

LA DOCTRINA «PAROT» DE NUESTRO
TRIBUNAL SUPREMO, RETROACTIVIDAD
E IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS Y
LA CONDENA AL ESTADO ESPAÑOL POR EL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
EN LA SENTENCIA DE 12-7-2012

THE DOCTRINE «PAROT» GIVES OUR SUPREME COURT
AND THE RETROACTIVITY AND IRRETROACTIVITY OF THE
PROCEDURE AND THE SENTENCE TO THE SPANISH STATE
FOR THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE
JUDGMENT GIVES 12-7-2012

JUAN MANUEL ALONSO FURELOS

Titular de Derecho Procesal

Resumen: El Tribunal Supremo en la S.197/2006 de 28 de Febrero establece la doctrina «Parot» aplicando la legislación penitenciaria vigente –más restrictiva que la anterior en ciertos supuestos– al entonces existente beneficio penitenciario de reducción de la pena máxima privativa de libertad de 30 años que puede cumplir un condenado mediante el trabajo del penado en prisión, caso de condena múltiple por diferentes hechos en distintas sentencias. La restricción no se hace de forma directa sobre la pena concreta máxima privativa de libertad que puede imponerse en la sentencia al amparo de los art. 70 y 100 CP 1973 y 988 LECRIM sino de forma indirecta al aplicar la legislación penitenciaria vigente sobre aquel beneficio penitenciario de forma individual y sucesiva sobre cada una de las particulares condenas. No creo que la doctrina del TS sea una aplicación o interpretación retroactiva desfavorable al reo del vigente CP. Pero la ley penitenciaria incide sobre un beneficio penitenciario establecido

en la anterior cual es la reducción del tiempo de cumplimiento de la condena a los reclusos por el trabajo realizado en prisión mientras cumplen la pena impuesta –en nuestro caso– en diferentes procesos y sentencias. Según sea la incidencia podrá ser o no admisible, constitucional o no según vulnere o no el principio de legalidad de los Art. 1-1 y 9-3 CE.

En el caso de autos se interpuso recurso de súplica contra el Auto de la AN de 23-6-2008 –que aplica la doctrina «Parot» del TS de 2006– y fija como fecha de salida de prisión de la recurrente el año 2017 (el Auto precedente la fijaba en 2008) y contra la decisión de la AN pronunciándose sobre el recurso de súplica de 10-7-2008 que es firme se interpone Amparo al TC que por ATC de 17-2-2009 declara el recurso inadmisibile y contra éste la recurrente solicita tutela del TEDH por demanda en el recurso 42750/09. La Sentencia de 12-7-2012 TEDH condena al Estado Español por la aplicación de la doctrina «Parot» (a lo que establecen sus pronunciamientos) pero esta sentencia no es firme y el hecho de que esté pendiente de ulterior decisión justifica este trabajo.

Abstract: The Supreme Spanish Court in the S.197/2006 of February 28 establishes the doctrine «Parot» applying the penitentiary in force legislation – more restrictive than the previous one in certain suppositions – to the existing penitentiary benefit at the time of reduction of a maximum exclusive sentence of freedom that a reprobate can fulfill by means of the work of the convict in prison case of multiple sentence for different facts in different judgments. The restriction doesn't do to itself of direct form on a concrete sentence exclusive maxim of freedom that can be imposed in the judgment under the protection of the art. 70 and 100 CP and 988 LECRIM but also indirect form on having applied the penitentiary in force legislation on that penitentiary benefit of individual and successive form on each of the particular sentences.

I do not relieve that the doctrine of the TS is and application or retroactive unfavorable interpretation to the convict of the in force CP. But the penitentiary law affects on a penitentiary benefit established in the previous one which is the reduction of the time of fulfilment of the sentence to the prisoners for the work realized in prison while the fulfil the sentence –in our case– in different processes and judgments. As it is this incident it will be able to be or not admisible, constitutional or not according violates or not the principle of legality of the art. 1-1 and 9-3 CE.

In this case entitled resource of petition intervened against the Case of the AN of 23-6-2008 – that applies the doctrine Parot of the TS of 2006-and hinge as date of exit of prison of the appellant the year 2017 (the previous Case was fixing it in 2008) and against the decision of the AN they declaring on the resource of petition of 10-7-2008 that is firm Protection intervenes to the TC that for ATC of 17-2-2009 he declares the inadmissible resource and against this one the appellant requests guardianship of the ECHR for demand in the resource 42750/09. The Judgment of 12-7-2012 ECHR condemns to the Spanish State by the application of the doctrine Parot (to what they establish his pronouncements) but this judgment is not firm and that decision is pending further justifies this work.

Palabras clave: Doctrina «Parot». Legislación penal, procesal y penitenciaria española. Audiencia Nacional. Tribunal Supremo. Tribunal Constitucional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Irretroactividad y retroactividad de las leyes.

Keywords: Doctrine Parot. Penal, Procedural and Penitentiary Spanish Legislation. National Hearing. Supreme Spanish Court. Constitutional Court. European Court of Human Rights.

Recepción original: 25/09/2013

Aceptación original: 09/10/2013

Sumario: I. Introducción. Aspectos sociales y políticos de la sentencia del TEDH y su repercusión. La certeza y seguridad jurídica, principios generales del Estado de Derecho y consecuencia del principio de legalidad. Disciplinas jurídicas afectadas por esta sentencia. II. Cuestión penal. Principio general: la irretroactividad de las normas penales y la excepción del principio de la retroactividad de la norma penal posterior más favorable. III. Cuestiones procesales. Determinación de la norma procesal penal aplicable. La irretroactividad de las normas del proceso penal. Excepción. Determinación de la pena. Ejecución de las sentencias penales de condena. IV. La cuestión penitenciaria. Concreción del momento esencial que determine si la norma es irretroactiva o retroactiva. V. El principio de legalidad y la posible mitigación de sus consecuencias jurídicas al caso concreto con base en el principio de igualdad y de proporcionalidad de las normas. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS SOCIALES Y POLÍTICOS DE LA SENTENCIA DEL TEDH Y SU REPERCUSIÓN. LA CERTEZA Y SEGURIDAD JURÍDICA, PRINCIPIOS GENERALES DEL ESTADO DE DERECHO Y CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DISCIPLINAS JURÍDICAS AFECTADAS POR ESTA SENTENCIA

La sentencia de 12-7-2012 que se pronuncia sobre el recurso 32750/09 en su día interpuesto por la recurrente y que condena al Estado Español a lo que determinan sus pronunciamientos todavía no es firme. Esta sometida por ello a ulterior decisión por el TEDH y es lo que motiva el objeto de este trabajo.

De ser firme estas líneas quizás no fueran las que son y el Estado Español estaría sometido a sus pronunciamientos consecuencia del Acuerdo de España con la Unión Europea aceptando la jurisdicción del TEDH desde el momento de su integración.

Deseo manifestar que en este trabajo me limito al examen de dicha Sentencia del TEDH y la STS 197/2006 de 28 de Febrero que establece la doctrina «Parot». Destaco que no examiné los autos originales obrantes de dichos procesos o recursos, ni los que eran consecuencia de las instancias anteriores; ni la documentación acompañada a estos procesos por las partes, ni las pruebas practicadas que son su antecedente y que motivan la fundamentación jurídica de las sentencias de la AN, TS y TEDH.

El material con el que cuento a la hora de redactar este trabajo es a todas luces fragmentario y esto puede llevarme con relativa facilidad a un pronunciamiento erróneo sobre ciertos aspectos sustanciales, sin perjuicio –claro está, como no podía ser menos– de mi derecho a equivocarme. Con esta manifestación debo y quiero advertir «desde ya» al amable lector de estas líneas.

Cierto es que lo sustancial son los fundamentos jurídicos y los pronunciamientos de las sentencias que crean jurisprudencia y vinculan a los restantes tribunales, a las autoridades administrativas del Estado Español, es decir su parte dispositiva. No es sustancial al margen de su valor «los obiter dicta»; y todavía menos las cuestiones políticas o sociales que se ocultan tras una sentencia, aunque puedan incidir en su contenido.

* * *

Esta sentencia del TEDH ha creado cierta alarma en el cuerpo social o al menos así lo han manifestado los diferentes medios de

comunicación como la prensa en los distintos y variados diarios nacionales, autonómicos o locales; la radio e igualmente la televisión en sus variopintos y diferentes canales. Desconozco si realmente estaban alarmados o se trataba de crear o – al menos– de aumentar dicha alarma en el cuerpo social lo cual no es lo mismo.

Sin embargo creo que no se puede negar que se ha creado una cierta **preocupación** por las consecuencias futuras que podría tener en el caso de que la condena al Estado Español deviniera firme por su aplicación a otros supuestos –idénticos, análogos e incluso semejantes– del que fue objeto de esta sentencia.

Han incidido en todo ello las manifestaciones hechas por los representantes de las asociaciones de las víctimas contra el terrorismo, de los distintos Cuerpos de la Seguridad del Estado (Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica...), del propio Gobierno a través de los responsables y representantes del Ministerio del Interior (en cuanto dependen de él determinados Cuerpos de Seguridad del Estado) y del de Justicia al depender de él la Dirección General de Prisiones.

Incluso en algunas Universidades Españolas –en sus Facultades de Derecho– ha sido objeto de debate, desde el punto exclusivamente jurídico, esta sentencia del TEDH. En especial –que conozcamos– en la propia UNED, en el Seminario de Derecho Internacional Público al que acuden prestigiosos profesores de derecho de la propia UNED y de otras facultades de Derecho de diferentes Universidades y en el Congreso Internacional de Derechos Humanos celebrado en Mayo del 2013 donde se preguntó a dos ponentes de la Sentencia sobre esta cuestión por ser miembros o haberlo sido del TEDH y por intervenir directamente en la redacción y contenido de esta Sentencia.

Aspecto **político** de esta sentencia. Salvo la manifestación de la recurrente los distintos Órganos jurisdiccionales dejan claro que estamos ante una causa penal y procesal desligada de la política. La doctrina «Parot» se aplica a todo tipo de personas y cualesquiera hechos delictivos –de entidad lo suficientemente grave– cometidos durante la vigencia del CP de 1973 y siempre que concurren distintas sentencias de condena dictadas en diferentes procesos penales por distintos hechos delictivos para determinar no la pena en si misma como se hace en la sentencia del último proceso penal sino para determinar el concreto cumplimiento de la condena en prisión.

Por tanto se aplica a delitos de terrorismo pero también a los cometidos por personas integradas en bandas armadas u organizadas

dedicadas al narcotráfico u otros delitos que fueron objeto de penas muy graves impuestas en distintos procesos penales y en sus correspondientes y diferentes sentencias penales. Para determinar la pena concreta en el último proceso penal y en la última sentencia se tiene en cuenta el CP de 1973 Art. 70 y 100 del mismo como el Art. 988 LECRIM en cuanto se refieren a hechos penales cometidos durante su vigencia.

Respecto al anterior beneficio penitenciario de reducir al recluso su estancia en prisión mediante su trabajo en ésta y así reducir el cumplimiento de la condena o pena impuesta en la última sentencia se debe regir por la legislación penitenciaria entonces vigente desde el ingreso del reo en prisión y hasta que se pueda aplicar el beneficio penitenciario. También se toma en cuenta desde que el recluso ingresa en prisión a consecuencia de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional cuando concurren sus requisitos.

El hecho de que fuera competente la AN, en especial su Sala Penal, no creo que tenga relevancia política treinta y seis años después de su establecimiento como Órgano jurisdiccional aunque inicialmente se consideró como un Órgano especial; tampoco creo tenga relevancia política la competencia del TS y de su Sala Penal y así poder establecer su jurisprudencia y su doctrina legal; tampoco creo que la tenga en el caso de autos el hecho de que se afirme por ciertos sectores el carácter político o no político del TC y del TEDH y de los Magistrados que lo componen.

Y si tiene relevancia política –o no– la condición de la recurrente no voy a entrar en ello, pues queda claro en estas sentencias que la doctrina «Parot» se aplicará a todo tipo de personas cualquiera que sea su condición o significación y a todos los hechos delictivos de cierta gravedad cometidos durante la vigencia del CP de 1973 objeto de distintas condenas impuestas en diferentes sentencias dictadas en procesos penales igualmente diferentes cualquiera que sea su significación. (Se trata en todo caso de evitar cualquier discriminación por razones subjetivas u objetivas incompatible con el art. 14 CE).

* * *

La **certeza** y la **seguridad jurídica** son principios generales de un **Estado de Derecho** y manifestaciones del propio principio de legalidad. Art. 1-1 y 9-3 CE; Art. 1, 2, 3 CP 1995; y Art. 1 LECRIM.

Como establece la CE art. 1-1 España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho... lo que supone que como tal Estado se somete al principio de legalidad de sus propias normas,

Art. 9-3 CE. La sumisión de un Estado a su propio Derecho, es decir, a su ordenamiento jurídico supone que ese Estado consagra y acata un principio general del derecho positivo que supone la certeza jurídica y –su consecuencia– la seguridad jurídica con base a ese sometimiento o acatamiento.

* * *

De la misma forma y como consecuencia de la anterior afirmación se establece y consagra en nuestra Constitución el principio de la **irretroactividad** de las normas y de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales art.9-3 CE en el que se incluye el cumplimiento de las penas en establecimientos penitenciarios y de la misma forma el Código Civil consagra con carácter general el principio de irretroactividad de las mismas –aunque refiriéndose concreta y expresamente a las leyes– salvo cuando se disponga lo contrario (la retroactividad) expresamente Art. 2-3 CC.

Y los art. 1 a 3 del CP vigente establecen el principio de legalidad y la irretroactividad de las leyes penales vigentes art. 2-1 con la excepción de que éstas fueran más favorables al reo, art. 2-2 CP incluso en este supuesto aunque hubiera recaído sentencia firme al amparo de hechos acaecidos bajo el anterior CP y el sujeto estuviese cumpliendo condena en un establecimiento penitenciario; y en caso de duda para la determinación de cuando la ley es más favorable o desfavorable al reo deberá ser oído en todo caso el reo (entiéndase junto a su abogado para que le informe adecuadamente como manifestación de su derecho de defensa).

Dejando a salvo y como una excepción –especial en caso de silencio– a la aplicación de la retroactividad de la ley penal más favorable el supuesto de las leyes temporales (salvo que expresamente se permita en la vigente ley su retroacción en lo favorable sobre la ley temporal). Ello se debe a su carácter de norma especial, y a que se busca su aplicación preferente salvo disposición expresa de lo contrario por la ulterior vigente. (Excepción a la excepción que confirmaría la regla general).

La irretroactividad es una consecuencia y la garantía plena del principio de legalidad. Esto no supone que la retroactividad sea un ataque al menos parcial al principio de legalidad en los casos en que se permite a la nueva ley vigente su aplicación retroactiva sobre el pasado anterior a su vigencia o porque la nueva ley es menos rigurosa que la anterior. Aunque no conculque la retroactividad –cuando se permite– el principio de legalidad lo cierto es que lo difumina y

limita en gran medida y muy especialmente a ciertas garantías que son consecuencia de este principio como la certeza y la seguridad jurídica. Una ley retroactiva está sujeta por tanto al principio de legalidad cuando se cumplen todos los requisitos exigibles para su nacimiento y vigencia.

La irretroactividad es además una consecuencia del principio de **aplicación inmediata** de las normas desde su vigencia, por lo tanto del principio de legalidad en su máxima dimensión. Esto supone que la nueva norma, la vigente que derogó a la anterior, nace para aplicarse a las situaciones, relaciones, contratos y hechos jurídicos nacidos y producidos durante su amparo o vigencia.

A la nueva norma no le preocupan las situaciones, relaciones, contratos o hechos jurídicos nacidos, surgidos o producidos durante la vigencia de la anterior y por ello los respeta y permite que se rijan y se sigan rigiendo por la antigua. La ley nueva vigente, respeta lo acontecido bajo la anterior y que se sigan rigiendo por aquella y esto se denomina irretroactividad, por tanto se respeta la legalidad que estaba vigente antes del nacimiento de la nueva ley hasta sus últimas consecuencias y a la vez se respeta la certeza y seguridad jurídica de quienes constituyeron esas situaciones al amparo de las normas que en aquél momento estaban vigentes pensando que en el futuro –cuando esa norma a cuyo amparo se constituyeron no estuviera vigente– se seguirían rigiendo de la misma forma.

Con otras palabras, la nueva norma ahora vigente –que derogó a la anterior– es irretroactiva si no se retrotrae hacia el pasado para regular lo que bajo su amparo hizo la anterior o anteriores ya derogadas. No busca la nueva norma tener una actividad sobredimensionada o su aplicación sobre hechos jurídicos pasados regulándolos de forma diferente a como lo hacían las normas derogadas por tanto a situaciones que le eran totalmente ajenas cuando todavía no existía y por tanto ni estaba ni podía estar vigente. La irretroactividad es ajena a la retroacción hacia el pasado, a la propia retroactividad, a la ultractividad sobre efectos jurídicos pasados, hacia atrás, sobre el pasado.

La **retroactividad** supone lo contrario, y aunque no supone – como señalé – vulnerar el principio de legalidad lo limita y restringe en cierta medida y de esta forma afecta a la certeza y seguridad jurídica sobre todo cuando se produce la retroactividad en sus grados máximo o medio.

La aplicación de la norma vigente retroactivamente en **grado máximo** o retroactividad en grado máximo implica o supone que la nueva norma vigente desconoce las situaciones, relaciones, negocios y hechos jurídicos surgidos bajo la anterior –entonces vigente y ahora ya derogada– así como todos los efectos producidos durante la misma hasta borrarlos por completo. (Por ejemplo, una ley retroactiva en grado máximo es la que deja sin efecto la esclavitud lo que supone la libertad de las personas sometidas a la esclavitud durante la ley anterior).

Y además supone la negación de todos los efectos surgidos, producidos y derivados de la esclavitud mientras regía la ley que la permitía y así por ejemplo el comprador del esclavo podrá exigir del vendedor muchos años después –desde la vigencia de la ley retroactiva– la devolución del precio por haberse convertido ese contrato en algo nulo totalmente, afectado a posteriori por la nulidad absoluta, en ineficaz y en inexistente al amparo de la nueva ley. (No es una nulidad absoluta originaria e inicial del negocio jurídico sino sobrevenida por el cambio de las circunstancias sobre la base del negocio jurídico impuestas por la nueva Ley).

El **grado medio** en la aplicación de una norma retroactiva supone que la vigente ley reconoce la situación, relación o negocio surgido al amparo de la anterior y los efectos derivados del cumplimiento y consumación de las obligaciones surgidas de la bilateralidad de los contratos o de los hechos, relaciones y situaciones jurídicas. Pero las obligaciones no satisfechas o los efectos jurídicos no realizados, cumplidos o satisfechos durante la vigencia de la ley – antes vigente y ahora derogada– en que se constituyó no podrán ser reclamadas a su amparo al estar ya derogada aquella ni al amparo de la posterior ley vigente porque no los permite.

El **grado mínimo** en la aplicación de una norma retroactiva supone que la ley vigente respeta y reconoce los hechos, relaciones, negocios y situaciones jurídicas nacidos al amparo de la anterior derogada e incluso permite que las obligaciones o efectos jurídicos incumplidos durante su vigencia se puedan reclamar bajo su amparo; pero el tracto sucesivo de los derechos y obligaciones de los contratos producidos desde la vigencia de la nueva en vigor o los efectos jurídicos derivados de otras relaciones o situaciones se registrarán por ésta y no por la antigua derogada, aunque deriven de situaciones constituidas bajo la misma. Obsérvese que no afecta al principio de aplicación inmediata de la norma vigente y que lo que son derechos efectivos objeto de reclamación de una tutela jurídica concreta al

amparo de la vigente ley sólo serían meras expectativas jurídicas desde el prisma de la anterior desde su derogación.

Es necesario respecto a la cuestión que estamos tratando –la **sucesión de normas** o leyes en el tiempo y sus efectos– destacar desde ahora tres aspectos que considero de suma importancia y que nos ayudarán a comprender la fundamentación jurídica de la sentencia del TEDH y en su caso a compartir o diferir de sus pronunciamientos.

Primero. La irretroactividad o retroactividad de una ley se predica de la ley vigente o de la nueva en caso de sucesión temporal de normas; y de su comportamiento respetando o no las situaciones creadas bajo la anterior o anteriores, ya derogada o derogadas. En ningún caso se predica de la ley o leyes antiguas o derogadas; es decir es irrelevante que ésta o éstas cuando estaba o estaban vigentes (pues ya no lo están) fueran retroactivas o irretroactivas.

El CC de forma indirecta se refiere a este aspecto al abordar la derogación cuando establece en el art. 2-2 que por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado.

Es cierto que no suelen recobrar vigencia las cadenas de sucesión de normas irretroactivas entre sí. Sin embargo, cuando nos encontramos con cadenas de sucesión de normas retroactivas entre sí puede ocurrir lo contrario –aunque no sea muy frecuente– es decir que la vigente ley de carácter retroactivo suele propiciar o confirmar el régimen anterior que existía antes del creado por la ley ahora derogada.

Segundo. La determinación de si una ley es o no retroactiva, es decir el **momento esencial o decisivo** para que se aplique la ley vigente o la ya derogada no siempre es el mismo o tienen que coincidir, sobre todo cuando a ciertos hechos jurídicos para producir efectos jurídicos se tengan que aplicar normas que no son sustantivas sino que por el contrario son adjetivas, es decir, procesales o de procedimiento administrativo.

Así en las normas **materiales** viene determinado por el momento de la producción, realización o consumación del hecho, contrato, relación o situación jurídica que motiva su aplicación. Incluimos como normas materiales aplicables las civiles, las mercantiles, las penales, las administrativas, las laborales incluso las estatutarias de derecho eclesiástico.....sean las normas sustanciales nacionales o internacionales.

En las normas **procesales** y las de **procedimiento administrativo** el momento determinante no es el de la producción del hecho material que justifica la producción de las consecuencias jurídicas previstas en las normas materiales como en el caso anterior sino el momento de producción de la litispendencia o inicio del proceso o el del inicio del procedimiento administrativo. Ciertamente que esos momentos se pueden retrotraer en caso de admitirse la demanda o la solicitud administrativa al momento de su presentación si son admitidas a trámite.

Con otras palabras en las normas procesales o de procedimiento para aplicar la ley material al caso concreto lo decisivo no es el momento de la producción del hecho jurídico material productor de las consecuencias jurídicas reclamadas en el proceso o procedimiento sino el momento de producción de la litispendencia o el inicio del procedimiento administrativo.

Sin embargo para aplicar en ese proceso o procedimiento al caso concreto las normas materiales o sustantivas el momento decisivo es el del nacimiento del hecho jurídico material que justifica la producción de dichas consecuencias jurídicas.

Son las normas procesales (o las de procedimiento administrativo, aunque en este trabajo no me referiré a ellas) en la generalidad de los casos, irretroactivas es decir se aplica a ese proceso la ley vigente existente en el momento de la litispendencia sin perjuicio de que después se establezca una nueva ley procesal; y sin embargo la sentencia puede aplicar al caso concreto una norma material ya derogada si la vigente norma es irretroactiva o aplicar la vigente a situaciones generadas bajo la anterior ya derogada cuando la nueva ley material aplicable es retroactiva.

O viceversa, excepcionalmente ser retroactiva la ley procesal cuando se establezca como momento decisivo no el de la ley vigente en el momento de la producción de la litispendencia sino momentos posteriores que serán regidos por la vigente ley procesal (e incluso que esta ley procesal se retrotraiga sobre actos procesales realizados al amparo de la anterior exigiendo realizarlos de nuevo o conforme a las nuevas formalidades de entenderse que suponen el reforzamiento de las garantías procesales de carácter constitucional) y aplicar al caso concreto en la sentencia la ley material nueva si es retroactiva o aplicar la antigua derogada si la nueva se decanta por el respeto de la irretroactividad.

Y en el procedimiento administrativo el momento decisivo para la aplicación de esta norma es el de la presentación del escrito o solicitud que lo inicia (a salvo que se disponga lo contrario o se matice expresamente) con independencia del momento de la producción del hecho jurídico administrativo material que justifica las consecuencias jurídicas que a su amparo se solicitan a las que sí se aplicarán las normas sustantivas administrativas vigentes en el momento de su producción si siguen siendo la mismas o si siendo diferentes la norma administrativa vigente es irretroactiva.

Esto es importante destacarlo y por ello se señaló por la doctrina civilista más antigua que las normas procesales eran siempre retroactivas en caso de sucesión temporal pues para esta doctrina las normas procesales al ser de mero trámite carecían de autonomía y eran un mero apéndice de las materiales y por consiguiente el momento esencial y determinante de la producción del hecho jurídico constitutivo debiera serlo tanto para la aplicación de la norma material como procesal. Al no ser así en la práctica para las procesales esta doctrina consideró que eran éstas retroactivas atendiendo al momento de la producción del hecho constitutivo cuya consecuencia se solicita en juicio; aunque si se toma como base que el momento esencial debe ser el de la litispendencia por ello después se acuñó el término **de retroactividad aparente** respecto al hecho material cuya consecuencia jurídica se solicita en proceso que no es otra cosa que afirmar su irretroactividad si se considera como momento decisivo el de la litispendencia.

Cierto que la producción del hecho jurídico material es constitutivo de las consecuencias jurídicas que surgen a su amparo y son determinantes de la **pretensión** procesal sea ésta de mera declaración, constitutiva o de condena. Pero como el momento decisivo de la pretensión procesal no es la producción del hecho jurídico material ni de las consecuencias jurídicas que a su amparo nacen y se pueden reclamar en juicio sino el del nacimiento de la **litispendencia** (o presentación del escrito iniciador del procedimiento administrativo) puede hablarse perfectamente de retroacción «aparente» de las leyes procesales (siempre si sólo nos fijamos en el momento de la producción del hecho jurídico constitutivo material) que no es otra cosa que proclamar el principio general de su irretroactividad desde la litispendencia.

Como señala Gómez Orbaneja al no ser decisivo el momento de la constitución del hecho jurídico material productor de las consecuencias jurídicas que justifican el proceso (sigue la teoría concreta

de la acción, que no compartimos) es por ello «aparente la retroacción» lo que no supone otra cosa que afirmar que las leyes procesales son irretroactivas por lo general casi siempre –a salvo de la rara excepción que dispongan lo contrario–.

Porque el momento decisivo para su aplicación es el de la producción de la litispendencia (aunque es el ejercicio de la pretensión la que determina la litispendencia y en este sentido mantengo la diferenciación de la doctrina alemana entre *Klage Rech* y *Ampruch Rech*) aunque se retrotraigan procesalmente sus efectos mínimamente al momento de la presentación de la demanda o de la solicitud administrativa si se admiten a trámite; y se aplican las normas vigentes procesales o de procedimiento administrativo desde el inicio de la litispendencia –pese a ese efecto retroactivo mínimo– hasta el fin de ésta que coincide con la sentencia firme en las pretensiones de mera declaración o constitutivas (cosa juzgada) o hasta la total ejecución de la sentencia en las pretensiones de condena o cosa ejecutada con independencia de que se haya producido o no dicha sucesión temporal de leyes procesales.

En el procedimiento administrativo desde la admisión de la solicitud con efectos retroactivos al momento de la presentación si se admite y hasta que se dicte la resolución definitiva se agoten o no los recursos administrativos.

Sólo cuando –caso de sucesión de normas procesales– la aplicación de la ley procesal nueva y vigente se aplique a momentos posteriores a la litispendencia en las que regía la anterior ya derogada para modificar los efectos procesales de aquélla será **retroactiva**. Dependiendo de su intensidad se puede hablar de retroactividad en grado mínimo, medio o máximo de la ley procesal.

Repetimos si el momento determinante para la aplicación de la ley procesal no fuera la litispendencia –con esa retroacción mínima al momento del ejercicio de la pretensión con la presentación de la demanda– y la ley procesal vigente que regía en el momento de su producción (y que debía regir ese proceso hasta su finalización en que se produce la cosa juzgada y –en su caso– la cosa ejecutada) no fuera la aplicable sino una ley procesal posterior nueva y vigente que se aplica hacia atrás a los actos procesales posteriores al momento de la litispendencia y para producir efectos jurídicos diferentes y desconocidos a los previstos al momento de producirse la litispendencia esta ley procesal ulterior vigente sería retroactiva.

Puede hablarse perfectamente de **retroactividad de la ley procesal** e incluso de grados en su retroactividad como el **mínimo** para alguna actuación procesal dentro de la misma instancia siempre que se trate de la primera instancia o dentro de ésta como consecuencia de un recurso de reposición; de retroactividad en grado **medio** si se refiere a instancias completas y ulteriores como la segunda instancia o apelación, al recurso de casación, a la fase ulterior de ejecución si antes no se acordó la ejecución provisional; e incluso de retroactividad en grado **máximo** cuando se trata de atacar la cosa juzgada de un proceso firme por razones meramente **procesales** y no materiales o –en su caso– la cosa ejecutada dejando sin efecto lo ejecutado y los actos procesales que la hacen posible también por razones únicamente procesales y no materiales.

Queda claro que la santidad de la **cosa juzgada material** de todas las pretensiones, y su consecuencia de la santidad de la **cosa ejecutada** en las pretensiones declarativas de condena queda sin efecto por razones **materiales**, cuando una nueva ley material con efectos retroactivos, incluso de grado mínimo, establece otro contenido en la regulación de las situaciones jurídicas producidas con posterioridad a su vigencia pero que traían su fundamento en momentos anteriores durante la vigencia de la derogada que fueron decididas en un proceso a su amparo al aplicar dicha ley material al caso concreto.

Pues no se olvide que la finalidad del proceso como el de la cosa juzgada y la cosa ejecutada es la aplicación de la ley material al caso concreto y en tal caso la aplicación de la norma material vigente si es retroactiva dará diferente contenido a una ulterior e hipotética sentencia que nazca del nuevo proceso y a la cosa juzgada y ejecutada que sean su consecuencia.

Si el fin del proceso como señala Chiovenda –y en España su principal seguidor Gómez Orbaneja– es la actuación de la ley material al caso concreto, y en este caso la ley material vigente actual a aplicar es diferente en su contenido y además es retroactiva queda claro que la santidad de la cosa juzgada material y de la cosa ejecutada desapareció y sin necesidad de iniciarse un nuevo proceso se puede aplicar la ley nueva directamente por los interesados legitimados que si la respetan hace innecesaria cualquier contienda sin perjuicio de lo que estableciera la sentencia firme seguida en el anterior proceso cuya sentencia perdió por razones materiales –y en este caso por esa nueva ley material retroactiva– la santidad de la cosa juzgada.

Y si se inicia un nuevo proceso por falta de acuerdo entre las partes para reclamar los efectos jurídicos nacidos bajo el amparo de

la ley reguladora de las nuevas situaciones debidamente fundamentados en ésta al ser diferentes ya no sería admisible –si se reclaman tales efectos– la excepción de cosa juzgada del anterior proceso en el nuevo proceso porque los límites temporales y objetivos de la cosa juzgada quedan desvirtuados por la regulación de la nueva ley material retroactiva y el fin de todo proceso y de su sentencia siempre es aplicar la ley material correspondiente al caso concreto. (De manera muy parecida –aunque desde una concepción sobredimensionada de la jurisdicción en detrimento de la acción– Guasp Delgado, en su artículo publicado en el ADC Los límites temporales de la cosa juzgada).

Como decíamos la retroacción procesal en grado máximo no puede ser por razones materiales como se expone en párrafos anteriores. Sólo por razones procesales, cuando se considere que el anterior proceso finalizado por sentencia firme no cumplía por razones endógenas al propio proceso las mínimas garantías procesales y debe ser revisado de nuevo por otro, para respetarlas al máximo, sin perjuicio de que el contenido de la sentencia –una vez homologada por el nuevo proceso con base en esa retroacción procesal de grado máximo– sea el mismo o diferente.

Deben ser razones **endógenas** al propio proceso por falta de esas garantías procesales de forma semejante al proceso de nulidad de actuaciones de sentencias firmes en los países en que se admite (lo que ocurre es que aquí es por una ley procesal especial y en ocasiones temporal y en dicho incidente el motivo previsto esta dentro de una norma procesal general) ya que si fueran razones procesales **exógenas** no estaríamos ante un nuevo proceso de impugnación o de homologación según el designio del legislador que trae su causa en una retroacción de la ley procesal nueva sobre la anterior en grado máximo sino ante un proceso **impugnativo** especial de revisión o de audiencia al rebelde aunque en ambos su fin sea igualmente atacar la cosa juzgada material y en su caso la cosa ejecutada material.

No sé si todo esto que afirmamos en estos párrafos podría haber sido de aplicación al caso de autos y evitarse el camino al TEDH.

El **momento** de producción de la litispendencia no es igual en el proceso civil y laboral que en el proceso contencioso administrativo y en el proceso de amparo ante el TC. Y tampoco el momento de producción de la litispendencia es el mismo en el proceso penal donde tiene un carácter mucho más singular, en especial, por la diferente naturaleza de la fase sumarial respecto a la fase del juicio oral –aunque ambas tengan carácter jurisdiccional–.

Y porque la pretensión penal (véase la diferencia entre Klage y Ampruch Rech, y de que hay autores que niegan que se pueda aplicar el término pretensión en el proceso penal en el mismo sentido con que se emplea en los procesos seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales) como las partes del proceso penal, en especial las partes actoras, tienen distinto carácter que en los otros procesos (es discutible y muchos autores niegan el concepto de parte material en el proceso penal, aunque es admisible el concepto de parte formal) y no pueden quedar determinadas en el momento inicial del proceso penal; es decir la pretensión penal y las partes pasivas no quedan ni pueden quedar determinadas desde el auto de iniciación del sumario o de las diligencias previas.

Sólo puede, en este sentido, afirmarse que la litispendencia penal debe quedar concretada en todos sus elementos subjetivos y objetivos a partir de la presentación del escrito de calificaciones definitivas o cuando se manifieste por las partes actoras y pasivas que las calificaciones provisionales antes presentadas se tienen por elevadas a definitivas por tanto casi al final del proceso penal en la primera instancia, es decir al final del juicio oral.

* * *

Entiendo que el momento **decisivo** para la determinación de la aplicación de la Ley General Penitenciaria y demás normativa que la desarrolle, en especial, lo referente a los beneficios penitenciarios –cualesquiera que estos sean– es en principio el momento de **ingreso** de un penado en prisión o en su caso cuando finalice el régimen de prisión incomunicada y nunca el del momento de la comisión o consumación del hecho delictivo o ilícito penal que lo justifica como ocurre con las normas penales, aunque las normas penitenciarias puedan incidir secundariamente en el caso de autos en la duración efectiva concreta de la condena respecto a la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia del proceso penal al amparo del CP de 1973. Desconozco si la STEDH tuvo en cuenta esta cuestión primordial o la ignoró al no disponer de los autos originales de los juicios anteriores en que trae causa.

Es obvio manifestar que la persona que cometió un delito grave y está en rebeldía no puede ser juzgada por el mismo hasta que sea puesta a disposición de la justicia y por ende tampoco se le puede aplicar la legislación penitenciaria si no está en prisión. Es obvio, igualmente, que al que habiendo sido juzgado y después se fugó de la prisión no se le puede aplicar beneficio alguno mientras no se encuentre a disposición de las autoridades penitenciarias.

No es decisivo para determinar ese momento esencial el del inicio del proceso penal, ni el de la producción de la litispendencia penal, ni la sentencia de condena o que dictada ésta este sujeta a un recurso o sea ya firme.

Por tanto para la aplicación de la legislación penitenciaria ni el momento de la comisión del hecho delictivo, ni aquél en que se dicta la sentencia penal condenatoria, ni el de su firmeza son decisivos. Esto es debido a que el **ingreso** del penado en prisión siendo una consecuencia en muchos casos de su condena por la sentencia penal –aunque no siempre, al existir la prisión provisional– no es una manifestación de un proceso de ejecución de la sentencia dictada en ese proceso penal, pues la fase de ejecución del proceso penal termina en las penas personales privativas de libertad con la puesta a disposición del reo por el juez ante el responsable de la prisión o según las palabras decimonónicas de la LECRIM del «Alcaide» por tanto «en manos» de los responsables de Instituciones Penitenciarias.

Cuando digo el momento de **ingreso** en prisión del penado puede serlo a consecuencia de una medida cautelar penal como es la prisión provisional cuando concurren sus presupuestos y requisitos. Se haya iniciado el proceso penal por el auto de incoación sumarial o de diligencias o incluso antes de su inicio concurriendo sus presupuestos.

O en ocasiones lo sea como consecuencia de una sentencia penal condenatoria todavía no firme si antes estaba en libertad provisional o incluso, en igual supuesto, tras la sentencia firme si antes no concurrían los presupuestos de la prisión provisional.

Desde el momento de su ingreso en prisión se **aplica** la legislación penitenciaria vigente y por tanto los beneficios penitenciarios que sean su consecuencia (a salvo de que se acuerde su prisión incommunicada) y hasta la finalización de su condena en prisión. Si fuera esa la legislación penitenciaria vigente mientras está en prisión no hay problemas de sucesión temporal de normas.

Si mientras está en prisión se producen una sucesión en el tiempo de leyes penitenciarias –y sólo en caso de silencio de las disposiciones transitorias– parece lógico, salvo disposición en contra, que se aplique la nueva y vigente Ley penitenciaria desde su entrada en vigor a salvo que sus beneficios sean más favorables y se puedan aplicar con efecto retroactivo hacia el pasado si así se establece. La ley nueva puede hacer desaparecer beneficios, regularlos de otra forma o sustituirlos por otros como el beneficio de reducción de la

pena por trabajo del penado y en su lugar permitirle la libertad condicional desde el tercer grado. Basta con que respete los beneficios consolidados hasta dicho momento.

Por el contrario de ser más restrictivos no podrá ser retroactiva pero se aplicará desde su vigencia, pues permitir que los reclusos se puedan seguir beneficiando de los beneficios establecidos al amparo de la antigua derogada entiendo que no es posible y supondría consolidar varios regímenes penitenciarios incompatibles con el principio de igualdad, de no discriminación sin motivo aparente y con el de seguridad jurídica y además se impedirían los fines que toda reforma legal persigue consolidando efectos ultractivos derivados de leyes ya derogadas como si de una ultractividad hacia el futuro se tratara. (Entiendo que la **ultractividad futura** de una ley derogada es una ficción cuando la posterior vigente que la deroga no lo permite y si la permite la nueva ley en este aspecto pasaría a ser una ley especial sea o no temporal frente al resto que es ley general).

Por lo dicho no tiene sentido aplicar la legislación penitenciaria vigente a una persona que habiendo cometido un delito no está en prisión; y de igual forma aplicarle la legislación penitenciaria que estaba vigente cuando cometió el hecho desde el momento en que sea apresada si ya está vigente una norma diferente penitenciaria.

En caso de sucesión de normas penitenciarias mientras el penado se haya en prisión, como estamos señalando, se estará a lo dispuesto en la norma penitenciaria vigente y deberá ser **irretroactiva**, por tanto aplicarse desde su vigencia pero respetando los beneficios penitenciarios surgidos, creados o consolidados al amparo de la anterior siempre que el penado se encontrara en prisión mientras regía la derogada a salvo que la nueva norma sea más favorable y establezca que se puede aplicar retroactivamente sobre beneficios consolidados, que no parece en el caso de autos.

No puede la nueva ley penitenciaria de forma **retroactiva**, caso de sucesión de varias, ignorar los beneficios penitenciarios nacidos y consolidados al amparo de la anterior norma penitenciaria mientras el penado estaba en prisión al prohibirse la retroactividad de las normas penitenciarias que perjudiquen al penado durante su estancia en prisión conforme al mandato constitucional. Art. 9 y 25 CE.

Sólo puede aplicarse de forma retroactiva la nueva norma penitenciaria si ésta lo permite y es más favorable al penado y le otorga más beneficios o en mayor extensión que la anterior es decir se le reconociese en el caso objeto de estudio mayor beneficio de reduc-

ción en la condena por día trabajado que en la anterior lo que no se da. (Así si se establecía en la primera que por dos días trabajados se reduce uno de condena y la nueva norma estableciera –lo que no hace al ser más restrictiva en este aspecto– que por cada tres días de trabajo se reducen dos días de condena).

Si la ley penitenciaria vigente en concordancia con el CP de 1995 a la que remite es más restrictiva en el otorgamiento de derechos y beneficios penitenciarios, –en nuestro caso la reducción del cumplimiento de la condena por el trabajo del penado en prisión que pasa a tener otra naturaleza– sólo puede aplicarse en forma irretroactiva por tanto aplicación inmediata desde la vigencia de la nueva ley penitenciaria que debe respetar como decíamos en párrafos anteriores la precedente desde su ingreso efectivo en prisión respetando los beneficios surgidos, nacidos y por tanto ya consolidados a su amparo.

Puede, perfectamente, desde su vigencia la nueva norma penitenciaria dejar sin efecto ciertos beneficios derogándolos, modificándolos o sustituyéndolos por otros; o hacer de **su aplicación una falacia** como es el caso de autos. Desde la vigencia del CP actual aunque parece que desaparece el beneficio de reducción de la duración de la condena del reo por el trabajo del penado en prisión al amparo de esa ley que es clara este se equipara con otras conductas como estudios en prisión que entiendo constitucional y entra dentro del ámbito permitido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero la supresión de todo beneficio lo es igualmente a posteriori. Por ello el TEDH debe respetar estas competencias exclusivas del Estado y si se excedió en esto irrogándose e invadiendo las competencias de un Estado Soberano vulneraría su función.

Cierto que para el supuesto de autos –y demás casos idénticos, análogos o semejantes–, la finalidad que se persigue con el trabajo del penado en la prisión queda **desvirtuada con la doctrina Parot** pues da lo mismo desde este momento y tras la vigencia de la nueva norma penitenciaria que complementa al CP de 1995 vigente desde la reforma de 2003 y 2010) trabajar que no hacerlo pues el cumplimiento efectivo de su condena y la duración de ésta –por el trabajo o por su no trabajo– desde ese momento será igual.

Pues la pena máxima a cumplir es de treinta años según el CP de 1973 de la que se deberá reducir hasta 1996 la que corresponda por el beneficio de su trabajo; y desde entonces igualmente hasta 2003 o 2010 según supuesto y a partir de la misma no podrá reducir nada en su condena –trabaje o no– al aplicársele ese beneficio individualmente sobre cada condena en particular (no sobre los 30 años o lo

que resta de condena incluido el beneficio consolidado) si la suma de sus condenas son centenares de años. (Otra cosa es que se le aplicara sobre la suma total de la pena impuesta que es de 30 años y lo que resta de cumplir por dicho beneficio, que es lo que se deja sin efecto por la nueva normativa) y por supuesto de su derecho a obtener el tercer grado y la libertad condicional.

Entiendo que los **límites** a la retroactividad de la ley penitenciaria desfavorable al reo en sus beneficios penitenciarios deben suponer el reconocimiento en todo caso de los consolidados al amparo de la legislación penitenciaria antecedente que entonces se aplicaba (prohibición de la retroactividad en grado máximo de las normas penitenciarias) y el respeto de los efectos surgidos del régimen desde que el penado entró en prisión hasta su derogación por la nueva legislación (prohibición de la retroactividad de la norma penitenciaria vigente en grado medio).

Sin embargo lo que por algunos se denomina retroactividad en grado mínimo en ciertas ocasiones –dependiendo de cada situación jurídica en concreto– es una manifestación de la propia irretroactividad y de la aplicación inmediata de la ley vigente dependiendo de la óptica en que se mire (expectativas jurídicas o derechos consolidados) y debe ser permitida, ya que lo contrario supondría justificar el anquilosamiento de las propias normas jurídicas y su inadecuación a la realidad social o a los dictados que una sociedad democrática demanda.

En efecto cuando el CP y la Ley penitenciaria derogan a sus antecedentes reconociendo y respetando las situaciones surgidas a su amparo art. 1 y ss. CP vigente es decir los derechos penitenciarios de los penados por su trabajo desde su entrada en prisión demuestran que son irretroactivas en este sentido, y se aplican a las situaciones que se desenvuelvan en el futuro durante su vigencia.

Sólo podría considerarse –como dijimos retroactiva– en grado mínimo la nueva ley desde la óptica que deja sin efecto meras expectativas de la anterior por estar derogada lo que supondría hacerla inmortal aunque esté derogada; estamos ante meras expectativas y no ante derechos adquiridos a su amparo al referirse a expectativas futuras no consolidadas. Entre la opción de una mera expectativa y un derecho adquirido la comparación no ofrece lugar a dudas a favor del derecho adquirido y por ello entiendo que la aplicación inmediata de la vigente norma desde ese momento es consecuencia de su irretroactividad. Tampoco se puede olvidar que la nueva legislación permite alcanzar el tercer grado y la libertad condicional.

Por ello entiendo que se mire como retroactividad en grado mínimo la desaparición de las expectativas jurídicas generadas al amparo de la ley anterior sobre el régimen que debería regir cuando fue derogada o de irretroactividad y aplicación inmediata para los derechos surgidos desde la vigencia de la nueva ley a su amparo aún siendo diferentes, el régimen jurídico debe ser el mismo es decir el de la aplicación inmediata de la ley vigente y por supuesto esto es plenamente constitucional y se ajusta al principio de legalidad del Estado Social y Democrático de Derecho Español.

Con otras palabras el momento de ingreso en prisión por el penado no consolida su situación jurídica ni sus beneficios **hasta** la salida del mismo cumplida la condena cuando durante su estancia se suceden diversas normas penitenciarias temporales que afecten a beneficios penitenciarios y por ello la aplicación de la última desde su vigencia –aunque afecte a sus expectativas, si respeta los derechos anteriores ya consolidados–, es constitucional y se ajusta a la exigencia de la irretroactividad y aplicación inmediata.

Lo contrario justificaría la existencia de diversos regímenes penitenciarios en la prisión incompatibles con el principio de igualdad y el de no discriminación de los penados ya que sin motivo aparente no se pueden justificar diferencias de trato y con el principio de adecuar las normas a la realidad social y a las peticiones legítimas que la ciudadanía en una sociedad democrática reclama y de esta forma con la aplicación inmediata de la nueva norma penitenciaria vigente se aplica la ley irretroactivamente a todos los penados por igual.

No puede –en ningún caso– la jurisprudencia del TS atribuirse «funciones legislativas» para restringir, limitar e impedir los derechos previstos en el vigente CP (o del anterior) ni en la Legislación penitenciaria ya que sería inconstitucional. Se estaría atribuyendo competencias que no le corresponden al ser exclusivas del poder legislativo y originarse en su virtud un conflicto de competencias entre ambos poderes del Estado legislativo y judicial a resolver por el TC; ni tampoco seguir –al establecer su doctrina legal– una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales fuera del marco previsto en la norma legal pues se vulneraría la jurisprudencia del TC al interpretarlos conforme a la Constitución y la del TEDH así como el principio de que las normas no pueden ser retroactivas en lo desfavorable al penado ya que ello vulnera igualmente los Derechos Fundamentales.

Lo señalado en párrafos anteriores, y sobre lo que he incidido y reiterado quizá en exceso, es la cuestión determinante de la deman-

da ante el TEDH y al serlo es la base sobre la que se funda el derecho de defensa –pues como dije no conozco esa demanda– y es lo que funda y justifica el contenido de la STEDH por el principio de congruencia en su relación con el derecho de defensa.

Tercero. El derecho transitorio regula la situación jurídica creada mientras se suceden dos normas (la ya derogada o que va a serlo en breve y la nueva derogante) en el tiempo. Sus normas forman parte de la ley nueva derogante. La técnica legislativa permite que no se regule expresamente (en cuyo caso desde la vigencia de la nueva ley se produce la derogación, sin más, de la anterior) o se crean espacios temporales de vigencia de la antigua derogada a través de una ley especial que forma parte de la nueva o de una ley temporal con duración limitada que forma parte igualmente de la nueva que crea y establece su duración limitada (en relación a la derogada en la parte que se desea momentáneamente que siga vigente).

* * *

Disciplinas jurídicas implicadas por esta sentencia

A) Derecho Penal. La Sentencia del TEDH se refiere a nuestro derecho penal de forma refleja. La fecha de comisión de los hechos delictivos es determinante para aplicar el Código Penal entonces vigente de 1973 y las penas que establecía. Sobre esta cuestión no se plantea problema alguno.

Que esos hechos fueran objeto de varios procesos penales y de varias sentencias de condena diferentes y de que se aplique el art. 70 CP de esa fecha –desde la segunda sentencia de condena– para la determinación definitiva de la pena tampoco es objeto de debate.

Se puede afirmar en este caso que España cumplió en el ámbito penal adecuadamente el principio de legalidad que corresponde a un Estado Social y Democrático de Derecho.

B) Derecho Procesal Penal. La STEDH menciona el art. 988 LECRIM que se refiere a la ejecución de las sentencias penales cuando varios hechos delictivos son objeto de distintos procesos penales y sentencias de condena diferentes como en este caso. Remite al art. 70 CP para establecer la pena que corresponde teniendo en cuenta los anteriores procesos y sentencias de condena.

Es conveniente destacar que la ejecución de la sentencia penal sobre las consecuencias civiles derivadas de la responsabilidad patri-

monial del delito –en caso de que se acumule en el proceso penal la acción y la pretensión civil de resarcimiento corre sendas paralelas con la ejecución del proceso civil a la que la LECRIM remite. Lo mismo debe afirmarse respecto a la ejecución dineraria de las penas de contenido patrimonial o multas que sean objeto de ejecución expropiativa o de la ejecución de sentencias penales patrimoniales en que se condene a entregar bienes concretos que formen el cuerpo del delito o el bien jurídico protegido del delito como de la ejecución de penas de contenido mixto personal y patrimonial si se condena al reo a un hacer o no hacer personalísimo o no personalísimo.

Si se reservó la acción pretensión civil para reclamar las consecuencias jurídicas patrimoniales del delito en un ulterior proceso civil, se aplica la LEC.

El momento de la litispendencia penal, para determinar la norma procesal penal aplicable, no ofrece problema alguno en el caso de autos. No existió sucesión de normas procesales penales en el tiempo desde la comisión de los hechos en especial desde el inicio del proceso penal hasta el momento presente, de ahí la remisión al art. 988 LECRIM y su relación con el art. 70 CP.

Las reformas parciales que podrían suponer una sucesión de normas procesales penales sobre el régimen de la prisión provisional no son objeto de debate en el caso de autos y ya dijimos que el tiempo pasado en prisión provisional se computa en la misma forma que el pasado en régimen de condena.

Ya dijimos que la litispendencia en el proceso civil y contencioso se produce desde la admisión a trámite de la demanda con efectos retroactivos al momento de presentación de la demanda o del escrito de recurso y que en lo penal se produce en el escrito de calificación definitiva pero se retrotrae a momentos anteriores que podrían ser el auto de apertura del juicio oral, si consideramos al sumario actividad administrativa o a la iniciación del sumario si se considera jurisdiccional aunque no todos sus efectos pueden retrotraerse al mismo momento como en el proceso civil o contencioso.

Ya señalé que en nuestro sistema procesal penal la ejecución de la sentencia penal en las penas privativas de libertad se agota con la puesta a disposición del penado –si no lo estaba con anterioridad– bajo la dirección del responsable del establecimiento carcelario o penitenciario y desde ese momento se aplica la legislación penitenciaria. (Incluso cuando los reclusos estén en hospitales u otros centros de salud o se trate de centros para menores por su edad).

Quiere esto decir que no forma parte de nuestro sistema procesal penal (se agota en determinar el delito y sus circunstancias y la pena que le corresponde) ni de la ejecución de la sentencia penal de condena vigilar y controlar el régimen de cumplimiento de las penas de los penados en la prisión o en el establecimiento señalado Y como no forma parte de éste corresponde su control en el aspecto meramente administrativo interno a Instituciones Penitenciarias dependientes del Ministerio de Justicia y en este aspecto sujeto al derecho administrativo y agotada la vía administrativa procede el proceso contencioso administrativo.

Mientras que el control del régimen aplicado a los penados Art. 25, y 53 CE objeto de la Ley y Reglamento penitenciario está bajo el control directo de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (sin existir vía previa administrativa lo cual es de agradecer por ser una garantía más a añadir que evita el retardo del nacimiento del proceso con objeto penitenciario) insertos en el orden jurisdiccional penal y de los órganos jurisdiccionales superiores en grado para los recursos jurisdiccionales contra sus decisiones como establece la LOPJ y es la razón por la que en el caso de autos conoce la AN y con las garantías constitucionales directas de la acción art. 24 CE para el penado y de la jurisdicción art. 117 CE para el penado y los Jueces en aras a la mejor defensa de los derechos penitenciarios mientras están en prisión.

No creo que sean frecuentes por lo dicho los conflictos de competencia entre Instituciones Penitenciarias y el Juez de Vigilancia Penitenciaria, o entre el orden jurisdiccional contencioso administrativo y penal pero de darse se estará a los principios generales establecidos para resolver conflictos entre órdenes jurisdiccionales diferentes pertenecientes a la jurisdicción ordinaria.

C) Derecho Administrativo. Derecho Procesal Administrativo. Remito al anterior párrafo.

D) Derecho procesal constitucional ya que los derechos de los penados se encuentran constitucionalizados por afectar a sus Derechos Fundamentales Art. 25 CE y son objeto de protección reforzada en el sentido de que agotada la vía jurisdiccional ordinaria (dígase el orden jurisdiccional penal) pasan a estar bajo el control del TC. Art. 53 y 159 y ss en especial los Art. 161-1-b, 162-1-b y 163 CE. Es significativo que el TC no se pronunciara sobre el fondo del recurso de amparo al inadmitirlo a trámite (así se señala en la sentencia de autos y es cuestión sobre la que no voy a entrar por razones obvias) por incumplimiento de presupuestos procesales y/o de las condicio-

nes de procedibilidad previas exigibles para interponer el recurso de amparo.

E) Derecho procesal internacional comunitario europeo que regula la competencia de TEDH y los trámites a seguir en ese proceso cuya sentencia es vinculante para España por los acuerdos internacionales en su día ratificados con la Unión Europea con ocasión de su adhesión.

Es significativo que España a través de los órganos jurisdiccionales del orden penal no planteara la cuestión prejudicial al TEDH en relación con la materia que nos ocupa referida a Derechos Humanos; o reclamara la Jurisprudencia Comunitaria de Derechos Humanos de casos semejantes; o que no pidiera asesoramiento jurídico –al margen de la cuestión prejudicial– a los órganos comunitarios obligados a prestarlo.

F) Derecho Constitucional. La materia afecta al sistema político sobre el que se basa nuestro Estado en sí mismo considerado al ser un Estado Social y Democrático de Derecho; sometido al principio de legalidad y jerarquía normativa; al de reserva de Ley Orgánica en cuanto la materia afecta a Derechos Fundamentales y al quórum que se exige a las leyes Orgánicas para su aprobación. A las garantías constitucionales que el Estado establece en un sistema político para nacionales y extranjeros dentro del ámbito de los Derechos Fundamentales y Humanos como las garantías constitucionales del derecho penal, procesal penal y penitenciario susceptibles de una protección reforzada a través del recurso de amparo ante el TC. Véanse los Art. 1-1, 9-2 y 3, 10-1 y 2, 13-1, 17-1, 24, 25-1 y 2, 53-1 y 2, 55-1, 2 y 3, 161-1-b, 162-1- b, 163 y 164 todos de la CE.

Incide sobre la Filosofía política del Estado al proteger las personas y sus derechos y hasta donde está dispuesto a llegar en los Derechos Fundamentales y garantías públicas.

G) Derecho Internacional público y Derecho Comunitario. Nos referimos en líneas anteriores al derecho procesal internacional comunitario. Añadimos por su relación el derecho internacional público, ya que España es miembro de la Unión Europea y cuando firmó su adhesión firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos con los requisitos exigidos en varios preceptos de la CE así los Art. 93 y 94 sobre la protección supranacional del TEDH y la vinculación jurisdiccional de sus sentencias a España y a nuestros propios órganos jurisdiccionales. Además ese Convenio forma parte del derecho interno Art. 96 CE y 1.5 CC. Se añade que conforme al

Art. 10-2 CE las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las Libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

Si esto es así, nuestros órganos jurisdiccionales podrían plantear una cuestión prejudicial de forma directa al TEDH como mencionamos al referirnos al derecho procesal internacional. O pedir nuestros órganos jurisdiccionales un asesoramiento normativo y jurisprudencial –aunque no sea preceptivo– a los órganos comunitarios correspondientes en materias que puedan vincular a España como Derechos Fundamentales y Libertades Públicas del supuesto de autos a los órganos previstos para ello. De plantearse la cuestión prejudicial al TEDH quedaría en suspenso en España el proceso señalado en los autos objeto de debate al afectar a Derechos Humanos Fundamentales Comunitarios. Que sepamos no se solicitó esa información.

II. CUESTIÓN PENAL. PRINCIPIO GENERAL: LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES Y LA EXCEPCIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL VIGENTE POSTERIOR MÁS FAVORABLE

La sentencia del TEDH deja claro que los hechos por los que fue condenada la recurrente se consumaron bajo la vigencia del CP de 1973. Es decir antes del vigente CP de 1995 que entró en vigor en 1996. Por lo tanto era de aplicación el de 1973 lo que no es más que una manifestación del principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal que consagra el de 1995. Se actuó correctamente en este sentido por los órganos jurisdiccionales para determinar el delito y la pena correspondiente según el CP de 1973 vigente en el momento de los hechos.

La aplicación de la norma penal viene determinada por el momento decisivo de la comisión del delito como dispone el vigente y dispusieron los anteriores CP, que viene a coincidir con su consumación. En caso de sucesión temporal de normas penales ese es el momento decisivo.

Se pueden plantear problemas para determinar el momento decisivo en ciertos delitos de omisión, comisión por omisión, delitos continuados, delitos habituales, delitos masa....y los problemas que estas últimas categoría tienen a la hora de determinar el alcance y

los límites de la cosa juzgada penal... pero no es el supuesto de autos por lo que no lo abordaré.

Para que se aplique el CP posterior es necesario que las penas previstas fueran más favorables y caso de duda debe oírse al acusado todavía no condenado o reo si ya lo fue.

No es el caso de autos, pues la pena privativa de libertad máxima que se puede imponer, sumadas todas las penas que correspondan al condenado por todos los delitos cometidos objeto de diferentes procesos penales y en esas sentencias penales –según el CP de 1973–, es de treinta años. Y conforme al actual excederían este tope de 30 años. Ello sin perjuicio de que cada pena en particular estuviera sancionada de forma más rigurosa en el CP 1973 que en el actual.

Esto implica que aunque en el CP vigente de forma particular e individual las penas pueden ser más leves que las del CP 1973 impuestas en dichos procesos penales no puede aplicarse ya que el máximo de la condena a imponer excedería en el caso de autos de los 30 años repito según el CP vigente y aplicarlo supondría la aplicación retroactiva de normas menos favorables al reo lo que es inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad penal.

Para que pudiera ser de aplicación el vigente, debería disponerse que en caso de múltiples delitos cometidos por una persona objeto de condena en las diversas sentencias de esos procesos penales la pena máxima a imponer fuera inferior a 30 años y sería de aplicación tanto a la persona acusada todavía no condenado como al reo ya condenado incluso siendo firme su sentencia.

Debe destacarse que la doctrina «Parot» del TS no afecta sustancialmente a los delitos cometidos bajo el CP de 1973 ni a sus penas respectivas ni a los procesos penales iniciados a su amparo. Sólo al ámbito penitenciario, respecto a una pluralidad de delitos muy graves cometidos por bandas armadas o terroristas e incluso personas individuales en delitos habituales muy graves que fueron objeto de diferentes procesos y condenas y en que la suma de años de condena es muy notable pero en los que el máximo de cumplimiento de condena no puede exceder 30 años.

Este supuesto es de aplicación a otros delitos, pese a haber transcurrido varios años desde 1996. Aunque el CP vigente es de 1995 y entró en vigor en 1996 y sufrió reformas importantes con posterioridad puede ocurrir que hechos delictivos consumados durante el CP de 1973 no hayan prescrito o no lo hayan hecho las penas impuestas en un proceso penal a su amparo. No se olvide tampoco que si un

delito o la pena están a punto de prescribir y se interrumpe su prescripción comienzan a correr de nuevo los plazos.

Con otras palabras es perfectamente posible que hechos ocurridos entre 1973 y comienzos de 1996 mientras regía el CP de 1973 (El CP vigente es de 23-11-1995 aunque entró en vigor en 1996 a los 6 meses) a los que nos estamos refiriendo puedan ser objeto de un proceso penal en fecha posterior a la que estoy escribiendo estas líneas si no han prescrito por el transcurso del tiempo o porque mientras transcurría éste se interrumpió la prescripción del delito. De forma semejante la interrupción de la pena si el sujeto tras la condena no es puesto a disposición o no se presenta en el establecimiento penitenciario o se fuga de la cárcel aunque en estos casos no se precisa de un nuevo proceso penal.

No estamos hablando de situaciones históricas, extinguidas, que forman parte del pasado sino que pueden ser hoy en día reales, actuales y sujetas a la aplicación del derecho correspondiente y que dependiendo del contenido de la sentencia firme del TEDH cuando se dicte vincularán de una u otra forma a nuestros órganos jurisdiccionales y autoridades.

La doctrina «Parot» del TS no afecta directamente al CP de 1973 ni al vigente. Su ámbito es la legislación penitenciaria. Por ello no vulnera de forma directa el principio de legalidad penal sino, en su caso, de forma refleja al afectar directamente al principio de legalidad penitenciaria.

III. CUESTIONES PROCESALES. DETERMINACIÓN DE LA NORMA PROCESAL PENAL APLICABLE. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS DEL PROCESO PENAL. EXCEPCIÓN. DETERMINACIÓN DE LA PENA. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES DE CONDENA

Como señalamos las normas procesales, entre las que se encuentran las procesales penales, son en la generalidad de los casos irretroactivas. Sólo la excepción confirma la regla cuando son retroactivas. La doctrina civilista antigua entendía, sin embargo, que eran retroactivas.

Esto se debía a que para ésta el momento determinante o decisivo para aplicar una u otra ley procesal en caso de sucesión de normas en el tiempo era el de la producción o consumación del hecho,

relación, contrato o situación jurídica material. Por tanto si se aplicaba la ley procesal vigente en el momento del nacimiento del proceso y no la ley procesal que regía cuando se produjo la situación material cuyos efectos jurídicos se buscan actuar a través del proceso es claro que desde esta óptica eran retroactivas. Era una consecuencia clara de la falta de autonomía de las leyes procesales frente a las materiales, es decir el proceso era un mero instrumento al servicio de la situación jurídica material para hacerla valer. (Carácter instrumental de las leyes procesales frente a las materiales).

Pero lo determinante, lo decisivo, lo esencial en estos casos de sucesión de leyes procesales es la litispendencia. La litispendencia, el momento de la litispendencia procesal, es determinante de la ley procesal aplicable y justifica el carácter general del principio de irretroactividad de las leyes procesales.

La excepción, por tanto retroactividad de la ley procesal, se produce cuando con posterioridad al nacimiento del proceso, de su litispendencia, que se regía por la vigente en el momento de ésta entra en vigor una nueva ley procesal que no respeta los actos procesales futuros que debían regirse por la anterior desde su nacimiento (retroactividad procesal mínima aunque también es aplicación inmediata de la vigente); no respeta algunos de los actos procesales realizados bajo la anterior en esa instancia o en instancias anteriores por falta de garantías o para dejar sin efecto éstas (retroactividad en grado medio) o no respeta la cosa juzgada dictada en un proceso ya fenecido por meras razones procesales y nunca por razones materiales (retroactividad en grado máximo) exigiendo de un nuevo proceso conforme a la nueva ley procesal vigente que la homologue o convalide.

Todos estos supuestos, sobre todo la retroactividad en grado máximo y medio son manifestaciones de la ultractividad hacia el pasado que lleva consigo la vigente ley cuando es retroactiva por sus efectos. Quizá por ello podamos afirmar que autorregular su ultractividad futura en la vigente ley es una «entelequia», una «ficción», un «mero deseo», «un sueño futuro de inmortalidad», en fin un «órdago a la grande».

Puede afirmarse que en ocasiones la retroactividad en grado mínimo y la aplicación inmediata de una ley es discutible que pueda encuadrarse en una única categoría, por ejemplo cuando la ley procesal vigente respetando los actos procesales realizados al amparo de la anterior exige que desde su vigencia o entrada en vigor se realicen conforme a sus formalidades y presupuestos.

En el proceso el momento decisivo es la litispendencia en esencia para el proceso civil, contencioso, laboral y amparo ante el TC o ante el TEDH. Se produce desde la admisión de la demanda pero con efectos retroactivos al momento de su presentación o incluso a momentos anteriores dependiendo del ordenamiento.

Por el contrario en el proceso penal la litispendencia es de difícil determinación, aunque propiamente se produce desde el momento de la presentación del escrito de calificaciones definitivas o cuando se ratifican a definitivas las provisionales presentadas como tales aunque con efectos retroactivos al momento en que se dicta el auto de apertura del juicio oral para calificar; siempre que se considere que el sumario no es propiamente una actividad jurisdiccional. Por el contrario si se defiende este carácter debería de serlo desde el auto de apertura del sumario o de diligencias aunque en tal caso los efectos de la litispendencia deben estar sobremanera limitados por razones tanto subjetivas como objetivas ya que no se puede hablar propiamente de partes ni siquiera formalmente ni de objeto propiamente deducido.

De todas formas el principio de la irretroactividad de las leyes procesales penales parece más intenso que en el de los demás procesos por razones lógicas. Ciertamente que el fin del sumario y su carácter preparatorio puede justificar la aplicación inmediata de la nueva norma procesal desde su vigencia. Lo mismo debe manifestarse con respecto al juicio oral en especial cuando la nueva norma vigente después de su inicio es más garantista respecto al derecho de defensa que corresponde tanto a las partes acusadoras como acusadas.

Por el contrario la revisión de un proceso penal firme por razones procesales endógenas (por tanto no exógenas como la revisión del proceso penal) atinentes a la falta de cumplimiento por las normas procesales –entonces vigentes para dicho proceso– de las garantías constitucionales sustanciales actualmente vigentes en el proceso para homologar o modificar su decisión o sentencia debe ser más cautelosa que en los restantes procesos y en especial sólo cuando la falta de garantías procesales afectan directamente al reo.

Con otras palabras y para que lo entienda mejor el lector revisar los procesos penales firmes por motivos políticos como los acaecidos durante el franquismo y con base en la falta de garantías procesales (no por razones materiales, pues para ello ya está la legislación de amnistía y de la Memoria Histórica) para homologar o revisar su sentencia es discutible y más después del tiempo transcurrido.

Esto no impide que ciertas actuaciones procesales y sus efectos se rijan por la ley vigente del momento de su constitución y no por la vigente en el momento del inicio de un proceso penal. Así los presupuestos de la prisión provisional deben concurrir en el momento de su adopción o su revocación sin perjuicio de que fueran o no los exigibles antes del sumario, cuando se inició éste o con posterioridad al mismo en caso de sucesión en el tiempo de las leyes procesales que la regulan.

Lo mismo debe decirse respecto de las diligencias de investigación en el sumario o de las actuaciones principales y esenciales que constituyen el juicio oral en cuyo caso puede establecerse perfectamente que se lleven a cabo conforme a la nueva ley aunque ya se hubiera dictado el auto de apertura del sumario o de diligencias previas. O las que se refieran a la prueba en el juicio oral si la ley que las acuerda es posterior al auto de apertura del juicio oral.

Todos estos supuestos sin perjuicio de que se califiquen como retroactividad en grado mínimo son manifestaciones del principio de aplicación inmediata de una ley que en nada remueve el pasado.

En el caso de autos, se dice la fecha en que se acordó la prisión provisional de la recurrente pero somos conscientes que desde la llegada de la democracia los artículos 503 y siguientes LECRIM fueron objeto de sucesivas reformas desconociendo en que medida afectarían a otros casos como el de la recurrente y si pudieron o no afectar a su régimen penitenciario.

Debe destacarse que la ejecución de las sentencias penales –la determinación de la condena en caso de ser múltiples las penas acordadas en sucesivos procesos– el art. 988 LECRIM no fue objeto de reformas en todo el periodo al que se refieren los respectivos y correspondientes autos por lo que la sucesión de normas y los problemas que se originan no existen ni son reseñados por el TEDH en este caso.

Debe añadirse que la ejecución del contenido penal de la sentencia penal en caso de penas privativas de libertad se agota en que el órgano jurisdiccional penal ponga al reo a disposición del responsable de la prisión. Por el contrario la ejecución de la sentencia penal cuando se trata de condena a penas de otra especie, en especial condenas dinerarias o patrimoniales o al contenido de la responsabilidad civil derivada de la sentencia penal cuando se acumula la acción civil a la penal sigue los mismos derroteros que la ejecución de las sentencias civiles de contenido patrimonial.

Ya dijimos que en el proceso penal sin perjuicio de la aplicación de la ley procesal irretroactiva o retroactivamente en la sentencia se aplica la ley material también de forma irretroactiva o retroactiva si es más favorable al reo para determinar el delito y pena que sólo pueden establecerse en ésta.

IV. LA CUESTIÓN PENITENCIARIA. CONCRECIÓN DEL MOMENTO ESENCIAL QUE DETERMINA SI LA NORMA ES IRRETROACTIVA O RETROACTIVA

Debo destacar que desconozco el momento en que a la recurrente se aplicaron los beneficios penitenciarios, en especial, el anterior beneficio de reducción de la condena por el trabajo en prisión. La mencionada sentencia y las anteriores que condenan a la recurrente al máximo de treinta años conforme al CP de 1973 no lo refieren. No debe olvidarse que el tiempo de estancia en régimen de prisión provisional si después se es condenado se computa como tiempo transcurrido para el cumplimiento de la pena.

Destacar que por el mero hecho de entrar un sujeto en prisión no siempre tenía acceso inicialmente al antiguo beneficio de reducción de la pena por el trabajo. No se aplicaba mientras el sujeto se encontraba incomunicado por razones legales. Tampoco sé si fue objeto de sanción en prisión por faltas graves o muy graves que pudieran acarrearle reducciones en dicho beneficio sobre el tiempo de condena.

El momento decisivo para aplicarle la legislación penitenciaria vigente no es como en derecho penal el de la comisión del hecho delictivo o en el proceso penal el de la litispendencia sino el de su ingreso efectivo en prisión y desde que se le puede aplicar ese beneficio de redención de la condena por el trabajo, es decir deje de estar incomunicado y se den las demás condiciones legales.

Si esto es así, entiendo que en caso de sucesión de normas penitenciarias mientras está en prisión –que se refirieran a ese beneficio mientras se mantuvo– parece lógico que se siga el principio de aplicación inmediata, que viene a ser una consecuencia del principio de irretroactividad conforme al cual la nueva norma se aplica desde que está en vigor y además es irretroactiva porque respeta toda la actividad lógica de la anterior –que derogó– mientras estaba vigente. Tiene la ventaja que de esta forma se establece dentro de la prisión un único régimen para todos los penados evitando desigualdades y se respeta el principio de proporcionalidad común a todos los penados.

Esta consecuencia es **decisiva** para determinar si la AN se **excedió** con la recurrente al seguir la doctrina «Parot» del TS al interpretar y aplicar al caso concreto lo dispuesto en la normativa penitenciaria vigente haciéndolo de forma retroactiva al ser en este aspecto la legislación vigente penitenciaria desfavorable a la recurrente, vulnerando el espíritu del CP de 1973, el principio de irretroactividad de la legislación penitenciaria, y los art. 1 y ss CP como el art. 9 CE y de esta forma violando la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TEDH como la del propio TC sobre la manera en que deben interpretarse los Derechos Humanos.

O si por el contrario la AN actuó correctamente es decir interpretó debidamente el CP y la legislación penitenciaria vigente al caso concreto tomando como base la doctrina «Parot» del TS referida a la interpretación de la vigente legislación que se aplicó irretroactivamente y es el TEDH el que se excedió en sus funciones al exigir la aplicación de normas derogadas desde que regía la vigente. No se puede equiparar la pena máxima de treinta años impuesta en la sentencia por la comisión de delitos al amparo del CP 1973 con la duración final de una condena derivada de aplicar un beneficio penitenciario desaparecido y que se tenga que seguir aplicando sobre lo no consolidado. (Siempre que se respete lo consolidado de acuerdo con el principio de irretroactividad).

Veamos, pues, ambos supuestos.

Si cuando la recurrente entró en prisión –se dice en la STEDH que fue condenada en un proceso en diciembre de 1988– y se supone que se encontraba en prisión provisional desde antes de esa fecha al no haber por los delitos muy graves la condena en rebeldía. Un proceso penal dura tiempo por lo que llevaba varios meses en prisión provisional desde que fue detenida y a poco de entrar en prisión se le aplicó este beneficio.

La pena máxima que corresponde imponer es de 30 años –aunque su condena en los diferentes procesos penales sea a cientos de años– según el CP de 1973 y desde que entró en prisión y se le pudo aplicar el anterior beneficio penitenciario de redimir la pena por trabajo en prisión puede ir reduciendo esos 30 años de pena en proporción al descuento de por cada dos días trabajados se descuenta uno de pena. Por tanto desde que entró en la prisión hasta que otra norma posterior 2004-10 modificó dicho beneficio tiene derecho a la reducción de condena en esa proporción resultando varios años.

Si en noviembre de 1995 se publica el CP vigente que entró en vigor a los seis meses por tanto en 1996 y la Ley Penitenciaria respecto ese beneficio para supuestos semejantes equiparados como estudios... debe respetarse esa reducción de condena como si fuera trabajo desde ese momento. Si después se dispone (a estos casos de delitos tan graves juzgados en distintos procesos y donde la suma de condenas se refiere a cientos de años) que desde la vigencia de la nueva norma el anterior beneficio penitenciario no se aplica sobre la base de 30 años (en este caso los años que restan deducidos por el trabajo al tener que ser irretroactiva) si no sobre cada condena de forma individual, progresiva y escalonada (cuya suma suponen cientos de años) quiere decir que la recurrente desde la vigencia de la misma no podrá favorecerse de ese beneficio y el trabajo en prisión si lo realiza o el beneficio que lo sustituya le servirá para otros menesteres mas no para ver reducida su pena en prisión.

Esto entiendo, aunque es muy discutible, que es válido, legal, constitucional pero desvirtúa el fin de la pena Art. 25 CE y crea diferencias entre los penados por delitos de menor gravedad. La recurrente no creo que disponga del derecho de exigir que se le siga aplicando el anterior beneficio penitenciario derogado desde ese momento.

Por tanto si la AN le hizo la reducción correspondiente al beneficio hasta la norma que lo suprime por aplicación del CP de 1973 y conforme a la Ley penitenciaria que lo complementa y desde esta fecha la reducción por el trabajo deviene inoperante al perder su contenido, actuó correctamente y el TEDH se excedió en sus funciones. Repito considero legal y constitucional el CP de 1995 en sus distintas redacciones y la vigente legislación penitenciaria en que se complementa. La recurrente respecto al régimen anterior sólo tendría una mera expectativa pero no un derecho consolidado a que se siga aplicando una legislación ya derogada desde el momento en que lo fue y por ello debe aplicarse la vigente.

Por el contrario si la AN, aplicó la legislación penitenciaria complementaria vigente de forma retroactiva a momentos anteriores (en que regía el CP 1973 y de 1995 y la legislación penitenciaria que lo complementa) dejando sin efecto el derecho consolidado –por el beneficio de reducción de la pena en la proporción a la duración del trabajo desde su entrada en prisión– e ignorando el beneficio de la recurrente hasta el año mencionado sobre esa pena máxima de 30 años (es decir, en la proporción año reducido de condena por dos años de trabajo) habría vulnerado el CP vigente art. 1 y ss; el art. 9 CE

y la normativa vigente sobre Derechos Humanos Comunitaria como la Jurisprudencia del TC y del TEDH al interpretar los Derechos Fundamentales y estaría justificada la sentencia del TEDH.

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ADECUADA MITIGACIÓN DE SUS EFECTOS JURÍDICOS AL CASO CONCRETO CON BASE EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DE PROPORCIONALIDAD DE LAS NORMAS

La certeza y la seguridad jurídica principios fundamentales del derecho, del Estado de Derecho y de nuestro orden constitucional son una consecuencia del principio de legalidad como hemos señalado. La irretroactividad lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de legalidad, el de certeza y el de seguridad jurídica.

Por el contrario la retroactividad en los casos en que se permite por la ley no vulnera, por esto, el principio de legalidad pero afecta, limita o restringe la certeza y la seguridad jurídica. Sin lugar a dudas, afecta siempre a las expectativas jurídicas que deriven de la certeza y seguridad jurídica sin perjuicio de que puede afectar –en mayor o menor medida– a los efectos jurídicos derivados de derechos consolidados.

Pero el principio de legalidad pese a las ventajas que reporta a la certeza y seguridad jurídica puede en ocasiones ser excesivamente riguroso afectando e incluso conculcando al principio de igualdad subjetiva y de no discriminación en la aplicación de las normas jurídicas e igualmente afectar al principio de proporcionalidad cuando estemos ante la aplicación de diversas normas jurídicas con rango constitucional.

En el ámbito penal esto se mitiga con el principio de retroactividad de la norma vigente hacia el pasado sobre hechos producidos bajo la anterior siempre que sea más favorable al reo. La norma nueva, si es más favorable, al aplicarse a situaciones que se produjeron bajo la anterior se socializa y se hace aplicable a todo el cuerpo social porque amplía su ámbito objetivo y subjetivo y en este sentido se aplica de forma **uniforme** a todo el cuerpo social respetando hasta sus últimas consecuencias el principio de igualdad frente a situaciones que en otro caso serían desiguales.

Pero también se socializa y uniformiza mediante una adecuada interpretación sociológica favorable al reo Art. 3 CC en el sentido de que toda norma cumple una función social para el momento pre-

sente que ya no puede cumplir la derogada establecida para tiempos pasados. Ciertamente que esta afirmación en las normas penales se ve más limitada por los rigurosos límites que impone y exige el principio de legalidad y que son su garantía. Igualmente con la equidad (art. 3 CC) de la cual una manifestación específica es el principio de proporcionalidad en caso de concurso en la aplicación de diversos preceptos de contenido constitucional y sobre lo que es copiosa la jurisprudencia de nuestro TC.

Igualmente el principio de aplicación inmediata de la norma vigente (aunque pudiera considerarse artificialmente una aplicación retroactiva en grado mínimo de la misma y siempre en relación con las expectativas jurídicas –no me refiero a expectativas procesales en el sentido que acuña James Goldschmidt-) lleva consigo esa socialización y uniformidad de las normas.

Por ello el CP de 1995 en la aplicación de las penas y para complementar la legislación penitenciaria sufrió dos sucesivas reformas por LO 7/ 2003 de 30 de Junio del 2003 vigente desde el 2-7-2003 y LO 5/2010 de 22 de Junio vigente desde el 23-12-2010.

Este trabajo **se concluyó en el mes de Septiembre sin conocerse el fallo definitivo del TEDH** que a la fecha de entrega de este artículo desconozco aunque se prevé inminente. No creo que las manifestaciones del trabajo se vean desvirtuadas o alteradas por el contenido del mismo.

VI. CONCLUSIONES

Primera. España es un Estado Social y Democrático de Derecho, sometido al principio de legalidad y a sus consecuencias de certeza y seguridad jurídica que respeta de forma plena y con las garantías materiales y procesales fijadas por el ordenamiento jurídico los Derechos Humanos.

Como establece nuestra Constitución, art. 1 «España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que...» España se somete al principio de legalidad, que en el Art. 9 establece que «...los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.»

Es un valor superior del ordenamiento jurídico.... la justicia Art. 1 CE y son medios para alcanzarla la certeza y la seguridad jurídica, además la Constitución en el Art. 9-2 garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la

irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, la seguridad jurídica, ...» y ante su incumplimiento se garantiza «la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

No estamos ante meras declaraciones formales, son declaraciones cuyo cumplimiento y respeto íntegro vinculan a los poderes públicos y en caso de incumplimiento surge la responsabilidad de los poderes públicos y de la propia Administración.

El art. 25 CE, los art. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9,10 CP y el art. 1 LECRIM consagran el principio de legalidad penal, legalidad procesal penal y legalidad penitenciaria hasta sus últimas consecuencias. Esto es acorde con el Convenio de Derechos Humanos suscrito por España y la Unión Europea.

Los Jueces y Tribunales, incluido el TS, no pueden legislar. La separación de poderes es una garantía constitucional. Los Jueces y Tribunales juzgan aplicando las leyes al caso concreto y al aplicarlas las interpretan art. 117 CE sin perjuicio de que la doctrina legal del TS al interpretar e integrar las normas tiene, además, un carácter uniformador.

La denominada «doctrina Parot» no puede ser más que una doctrina interpretativa y uniformadora de la ley al caso concreto. No puede ser más restrictiva respecto a los Derechos Humanos que la establecida en la Ley y respetar la doctrina del TC al interpretarlos. Debe interpretar la ley en sus «justos términos» o en forma más favorable al reo sin suponer mayor restricción en el ámbito de sus Derechos Fundamentales. Una interpretación más restrictiva sobre ellos de los términos establecidos en la Ley sería a todas luces inconstitucional. Nunca puede arrogarse el TS las funciones del legislador y de hacerlo sería este proceder inconstitucional, arbitrario y originaría un conflicto de atribuciones con el Poder Legislativo que en última instancia se resolvería por el TC.

Segunda. Pese a lo que se afirmó por ciertos sectores, entiendo que, el Tribunal Constitucional no admitió a trámite el recurso de amparo por el incumplimiento de algún presupuesto procesal o de alguna condición previa de procedibilidad por la defensa de la recurrente, por tanto con el correspondiente fundamento.

No creo por ello que sea responsable el TC– se entiende los Magistrados del TC que conocieron del amparo– jurídicamente por acción, omisión o comisión por omisión de la condena a España –en este caso particular– por el TEDH por vulneración de los Derechos

Fundamentales. No creo que dichos Magistrados tengan responsabilidad política alguna por la inadmisión del recurso y tampoco tengo motivos, ni vestigios ni prueba alguna para suponer que desde el Gobierno –según cierta prensa– se les sugiriera ese proceder. Esto al margen de que se diga por ciertos sectores que el TC ostenta la condición del máximo «Tribunal Político de España».

No creo que la decisión del TC responda a motivos políticos –ni tengo prueba alguna que lo justifique– como se ha dicho por los medios de comunicación y ciertas asociaciones de víctimas del terrorismo. Si respondiera a la existencia de un pacto –entre los representantes del Estado Español por un lado y los del Gobierno socialista vasco, el PNV y la Izquierda Abertzale por otro– no se entendería que se pudieran beneficiar de la hipotética STEDH otros delincuentes que no pertenezcan a esta organización o que no formen parte de organización o banda alguna.

Si hubiera que buscar un responsable de la condena a España, lo que desconozco, sólo podrían serlo dos órganos jurisdiccionales muy diferentes o la AN si se violaron Derechos Fundamentales por aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del reo, lo que parece muy posible por la diferencia existente entre las dos resoluciones sobre la fecha de salida de la recurrente de prisión o el TEDH si respetando la AN la irretroactividad de la Ley Penitenciaria se hubiera irrogado funciones que sólo pueden corresponder a sus Estados Soberanos miembros.

Es cierto que no es la primera condena a España por el TEDH, ni tampoco es la primera del citado Órgano jurisdiccional internacional que se refiere a personas pertenecientes a la organización terrorista de la recurrente. Desconozco si será o no la última.

Tercera. España en el caso de autos cumplió escrupulosamente la legislación penal española que se ajusta en materia de delitos y penas al más estricto respeto del principio de legalidad y al respeto de los Derechos Humanos conforme la normativa comunitaria.

Se respetó el principio de legalidad de las leyes penales aplicando el CP de 1973 a los hechos cometidos y juzgados bajo su vigencia en los procesos penales seguidos con todas las garantías procesales y se respetó por el código penal vigente de 1995 el principio de irretroactividad de las leyes penales. Esta cuestión no es siquiera objeto de debate en el caso de Autos.

Cuarta. En los procesos penales en que se aplicó el CP de 1973 se respetaron todas las garantías procesales constitucionales inhe-

rentes al proceso penal. Esta cuestión ni siquiera es objeto de debate en los autos seguidos.

En el último proceso referido a la aplicación de la ley penitenciaria al caso concreto seguido ante la AN sobre la aplicación del anterior beneficio de reducción de la condena por el trabajo del penado no era obligatorio plantear una cuestión prejudicial al TEDH ni pedir asesoramiento alguno a la Comisión de Derechos Humanos por parte de la AN.

Quinta. La legislación vigente penitenciaria tiene que ser irretroactiva y respetar el beneficio penitenciario de la recurrente de reducción de la duración de la condena por el trabajo en el establecimiento penitenciario mientras estuvo vigente la anterior legislación y sobre la base de la condena máxima de 30 años de conformidad con el CP de 1973. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad, el principio de irretroactividad de la legislación penitenciaria, la CE art. 9 y 25 así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos porque supondría aplicar una norma sancionadora desfavorable retroactivamente.

Sin embargo se ajusta al principio de legalidad la modificación, reducción o supresión de ese beneficio por la vigente legislación.

En caso de varias condenas, por delitos muy graves, si se aplica la reducción de la condena de forma escalonada y progresiva sobre cada condena ese beneficio pasa a ser una «entelequia», una «ficción» o una «quimera» en caso de que la suma de las condenas a una persona excedan en más de 60 años aunque el máximo de condena tenga que ser de 30 años. Esto no parece muy acorde con los fines del art. 25 CE y con el principio de igualdad y de proporcionalidad en la aplicación de las normas pero es al legislador español a quien corresponde establecer los medios para evitar estas situaciones y no al TEDH. Repito si se respetó el derecho consolidado de este beneficio sobre el periodo anterior a su vigencia y desde entonces no se pudo aplicar ese beneficio devenido irreal la AN aplicando la «doctrina Parot» actuó correctamente. La libertad condicional y el tercer grado de la vigente legislación penitenciaria mitigan ese rigor.

En el caso de autos no disponemos de más datos que los que señala la sentencia y por ello no podemos saber si se vulneró el principio de legalidad penitenciaria aplicando retroactivamente –en lo desfavorable al reo– el vigente código penal y la legislación penitenciaria sobre el anterior beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo –muy en especial sobre periodos ya consolidados de

reducción de la pena en proporción días de trabajo en prisión a días de pena reducidos bajo el anterior CP de 1973 y legislación penitenciaria; aunque parece que sí por la diferencia de casi 10 años entre la fecha prevista para su inicial salida de prisión y la fecha que luego queda como definitiva. De no ser éste el supuesto no se entendería la sentencia del TEDH y se estaría irrogando dicho Órgano competencias que corresponden a la Soberanía de los Estados miembros.

Repito, se señala la fecha de su entrada en régimen de prisión provisional, pero no cuando dejó de ser ésta incomunicada, ni la fecha del comienzo de ese beneficio penitenciario y si mientras duró el trabajo de la penada fue objeto de un procedimiento disciplinario sancionador por faltas muy graves que suspendieran ese beneficio. Sin perjuicio de que sea aplicable el beneficio mientras duró la prisión provisional.

Sexta. El legislador penal de acuerdo con la Constitución debe tener en cuenta el principio de igualdad y de proporcionalidad para adecuar o atenuar las consecuencias estrictas –en ocasiones muy duras– que conlleva el principio de legalidad penal y el precio a pagar por la certeza y la seguridad jurídica; así mediante la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, con la libertad condicional y el tercer grado o modificando las leyes.

Quizá algunas de las cuestiones planteadas nos pueden hacer pensar si el principio de legalidad se debe complementar con el principio de proporcionalidad y el de igualdad y no discriminación de las personas conforme a los fines del art. 14 CE y sobre todo en el ámbito penitenciario con los del art. 25 CE.

Se **concluyó** el presente trabajo en Burgos a 14 de Septiembre del 2013.