precisamente por el legislador, con clara incidencia en materia de ejecución de condenas y con efectos incalculables e imprecisos, al quedar el licenciamiento definitivo al albur del caso concreto, quebrando el principio de legalidad en materia penal y penitenciaria» (FD 3) (36).

Tras esta exposición, la STS 1391/2009 señala que «es razonable que el Legislador en el reciente Proyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal introduzca la reforma del artículo 58 para eliminar cualquier duda sobre la cuestión» poniendo de manifiesto con ello que su fin último era mostrar su apoyo al Gobierno en la necesidad de una reforma legislativa de este precepto. Es llegado el momento, por tanto, de analizar el proceso de reforma del artículo 58.1 CP para entender en toda su amplitud —y en su debido contexto— el sentido último de la reacción del Tribunal Supremo.

III.2. La modificación del artículo 58.1 CP

El Código Penal es una norma en permanente estado de reforma desde su aprobación por la LO 19/1995, de 23 de noviembre. No es extraño, por tanto, que cuando se publica la STC 57/2008 se esté inmerso en plena elaboración de un texto prelegislativo para la reforma del Código Penal. No era una reforma cualquiera. Era una de las reformas de mayor calado desde su aprobación en 1995 y afectaba a una cantidad muy numerosa de preceptos tanto de la parte general como de la parte especial. En noviembre de 2008, algunos meses después de que ya se hubiera dado a conocer la STC 57/2008, se aprueba un

(36) Estas consideraciones críticas son copiadas en la STS 227/2010, de 20 de mayo, FD 3.

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal. En dicho documento ninguna referencia se hace a la nueva doctrina constitucional sobre el artículo 58.1 CP, cuya modificación no se propone. De conformidad con el procedimiento legislativo correspondiente a una norma de esta naturaleza se solicitan informes, entre otros, tanto al Consejo Fiscal como al Consejo General del Poder Judicial. El primero evacúa su informe el 4 de febrero de 2009 y el segundo el 26 de febrero de 2009. A pesar de que, como ya se ha reiterado, habían aparecido los primeros trabajos críticos, ninguno de los informes se hace eco de la citada STC 57/2008 ni, por tanto, señalan la necesidad de proceder a ninguna modificación legal que pueda contradecir la doctrina que en la misma se recoge. La reacción es inmediata por parte del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que en la ya citada serie de Autos que comienza con el de 2 de marzo de 2009 se muestra evasivo a la aplicación de la doctrina constitucional.

El tiempo transcurre, y con motivo de la apertura del año judicial 2009/2010, el Fiscal General del Estado eleva al Gobierno la Memoria de 2009, publicada en septiembre de ese mismo año. En su capítulo IV, entre las propuestas de reforma legislativas, y recordando que el artículo 9 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal habilita al Fiscal General del Estado la propuesta de *«las reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia»*, incluye la reforma del artículo 58.1 CP. A esos efectos, señala que esta propuesta trae causa directa de la STC 57/2008, cuya doctrina *«aconseja una reforma legal que permita recuperar —ya con soporte legal incuestionable— la situación anterior»* (37) y tras destacar los inconvenientes prácticos de la doctrina constitucional —situaciones de impunidad por el efecto multiplicador a varias causas de una situación de privación de libertad; reitramiento de las solicitudes de prisión provisional para eludir tal efecto con negativas repercusiones en la seguridad pública; vulneración del principio de igualdad ante la ley por el fenómeno distorsionador que implica obtención de un beneficio en cuantía inversamente proporcional al historial penal...— pone de manifiesto que *«en el marco de la tramitación del Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal que pendía entonces, la Fiscalía General del Estado sugirió al Gobierno la propuesta que ahora formaliza, de una modificación del tenor literal del artículo 58 del Código Penal, añadiendo al final del primer párrafo: «... salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella»»* (38).

(37) *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009*, pág. 1039.

(38) *Ibidem*, pág. 1041.

Apenas un mes después —el 27 de noviembre de 2009— el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y, asumiendo en su literalidad la propuesta de la Fiscalía General del Estado, se recoge la inclusión de ese último inciso en el artículo 58.1 CP, con una breve referencia en la Exposición de Motivos, en la que se señala que *«para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del artículo 58 para dejar claro que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que esté cumpliendo»*. Sólo días después —el 10 de diciembre de 2009— es cuando se fecha la STS 1391/2009, que, como ya se ha expuesto, tras destacar los inconvenientes a que lleva la doctrina constitucional, se postula en defensa del proyecto de reforma, señalando la razonabilidad de la nueva redacción propuesta para el artículo 58.1 CP. La posterior tramitación parlamentaria (39), si bien no modificó la redacción de la Exposición de Motivos para justificar la reforma del precepto, sí incidió en la redacción concreta del precepto, ya que al aceptarse una enmienda transaccional por parte de la Ponencia se incluyó un nuevo inciso final más al artículo 58.1 CP que establecía que *«en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa»*.

En conclusión, si bien el legislador acabó mediando en la cuestión interpretativa del artículo 58.1 CP, haciéndolo a favor de la consolidación de lo que había sido la posición jurisprudencial tradicional anterior a la STC 57/2008, y el Tribunal Supremo defendió de manera expresa esa solución, eso no puede llevar a afirmar que hubo un enfrentamiento entre los dos altos tribunales. Es más, como se evidenciará a continuación con la exposición de las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el particular, la realidad fue que, como no podía ser de otra manera, y desde la lealtad institucional, este órgano judicial actuó como primer garante de la doctrina constitucional asegurando su aplicación por los tribunales inferiores.

(39) Sobre este particular, más ampliamente, DÍAZ MAROTO (2011), págs. 209-211.

IV. LA REALIDAD: EL TRIBUNAL SUPREMO COMO GARANTE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La STS 1391/2009 resultó muy llamativa por el doble pronunciamiento contenido en su fundamento de Derecho tercero en que se advertía de manera crítica sobre las disfunciones que podría provocar la aplicación de la doctrina constitucional recogida en la STC 57/2008 y en la que también se apoyaba el contenido de la reforma del artículo 58.1 CP impulsado por la Fiscalía General del Estado para lograr enervar o minimizar dichas disfunciones cara al futuro. Sin embargo, ése era un contenido contingente. Su contenido propio esencial, como sentencia resolutoria de un recurso de casación, no supuso ningún enfrentamiento con la doctrina del Tribunal Constitucional. Al contrario, fue el comienzo de numerosas resoluciones en que el Tribunal Supremo debió de corregir la práctica insumisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En efecto, la STS 1391/2009 desautorizó la interpretación realizada por el Auto del Pleno de esa Sala de 2 de marzo de 2009 según la cual sólo sería posible el doble cómputo en los casos de concurrencia de cumplimiento de pena y de prisión preventiva, cuando esta última situación hubiera generado un perjuicio real concretado en la acreditación de la pérdida efectiva del derecho a beneficios o recompensas. A los efectos de argumentar esta desautorización, el Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que la *ratio* de la STC 57/2008 no es la existencia de un concreto y probado perjuicio para el penado mixto, sino la circunstancia de verse privado del abono de la prisión provisional al margen de los requisitos legales, en un contexto normativo en que no cabía considerar que esa falta de regulación fuera un olvido del legislador sino manifestación de una voluntad expresa, y cuando la situación fáctica de privación de libertad del penado mixto cumple la doble función de pena y medida cautelar, a pesar del diferente tratamiento penitenciario que suponen. A ello, el Tribunal Supremo añade que *«tampoco sería aceptable que en estos casos la carga de la prueba de la vulneración del derecho a la libertad pese sobre el condenado teniendo que justificar su discriminación penitenciaria en base a la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada»* (FD 2). Por tanto, la resolución impugnada resulta anulada incidiendo en que la STC 57/2008 *«es cierto que no declara la inconstitucionalidad, ni podría hacerlo, del precepto sustantivo, pero se trata de una sentencia interpretativa que no se contrae a proclamar la vigencia de un derecho subjetivo, sino que fija la lectura constitucional de un precepto del*

Código Penal excluyendo otras como contrarias al derecho fundamental a la libertad» (FD 2) (40).

La STS 82/2010, de 11 de febrero, también desautorizó la pretensión de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, expresada en su Auto de 8 de junio de 2009, de que no debía hacer aplicación de la doctrina de la STC 57/2008 en los casos en que la pena que se estaba cumpliendo y la impuesta en la causa en que se acordó la prisión provisional simultánea fueran finalmente acumuladas, al excluir la refundición la existencia de períodos de cumplimiento de pena y situación de prisión provisional. En este caso el argumento del Tribunal Supremo fue que la STC 57/2008 *«establece un sistema vicarial para las medidas cautelares privativas de libertad y las penas»*, concluyendo con un categórico *«la interpretación literal del artículo 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en que afecta al artículo 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el artículo 5.1 LOPJ»* (41). Esta misma consideración se reitera en la STS 208/2011, de 28 de marzo, si bien haciendo en este caso aplicación de la doctrina sentada en la STS 197/2006, de 28 de febrero, y, por tanto, considerando que el abono de la prisión provisional se computará no sobre el máximo de cumplimiento de las penas refundidas sino sobre cada una de ellas (42). La STS 551/2010, de 28 de mayo, por su parte incide en el carácter vinculante de la doctrina de la STC 57/2008 para anular un nuevo Auto de la

(40) La innecesariedad de que se acreditara el perjuicio fue después reiterado y aplicado por la STS 311/2010, de 24 de marzo, que determinó que se anulara respecto de este particular el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2009. En el mismo sentido, copiando directamente el razonamiento de la STS 1391/2009, se pronuncia la STS 227/2010, de 20 de mayo, anulando el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2009. También la STS 667/2010, de 11 de junio, en relación con el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 2009 y otras muchas posteriores como las SSTS 278/2011, de 5 de abril; 243/2011, de 6 de abril, o 1281/2011, de 28 de noviembre.

(41) El artículo 5.1 LOPJ establece que *«la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»*. En virtud de ello, la STC 155/2009, de 25 de junio, al desarrollar los criterios para determinar el requisito de admisibilidad del recurso de amparo de la especial trascendencia constitucional *ex* artículo 50.1.b) LOTC, establece como uno de dichos criterios *«que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional»* (FJ 2).

(42) Hacen aplicación de esta doctrina también la SSTS 329/2011, de 5 de mayo, que incluye un voto particular discrepante; 759/2011, de 30 de junio; 906/2011, de 20 de septiembre; 1060/2011, de 21 de octubre; 1281/2011, de 28 de noviembre; 1313/2011, de 30 de noviembre, o 45/2012, de 3 de febrero. Sobre la aplicación de la llamada doctrina Parot a este tipo de supuestos,

Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2009, afirmando que «*no hay otra opción que respetar y hacer cumplir la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional*» (FD 4) (43).

La STS 414/2010, de 17 de marzo, sin embargo, confirmó el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2009 señalando, por primera vez, que la coincidencia temporal de dos o más prisiones provisionales acordadas en la misma causa no es un supuesto fáctico hábil para la aplicación de la doctrina del artículo 57/2008. A esos efectos, se argumenta que ni era ése el objeto de análisis de dicha resolución ni en esos casos puede decirse que la situación de privación de libertad, basada únicamente en la adopción de medidas cautelares, cumpla una función distinta a ésta (44).

La STS 412/2010, de 7 de mayo, por su parte, plantea una nueva variante como es la circunstancia de que se estuviera cumpliendo una pena y simultáneamente dos o más prisiones preventivas en causas distintas. El Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2009 negó la posibilidad de abonar más de una de las prisiones provisionales, argumentando que no habría quedado huérfano de abono período alguno de prisión preventiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo confirma la necesidad de hacer, siguiendo la STC 57/2008, una aplicación estricta del artículo 58.1 CP en el sentido de que, constatado que se parte de una situación de penado, cada prisión preventiva —aunque sean varias— simultáneamente cumplida con dicha pena precisa ser abonada a su causa respectiva. Así, se afirma que «*es verdad que en el caso que ahora se examina concurren algunas obvias particularidades diferenciales en relación con los otros dos considerandos, pero, al fin, particularidades anecdóticas [...]*» (FD 4).

véase, SÁNCHEZ MELGAR (2011), págs. 3 y 4; MANZANARES SAMANIEGO (2011), pág. 6, o MENDIZÁBAL ALLENDE (2011b).

(43) También, las SSTS 928/2010, de 22 de octubre, o 906/2011, de 20 de septiembre. Por su parte, la STS 1281/2011, de 28 de noviembre, insiste en que «*el artículo 58 CP fue interpretado desde una perspectiva constitucional (derecho a la libertad) por el Tribunal Constitucional, en una dirección y en unos términos que obligan a todos los tribunales, pues de lo contrario se vulneraría el derecho constitucional a la libertad*» (FD 3).

(44) Esta doctrina se aplica de nuevo en la STS 311/2010, de 24 de marzo, confirmando sobre este particular el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2009 y en la SSTS 667/2010, de 11 de junio, o 954/2011, de 23 de septiembre. La STS 74/2011, de 28 de enero, también confirmó que la existencia del cumplimiento de la pena con una única medida de prisión provisional no puede implicar que una vez computado como pena y, además, abonado a otras penas impuestas por otras causas pretenda que también tenga que computarse una tercera vez en la causa en la que fue acordada la prisión provisional. En el mismo sentido, SSTS 802/2011, de 19 de julio, o 45/2012, de 3 de febrero.

La STS 908/2010, de 20 de octubre, incluso anula el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2010, señalando que la doctrina de la STC 57/2008 «*constituye una interpretación que en la medida en que supone unos efectos más favorables para el penado, debe proyectar retroactivamente sus efectos, máxime teniendo en cuánta la condición del intérprete como guardián de la Constitución*» (45). Con ello, no sólo consagra la posibilidad de una revisión de todos los abonos producidos con anterioridad a la STC 57/2008, sino que demuestra una asunción sin ambages de la función que corresponde al Tribunal Constitucional de acuerdo con el diseño constitucional. En esa misma línea, resoluciones posteriores, una vez entrada ya en vigor la nueva redacción del artículo 58.1 CP dada por la LO 5/2010, confirman que dicha redacción no puede ser de aplicación retroactiva (46).

Más recientemente se ha llegado a afirmar en la STS 19/2012, de 18 de enero, que el doble cómputo no tiene como límite máximo la firmeza de la sentencia condenatoria, sino que debe mantenerse hasta que el Centro Penitenciario tenga noticia de que la prisión preventiva se haya transformado en cumplimiento de pena «*toda vez que hasta aquel momento los efectos perniciosos de la medida cautelar y la imposibilidad de acceso al régimen ordinario de cumplimiento subsisten*» (FD 1).

Esta larga relación de pronunciamiento del Tribunal Supremo, por tanto, pone de manifiesto dos realidades difícilmente controvertibles: la primera es que, como he ido reiterando en este análisis, el Tribunal Supremo no sólo no se enfrentó a la doctrina constitucional, sino que también rechazó hacer una interpretación sesgada o elusiva de dicha doctrina, ajustándose a una lectura esencialista de la misma. La segunda es que, asumiendo su papel de máximo órgano del Poder Judicial, se hizo garante de una aplicación estricta del artículo 5.1 OPJ, frenando determinadas derivas interpretativas que ponían en duda la esencia misma del valor de la doctrina constitucional y el carácter prevalente de los derechos fundamentales.

(45) Así, también, STS 695/2011, de 18 de mayo.

(46) SSTs 74/2011, de 28 de enero; 208/2011, de 28 de marzo; 759/2011, de 30 de junio; 906/2011, de 20 de septiembre; 1281/2011, de 28 de noviembre, o 1417/2011, de 23 de diciembre. También sostienen la imposibilidad de su aplicación retroactiva JERICÓ OJER (2011), pág. 17, o MONTERO HERNANZ (2011), pág. 12.

V. EPÍLOGO: CRÓNICA INCONCLUSA

Las circunstancias concurrentes en todo este proceso, y que se han ido desgranando a lo largo de este trabajo, no permiten afirmar que este espejismo de enfrentamiento haya que darlo por definitivamente concluido, toda vez que la amplia aplicabilidad de esta doctrina puede provocar que todavía el Tribunal Constitucional deba pronunciarse a través de recursos de amparo sobre algunas cuestiones derivadas de dicha doctrina.

En efecto, la STC 57/2008, en la medida en que impone un tratamiento más favorable del régimen de restricción de libertad, permite, en los términos ya recordados por el Tribunal Supremo, una aplicación retroactiva a situaciones de penados cuyo cómputo del abono de la prisión provisional se hubiera efectuado incluso con anterioridad al dictado de la STC 57/2008, que podían ser revisadas. Este efecto retroactivo ha supuesto una amplia aplicabilidad de la doctrina constitucional del abono de la prisión provisional del penado mixto cuyo freno con la reforma operada en el artículo 58.1 CP por la LO 5/2010 es limitado al tener una proyección únicamente para los supuestos de concurrencia de cumplimiento de pena y prisión preventiva a partir de su entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010. En cualquier caso, habida cuenta de que la decisión sobre el abono de la prisión provisional es recurrible en casación (47) y que el Tribunal Supremo se ha erigido en garante de la aplicabilidad de la doctrina de la STC 57/2008, se está garantizando una razonable aplicación uniforme de esta doctrina a pesar de las resistencias, ya expuestas, de determinados órganos judiciales.

En este contexto caber augurar que los supuestos directamente relacionados con la aplicación de la doctrina de la STC 57/2008 sobre los que tenga que volver a pronunciarse el Tribunal Constitucional sean marginales y reducido a aspectos como la negativa directa a aplicar dicha doctrina; la exigencia de que el doble abono sólo resulte viable en los casos en que quede acreditado un efectivo perjuicio por primar la condición de preventivo sobre la de penado; la solución a dar en los casos en que concurra más de una prisión provisional con la condición de penado y, desde luego, que el cómputo del abono de la prisión

(47) Así lo establece el artículo 4, párrafo segundo, de la Ley de 17 de enero de 1901, sobre abono de la prisión provisional (*Gaceta de Madrid*, núm. 18, de 18 de enero), que ha sido declarado vigente en este concreto particular, si bien el ATS 1570/2007, de 12 de febrero, excluye de este recurso a los Autos de las Audiencias Provinciales resolutorios de recursos de apelación.

provisional en los casos de refundición de condenas se realice sobre cada una de las penas y no sobre el máximo de cumplimiento (48).

Por otra parte, tampoco cabe excluir la hipótesis de que el Tribunal Constitucional debe llegar a pronunciarse sobre la adecuación constitucional de la solución legislativa aportada por la LO 5/2010 al abono de la prisión provisional del penado mixto, bien con motivo de alguna cuestión de inconstitucionalidad planteada por algún órgano judicial bien a través de la interposición de algún recurso de amparo. Como ya se expuso, la decisión del Legislador fue prever expresamente en el artículo 58.1 CP que quedaba excluida la posibilidad del doble cómputo de los penados mixtos, volviendo con ello a la práctica previa al dictado de la STC 57/2008 (49). Esta decisión, sin embargo, no ha venido acompañada de una correlativa reforma sobre la situación jurídica en que permanece el interno cuando simultanea la condición de penado y preso preventivo, en que sigue primando su condición de preventivo (50). De ese modo, pervive una de las circunstancias que dio lugar a la objeción de constitucionalidad como es el mantenimiento de la situación de privación de libertad con un *status libertatis* —el derivado del carácter preventivo— más limitado que el que se produce con la condición de penado (51).

(48) A esos efectos, hay que tener en cuenta que el nuevo criterio interpretativo de la STS 197/2006, de 28 de febrero, de cómputo de la redención de penas por el trabajo en los casos de concurso real o refundición de condenas sobre cada una de las penas impuestas y no sobre el máximo de cumplimiento no ha sido desautorizado constitucionalmente en la serie de sentencias que tiene como cabecera la STC 39/2012, de 29 de marzo. Por el contrario, la STC 92/2012, de 7 de mayo, no ha considerado aplicable la doctrina de la STC 57/2008 a los supuestos de cumplimiento simultáneo de prisiones preventivas.

(49) MARTÍN PALLÍN (2009) antes de la reforma ya señalaba que «no creo que haya que modificar ni una coma del precepto, pero sí reconducir la institución de la prisión provisional a sus verdaderos términos y finalidades», optando por no considerar adecuado adoptar una medida cautelar de prisión preventiva en supuestos en que el sujeto es un interno penado, habida cuenta de que es manifiesto que no se cumplen las exigencias legales para ello, pág. 3. En el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011), quien, aun afirmando que la nueva redacción supone una mejora, defiende la necesidad de hacer un uso adecuado y restrictivo de las medidas cautelares como solución óptima, pág. 211.

(50) JERICÓ OJER (2011) entiende que la reforma «deja latente la situación que origina todo el conflicto, puesto que mantiene la figura del penado mixto, sin abordar una reforma global de la LOGP que regule jurídicamente esta situación procesal», pág. 23. Igualmente, BLAY GIL y otros (2012), critica la solución aportada por el artículo 58.1 CP al no resolver el problema del penado mixto, proponiendo reformas penitenciarias «para tratar de ponderar la afectación de derechos en caso de que concurra la doble condición de penado y preso preventivo», pág. 155. Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI/VILLAMARÍN LÓPEZ (2010) estiman acertada la solución legislativa, y aunque son conscientes de que no se resuelva la cuestión del penado mixto, consideran que no hace falta abordar normativamente esta cuestión, pág. 366.

(51) MONTERO HERNANZ (2008) sostiene que la solución legislativa en materia penitenciaria debería ser que se suspenda la ejecución de la pena y, por tanto, que se compute únicamente

Este aspecto, en última instancia, puede lastrar la constitucionalidad de la reforma y provocar que también se esté sobre este particular ante una crónica inconclusa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2011): «Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal (SSTC 120/2005 y 129/2008): el derecho a la legalidad penal y los límites de intervención del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, págs. 353-379.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2006): «Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, págs. 169-178.
- ASENCIO MELLADO, José María (2009): «Los conflictos entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en AAVV: *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Barcelona, Atelier, págs. 161-183.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2002): «El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», en *Actualidad Penal*, núm. 38, págs. 1001-1021.
- BLAY GIL, Ester, *et al.* (2012): «El sistema de penas y su ejecución», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan (2011): «Artículo 58», en CÓRDOBA RODA, Juan, y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.): *Comentarios al Código Penal: Parte General*, Madrid, Marcial Pons, págs. 570-576.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María (1998): *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC.
- CATALÁ I BAS, Alexandre H. (2010): «Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español», *Revista Europea de Derecho Fundamentales*, núm. 15, págs. 279-294.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (2003): «Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la Ley», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, págs. 147-168.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban (2007): «El principio de primacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales: su cuestionamiento por la Sala Primera del Tribunal Supremo», en PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.): *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 633-670.

te como prisión provisional, pág. 16. En el mismo sentido, MARCOS MADRUGA (2009), dando ejemplos de cómo se acude a esta solución en otros contextos, pág. 8. Sin embargo, se muestra crítica con esta solución JERICÓ OJER (2010), argumentando que esta solución iría en contra del artículo 988 LECrim y tendría posibles efectos distorsionantes en materia de prescripción de la pena, pág. 713. A ello habría que añadir la disfunción que supondría la interrupción del tratamiento penitenciario.

- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (2011): «El abono de la prisión preventiva», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.): *Estudios sobre las Reformas del Código Penal*, Madrid, Civitas, págs. 201-212.
- GARCÍA ALBERO, Ramón (2011): «Artículo 58», QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentarios al Código Penal español*, t. 1, 3.^a ed., Navarra, Aranzadi, págs. 478-484.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2010): *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control de constitucionalidad de las leyes?*, Navarra, Aranzadi.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín (1995): *El derecho a la libertad (Detención, privación y restricción de libertad)*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia.
- GARLICKI, Lech (2007): «Constitutional courts versus Supreme courts», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, págs. 44-68.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, y VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa (2010): «Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», en GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (coord.): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Navarra, Aranzadi, págs. 361-367.
- GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma (2009): «Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa», en *Diario La Ley*, núm. 7112, de 11 de febrero, págs. 1-5.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2004): *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Madrid, Civitas.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999): *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- JERICÓ OJER, Leticia (2010): «El abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente en los supuestos de coincidencia en la situación de penado y de preso preventivo (art. 58 CP)», en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.): *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, págs. 685-718.
- (2011): «La nueva redacción del artículo 58.1 CP: el análisis de una reforma anunciada», en *InDret*, núm. 3.
- JORGE BARREIRO, Alberto (2004/2005): «La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la Doctrina del Tribunal Constitucional (I) y (II)», en *Jueces para la Democracia*, núms. 51, págs. 37-49 y 52, págs. 41-53.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2010): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2011): «Reflexiones sobre el “caso Troitiño”, la “doctrina Parot” y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo», en *Diario La Ley*, núm. 7.654, de 17 de junio, págs. 1-8.
- MARCOS MADRUGA, Florencio de (2009): «En torno a la interpretación del artículo 58 del Código Penal. Unas consideraciones a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril», en *Diario La Ley*, núm. 7.119, de 20 de febrero, págs. 6-8.

- MARCOS MADRUGA, Florencio de (2011): «Artículo 58 CP», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Madrid, Lex Nova.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2009): «Un recluso con doble personalidad», en *Diario La Ley*, núm. 7.142, de 24 de marzo, págs. 1-4.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2003): «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (especial referencia a los casos Valenzuela Contreras y Prado Bugallo, ambos contra España)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, págs. 377-406.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (1998): «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, págs. 119-141.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de (2011): «El caso Bildu: dos grandes tribunales enfrentados», en *Diario La Ley*, núm. 7.666, de 16 de junio, págs. 1-6.
- (2011b): «El caso Troitiño y la doctrina Parot», en *Diario La Ley*, núm. 7.666, de 5 de julio, págs. 1-4.
- MONTERO HERNANZ, Tomás (2008): «La evolución en los criterios de individualización de la pena: la STC 57/2008», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 759, de 25 de septiembre, págs. 12-17.
- (2011): «El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma legal», en *Diario La Ley*, núm. 7.559, de 1 de febrero, págs. 10-12.
- NISTAL BURÓN, Javier (2008): «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas: consecuencias y efectos (a propósito de la STC 57/2008, de 28 de abril)», en *Diario La Ley*, núm. 6.892, de 4 de julio, págs. 6-8.
- PÉREZ TREMP, Pablo (2010): *Sistema de Justicia Constitucional*, Madrid, Civitas.
- ROCA POVEDA, Manuel (2009): «Pena de prisión y prisión provisional. Concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva (en torno a la STC 57/2008, de 28 de abril)», en *La Ley Penal*, núm. 56, págs. 81-85.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2011): «La vigencia de la “doctrina Parot”, entrelazada con el caso “Troitiño”: algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas», en *Diario La Ley*, núm. 7.642, de 1 de junio, págs. 1-4.
- SANGUINÉ, Odone (2003): *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIDAL PUEYO, María del Camino (2005): «Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, págs. 361-394.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (2008): «artículo 123», en CASAS BAAMONDE, María Emilia, y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española (XXX Aniversario)*, Madrid, Wolters Kluwer, págs. 1901-1918.