

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) Sentencia num. 467/2022 de 15 mayo
JUR\2022\190849

LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 76.1 CP NO SON APLICABLES A OTRAS CONDENAS NO ACUMULADAS NI ACUMULABLES. PRIMER VOTO CONCURRENTENTE. LA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 76.1 CP A SUPUESTOS DE REFUNDICIÓN DE CONDENAS QUE GENERAN UNA PENA REFUNDIDA DE LARGA DURACIÓN NO IMPIDE ABRIR OTRAS VÍAS DE INTERPRETACIÓN QUE PERMITAN LA SUSPENSIÓN DEL RESTO DE PENA CUANDO LA CUMPLIDA SUPONE LOS 25 AÑOS. EN CONCRETO, EL CAUCE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 92 CP PARA LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. SEGUNDO VOTO CONCURRENTENTE: la interpretación apuntada en el otro voto supera los límites interpretativos de los que disponen los jueces ordinarios. Es al legislador al que le incumbe regular las condiciones de acceso a la suspensión de pena. No cabe aplicación analógica del mecanismo previsto para la prisión permanente revisable a supuestos de penas refundidas. Tercer voto concurrente: existiendo unanimidad en el fallo, no hay razón para pretender integrar argumentos interpretativos no relevantes para la decisión. En puridad, mediante los votos concurrentes se amplía el objeto devolutivo más allá de la voluntad impugnatoria del recurrente, pudiendo, incluso, tener un efecto indeseado de "reformatio in peius". Los límites del artículo 76.1 CP no son aplicables a otras condenas no acumuladas ni acumulables. Primer voto concurrente. La inaplicación del artículo 76.1 CP a supuestos de refundición de condenas que generan una pena refundida de larga duración no impide abrir otras vías de interpretación que permitan la suspensión del resto de pena cuando la cumplida supone los 25 años. En concreto, el cauce previsto en el artículo 92 CP para la prisión permanente revisable. Segundo voto concurrente: la interpretación apuntada en el otro voto supera los límites interpretativos de los que disponen los jueces ordinarios. Es al legislador al que le incumbe regular las condiciones de acceso a la suspensión de pena. No cabe aplicación analógica del mecanismo previsto para la prisión permanente revisable a supuestos de penas refundidas. Tercer voto concurrente: existiendo unanimidad en el fallo, no hay razón para pretender integrar argumentos interpretativos no relevantes para la decisión. En puridad, mediante los votos concurrentes se amplía el objeto devolutivo más allá de la voluntad impugnatoria del recurrente, pudiendo, incluso, tener un efecto indeseado de

"reformatio in peius".

ECLI:ECLI:ES:TS:2022:2007

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 10742/2020

Ponente:Excmo Sr. Javier Hernández García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 467/2022

Fecha de sentencia: 15/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10742/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Juzgado Penal N. 2 de Mataró

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10742/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 467/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10742/2020 interpuesto por **D. David** representado por el procurador D. José Ramón Pérez García, bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Rey Simo contra auto dictado en fecha 8 de junio de 2020, por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró, en la Ejecutoria Penal núm. 283/2019.

Intervine el **Ministerio Fiscal** .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró en la Ejecutoria Penal num. 283/2019 del

penado David, dictó Auto en fecha 8 de junio de 2020, cuyos **hechos** son los siguientes:

"PRIMERO.- El penado David ha interesado acumulación de condenas en virtud de lo dispuesto en el [artículo 988](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) .

SEGUNDO.- Conferido el oportuno traslado, el Ministerio Fiscal, en fecha 20 de mayo de 2020 ha emitido informe en relación a dicha acumulación del tenor que consta en las actuaciones."

SEGUNDO.-

Dicho Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento:

"SE ACUERDA: no proceder ala acumulación de la condena dimanante de la ejecutoria 1865/2019, Juzgado Penal nº 5 de Madrid, por hechos de 12 de septiembre de 2011, sentencia de 16 de mayo de 2019 por considerar que la misma debe ser integrada en la acumulación ya acordada en su día por el Juzgado Penal nº 5 de Getafe en su ejecutoria 269/2014.

La pena impuesta por el Juzgado Penal nº 2 de Mataró en su ejecutoria 283/2019 por hechos de fecha 20 de noviembre de 2017, dictándose sentencia en f-echa 8 de junio de 2019 condenando al penado a 4 meses de prisión, debe ser cumplida por separado".

TERCERO.-

Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado, teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.-

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Por infracción de Ley ex [art. 849.1](#) de la [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) por indebida aplicación del [art. 76.1 y 2](#) del [CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) y vulneración del [art 24.2](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , que ampara el derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de nuestros derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión

Motivo segundo.- Por infracción de Ley ex [art. 849.1](#) de la LECrim por indebida aplicación del [art. 78](#) del CP y vulneración del [art 24.2](#) de la CE.

Motivo tercero.- Por Infracción de precepto constitucional al amparo del [art. 5.4](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y el [art. 852](#) de la LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del [art. 24.1](#) de la CE en relación con el art. 53 del mismo texto constitucional.

Motivo cuarto.- Por Infracción de precepto constitucional al amparo del [art. 5.4](#) de la LOPJ y [art. 852](#) de la LECrim por vulneración del derecho a la libertad del [art. 17](#) de la CE en relación con el art. 53 del mismo texto constitucional.

QUINTO.-

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente, La Sala admitió el recurso a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-

La Sala declaró conclusos los autos para señalamiento de fallo con fijación de la deliberación día 1 de junio de 2021. Por providencia de 2 de junio se suspendió el señalamiento para su remisión a Pleno, celebrándose la votación y deliberación prevenida el día 3 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. David

ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS MOTIVOS FORMULADOS AL AMPARO DE LOS [ARTÍCULOS 849.1º LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#) Y 852, AMBOS, LECRIM

1.

El recurrente denuncia, al tiempo, infracción de precepto constitucional y sustantivo. Considera que la decisión recurrida, mediante una interpretación restrictiva de los [artículos 76 y 78 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#), lesiona los derechos a la tutela judicial y a la libertad, consagrados, respectivamente, en los artículos 24 y 17, ambos, [CE \(RCL 1978, 2836\)](#), pues no toma en cuenta los límites tempo-materiales de cumplimiento de pena establecidos en el [artículo 76.1](#) CP ni precisa, tampoco, qué penas deben considerarse ejecutables al no realizar la nueva acumulación a la que el órgano de instancia venía obligado. Al hilo de la concreta pretensión de acumulación de dos ejecutorias a las que ya acumuladas se están ejecutando, el recurrente cuestiona el objeto de la propia ejecución configurado por

las diferentes resoluciones de acumulación adoptadas en el curso del proceso. Para el recurrente, resulta contrario a los límites absolutos de cumplimiento establecidos en la norma que con motivo de las sucesivas decisiones de acumulación se produzca un resultado de efectiva privación de libertad de más de 30 años. Sobre todo, si se atiende a que ninguna de las condenas impuestas lo ha sido por delitos contra la vida. Lo que contradice el sentido y alcance de la regla de acumulación especial cuando una, al menos, de las penas impuestas es de prisión permanente revisable. En este supuesto, insiste el recurrente, el propio [artículo 78 bis](#) CP previene limitaciones temporales de cumplimiento que, sin embargo, no serían aplicables al supuesto de acumulaciones sucesivas de penas mucho menos graves. Considera, por tanto, que procede un reajuste del objeto de la ejecución de penas que sufre, fijándose el límite efectivo de cumplimiento en treinta años. Por lo que, y como consecuencia inmediata, debe ordenarse su excarcelación pues dicho término ha sido ampliamente superado.

2.

El motivo no puede prosperar. La doctrina de esta Sala contenida en la STS 349/2014, no permite declarar extinguida una pena no jurídicamente acumulable ex [artículo 76.2 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) por superación de los plazos previstos en el [artículo 76. 1º](#) CP. La referida sentencia avaló, por mayoría, la solución de que aquellas personas condenadas a penas que no son susceptibles de ser limitadas en virtud del [art. 76.2](#) del Código Penal, por no cumplir el criterio cronológico legalmente fijado, deban permanecer en prisión, aunque se hayan superado los límites previstos en el [artículo 76.1](#) CP.

Como se precisa en la sentencia indicada " no existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la impunidad de los delitos cometidos cuando ya ha sido fijado un límite máximo de cumplimiento como consecuencia de la acumulación de condenas practicada con arreglo a aquel precepto ", concluyendo que " fuera de los supuestos previstos en el [artículo 76](#) del Código Penal , las limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad no operarían, y ello por cuanto, de lo contrario se estaría alentando la expectativa de impunidad que implica el saber que alcanzado el límite máximo de cumplimiento, todas las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad quedarían absorbidos por la susodicha acumulación y, en consecuencia, no habrían de cumplirse" .

La sentencia pretende neutralizar lo que ha venido a denominarse, reiteradamente, como "patrimonio punitivo". Es decir, una suerte de privilegio que se ofrecería a la persona que sabedor de que las penas ya impuestas han cubierto el límite máximo de cumplimiento previsto en la norma podría cometer nuevos delitos sin consecuencia punitiva alguna. Para la sentencia 369/2104, " una cosa es la flexibilización absoluta

del concepto de conexidad, desvinculándolo de su estricto significado procesal, y otra muy distinta admitir y alentar la impunidad de los delitos no susceptibles de acumulación (...)" .

La sentencia contiene una expresa llamada de atención frente " a la posibilidad de comisión de graves delitos en el establecimiento penitenciario en el que se extingue la condena de 30 años que, conforme al criterio interpretativo que anima el recurso, nunca podrían ser objeto de cumplimiento. Se frustrarían con ello las exigencias inherentes a los principios de prevención general y especial que están en el fundamento mismo de la sanción penal".

CLÁUSULA DE COSTAS

3.

Tal como previene el [artículo 901 LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) procede la condena en costas del recurrente.

F A L L O

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. David contra el auto de 8 de junio de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. Dos de Mataró.

Condenando al recurrente al pago de las costas de esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO CONCURRENTE

QUE FORMULAN LAS EXCMAS SRAS. MAGISTRADAS Y LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, D^a ANA FERRER GARCÍA, D^a. SUSANA POLO GARCÍA, D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA Y D. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA.

1. Sin perjuicio de compartir el fallo de la sentencia que desestima el recurso al no poderse reconocer efectos extintivos de las penas no acumulables que puedan superar los límites del [artículo 76. 1º CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#), el gravamen introduce una cuestión de especial relevancia constitucional que obliga a ser abordado en esta instancia casacional para identificar, a los fines nomofiláticos

que nos incumben, una vía posible de reparación.

2. La Constitución, como no podía ser de otra manera, brinda al derecho a la libertad ambulatoria una vigorosa protección estableciendo significativas garantías institucionales. Entre estas, encontramos la de estricta legalidad y tipicidad en la identificación de las causas y procedimientos de limitación y privación -vid. [SSTC 19/1999 \(RTC 1999, 19\)](#), 92/2012, 84/2018-; la de interpretar de forma axiológicamente deferente hacia el propio valor libertad las normas reguladoras de la ejecución de la pena -vid. SSTC 57/2007-; la de exigir cualificados deberes de motivación en la fijación de la pena puntual - [SSTC 75/2007 \(RTC 2007, 75\)](#), 25/2011-; la del habeas corpus como específico instrumento jurisdiccional de protección frente a privaciones ordenadas por agentes o autoridades no judiciales -vid 72/2019-; la del reconocimiento de acciones indemnizatorias frente al Estado, ex [artículos 106 y 121 CE \(RCL 1978, 2836\)](#), en aquellos casos en los que la decisión privativa de libertad se hubiera basado en un error administrativo o judicial o en supuestos de prisión provisional cuando la persona que sufre la medida resulte finalmente absuelta y no concurren condiciones extintivas de la responsabilidad patrimonial de la administración -vid STC 85/2019-.

3. G arantías institucionales del derecho a la libertad entre las que también cabe incluir las fórmulas normativas que compensan medidas cautelares con penas privativas de libertad, como las previstas en los artículos 58 y 59, ambos, CP. Y aquellas como las contempladas en los artículos 76 y 78, ambos, CP, con fundamento en los principios de prohibición del exceso, interdicción de la arbitrariedad, dignidad humana y reinserción, que limitan el alcance temporal efectivo de las penas privativas de libertad. O las previsiones penitenciarias de refundición punitiva y tratamiento mediante fórmulas de progresión en grado.

4. Este grupo de garantías parten de un presupuesto común: la reacción del Estado frente al delito no puede cerrar definitivamente la puerta a que la persona condenada, pese a la gravedad o la cantidad de delitos cometidos, pueda recuperar su libertad y disfrutar con plenitud de su estatuto de ciudadanía. Los componentes retributivos de las penas o incluso los fines de prevención general y especial que puedan identificarse en su imposición deben ceder, dadas determinadas condiciones, ante intereses y valores que, como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la proporcionalidad, resultan más decisivos para conformar las bases de nuestro sistema político y de convivencia.

Dicha cesión constituye un imperativo axiológico de adecuación del poder de castigar a los valores que identifican al Estado como constitucional. Como afirmó el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia de 21 de junio de 1977

[BVerfGE, vol. 45, p. 187] -sobre la pena de Cadena Perpetua [Lebenslange Freiheitsstrafe]-, "sería contrario a la disposición de la Ley Fundamental que prevé la dignidad humana que el Estado prive por la fuerza a una persona de su libertad sin que le dé la oportunidad concreta y realista de recuperarla". La rehabilitación, se afirma en la referida sentencia es "un imperativo constitucional para cualquier sociedad que tenga como pilar la dignidad humana". Doctrina que se reitera en la sentencia el 16 de enero de 2010 -BVerfG, 2 BvR 2299/09- en la que se aborda un caso de extradición en el que el autor se enfrentaba a una pena de "cadena perpetua agravada hasta la muerte " en Turquía. El Tribunal Constitucional Federal ante las vagas y residuales posibilidades de revisión -gracia presidencial, enfermedad, edad avanzada- negó la concesión de extradición "pues una condena que no ofrecía ninguna perspectiva concreta de liberación debía considerarse cruel y degradante y contraria a la dignidad humana, que el artículo 1 de la Ley Fundamental exige respetar".

5. Esta tensión entre ejecución penal y los límites axiológicos antes mencionados también ha sido objeto de especial atención por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al hilo de pronunciamientos alrededor de la pena a perpetuidad , el TEDH ha reiterado que, si bien el Convenio no prohíbe su imposición con relación a delitos especialmente graves, sin embargo, para que sea compatible con el artículo 3 -derecho a no sufrir trato inhumano y degradante-, el correspondiente sistema penal debe ofrecer perspectivas efectivas y reales de revisión que permitan la salida de prisión de la persona condenada -vid. SSTEDH (Gran Sala), caso Vinter y otros c. Reino Unido, de 9 de julio de 2013; caso Hutchinson c. Reino Unido, de 17 de octubre de 2017-. Reevaluación que ha de tomar en cuenta elementos como la retribución, la disuasión, la protección de la seguridad pública y, de forma destacada, la rehabilitación. El Tribunal de Estrasburgo ha subrayado la importancia del objetivo de la reinserción en el desarrollo de las políticas penales de los Estados -vid. STEDH (Gran Sala), Caso Khoroshenko c. Rusia de 15 de junio de 2015-. Como se destaca en el artículo 6 de las Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa , toda pena de prisión debe tener como finalidad facilitar la reintegración en la sociedad de la persona privada de libertad, precisándose en el artículo 102.1 que el régimen penitenciario de las personas condenadas " debe ser diseñado de tal manera que se les inculque una vida responsable y apartada de la delincuencia" .

6. También las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, en lógica concordancia con lo establecido en el artículo 10 § 3 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \(RCL 1977, 893\)](#) , obligan a las autoridades concernidas a utilizar todos los recursos disponibles para asegurar la reintegración de los delincuentes en la sociedad, estableciéndose específicamente

que la principal finalidad de todo sistema penitenciario debe ser el cambio y la rehabilitación social de los reclusos. Finalidad que se enfatiza en la Observación General del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el referido artículo 10 del Pacto, cuando se afirma "que ningún sistema penitenciario puede basarse exclusivamente en una finalidad retributiva". Presupuestos teleológicos que han sido también incorporados de forma expresa y sustancial en nuestra jurisprudencia constitucional -vid. [SSTC 112/96 \(RTC 1996, 112\)](#), 9/203, 160/2012-.

7. Expectativa de libertad y de reinserción que ha sido identificada por el Tribunal Constitucional, en la reciente STC 169/2021, como condición basilar para validar constitucionalmente la pena de prisión permanente revisable -vid. fundamento jurídico 4º a). "el test de humanidad exige comprobar los siguientes puntos i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena, y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución"-.

8. Por su parte, la Recomendación (2003)22, relativa a la libertad condicional, adoptada del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 24 de septiembre de 2003 fija como principios generales en los apartados 3 y 4 que "la libertad condicional debe tener como objetivo ayudar a los presos a realizar una transición exitosa de la prisión a la vida en la comunidad de acuerdo con la ley, con condiciones y medidas de atención posterior a la liberación diseñadas para lograr este objetivo y para contribuir a la seguridad pública y a la reducción de la delincuencia en la sociedad. Para reducir los efectos nocivos del encarcelamiento y promover la reinserción de los reclusos en condiciones que garanticen la seguridad de la comunidad, la legislación debe prever la posibilidad de la libertad condicional para todos los reclusos condenados, incluidos los que cumplen cadena perpetua. A los presos condenados a cadena perpetua no se les debe negar la esperanza de ser liberados. En primer lugar, porque no se puede argumentar razonablemente que todos los condenados a cadena perpetua seguirán siendo siempre peligrosos para la sociedad. En segundo lugar, porque la detención de personas que no tienen ninguna esperanza de salir en libertad plantea graves problemas de gestión, ya sea para fomentar la cooperación y frenar el comportamiento disruptivo, para ofrecer programas de desarrollo personal, para organizar la planificación de la condena o para garantizar la seguridad. Los países

con cadena perpetua efectiva en su legislación deberían crear oportunidades para la revisión de la sentencia después de varios años y a intervalos regulares, para decidir si un condenado a cadena perpetua puede cumplir el resto de su condena en la comunidad y en qué condiciones y con qué medidas de cuidado".

También debe destacarse en el ámbito de la Unión Europea, el apartado 2 del artículo 5 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 [2002/584/JAI], relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en el que se establece "que cuando la infracción en la que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad a perpetuidad, la ejecución de la orden podrá estar supeditada a que el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor prevea la revisión de la pena impuesta - a petición del interesado o, a más tardar, al cabo de veinte años-o la aplicación de las medidas de clemencia a las que tenga derecho la persona en virtud de la legislación o la práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida".

9. Partiendo de lo anterior, y como apuntábamos, el mecanismo de la acumulación jurídica de penas del [artículo 76](#) CP constituye, sin duda alguna, un instrumento decisivo de ajuste entre el resultado cuantitativo de las penas impuestas en el marco de fórmulas concursales de comisión y los fines de reinserción y rehabilitación. Dadas las condiciones tempo-procesales previstas en la norma, debe activarse una limitación penológica que parte de una suerte de regla presuntiva de merecimiento de pena por un injusto global conformado por todos los delitos que pudieron juzgarse en una misma causa y que se fija en el triple de la más grave de las concretas penas impuestas. Se intenta, de esta manera, corregir los excesos punitivos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática y cumplimiento sucesivo que se establece en los [artículos 73 y 75](#) CP.

Como afirmábamos en la STS 367/2015, de 11 de abril, con relación al fundamento teleológico de la norma, "a diferencia de otros ordenamientos, que establecen una sola pena para diversos delitos enjuiciados en un mismo proceso, exasperando la pena del delito más grave, en el nuestro se sigue un sistema de acumulación matemática pura, que puede conducir en caso de multiplicidad de condenas a la vulneración del principio de proporcionalidad, alcanzando la suma de todas las penas legalmente correspondientes a los delitos cometidos, aun cuando fuesen delitos menos graves, cantidades desorbitadas, reñidas en su cumplimiento total y sucesivo con el principio constitucional de rehabilitación de las penas, e incluso con la duración de la vida del penado. En concreto, cuando se trata de una multiplicidad de delitos menores cometidos por el acusado en un determinado periodo de su juventud, en

ocasiones vinculados al consumo de estupefacientes, o a otras circunstancias vitales, la regla general establecida en el [art. 76](#) CP que limita el tiempo de cumplimiento efectivo al triple de la pena más grave, trata de evitar que quien solamente ha cometido delitos menores pueda sufrir, como consecuencia de la aplicación draconiana del sistema de acumulación matemática, una pena desproporcionada, que le mantenga en prisión durante un periodo tan prolongado de su vida que impida definitivamente su eventual rehabilitación. Y, al mismo tiempo, se trata de evitar que la acumulación de numerosos delitos menores acabe determinando el cumplimiento de una pena superior a la eventual comisión de delitos de mayor entidad, por ejemplo, contra la vida humana".

10. Dicha finalidad ha justificado, precisamente, la progresiva desmaterialización de las decisiones de acumulación poniendo el acento casi exclusivamente en que dadas las condiciones temporales de producción de los distintos delitos pueda trazarse una posibilidad mínimamente razonable de enjuiciamiento conjunto -lo que ha tenido expreso reflejo en la regulación introducida por la reforma operada por la L.O 1/2015-. Lo que explica, en una lógica de consecuencias ajustadas a dicha finalidad, que se impusiera finalmente en la jurisprudencia de este Tribunal la oportunidad de revisar decisiones de acumulación jurídica por el conocimiento posterior de nuevas penas susceptibles de haber sido acumuladas -vid. [SSTS 344/2014 de 24 de abril \(RJ 2014, 2457\)](#), [812/2014 de 2 de diciembre \(RJ 2014, 6077\)](#), 367/2015 de 11 de abril-. La revisión, en estos casos, no debe limitarse a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el auto-fuente, incluidas aquellas que se descartó su acumulación por no considerarse entonces procedente, pero que, ahora, sí podrían ser acumulables con motivo de la nueva sentencia a incorporar, siempre que los hechos cometidos lo sean anterioridad a la fecha del primer enjuiciamiento de los que fueron objeto de acumulación -vid. [SSTS 207/2014 de 11 de marzo \(RJ 2014, 1706\)](#), [214/2012 de 20 de marzo \(RJ 2012, 4070\)](#), [146/2010 de 4 de febrero \(RJ 2010, 3805\)](#), [181/2010 de 24 de febrero \(RJ 2010, 3931\)](#) -.

11. De tal modo, la decidida interpretación a favor de reo determina el alcance de la reacumulación, como se precisa en la [STS 707/2013, de 30 de septiembre \(RJ 2013, 6873\)](#), a dos supuestos: primero, cuando todas las penas puedan ser acumuladas, de manera que el límite máximo de cumplimiento así obtenido sea inferior a la suma de la nueva condena más el límite máximo resultante de la anterior acumulación; segundo, cuando, excepcionalmente, no todas las penas anteriores fuesen acumulables, pero alguna sí, en cuyo caso podrían formarse dos bloques, modificando la acumulación anterior, de manera que el resultado obtenido sea más favorable al reo. Es decir, cuando las penas que puedan acumularse en la nueva

acumulación puedan ser extraídas de la acumulación anterior, determinando una rebaja de la misma. De modo que el resultado final de ambas acumulaciones, o dicho de otra manera la suma de los límites máximos fijados por ambas acumulaciones, sea inferior a la suma de la nueva condena más el límite máximo fijado en la acumulación anterior. Lo que excluye a aquellos supuestos en los que la nueva pena acumulable pudiera perjudicar retroactivamente a una acumulación jurídica ya practicada -vid. [STS 258/2014, de 1 de abril \(RJ 2014, 2157\)](#) -.

12. Sin embargo, el régimen legal de acumulación y su decidido tratamiento expansivo no excluye el riesgo de que, en supuestos de una actividad delictiva con una particular proyección en el tiempo, marcada por la reincidencia y la comisión sucesiva de delitos, se pueda configurar, por las sucesivas refundiciones, un objeto de ejecución que supere en mucho los límites absolutos de cumplimiento previstos en el [artículo 76](#) CP. Lo que acontecerá cuando, atendidas las diversas condiciones tempo-procesales de producción y enjuiciamiento de los delitos sucesivos, no resulte posible la reaccumulación jurídica de penas.

En estos casos no solo se pone a prueba la compatibilidad del objeto de ejecución con los fines de reinserción, sino que, además, pueden producirse resultados axiológicamente paradójicos pues personas condenadas a cientos o miles de años por la comisión de gravísimos delitos -de terrorismo, por ejemplo-, se verán beneficiados por los topes máximos fijados en el [artículo 76.1](#) CP mientras que otras, a pesar de estar condenadas a bastantes menos años y por delitos de muy inferior gravedad, al no poderse beneficiar de las señaladas limitaciones legales, se enfrentan a condenas, de facto , de mucha mayor duración.

Esta sala de casación, y como se indica en la sentencia del pleno, ha abordado esta delicada cuestión en la [STS de 21 de enero de 2014 \(RJ 2014, 782\)](#) , avalando, por mayoría, la solución de que aquellas personas condenadas a penas que no son susceptibles de ser limitadas en virtud del [art. 76.2](#) del Código Penal, por no cumplir el criterio cronológico legalmente fijado, deban permanecer en prisión, aunque se hayan superado los límites previstos en el [artículo 76.1](#) CP. Las razones aparecen reflejadas en la sentencia de pleno a la que responde este voto concurrente y a ellas nos remitimos.

13. No obstante, la propia sentencia de 2014, incluido el voto particular discrepante que se formuló, patentiza la tensión axiológica entre la oportunidad de límites absolutos de pena para evitar indeseables marcos de pena perpetua y la también necesidad de neutralizar los riesgos de impunidad mediante fórmulas de saldo punitivo a futuro. Tensión que, a nuestro parecer, ha aumentado desde la entrada en vigor de la L.O 1/2015 por la que se introduce en nuestro sistema de penas la prisión

permanente revisable.

Es obvio que dicha pena pasa a cumplir una función de indicador sistemático de proporcionalidad tanto del propio sistema de penas como de su modelo de ejecución. No resulta constitucionalmente asumible que una persona que ha cometido delitos de muy inferior gravedad, incluso de naturaleza no grave, pueda permanecer privada de libertad, sin expectativas de reductibilidad efectiva, más tiempo que aquella que, por haber cometido delitos de extrema gravedad, se ha hecho merecedora de una pena que extingue prima facie cualquier riesgo de patrimonio punitivo. La prisión permanente revisable además de introducir tensión axiológica sobre el modelo pone también al descubierto contradicciones sistemáticas.

14. En efecto, como se destaca en la STC 168/2021 -fdto.7 apartado c)- que valida constitucionalmente dicha modalidad de pena, la proporcionalidad en sentido estricto de la misma queda salvaguardada en la medida en que se previenen mecanismos de acceso al tercer grado y a la suspensión del resto de pena en plazos, se afirma, " que no exceden el marco de la pena de prisión de duración determinada en su expresión máxima (treinta años: [art. 70.1.3 CP](#)) por lo que puede afirmarse que no representan un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal ". Incluso, los pone en relación con los límites de cumplimiento derivados de la acumulación jurídica de penas previstos en el artículo 76.1 y con las condiciones precisadas en el [artículo 78 CP](#) de acceso, en estos casos, a permisos, tercer grado y libertad condicional, destacando que tanto los unos como las otras pueden resultar más gravosas.

15. En todo caso, lo que no parece cuestionable es que, si la prisión permanente exige limitaciones y ajustes de reductibilidad de iure y de facto que le permitan superar el control de convencionalidad y de constitucionalidad, también deberán activarse respecto a un régimen de acumulación sucesiva de penas que puede generar un resultado de privación de libertad que, en la práctica, puede considerarse igual de aflictivo.

En particular, en aquellos casos en los que, no dándose el presupuesto tempo-procesal de acumulación jurídica del [artículo 76.2 CP](#), el resultado temporal de la acumulación sucesiva de penas genera, sin embargo, una pena refundida ex [artículo 139 RP \(RCL 1996, 521, 1522\)](#), que supera los límites previstos en el propio [artículo 76.1 CP](#) agravando, con ello, las condiciones para acceder al régimen general de suspensión del resto de pena previsto en el [artículo 90 CP](#).

La suma aritmética de periodos de penas no acumulables para su cumplimiento sucesivo puede comportar una respuesta desmedida, "un desequilibrio manifiesto de

la ley en la configuración de la reacción penal (STC 169/2021)", privando a la persona condenada de expectativas reales y efectivas de libertad. Dicho Resultado obliga a introducir algún tipo de reajuste de reductibilidad que neutralice el resultado de perpetuación prohibido por el artículo 3 CEDH.

16. Así, en aquellos supuestos en los que, a consecuencia de la refundición de penas privativas de libertad determinada, el acceso al régimen suspensivo general del artículo 90.1 en relación con lo previsto en el artículo 78, ambos, CP, se sitúe por encima de los 25 años de prisión, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad estricta en el régimen de cumplimiento de penas -vid. STC 169/21-, se debería abrir, cumplido dicho término, un incidente ad hoc para la posible suspensión de ejecución del resto de la pena refundida, en aplicación analógica del que se regula en el [artículo 92](#) CP para la prisión permanente revisable. Incidente cuya finalidad sería la de determinar, atendido el grado penitenciario alcanzado y a la luz de las circunstancias relativas a la personalidad del penado, antecedentes, circunstancias de los delitos cometidos, relevancia de los bienes jurídicos afectados, conducta durante el cumplimiento de la pena, circunstancias familiares y sociales, si concurre un pronóstico favorable de reinserción social como presupuesto de la suspensión.

17. En supuestos en los que pueda identificarse una suerte de modelo delincencial en el que se repite la comisión de injustos no graves más o menos homogéneos, en condiciones de culpabilidad y motivacionales también similares, la limitación de la posible acumulación de penas por la razón tempo-procesal prevista en el [artículo 76. 2](#) CP, no puede justificar, sin más, periodos de cumplimiento sucesivos de pena que desborden todos los límites materiales del [artículo 70.4](#) CP. Estos indican con claridad que la pena superior a treinta años, salvo las circunstancias específicas, entra en el espacio de punición de prisión permanente revisable. Supuestos de refundición que pueden comportar que el penado supere, sin expectativas de revisabilidad, el tiempo de veinticinco años que permite a la persona condenada a prisión permanente revisable acceder al régimen de suspensión del resto de la pena.

18. Creemos que la fórmula suspensiva que propugnamos como de aplicación posible en modo alguno equivale a conceder un crédito punitivo al infractor. No se trata de extinguir las penas jurídicamente no acumulables sino, en su caso, de suspender su ejecución tomando en consideración las circunstancias socio-personales del penado y una evaluación normativa en conjunto de todos los delitos cometidos , tal como se precisa en el párrafo segundo del [artículo 92.1](#) CP, fijando un régimen teleológicamente orientado de condiciones suspensivas.

Esta aproximación heurística a una trayectoria delictual jalonada por un número significativo de delitos no necesariamente graves pero que arroja un resultado punitivo draconiano, como se calificaba en la sentencia 367/2015, y que, en cierto sentido, pone en entredicho la propia eficacia del sistema penal como instrumento de reinserción, permitiría, mediante el establecimiento de las condiciones suspensivas que procedan, obtener un razonable equilibrio entre los fines de reinserción y los de seguridad, retribución y prevención. Evitando, al tiempo, que las penas de cumplimiento sucesivo, por la imposibilidad de una nueva reacomulación jurídica, no se conviertan, de facto, en perpetuas. Ofreciendo de esta manera, como exigen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, una oportunidad a la vida en libertad de la persona penada sin descuidar otros fines de protección que también justifican la imposición de penas.

19. Insistimos. No es sistemática ni axiológicamente admisible que una persona condenada por delitos de especial gravedad a penas de prisión permanente revisable se le reconozca un mecanismo de reductibilidad de iure a los 25 años de prisión y a otra persona condenada por delitos de menor gravedad y a consecuencia de la refundición de penas no acumulables pueda permanecer en prisión sin dicha expectativa de reductibilidad por un tiempo superior.

Por ello, creemos que, en aquellos supuestos en los que la pena refundida, integrada por penas privativas de libertad determinada, comporte que el periodo en el que el penado puede acceder al régimen general de suspensión del [artículo 90](#) CP supere el límite del previsto para la suspensión del resto de la pena de la prisión permanente revisable, y por exigencias de interpretación sistemática, debería activarse el mecanismo del [artículo 92](#) CP. Incluyendo la fijación, en caso de denegación, del plazo para decidir de nuevo sobre la suspensión, en los términos precisados en el [artículo 92.4](#) CP. Solución que, hasta que la cuestión sea abordada por el legislador, se ajusta, a nuestro parecer, a las exigencias de interpretación adecuada a la Constitución que impone la efectiva protección del derecho a la libertad.

20. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, el contenido del derecho fundamental a la libertad ambulatoria debe actuar, en todo proceso decisonal que pueda afectarlo, " como la clave lógica de la interpretación de la ley y no la interpretación de esta como el elemento definitorio del derecho fundamental" -vid. STC 57/2008-.

Nuestro sistema penal no puede generar, de facto, un régimen de cumplimiento en perpetuidad de penas privativas de libertad sin ofrecer una vía de revisabilidad que permita al penado, dadas las circunstancias concurrentes antes señaladas, cuando

llegue a los 25 años de cumplimiento efectivo, acceder a la suspensión del resto de pena.

A nuestro parecer, el recurso ofrece la posibilidad de abrir esta vía interpretativa para activar el correspondiente incidente suspensivo ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y por ello creemos necesario hacerlo constar mediante este voto concurrente.

VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL EXCMO SR. MAGISTRADO D. PABLO LLARENA CONDE

PRIMERO.-1.1. El recurrente ha sido condenado en múltiples ocasiones y se ha beneficiado de dos refundiciones de penas que se ajustan a las previsiones del [artículo 76](#) del [Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) :

a. La primera acumulación, acordada por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de mayo del año 2.000, agrupó varias condenas para las que se estableció un límite de cumplimiento de 15 años.

b. La segunda acumulación, realizada quince años después por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Getafe, refundió un conjunto de condenas que le habían sido impuestas por hechos perpetrados con posterioridad a los delitos contemplados en la primera acumulación.

Lo que el recurrente denuncia en el presente recurso es que se ha rechazado su pretensión de incorporar a esta segunda acumulación (acordada en junio de 2015), la pena de 4 meses de prisión que le ha sido impuesta por el Juzgado de lo penal n.º 2 de Mataró por un delito que el recurrente perpetró con posterioridad al enjuiciamiento de los delitos refundidos, en concreto el 20 de noviembre de 2017.

1.2. Su pretensión ha sido unánimemente rechazada en la actual Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al coincidir todos los Magistrados en que la acumulación que se pretende pugna con el criterio cronológico que, según la jurisprudencia y la actual redacción del [artículo 76.2](#) del Código Penal, rige la acumulación de penas privativas de libertad.

1.3. Pese a esa unanimidad, se ha emitido un voto particular que ofrece tres singularidades insólitas:

La primera, que el voto particular no se presenta para reforzar los argumentos de la decisión como correspondería a un voto particular concurrente, sino para emitir un parecer obiter dictum, esto es, una consideración jurídica tangencial que es ajena a la controversia.

La segunda, que esta reflexión jurídica no se comparte por la mayoría de la Sala, razón por el que el obiter dictum no se incorporó en el texto argumentativo de la Sentencia y

Por último, que el voto particular ni siquiera responde a afirmaciones obiter dictum que, en sentido contrario, hayan sido sustentadas en la sentencia de la mayoría.

1.4. En esta dinámica de hacer visible una reflexión jurídica innecesaria para alcanzar el pronunciamiento adoptado por unanimidad y que carece del apoyo mayoritario de la Sala, un primer posicionamiento como Magistrado consistiría en confiar en la irrelevancia jurisprudencial de los votos particulares dictados en minoría y, por ello, eludir cualquier análisis de la cuestión doctrinal que ha introducido el voto reservado.

Sin embargo, personalmente considero que concurren razones que justifican que extienda mi reflexión al análisis de lo que el voto particular suscita pues, lejos de limitarse a plasmar un posicionamiento doctrinal, el voto particular invita expresamente a los penados a activar ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria un incidente procesal que evalúe si son merecedores de una suspensión de la ejecución de la pena o de concesión de la libertad condicional en un supuesto que no está previsto por el legislador. Con la singularidad de que la invitación se hace después de apelar, de manera expresa, a la función nomofiláctica que tiene la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que parece que escamotea que la posición de un órgano colegiado y deliberativo se conforma a partir de la disposición mayoritaria de sus miembros.

De ese modo, al ser una cuestión obiter dictum que cuenta con el apoyo de varios Magistrados, y puesto que el voto particular sustenta algo que la Sala no refleja ni contradice en la sentencia mayoritaria por ser tangencial a la decisión que se adopta, una lectura desatenta podría favorecer la creencia de que la actuación procesal impulsada en el voto particular concitará el apoyo mayoritario de la Sala cuando sea materia de recurso o cuando el Tribunal tenga que decidir realmente sobre ella.

En modo alguno resulta así. Como ya he adelantado, la reflexión tangencial que el voto particular recoge fue objeto de análisis en la deliberación de este caso y si no se recoge como obiter dictum en la sentencia que resuelve el recurso, fue porque la mayoría de los Magistrados del Tribunal rechazó la sugerencia.

De este modo, debe subrayarse que el leve valor orientativo que pueda tener un obiter dictum para la función nomofiláctica de la Sala, de operar en algún sentido, debe hacerlo en sentido inverso al que el voto particular refleja, esto es, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no contempla que los penados puedan aspirar a

obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por el mero hecho de que el cumplimiento sucesivo de sus penas haya llegado a rebasar el término de 25 años, si esta posibilidad de suspensión no se ajusta a las previsiones ofrecidas por el legislador y recogidas en el [artículo 90](#) del Código Penal.

SEGUNDO.- Los firmantes del voto particular admiten que las penas privativas de libertad impuestas al recurrente no son acumulables a efectos de fijar los límites de cumplimiento del artículo 76, pero entienden que existe un mecanismo legal que permite evitar la afflictividad de un cumplimiento sucesivo de los distintos bloques de penas impuestas.

Los Magistrados discrepantes comienzan su análisis recordando la incuestionable doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, en la que se remarca que toda persona que haya sido condenada a la privación de su libertad personal debe tener una oportunidad concreta y realista de obtener su liberación.

Desde esta doctrina, que toda la Sala comparte y que no se cuestiona, aducen que si la pena de prisión permanente revisable salvaguarda su constitucionalidad porque posibilita que el penado pueda acceder a la libertad condicional a los 25 años de haber iniciado el cumplimiento de la pena ([art. 92](#) CP), no pueden aceptarse periodos de cumplimiento sucesivo de otras penas privativas de libertad que desborden ese límite en su conjunto.

Consideran que, tras 25 años de prisión efectiva, cualquier penado podría promover un procedimiento semejante al descrito en el [artículo 92](#) del Código Penal que permita suspender la ejecución del tiempo de prisión que le quede por cumplir. De este modo, dicen, la revisión para el otorgamiento de la libertad condicional prevista para la pena de prisión permanente revisable en el [artículo 92](#) del Código Penal, puede abordarse también: 1) Cuando la refundición de penas prevista en el [artículo 76.1](#) del Código Penal comporte un periodo de cumplimiento efectivo superior a los 25 años de prisión y 2) Cuando por no ser factible la acumulación de penas o de bloques de penas a la luz del [artículo 76.2](#) del Código Penal, el cumplimiento sucesivo haya obligado a un penado a estar más de 25 años en prisión, "en supuestos en los que pueda identificarse una suerte de modelo delincencial en el que se repite la comisión de injustos no graves más o menos homogéneos, en condiciones de culpabilidad y motivacionales también similares".

TERCERO.- El voto particular, tras acudir a valores y derechos constitucionales como la libertad, la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes, o la finalidad de la pena, proclama que no es axiológicamente admisible que a una persona

condenada por delitos de especial gravedad a penas de prisión permanente revisable se le reconozca un mecanismo de reductibilidad de iure tras 25 años de prisión y que otra persona condenada por delitos de menor gravedad pueda permanecer en prisión sin dicha expectativa por un tiempo superior. Junto a ello se proclama la inadmisibilidad de cualquier interpretación sistemática del Código Penal que excluya que pueda aplicarse el [artículo 92](#) del Código Penal a supuestos de cumplimiento de penas privativas de libertad que tienen un inferior rigor punitivo que la prisión permanente revisable que el precepto contempla.

3.1. Personalmente percibo que en la minuciosa argumentación del voto particular se desvanece la razón constitucional o de legalidad ordinaria que justifica el posicionamiento.

Sin embargo, puesto que el voto particular no apuesta por plantear la inconstitucionalidad de ningún precepto del Código Penal actualmente vigente, sino que precisamente impulsa un comportamiento procesal concreto, lo que implícitamente se está defendiendo es: a) O bien que para aquellos supuestos específicos que no han sido contemplados por el legislador hay que integrar la regulación sobre el otorgamiento de la libertad condicional a partir de las exigencias constitucionales axiológicas que identifican en el voto o bien b) Que existe una previsión legislativa que contempla todos los supuestos, pero para la que es precisa una lectura interpretativa de determinados extremos que resultan confusos.

3.2. Por otro lado, no sólo encuentro indefinición en las razones justificativas, sino también en los supuestos de hecho en los que consideran oportuno aplicar su tesis.

a. De un lado, se habla de aplicarlo a todos los supuestos de refundición de penas del [artículo 76.1](#) del Código Penal, lo que obviamente remite a los casos de mayor gravedad del Código Penal, esto es, a los supuestos de refundiciones de penas que se saldan con un deber de cumplimiento de 40 años, pues nuestro legislador ya admite que los sometidos a un cumplimiento de hasta 30 años de prisión puedan obtener su libertad condicional a los 22 años y 6 meses ([art. 90.1](#) CP) o incluso a los 20 años si se dan las circunstancias de participación en el tratamiento penitenciario que recoge el [artículo 90.2](#) del Código Penal. Hablamos así de los mayores perfiles criminales de nuestro país, incluso de aquellos que delincan con posterioridad a la implantación de la pena de prisión permanente revisable dado el estrecho espacio de tipos penales a los que esta pena se aplica.

b. De otro, se amplía la aplicación a aquellos supuestos en los que el cumplimiento efectivo superior a 25 años de prisión surge de la comisión y del enjuiciamiento sucesivo de varios delitos, de modo que sus penas no han resultado acumulables (

[art. 76.2](#) CP).

Para estos casos no se determina con claridad quiénes serían los merecedores del beneficio, ni cuál sería el criterio concreto de aplicación.

Inicialmente parece acotarse la aplicación a aquellos supuestos en los que pueda identificarse una suerte de modelo delincuencial en el que se repite la comisión de injustos no graves más o menos homogéneos, en condiciones de culpabilidad y motivacionales también similares .

Sin embargo, esta delimitación desaparece de facto, pues el voto particular invita a promover los expedientes de libertad condicional sin restricción ninguna. Los Magistrados no definen la antijuridicidad o la gravedad de los delitos merecedores del privilegio, tampoco la homogeneidad típica, temporal o circunstancial con la que deben estar engarzados. El voto particular no expresa las razones de culpabilidad que pueden justificar la limitación de tratamiento penitenciario o no esclarece qué impulsos motivacionales semejantes pueden llevar a renunciar atajarlos con el tratamiento penitenciario o incluso para qué delitos puede decaer el derecho a la seguridad colectiva cuando se evidencia que ha fracasado el tratamiento penitenciario aplicado entre las distintas actuaciones delictivas ([art. 76.2](#) CP).

Y la razón de que esta acotación de supuestos sea meramente formal y se invite a todos los responsables penales a reclamar la libertad condicional sin definir los axiomas constitucionales y legales de política criminal y de funcionalidad punitiva que deben regirlo, es porque el voto particular se centra en otro aspecto. En realidad, lo que se objeta es que se exija un cumplimiento penitenciario superior a 25 años con independencia de cuál sea la gravedad y el número de los delitos cometidos, recogiendo en el punto conclusivo n.º 18 que el sistema de cumplimiento del artículo 90 pone en entredicho la propia eficacia del sistema penal como instrumento de reinserción, afirmando que produce un efecto punitivo draconiano en todos los supuestos de trayectoria delictual jalonada por un número significativo de delitos que convierte el cumplimiento en penas perpetuas. Esa es la razón que justificaría la libertad condicional y por la que la solución que proponen (incluso en supuestos de delitos graves) se equipara a la que también reclaman para los supuestos más graves del [artículo 76.1](#) del Código Penal.

CUARTO.- 4.1. Rechazo que la constitucionalidad del mecanismo de cumplimiento de las penas privativas de libertad exija, como criterio axiológico, que pueda suspenderse el cumplimiento de cualquier responsabilidad por el concreto y específico hecho de que el penado alcance un tiempo máximo de 25 años de estancia en prisión.

Así lo ha proclamado la doctrina constitucional que, antes incluso de la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro Código Penal por la [LO 1/2015 \(RCL 2015, 439, 868\)](#) y respetando en todo caso el axioma proclamado por el TEDH (Vinter) de que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal que lo justifique, tenía ya expresado ([STC 91/2000 \(RTC 2000, 91\)](#)) que la calificación como inhumana o degradante de una pena no puede derivarse exclusivamente de su duración, sino que exige un contenido material que está asociado a su forma de ejecución y a sus modalidades, subrayando que nuestro sistema penitenciario de individualización científica satisface los estándares europeos de tratamiento a los penados que cumplen penas de prisión perpetuas o de larga duración mediante mecanismos progresivos de compensación de los efectos nocivos de la prisión prolongada; mecanismos que no se limitan a la concesión de la libertad condicional en un momento específico y para que opere como un resorte automático.

En el mismo sentido, la [STC 41/2012, de 29 de marzo \(RTC 2012, 41\)](#) , FJ 10, en relación con penas acumuladas de larga duración (30 años por aplicación del art. 70.2CP de 1973), estableció que las mismas no infringían el [artículo 25.2](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) , aunque no pudieran verse reducidas por la aplicación de otros instrumentos normativos como la redención de penas del anterior Código Penal (art. 100), porque " las previsiones de la legislación penitenciaria vigente, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que [los penados] se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad ". En parecidos términos se expresaba la [STC 114/2012, de 24 de mayo \(RTC 2012, 114\)](#) , FJ 7.

4.2. Si con anterioridad a la introducción de la prisión permanente revisable no resultaba contrario a nuestras garantías constitucionales que determinados supuestos de cumplimiento conjunto de penas privativas de libertad tuvieran un plazo para la obtención de la libertad condicional superior a los 25 años, el adelanto del plazo constitucional de revisión a partir de una reforma de la legislación ordinaria solo puede resultar de las exigencias constitucionales de proporcionalidad y funcionalidad en la reacción punitiva ante el delito.

Ese es el posicionamiento del voto particular, que sintetiza que si la pena de prisión permanente se ha modulado por el legislador en el sentido de hacerla revisable a los

25 años, puesto que cualquier otra pena privativa de libertad se ubica en una posición inferior dentro de su misma escala gradual ([arts. 33.2](#), [70.3](#) y [70.4](#) CP), no resulta constitucionalmente aceptable que el legislador considere cumplido el periodo de seguridad para el responsable del delito más grave y admita evaluar el grado de rehabilitación alcanzado a efectos de ser puesto en libertad pero, sin embargo, exija permanecer inexcusablemente en prisión a quien está condenado por una acción típica de inferior relevancia.

No obstante, la convicción del voto particular de que esa realidad rompe los axiomas constitucionales de proporcionalidad y de funcionalidad de la pena, creo que sólo es predicable desde el contraste asimétrico y simplificado que sus firmantes plantean. En mi opinión, los Magistrados defensores del voto particular realizan su comparación a partir de parámetros desiguales. Utilizan el patrón con que el legislador ordena evaluar la oportunidad de conceder la libertad condicional al autor de un único delito grave que está castigado con la pena de prisión permanente revisable, pero no para proyectarlo sobre cualquier otro delito de inferior gravedad e igualmente aislado (pues son conscientes que en estos delitos aislados la pena más grave es de 30 años y el legislador permite su revisión en un plazo inferior a 25 años), sino para acotar aquellos casos en los que la realidad criminal es bien distinta y está integrada por comportamientos criminales persistentes.

4.3. Considero que es la perspectiva de su observación la que les impide identificar los verdaderos axiomas constitucionales y la que conduce al error de su planteamiento.

Como ya he adelantado, para las penas privativas de libertad de duración inferior a la prisión permanente, el [artículo 90.1](#) del Código Penal establece unos plazos de concesión de la libertad condicional que son decrecientes en función de la menor duración de la pena. En concreto, la pena más grave que puede ser impuesta inmediatamente después de la de prisión permanente y por la perpetración de una actuación criminal aislada, es la de 30 años de prisión, a tenor del [artículo 70.4](#) del Código Penal. Para ella se establece un plazo de revisión de 22 años y 6 meses, lo que comporta un absoluto respeto del axioma constitucional que el voto particular subraya. De este modo, parece lógico presumir que el legislador sí ha contemplado el esquema más básico de revisión de penas que maneja el voto particular.

Sin embargo, es el voto particular el que no contempla las lógicas desviaciones que los principios constitucionales imponen para otros supuestos más complejos y que el legislador sí ha evaluado.

Una vez que la pena ha satisfecho su componente de proteger los bienes jurídicos

mediante un primer tramo de cumplimiento en el que la reacción punitiva resulta disuasoria y coherente con el principio de culpabilidad o con la prevención general de respeto a la norma penal, el axioma constitucional de proporcionalidad y funcionalidad de la pena exige que exista una congruencia entre la duración de cumplimiento y la peligrosidad criminal del sujeto, adaptado también a los valores constitucionales de reinserción y de protección del grupo social.

Para alcanzar la congruencia en esos términos debe perfilarse la peligrosidad del sujeto activo, la cual no sólo se refleja por la gravedad del delito cometido, sino que fluye especialmente de la tendencia criminal de su autor y de la eficacia que el tratamiento penitenciario pueda tener para corregir sus comportamientos.

Son precisamente estos axiomas constitucionales los que impulsan al legislador a no proclamar un único periodo de seguridad para la prisión permanente revisable sino varios, estando estos periodos de revisión determinados precisamente por la naturaleza del comportamiento delictivo por el que se ha impuesto la prisión permanente revisable y, particularmente, por el perfil de criminalidad del responsable y la peligrosidad de los comportamientos que añade.

Aún cuando la prisión permanente revisable establece la obligación de evaluar la resocialización del penado a los 25 años de su ingreso en prisión ([art. 92 CP](#)), no es este un tiempo que se profile como determinante de su salvaguarda constitucional. El legislador retrasa el plazo de evaluación en determinados supuestos en los que el sujeto ha sido condenado por más de una actuación delictiva. Para estos casos, el periodo de seguridad se fija en 30 años si el penado ha sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos están castigados con pena de prisión permanente revisable. También se establece el plazo de 30 años para revisar la condena por varios delitos cuando una de las infracciones penales que determina la responsabilidad está castigada con prisión permanente revisable y el resto de penas suman 25 años o más ([art. 78 bis.2 CP](#)). El plazo es de 28 años cuando hay pluralidad delictiva y los delitos han sido perpetrados en organizaciones y grupos terroristas, o cuando se trata de delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del [Libro II](#) del Código Penal o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; recogándose también, para esta tipología de delitos, una segunda especialidad si se trata de condenas por dos delitos castigados con pena de prisión permanente revisable o por otros delitos que sumen al menos 25 años de prisión, supuesto en el que se establece un periodo de seguridad de 35 años ([art. 78 bis.3 CP](#)).

Estas restricciones, fijadas en la legislación ordinaria para retrasar temporalmente el acceso a la libertad condicional en penados condenados a prisión permanente

revisable, descansan en criterios de valoración de la persistencia en el delito y van más allá del mero análisis de la pena prevista en el Código Penal para un tipo penal aislado. Y nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que el retraso de la posibilidad de acceder a la libertad condicional en esas condiciones, no solo refleja magnitudes homologables en el Derecho Comparado, sino que no comporta una anulación de la expectativa del penado de reincorporarse a la sociedad, ni entraña efectuar el juicio de su peligrosidad exclusivamente en virtud de la naturaleza del delito cometido, por lo que niega que la mayor dimensión de los plazos resulte constitucionalmente rechazable (STS 169/2021, de 6 de octubre).

4.4. Con todo lo expuesto, no puede sostenerse que una norma de legalidad ordinaria que establezca plazos de revisión superiores a los 25 años para penas privativas de libertad distintas de la prisión permanente revisable quebrante necesariamente las exigencias constitucionales porque sea de 25 años el plazo para la revisión de la pena de prisión permanente revisable que se haya impuesto aisladamente.

La doctrina constitucional sobre las normas que regulaban la acumulación o el cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015, no proclamó un vicio de inconstitucionalidad cuando se preveía que el cumplimiento o la posibilidad de otorgar la suspensión de la ejecución de las penas se posponía más allá de los 25 años. Y tras la entrada en vigor de la prisión permanente revisable, tampoco el Tribunal Constitucional ha aceptado que los axiomas de constitucionalidad excluyan que el cumplimiento o la posibilidad de otorgarse la libertad condicional puedan retrasarse más allá de los 25 años si el perfil criminal del sujeto, contemplado desde un pronóstico individual de reiteración en la comisión de los delitos más graves, así lo justifica.

Consecuentemente, debe concluirse que son constitucionalmente válidos los plazos extraordinarios para la concesión de la libertad condicional en todos aquellos supuestos en los que, sin estar prevista la pena de prisión permanente revisable, las penas privativas de libertad que se imponen reclaman un periodo de seguridad superior a 25 años en consideración a la extraordinaria gravedad de los delitos perpetrados y el perfil de reiteración delictiva que se aprecia en el penado.

QUINTO.- Evaluando el plano de legalidad ordinaria, lo primero que resalta es que el legislador ha previsto con claridad el momento en que puede acordarse la concesión de la libertad condicional en todos los supuestos contemplados en el voto particular, de modo que la propuesta que analizo, lejos responder a una labor de integración del vacío normativo o de pretender interpretar normas regulatorias oscuras, lo que directamente realiza es abrogar la previsión parlamentaria y sustituirla

por las que los Magistrados contemplan.

5.1. No se cuestiona en el voto particular que para actuaciones delictivas aisladas que estén sancionadas con pena de prisión permanente revisable, la revisión de la pena y la concesión de la libertad condicional está contemplada en el [artículo 92.1](#) del Código Penal, fijando un periodo de cumplimiento de 25 años. Tampoco se cuestiona que para otras penas privativas de libertad que se impongan por un delito aislado, la concesión de la libertad condicional se ajusta a unos plazos que se van reduciendo en el [artículo 90](#) del Código Penal en función de la menor extensión de la pena. Y siendo la pena de prisión por 30 años la inmediatamente inferior a la pena de prisión permanente revisable ([art. 70.4 CP](#)), la revisión ajustada a la previsión del [artículo 90.1](#) del Código Penal no genera discrepancia, pues la concesión de la libertad condicional, en el peor de los supuestos, podrá tener lugar a partir de los 22 años y 6 meses de cumplimiento.

5.2. El primer supuesto que aborda el voto particular viene referido (punto 16) "a los que, a consecuencia de la refundición de penas privativas de libertad determinada, el acceso al régimen suspensivo general del artículo 90.1 en relación con lo previsto en el [artículo 78](#), ambos del Código Penal, se sitúe por encima de los 25 años de prisión".

Para estos casos el voto particular propone un régimen de revisión a los 25 años por aplicación analógica de lo dispuesto para la pena de prisión permanente revisable en el [artículo 92](#) del Código Penal, pero lo que se denomina aplicación analógica no es sino dejar de aplicar el artículo 90 que les incumbe y trasladar unas previsiones legales -las del artículo 92- a presupuestos distintos que el legislador decidió tratar de manera diferenciada.

Del mismo modo que el [artículo 78 bis](#) del Código Penal establece unos plazos especiales para la revisión de la pena de prisión permanente revisable cuando a esta pena se le acumulan condenas por otros delitos, para el supuesto equivalente en el que se acumulen un conjunto de delitos todos ellos castigados con penas privativas de libertad de duración limitada, el legislador agrava el plazo de revisión respecto del que resultaría aplicable para una actuación criminal aislada. En estos supuestos dispone que el momento en que podrá concederse la libertad condicional debe calcularse a partir de la pena global resultante ([arts. 90 y 78 CP](#)).

El posicionamiento legislativo responde al desvalor del comportamiento y al perfil de criminalidad del sujeto, sin que pueda desconocerse tampoco que el plazo de revisión superior a los 25 años solo opera en aquellos supuestos en los que la pluralidad delictiva corresponde a actividades terroristas y alguno de los delitos

perpetrados tiene prevista una pena privativa de libertad superior a 20 años, o cuando el autor ha perpetrado al menos dos delitos castigados con pena superior a los 20 años. Supuestos de extraordinaria gravedad plenamente homologables a aquellos en los que, por existir una pena de prisión permanente revisable y actividad terrorista u otras penas graves, el [artículo 78](#) bis impone un periodo de seguridad superior a 25 años.

Debe observarse, por último, que la previsión del artículo 78 del Código Penal, no resulta realmente afectada por la previsión del voto particular. El régimen de agravación del periodo de seguridad que recoge el [artículo 78](#) del Código Penal no es sino de imposición facultativa y, por otro lado, el legislador ya contempla que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda eliminar la agravación en la eventualidad de que el tratamiento penitenciario lo justifique, esto es, permite realizar la modulación que el propio voto particular propone.

5.3. En el segundo supuesto se reclama la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad en todos aquellos casos en los que las condenas no sean acumulables conforme al [artículo 76.1](#) del Código Penal, siempre que el tiempo de privación de libertad supere los 25 años de prisión.

La oferta del voto particular nuevamente comporta una salida que abroga la previsión legislativa recogida en los [artículos 76.2](#) y [90](#) del Código Penal, resultando además contraria a los fundamentos constitucionales que se enarbolan.

Puesto que el [artículo 76.2](#) del Código Penal establece el criterio cronológico como el único factor que impide que se acumulen las penas impuestas por delitos cometidos con posterioridad a otras por las que el responsable ya fue también juzgado y condenado, y puesto que se constata en el planteamiento del voto particular que esas penas previas de prisión se han ido cumpliendo total o parcialmente durante años, la nueva actuación delictiva patentiza el fracaso del tratamiento penitenciario y del proyecto de resocialización del penado. Son supuestos en los que los nuevos comportamientos delictivos se ejecutan después de que el sistema penal haya reprochado al sujeto activo su comportamiento previo y después de que el autor haya estado sometido a un largo tratamiento penitenciario orientado a su formación.

Para estos supuestos, ni existen razones constitucionales que exoneren de un cumplimiento que sí es plenamente exigible al resto de partícipes, ni puede sostenerse (como hace el voto particular al final de punto 15), que se prive a la persona condenada de expectativas reales y efectivas de libertad. La expectativa se materializó en cada permiso o durante el periodo de régimen abierto o de libertad

condicional que se otorgó al penado para evaluar su vida en libertad y que el sujeto aprovechó para la comisión de nuevos delitos. O incluso por perpetrarlos después de haberse agotado -por cumplimiento de la pena- el tratamiento penitenciario orientado a la corrección de su comportamiento anterior. Y en estos supuestos, la comisión de nuevos delitos no puede conducir a una acrítica suspensión de la ejecución de la pena respecto de las nuevas responsabilidades, menos aún cuando el legislador contempla esta circunstancia como elemento sustantivo y primordial para la posible revocación de la suspensión ([arts. 86 y 90.5 CP](#)).

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA.

I.

Un voto particular en ocasiones constituye un complemento que incluso puede enriquecer la sentencia reflejando de forma más transparente el discurso cruzado que ha conducido a conformar la opinión mayoritaria. Encierra también siempre algo de fracaso del proceso deliberativo: no se ha alcanzado a una solución que concite unanimidad. Por eso no pocas veces es aconsejable la autocontención huyendo de traducir toda discrepancia -grande o pequeña, determinante o colateral, sobre temas nucleares o accesorios- en un voto particular. Así lo entiendo sinceramente, aunque con la mala conciencia de no ser el más autorizado para consideraciones de este tenor como viene a corroborar este voto.

Lo particular se opone a lo colegial; y en un Tribunal la colegialidad es uno de sus más preciados valores, concebida no como mera suma de opiniones individuales, sino como solución surgida de un debate deliberativo con un diálogo fecundo que no es puramente interno, sino que se nutre de las aportaciones de las partes dando lugar a un producto coral que es mucho más que la yuxtaposición o amalgama de criterios solitarios.

En una primera aproximación un tercer voto concurrente a una sentencia aprobada ¡por unanimidad! puede aparecer como el paradigma del voto particular inútil; muestra de un ejercicio especulativo autista.

Pero me siento obligado a dejar constancia no solo de mi posición personal -como jurista, que no como magistrado-, sobre el tema abordado en los dos votos concurrentes que preceden a éste; sino, sobre todo, de las razones por las que no considero adecuado ni armónico con lo que espera de un magistrado la ley, el justiciable y la comunidad jurídica, explayarme exponiendo cuál es la tesis que reputo más ajustada a derecho de las dos que han fragmentado al Tribunal en relación a un

simple obiter dicta que no aparece, ni tácita ni expresamente, en la sentencia y que, además, gira alrededor de un punto que ni fue objeto de recurso, ni es necesario abordar para resolverlo (la prueba es que la sentencia ha recibido el respaldo unánime de todos los magistrados que integrábamos la Sala), ni había sido planteado por el recurrente, ni debatido por las partes.

II.

Del primer voto concurrente se deduce que varios componentes de la Sala -sin llegar a conformar una mayoría suficiente-, mostrando su conformidad con la decisión desestimatoria, propusieron añadir un obiter dictum sugiriendo la posibilidad de aplicación analógica de la libertad condicional anticipada del [art. 92.1.a\) CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) a casos de varias acumulaciones que superen enlazadas penitenciarmente el término a partir del cual se permite acceder a ese beneficio a un condenado a prisión permanente revisable (25 años).

Por contraste, se colige que la mayoría se opuso a esa exégesis. Lo corrobora el segundo voto concurrente que se hacía casi imprescindible para evitar el absurdo de un voto particular construido sobre la nada . Acoge esa segunda opinión razonamientos, que rivalizan en solidez y manejo de la técnica jurídica con los volcados en el otro voto que, sin ese contrapunto, quedaría cojo: un discurso en paralelo que vendría a replicar a unos argumentos desconocidos que permanecerían tapados por el velo impuesto por el secreto de las deliberaciones. Eso explica que ese segundo voto concurrente aparezca como un curioso voto particular a un no menos curioso voto concurrente a una sentencia unánime. Un tercer voto concurrente -éste- pareciera rebasar el plano de lo curioso para adentrarse en lo patológico : un debate cruzado, con forma de tres votos particulares adosados a una sentencia unánime que resuelve de forma plena y sin fisuras el asunto planteado y en la que no se encontrará ni una palabra sobre el punto abordado en la tríada de votos que conforman un debate paralelo, abierto al margen del asunto resuelto, aunque guarde relación con él. La sentencia no pierde un ápice de consistencia si amputamos estas tres opiniones concurrentes que constituyen respecto de la ella no solo un punto y aparte ; sino un auténtico nuevo capítulo diferente, con cambio de guión: solucionado ya el problema planteado por el recurso, sin ninguna dificultad, vamos a hablar de este otro problema. Es un problema no menor; pero no nos apodera la ley para solventar dudas exegéticas más que cuando nos son propuestas por el cauce procesal correcto, y tras sopesar los argumentos de las partes.

No quiero que mi silencio se interprete como adscripción a la postura mayoritaria sobre ese tema colateral que se suscitó y debatió. Solo encuentro este mecanismo -un voto concurrente- para alcanzar ese propósito.

III.

Tengo formada opinión sobre ese punto, aunque no propiamente como Magistrado que ejerce su función jurisdiccional. Incluso he tenido ocasión de exponerla en foros extraprocesales. No es difícil para cualquier estudioso interesado averiguarla (no creo que le aporte demasiado). Entiendo que quizás fuera un argumento -jamás definitivo o decisorio-, que, de forma marginal, podría avalar o reforzar el criterio de la sentencia saliendo al paso de eventuales objeciones. Pero, no creo que, una vez descartado por la mayoría, tenga sentido alguno exteriorizarlo haciendo pública y oficial una divergencia que carece de la más mínima repercusión en el asunto sometido a nuestra decisión jurisdiccional.

a) Primeramente, porque se presta un flaco servicio al recurrente. Pedía que se le acumulasen todas las penas fijando un máximo común de cumplimiento. Le denegamos su petición y, además, implícitamente, le comunicamos que la mayoría del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es contraria a una interpretación de la libertad condicional que podría beneficiarle (y que no había pedido).

b) No se entiende por qué en ninguna de las frecuentes sentencias relativas a acumulación que dicta periódicamente este Tribunal aflora esa discrepancia en forma de voto concurrente y sí en esta. En las próximas sentencias con acumulaciones superiores a veinticinco años ¿habría que entender que se ha producido un aquietamiento interpretándose los sucesivos silencios como prevalencia del criterio de la mayoría? O ¿será necesario reproducir en cascada estos votos concurrentes?

c) Nos inmiscuimos de alguna forma en competencias que no son nuestras. Esa duda interpretativa, ha de ser solventada, con vocación decisoria y no a efectos puramente retóricos o argumentales, por la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Es perturbador y distorsiona el ejercicio de la jurisdicción lanzar, de forma innecesaria y sin debate procesal previo, el mensaje de que la mayoría de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no reputa viable la tesis que defiende el primer voto concurrente.

d) El criterio del voto concurrente -y por contraste el de la mayoría opuesta al mismo- ha cristalizado sin escuchar ni al Fiscal, ni al recurrente; es decir en un debate ad intra y un tanto solipsista sin audiencia de las partes, sin escuchar otros posibles argumentos.

e) Resuelto el objeto del recurso con la conformidad de todos los componentes de la Sala de Justicia, carece de sentido dirigir nuestra función jurisdiccional a debatir -publicitando la divergencia- sobre problemas jurídicos no suscitados. Nótese que nada aporta a la sentencia ¡unánime! lo que se expone en los votos particulares. Se convierten en mera especulación que de facto empeora la situación del recurrente. Si

acude a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria - que puede hacerlo, con votos y sin votos- lo hará con el lastre de un texto jurisdiccional que pone de manifiesto que la mayoría de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo repudia la vía, imaginativa y sólida a mi parecer, que propugna el primer voto particular concurrente; que hacía necesario el segundo y que genera el escenario para este tercer voto que, quizás equivocadamente -el silencio es a veces lo más ecuánime-, me siento obligado a emitir.

El asunto, en mi opinión, debiera haberse zanjado, como muchos otros similares, con la sentencia unánime dictada, sin adornarla con debates anticipados, cerrados en falso, e infecundos. Tal cuestión debe quedar confiada a la libertad de criterio de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria que es la llamada a resolver en primera instancia jurisdiccionalmente, lo que no obsta a previas decisiones de la Administración Penitenciaria ahora casi vedadas involuntariamente ante la constancia, que innecesariamente se hace pública, de que una primera aproximación y aunque no sea en rigor **decidiendo** jurisdiccionalmente, la mayoría de integrantes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo consideran incompatible con la ley esa posibilidad. Deberíamos huir de condicionarla sin perjuicio de que si la cuestión debatida acaba llegando a casación (disposición Adicional 5ª LOPL) sea solventada escuchando las opiniones y argumentos del afectado y del Ministerio Público; no en un debate cuasi clandestino en su origen y luego fragmentaria e innecesariamente publicitado.