

La nueva redacción del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada

Leticia Jericó Ojer

Universidad Pública de Navarra

*Abstract**

En este trabajo se aborda el estudio de la nueva regulación del art. 58.1 del CP, operada por LO 5/2010, de 22 de junio, cuyo origen se sitúa en la novedosa interpretación formulada por el TC en abril de 2008 sobre el cómputo del tiempo de privación de libertad en los casos en los que el recluso simultanea la condición de penado y de preso preventivo. Se analizan las opiniones doctrinales y las respuestas jurisprudenciales al nuevo criterio introducido por el TC, así como el contenido del nuevo precepto y la valoración crítica de sus consecuencias.

Diese Studie befasst sich mit der Neuregelung des Artikels 58.1 des spanischen Strafgesetzbuches durch das spanische Ausführungsgesetz 5/2010 vom 22. Juni. Dessen Ursprung bildet die neuartige Auslegung, der das spanische Verfassungsgericht im April 2008 die Berechnung der Freiheitsstrafe in Fällen unterzog, in denen sich der Häftling gleichzeitig in Haft und Untersuchungshaft befindet. Analysiert werden die Lehrmeinungen und die Reaktionen der Rechtsprechung auf das vom Verfassungsgericht eingeführte neue Kriterium sowie der Inhalt der neuen Vorschrift und die kritische Beurteilung ihrer Auswirkungen.

This article addresses the new regulation of art. 58.1 of the Criminal Code, effectuated through Organic Law 5/2010, of the 22nd of June, the origin of which lies in the novel interpretation of the Constitutional Court in April 2008 regarding the calculation of the terms of imprisonment in cases in which the prisoner meets the condition of both convict and person in pre-trial custody at the same time. The opinions regarding doctrine and the caselaw responses to the new criteria introduced by the Constitutional Court are analysed, as are the contents of the new principle, together with a critical evaluation of its consequences.

Titel: Die neue Abfassung des Artikels 58.1 des spanischen Strafgesetzbuches: Analyse einer angekündigten Reform.

Title: The new drafting of art. 58.1, Criminal Code: analysis of a foretold reform.

Palabras clave: penado mixto, prisión provisional, cómputo de la privación de libertad.

Stichwörter: Überhaft, Untersuchungshaft, Berechnung der Freiheitsstrafe.

Keywords: mixed convict, pre-trial custody, calculation of terms of imprisonment.

* El presente trabajo se enmarca en el contexto de los Proyectos de Investigación DER2010-16558, subvencionado por el MCEI y LE066A11-1, subvencionado por la Junta de Castilla y León, dirigidos ambos por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo y del Proyecto de Investigación "Problemas que plantea la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Propuestas de solución. Especial referencia a la situación de la Comunidad foral de Navarra", dirigido por la Prof. Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales, de cuyos equipos investigadores formo parte.

Sumario

1. Introducción
2. La cuantificación del abono de la prisión provisional según lo dispuesto en el art. 58 CP, redactado según la LO 15/2003, de 25 de noviembre
3. La STC 57/2008, de 28 de abril como punto de inflexión en el sistema del cómputo de la privación de libertad en el penado mixto
 - 3.1. Fundamento jurisprudencial
 - 3.2. Críticas doctrinales
4. Respuesta jurisprudencial al criterio introducido por la STC 58/2007, de 28 de abril
5. El nuevo art. 58.1 CP
 - 5.1. Contenido
 - 5.2 Valoración crítica
6. Tabla de sentencias
7. Bibliografía

1. Introducción

La reforma penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha puesto punto final a la catarsis jurídica que supuso la novedosa interpretación del art. 58 CP que formuló el TC en la STC 57/2008, de 28 de abril¹. En dicho pronunciamiento se estableció un nuevo criterio a la hora de computar el tiempo de privación de libertad en aquellos supuestos en los que el recluso simultaneaba la condición de penado y de preso preventivo, es decir, en lo que comúnmente se conoce como situación de penado mixto². El enorme revuelo que suscitó

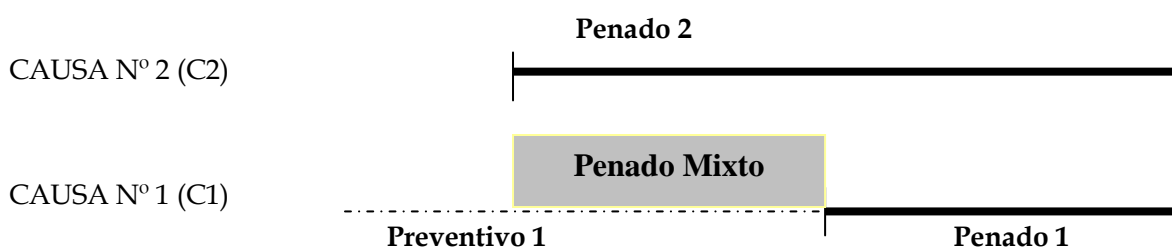
¹ STC 2ª, 28.4.2008 (RTC 2008\57 MP: Vicente Conde Martín de Hijas). Por lo que respecta a esta cuestión, v. BACH FABREGÓ/ GIMENO CUBERO, "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103 y 116 CP)", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal. Análisis y comentarios*, 2010, p. 87 y ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, "Abono de la prisión preventiva: art. 58.1 CP, en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 121; GÓMEZ MARTÍN, *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General 8ª edición*, 2010, p. 27; JERICÓ OJER, "El cómputo de la privación de libertad en los supuestos de coincidencia entre pena de prisión y prisión preventiva (art. 58 CP)", en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 685 y ss.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, "Algunos apuntes sobre la reforma de la parte general del Código penal", *RAD*, 2010, p. 9 y s. (<http://www.westlaw.es>); CARDENAL MONTRAVETA, "Artículo 58", en CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, 2011, p. 182 y s.; MONTERO HERNANZ, "El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma legal", *LL*, 2011, pp 10 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, "Reflexiones sobre el caso Troitiño, la doctrina Parot y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo", *LL*, 7654, pp 1 y ss.

² MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad*, 2002, p. 125; MONTERO HERNANZ, Tomás, "La evolución en los criterios de individualización de la pena: la sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional", *AJA*, 2008, p. 4; NISTAL BURÓN, Javier, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas: consecuencias y efectos. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) 57/2008 de 28 de abril", *LL*, 2008, p. 1605. Resulta difícil la cuantificación de sujetos que se hallan en esta situación. Atendiendo a las cifras aportadas por Instituciones Penitenciarias, a finales de 2010 se contabilizaban en nuestro país 14.018 presos preventivos, lo que supone el 18.98% de la población reclusa. Así, v. <http://www.institucionpenitenciaria.es>. Atendiendo a los datos recogidos por MONTERO HERNANZ, *AJA*, 2008, p. 5, a 31 de marzo de 2008 se contabilizaban 58.397 internos, de los cuales 42.828 cumplían penas de prisión y, de éstos, 695 (1,62 %) tenían al mismo tiempo alguna causa en situación de prisión provisional.

esta interpretación ha sido finalmente mitigado con la nueva redacción del art. 58.1 CP, que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010 y que establece lo siguiente:

Art. 58.1 CP: “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, *salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*”³.

Como se analizará a lo largo de la exposición, toda la problemática en relación con este precepto y que culmina con su nueva redacción aparece vinculada desde su inicio con la figura del penado mixto. Se califica de penado mixto a aquel sujeto ingresado en un centro penitenciario en calidad de preso preventivo (c1) y sobre el que recae condena firme por la comisión de otro delito realizado con anterioridad a los hechos que motivaron el acuerdo de la medida cautelar, iniciándose en ese momento el cumplimiento de la pena de prisión impuesta por esta causa (c2)⁴. Tal y como se detalla gráficamente, desde el momento en que comienza a ejecutarse esta pena coincide en el reo la situación de preso preventivo (por una causa, c1) y la de penado (por otra causa diferente, c2).



Resulta sumamente relevante destacar que la situación procesal de penado mixto no se encuentra recogida en la LOGP, siendo el art. 104 RPenit⁵ quien marginalmente alude de forma indirecta a la categoría de los privados de libertad y a quienes se les asigna, desde el

³ En cursiva aparece lo añadido por la reforma.

⁴ En este sentido, cabe recordar que la prisión provisional, igualmente denominada preventiva, es una medida cautelar de carácter personal que, adoptada durante el transcurso de un proceso penal, supone la privación de libertad del imputado y que tiene como finalidad el asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte. Tal y como aparece reflejado en los arts. 503.1 y 503.2 LECr, dicha medida podrá ser acordada cuando conste en la causa la existencia de hechos que lleven aparejada una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión⁴, cuya comisión pueda atribuirse provisionalmente a una persona determinada y siempre que se persigan alguno de los fines siguientes: Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga, evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, impedir que el imputado pueda actuar contra bienes de la víctima o, finalmente, evitar el riesgo de comisión de otros hechos delictivos, por lo que se atenderá a las circunstancias del hecho y a la gravedad de los delitos que pudiera cometer (arts. 503.1 y 503.2 LECr).

⁵ Art. 104 RPenit: “1. Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal. 2. Si un penado estuviera ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al centro directivo”.

punto de vista de la clasificación, el mismo tratamiento que a los presos preventivos. Con esta previsión, se opta por dar preferencia a la situación de preventivo frente a la de penado, puesto que se suprimen posibles excarcelaciones mientras el sujeto se encuentre en esta situación, ya que en ningún caso el recluso puede abandonar el centro penitenciario mientras se halle sometido a una medida de naturaleza cautelar⁶. No puede desconocerse que resulta sumamente difícil compaginar estas dos situaciones procesales⁷, principalmente atendiendo a las diferentes finalidades que se atribuyen tanto a la pena como a las medidas de naturaleza cautelar, siendo especialmente preocupante la problemática en relación con la concesión de permisos penitenciarios (art. 47 LOGP)⁸, puesto que, en caso de que estos sean ordinarios, si bien aunque legalmente pueden ser concedidos también a presos preventivos⁹, parece que su concesión resulta incompatible con la finalidad y requisitos de la medida cautelar¹⁰. Por ello, la situación real de los presos preventivos es muchísimo peor que la de los condenados, puesto que al no haber sido sentenciados no pueden ser clasificados ni tratados, de manera que se le imposibilita el disfrutar de algunos beneficios que la legislación penitenciaria vincula a la evolución del tratamiento¹¹.

Retomando el punto central objeto de estudio, esto es, el modo en que se computa el día de privación de libertad al penado mixto y antes de analizar brevemente el *iter* trazado que se inicia con la STC anteriormente mencionada y que culmina con la redacción del nuevo art. 58.1 CP, cabe señalar que toda esta problemática se encuentra estrechamente relacionada

⁶ MONTERO HERNANZ, AJA, 2008, p. 4; ROCA POVEDA, Manuel, "Pena de prisión y prisión provisional. Concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva (en torno a las STC 57/2008, de 28 de abril)", *LLPen*, 2009, p. 84.

⁷ BUENO CASTELLOTE, *La liquidación de condenas y otras instituciones del Derecho penitenciario práctico*, 1999, p. 78; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad*, 2002, p. 121; MONTERO HERNANZ, AJA, 2008, p. 4; NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607; ROCA POVEDA, *LLPen*, 2009, p. 84.

⁸ Art. 47 LOGP: "1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales. /2. Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta." El desarrollo reglamentario aparece regulado en los arts. 154 a 162 RPenit.

⁹ Art. 48 LOGP: "Los permisos a los que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente". Art. 159 RPenit: "Permisos de salida de preventivos. Los permisos de salida regulados en este Capítulo podrán ser concedidos a internos preventivos, previa aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente."

¹⁰ BUENO CASTELLOTE, *La liquidación de condenas y otras instituciones del Derecho penitenciario práctico*, 1999, p. 78; CASTRO ANTONIO, "Comentarios a los artículos 47 y 48", en BUENO ARÚS (coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias, Doctrina*, 1ª ed., 2005, p. 450; TÉLLEZ AGUILERA, *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura desde la experiencia española)*, 2006, p. 172; NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607. La propia naturaleza de la prisión preventiva va a dificultar su efectiva concesión, además de que resulta necesario que el recluso se halle clasificado en segundo o tercer grado, clasificación que solo se aplica a los penados pero no a los preventivos. Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad*, 2002, p. 121, p. 123.

¹¹ TAMARIT SUMALLA, en TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., 2005, p. 52; RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 5ª ed., 2009, p. 528. Sin embargo, en opinión de NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607, el hecho de que al penado mixto se le aplique un trato de preso preventivo no implica que la libertad del interno se vea afectada realmente, sino que es una consecuencia de la medida cautelar de la prisión preventiva, que se vería frustrada si el recluso pudiera hacer uso de los beneficios penitenciarios.

con la denominada liquidación de condena. La liquidación de condena consiste en la realización de los cálculos necesarios para hallar la fecha en que se extinguen las penas por su cumplimiento, operación que debe ser efectuada una vez declarada la firmeza de la sentencia condenatoria (art. 988 LECr)¹². En aquellos supuestos en los que al condenado se le impone una pena privativa de libertad, tal y como establece el art. 58 CP, en la liquidación de condena se tiene que proceder al abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente, que consiste en computar el tiempo que el recluso ha estado privado de libertad de forma preventiva¹³, contabilizándose el mismo a efectos de cumplimiento de condena.

Por lo que respecta al abono del tiempo en el que el sujeto ha estado privado de libertad provisionalmente, es posible distinguir entre el abono propio o estricto y el abono impropio o amplio¹⁴. El primero de ellos, previsto en el art. 58.1 CP, tiene lugar cuando la prisión provisional se aplica como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta, es decir, se autoriza el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena impuesta en la causa que dicha privación fue acordada¹⁵. El abono impropio, regulado en los arts. 58.2 y 58.3 CP, se produce cuando el tiempo cumplido en prisión provisional se computa en otra causa distinta a la que se acordó esta medida cautelar. Ello tendrá lugar cuando, habiendo el sujeto permanecido en prisión provisional, el procedimiento ha sido sobreseído y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al período de tiempo pasado en prisión provisional¹⁶. Sin embargo, tal

¹² Art. 988 LECr: "Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado. Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente (...).

¹³ La opinión generalizada considera que la alusión al "tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente" no hace referencia exclusiva a la prisión provisional, sino que debe ampliarse a otras instituciones de naturaleza cautelar, incluyendo en el abono el tiempo en el que se sujeto ha permanecido bajo detención provisional (art. 504.5 LECr). Así, VALLDECABRES ORTIZ, "Comentario al artículo 58", en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, 1996, p. 357; MOLINA BLÁZQUEZ, "Comentario al art. 58", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, 2000, p. 720; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, 2004, p. 266, p. 285, p. 287 y s.; Circular FGE 2/2004, de 22 de diciembre; GARCÍA ALBERO, "Comentarios al artículo 58", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 5ª ed., 2008, p. 524; GONZÁLEZ PASTOR, Carmen-Paloma, "Acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa", *LL*, 2009, p. 1540; CARDENAL MONTRAVETA, en CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, 2011, p. 182; relación con lo dispuesto en el CP 1944/1973, en el mismo sentido, v. GONZÁLEZ CANO, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, 1994, p. 148.

¹⁴ NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1606.

¹⁵ El fundamento de esta previsión debe situarse en razones de justicia material ya que lo contrario supondría desconocer que el autor del delito ya ha extinguido parte de su culpabilidad con la privación de libertad que debe ser compensada con la pena impuesta. Así, VALLDECABRES ORTIZ, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, 1996, p. 356; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, 2004, p. 285; GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1540.

¹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 2ª ed., 2006, p. 323 y s.; NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1606. De este modo, lo que se pretende es reducir en la medida de lo posible el perjuicio causado al sujeto al haber estado sometido a una medida cautelar seguida de sentencia absolutoria o si bien resulta condenatoria, cuando el *quantum* de la pena aplicable es inferior al tiempo cumplido preventivamente, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, 2004, p. 289; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 5ª ed., 2008, p. 522.

y como establece el art. 58.3 CP, la aplicación del tiempo que el sujeto ha estado privado de libertad a otra causa tiene un límite, pues este abono sólo se permite en aquellos casos en los que la medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar¹⁷. El fundamento político criminal de este límite debe situarse, por lo tanto, en razones de prevención general, pues de lo que se trata es de eliminar cualquier rédito o “cheque en blanco”, en definitiva, de evitar que la persona en el momento de cometer el delito conozca que dispone de un tiempo cumplido en prisión provisional susceptible de ser abonado en otra causa¹⁸.

La realización de ambas operaciones, esto es, la liquidación de condena contabilizando el abono preventivo correspondiente no presenta mayor complejidad en aquellos casos, por otra parte los más habituales, en los que la situación de preventivo y penado se sucede cronológicamente en el tiempo. Sin embargo, como se analizará a continuación, lo que sí ha planteado mayores problemas es la delimitación del abono cuando la situación procesal de prisión provisional por una causa coincide en el mismo recluso, de forma simultánea, con la situación de penado por otra causa, es decir, cuando nos encontramos ante un penado mixto¹⁹.

Como ya he planteado anteriormente²⁰, el dilema que se presenta resulta evidente: ¿el tiempo que el sujeto simultanea la medida cautelar y el cumplimiento de la pena se debe computar sólo a efectos de cumplimiento de la pena? o por el contrario, ¿ese día de privación de libertad nos sirve, por un lado, para computarlo como cumplimiento de pena y al mismo tiempo como prisión provisional y abonarlo posteriormente cuando recaiga condena por estos hechos?

La respuesta a esta disyuntiva tiene relevancia en relación no sólo con la delimitación de la duración máxima de la prisión provisional²¹, sino, por lo que aquí interesa, respecto a su

¹⁷ Téngase en cuenta que el abono impropio no aparecía regulado expresamente en el CP 1944/1973, aunque la práctica jurisprudencial así lo admitía. En este sentido, v. STS, 2ª, 13.3.1993 (RJ 1993\2384 MP: Gregorio García Ancos); STS, 2ª, 2.7.1993 (RJ 1993\5701 MP: Joaquín Delgado García).

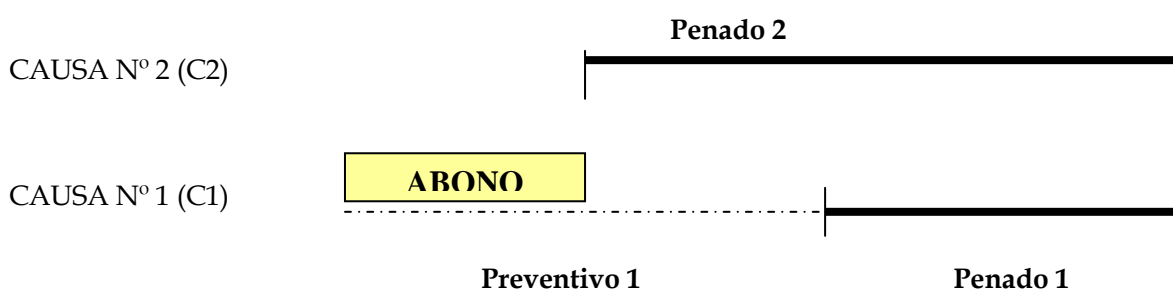
¹⁸ GONZÁLEZ CANO, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, 1994, p. 151; VALLDECABRES ORTIZ, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, 1996, p. 356 y s.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, 2004, p. 290; Circular FGE 2/2004, de 22 de diciembre; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 2ª ed., 2006, p. 324; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 5ª ed., 2008, p. 522; NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1606; GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1540; RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 5ª ed., 2009, p. 494.; CARDENAL MONTRAVETA, en CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, 2011, p. 182. STS, 2ª, 15.1.1991 (RJ 1991\88 MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez); STS, 2ª, 6.3.1991 (RJ 1991\1916 MP: Luis Román Puerta Luis); STS, 2ª, 21.6.1991 (RJ 1991\5029 MP: Gregorio García Ancos); STS, 2ª, 12.9.1991 (RJ 1991\6137 MP: Luis Román Puerta Luis); STS, 2ª, 30.10.1992 (RJ 1992\8562 MP: Roberto Hernández Hernández); STS, 2ª, 24.11.1992 (RJ 1992\9505 MP: Joaquín Delgado García); STS, 2ª, 13.3.1993 (RJ 1993\2384 MP: Gregorio García Ancos); STS, 2ª, 2.7.1993 (RJ 1993\5701 MP: Joaquín Delgado García); STS, 2ª, 26.4.1994 (RJ 1994\3440 MP: Luis Román Puerta Luis).

¹⁹ NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1605.

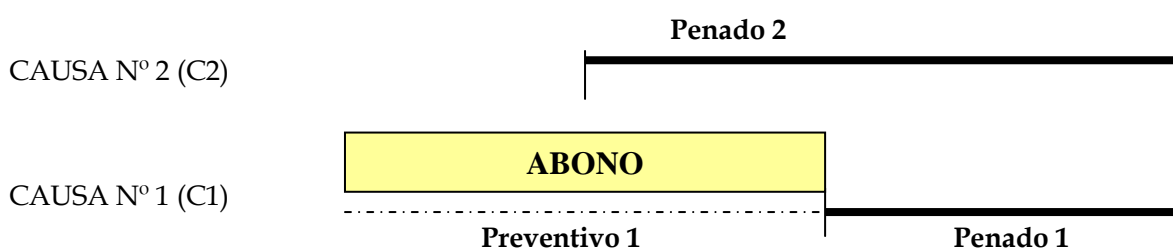
²⁰ JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 691 y ss.

²¹ NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1606; JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 691 y s. Si se sostiene que en los supuestos de simultaneidad, el día de privación de libertad sólo se tiene en cuenta a efectos de cumplimiento de condena y no de cómputo para la prisión preventiva, esto implicará que exista una especie de “suspensio” de la medida cautelar, quedando durante este tiempo sin efecto, reanudándose el cómputo como tal cuando el sujeto haya extinguido la pena inicialmente

abono. Así, si se sostiene que en los supuestos de simultaneidad, el día de privación de libertad sólo se tiene en cuenta a efectos de cumplimiento de condena y no de cómputo para la prisión provisional, el abono sólo se realizará por el tiempo transcurrido entre el ingreso en el centro penitenciario como preventivo hasta el momento en que se inicie el cumplimiento de la condena como penado por el segundo delito. Dicho de otro modo, si el día de privación de libertad se computa sólo para el cumplimiento de la pena, ello implicará gráficamente que el abono de la prisión provisional se limite a lo siguiente:



Por el contrario, si se considera que el día de privación de libertad sirve tanto para el cómputo de la pena como para el de prisión provisional, el límite máximo de prisión provisional se delimitará partiendo del día en el que al sujeto se le impuso la medida cautelar, contabilizando todos los días de privación de libertad, computando también a efectos de límites el tiempo en el que el sujeto inicia el cumplimiento de la condena por otro delito. Esto tendrá como consecuencia que el abono de la prisión provisional se extenderá desde el día en que se inició como preventivo hasta el momento en que se acordó el levantamiento de dicha medida, pudiendo coincidir parte de esta situación con el cumplimiento de otra condena, lo que implicará que el abono de la prisión provisional sea mucho más amplio, tal y como se observa a continuación:



La respuesta a esta disyuntiva aparece condicionada cronológicamente por tres puntos de referencia fundamentales: 1º) la redacción del art. 58 CP, según la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor hasta el 22 de diciembre de 2010; 2º) la STC 57/2008, de 28 de abril, que supuso un auténtico giro en la interpretación del cómputo y 3º) la redacción del nuevo art. 58 CP, conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio, que surge como respuesta a las críticas

impuesta. Si por el contrario se sostiene en los supuestos de simultaneidad el día de privación de libertad sirve tanto para el cómputo de la pena como para el de prisión provisional, el límite máximo de prisión provisional se delimitará partiendo del día en el que al sujeto se le impuso la medida cautelar, contabilizando todos los días de privación de libertad, computando también a efectos de límites el tiempo en el que el sujeto inicia el cumplimiento de la condena por otro delito.

suscitadas frente a la interpretación constitucional. Veamos a continuación cómo se ha ido fraguando este cambio que culmina con la nueva previsión recogida en el art. 58.1 CP.

2. La cuantificación del abono de la prisión provisional según lo dispuesto en el art. 58 CP, redactado según la LO 15/2003, de 25 de noviembre

Como se ha señalado con anterioridad, a través del abono se contabiliza el tiempo en el que el recluso fue privado de libertad provisionalmente, considerando que dicho período se computa como tiempo cumplido de condena²². Esta posibilidad ya se contemplaba en el CP 1944/1973²³ y se mantuvo igualmente a partir del CP de 1995 en la redacción original del art. 58²⁴. Sin embargo, este precepto fue objeto de reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre y que, estando vigente hasta el 22 de diciembre de 2010²⁵, establecía lo siguiente:

- “1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.
2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.
3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.
4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.”

Hasta la novedosa interpretación de este precepto que llevó a cabo el TC en la STC 57/2008, de 28 abril, el sistema del cómputo del día de privación de libertad para el penado

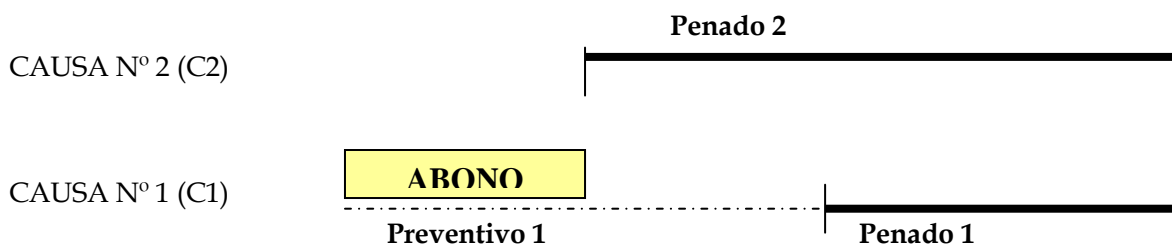
²² Con la entrada en vigor del CP de 1995 la posibilidad de abono se reduce a la cuantificación del tiempo que el sujeto ha estado privado de libertad con carácter provisional, al desaparecer en el CP actual la redención de penas por trabajo

²³ Art. 33 CP 1944/1973: “El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquier que sea la clase de la pena impuesta. Igualmente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena todo el tiempo de privación del permiso para conducir vehículos a motor o de la licencia para conducir ciclomotores sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa.” Por lo que respecta a la evolución histórica de esta previsión, v. GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 5ª ed., 2008, p. 521 y s.

²⁴ Art. 58 CP: “1. El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión./ 2. Igualmente, se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.”

²⁵ Por lo que respecta al alcance de la irretroactividad, v. RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *RAD*, 2010, p. 10, entendiendo que sería de aplicación en el anterior art. 58 CP, conforme a la interpretación del TC, a la totalidad de los hechos sucedidos con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto. Así considera razonablemente que si en un recluso cumple condena y a la vez, prisión preventiva por hechos cometidos con anterioridad al 23 de diciembre, a partir de esta fecha se continuará aplicando la doctrina establecida por el TC. Igualmente, STS, 2ª, 20.10.2010 (JUR 2010\390556 MP: Joaquín Jiménez García).

mixto se llevaba a cabo de la siguiente manera: para efectuar el abono se partía del hecho de que el acusado que simultaneaba la condición de penado y preso preventivo no se encontraba “materialmente” en situación de preso preventivo, puesto que el tiempo privado de libertad sólo se computaba a efectos de cumplimiento de condena. Es decir, sólo computaba como penado, de modo que este tiempo concurrente extinguía como penado y no era relevante a efectos de cómputo como preso preventivo. Se cumplía primero la condena y después se procedía al cómputo de la prisión provisional, entendiendo que en todo caso la privación de libertad era única, esto es, como penado.



Esta sistemática se verá completamente modificada con la STC 57/2008, de 28 de abril, al introducir un nuevo modelo de cómputo del día de privación de libertad en los casos en los que el recluso coincide la situación de penado y de preso preventivo. Veamos a continuación los puntos fundamentales de dicha resolución.

3. La STC 57/2008, de 28 de abril como punto de inflexión en el sistema del cómputo de la privación de libertad en el penado mixto

3.1 Fundamento jurisprudencial

La génesis del nuevo modelo de cómputo se sitúa, como he señalado anteriormente, en la STC 57/2008, de 28 de abril al admitir un recurso de amparo interpuesto por un penado, condenado por la AP de las Palmas de Gran Canaria²⁶, por vulneración del derecho a la libertad. (art. 17.1 CE)²⁷, solicitando como abono el tiempo que el sujeto había permanecido en prisión provisional por esa causa y que era parcialmente coincidente en el tiempo con el cumplimiento como penado por otra causa. Tomando como fundamento la doctrina establecida en las SSTC 19/1999, de 22 de febrero y 71/2000, de 31 de mayo²⁸, el recurrente alegó en primer lugar, la existencia de una situación material de prisión preventiva en el sujeto que simultanea la prisión provisional y el cumplimiento de una pena de prisión y, en segundo lugar, la imposibilidad de disfrutar de los beneficios penitenciarios que la ley concede a todos los penados, a pesar de concurrir en él también la

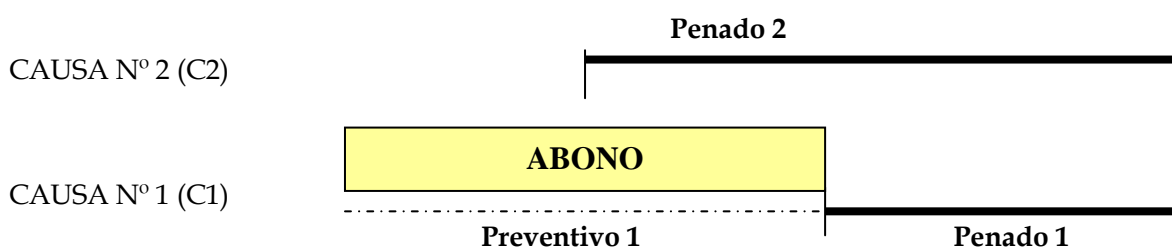
²⁶ V. extensamente, JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 693 y ss.

²⁷ Art. 17.1 CE: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

²⁸ STC 22.2.1999 (RTC 1999\19 MP: Vicente Conde Martín de Hijas); STC 31.5.2000 (RTC 2000\71 MP: Guillermo Jiménez Sánchez).

situación procesal de penado. Resumidamente, los fundamentos del TC en su sentencia fueron los siguientes²⁹:

1º) Que para la resolución del conflicto resultaba aplicable la doctrina constitucional recogida en las SSTC 19/1999, de 22 de febrero y 71/2000, de 31 de mayo³⁰. Así, se consideró que la pena de prisión y la prisión provisional son instituciones jurídicas de diferente naturaleza, por lo que teniendo en cuenta la distinta funcionalidad de ambas se permite que un mismo hecho, como es la privación de libertad, cumpla materialmente una doble función. Además, admitiendo que la situación de penado mixto era una realidad procesal muy frecuente, el TC señaló que si el legislador no incluyó ninguna previsión de esta situación en la LECr fue porque no quiso hacerlo. De este modo, desde una interpretación restrictiva, el TC consideró que no resultaba constitucional una exégesis sobre el abono de la prisión provisional basada en un dato ausente en el art. 58.1 CP; 2º) Que el precepto a tener en cuenta para resolver la controversia no era, como sostenía el Ministerio Fiscal, el art. 75 CP, que afecta al cumplimiento de las penas impuestas al condenado por infracciones que no pueden ser cumplidas simultáneamente, sino el art. 58.1 CP, que establecía el modo de computar el tiempo transcurrido en prisión provisional y, 3º) que el preso preventivo que cumplía a la vez condena se encontraba materialmente en situación de prisión provisional puesto que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria³¹, el cumplimiento en calidad de penado se veía directamente afectado por el hecho de coincidir en una situación de prisión provisional decretada, ya que este penado no podía acceder a ningún régimen de semilibertad, obtener permisos ni tampoco la libertad condicional. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el TC concedió el amparo al recurrente, considerando que el no abonar la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente suponía un alargamiento ilegítimo de la situación de privación de libertad, lesivo del art. 17.1 CE. Es por ello que a partir de la STC 57/2008, de 28 de abril, el abono se computaría gráficamente de la siguiente manera:



3.2. Críticas doctrinales

²⁹ V. ampliamente, BACH FABREGÓ/ GIMENO CUBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal. Análisis y comentarios*, 2010, p. 87.

³⁰ Señalando, sin embargo, que los hechos que la motivaron no son idénticos a los que dieron lugar a la STC 2ª, 28.4.2008 (RTC 2008\57 MP: Vicente Conde Martín de Hijas), puesto que en aquellas resoluciones se trataba de determinar si vulneraba el derecho a la libertad el no computar, a los efectos de la duración máxima de la prisión provisional, el tiempo en el que, simultáneamente a la prisión preventiva, el sujeto estaba cumpliendo condena por otra causa.

³¹ Arts. 22.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 RPenit.

La reacción doctrinal frente al nuevo criterio de interpretación del cómputo de la privación de libertad en el penado mixto fue realmente crítica³², pudiéndose delimitar la misma en torno a cuatro objeciones claramente diferenciadas: a) la discusión acerca de la existencia o no de un precepto que regulaba expresamente esta problemática; b) la inexistencia de una afectación de la libertad en calidad de preso preventivo; c) la incorrección, por parte del TC, al utilizar argumentos jurisprudenciales anteriores y aplicarlos a hechos que no tenían conexión entre sí y, d) fundamentalmente la imposibilidad de que un día de privación de libertad se computara simultáneamente al cumplimiento de la pena y al abono de la prisión provisional.

Por lo que respecta a la primera de las objeciones, esto es, la afirmación por parte del TC de la inexistencia de regulación jurídica que solvente la problemática, algunas opiniones señalaron que dicha ausencia obedecía, más que a la voluntad del legislador, al convencimiento de que no existía realmente ningún problema³³. Frente a esta consideración, existió alguna opinión aislada que insistió en el hecho de que el legislador penal sí se pronunció normativamente en relación a esta problemática, desatendiendo el TC en su novedosa interpretación estos preceptos³⁴.

Como segundo punto de crítica, se ha estimó que la limitación de derechos como preso preventivo no suponía de ninguna manera una afectación de la libertad, sino que esta limitación era una consecuencia inherente a la prisión provisional que se vería frustrada si se concediesen beneficios penitenciarios³⁵.

Igualmente se ha reprochó la utilización, por parte del TC, de idénticos criterios para fundamentar el plazo de duración máximo de la prisión provisional y el procedimiento de liquidación de condena, lo que resultaba equivocado al tratarse de dos instituciones distintas³⁶.

Por último, y siendo ésta la crítica de mayor peso, se objetó que el tiempo de privación de libertad no se puede computar simultáneamente al cumplimiento de la pena y al abono de la prisión provisional, puesto que ello implicaba que un mismo día sirviera materialmente para extinguir dos causas diferentes³⁷. En este sentido se ha argumentado que la

³² MONTERO HERNANZ, *AJA*, 2008, p. 1 y ss.; EL MISMO, *LL*, 2011, 10; NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607; GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1541; ROCA POVEDA, *LLPen*, 2009, p. 81 y ss.; ORTIZ ÚRCULO, "Eventualidad del abono del tiempo de prisión provisional en una liquidación de condena, aun cuando aquel período fuera coetáneo del cumplimiento de una pena impuesta en otra causa", *LL*, 2011, 2.

³³ MONTERO HERNANZ, *AJA*, 2008, p. 7; ROCA POVEDA, *LLPen*, 2009, p. 83.

³⁴ GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1539 y s., siendo de aplicación directa lo dispuesto en el art. 58 CP, arts. 503 y siguientes LECr, arts. 18.1 párrafo 2º de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, art. 20.5 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, indirectamente, el art. 75 CP y arts. 990 y ss. LECr.

³⁵ NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607.

³⁶ Si son dos instituciones jurídicas diferentes, puesto que la prisión provisional está fundamentada en indicios de culpabilidad y la pena hacia la idea de castigo y de resocialización, carece de sentido que se puedan identificar y computar simultáneamente para el abono de la prisión provisional y para el cumplimiento de la pena. NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607; GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1541.

³⁷ MONTERO HERNANZ, *AJA*, 2008, p. 7; NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1607; GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1541; ROCA POVEDA, *LLPen*, 2009, p. 85.

interpretación que ofrece el TC colisionaría frontalmente con lo dispuesto en el art. 75 CP³⁸, precepto previsto para regular el cumplimiento de las penas en los supuestos de concurso real de delitos, concretamente en referencia a la acumulación sucesiva de las penas en los supuestos en las que no se pueden cumplir simultáneamente³⁹. Críticamente, ROCA POVEDA sostuvo que si bien no se trataba de una cuestión de cumplimiento de las penas, coincidiendo de este modo con el TC, sí que nos encontrábamos ante un supuesto de pluralidad de delitos. Y atendiendo a una interpretación integradora, se debía tener en cuenta que el legislador sí ha tenía la intención de evitar cumplimientos simultáneos imposibles por la naturaleza y efectos de la condena, redactando de este modo los arts. 73 y siguientes del CP. Con la nueva doctrina del TC, prosiguía este autor, se llegaba a la simultaneidad en el cumplimiento, ya que la pena privativa de libertad es una de las consecuencias jurídica del delito y la prisión provisional sirve como medida cautelar e instrumental a los fines del proceso para garantizar la efectividad del mismo y la ejecución de la sentencia⁴⁰. En definitiva, lo que estaba provocando el TC con esta interpretación era propiciar que, en la liquidación de condena, un día de cumplimiento fuera abonado a dos responsabilidades distintas.

Inmediatamente se advirtieron las consecuencias que entrañaba la aplicación práctica de este nuevo criterio. Se sostuvo, en primer lugar, que con esta interpretación se producía un quebranto de la línea impuesta desde hace unos años por el legislador, caracterizada por la tolerancia cero hacia el delito y del cumplimiento íntegro de las condenas, favoreciendo además a los sujetos multirreincidentes, puesto que podían ver en esta novedosa situación una grieta para escapar del rigor de la ley⁴¹. Además, implicaba que el delincuente rentabilizara al máximo su estancia en prisión, puesto que al ser abonado a dos causas diferentes obtenía evidentes ventajas respecto del cumplimiento de la condena por la que estuvo en prisión provisional, ya que en definitiva se reducía el tiempo de cumplimiento⁴². Esta previsión suponía la creación de un agravio comparativo frente a reclusos que no simultaneaban, puesto que los penados mixtos tendrían reducciones de sus condenas en períodos muy superiores a aquéllos⁴³. Igualmente, se objetó que esta interpretación del TC suponía un aumento de la desprotección de la sociedad, en especial de los perjudicados y familiares de las víctimas por incumplimiento de los arts. 503 y 504 LECr⁴⁴. Incluso se planteó la delimitación del órgano al que se le debía exigir responsabilidad (Juez Instructor, Juez de Vigilancia Penitenciaria) cuando, para evitar los beneficios que se derivaban de esta nueva interpretación del TC, no se acordaba una prisión provisional y el

³⁸ MONTERO HERNANZ, *AJA*, 2008, p. 7; ROCA POVEDA, *LLPen*, 2009, p. 83 y s.

³⁹ Art. 75 CP: "Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible".

⁴⁰ ROCA POVEDA, *LLPen*, 2009, p. 83 y s., aludiendo a la línea de interpretación sostenida por el TS en materia de acumulación con la finalidad de evitar la impunidad. En este sentido v. STS, 2ª, 25.5.1998 (RJ 1998\4992 MP: Roberto García-Calvo y Montiel); STS, 2ª, 9.1.1998 (RJ 1998\8580 MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

⁴¹ MONTERO HERNANZ, *AJA*, 2008, p. 7; GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1541.

⁴² NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1608.

⁴³ NISTAL BURÓN, *LL*, 2008, p. 1608.

⁴⁴ GONZÁLEZ PASTOR, *LL*, 2009, p. 1541.

penado se evadía en un permiso penitenciario⁴⁵. Finalmente, en aplicación del principio de retroactividad más favorable, se consideró que la aplicación del nuevo criterio provocaría la revisión de muchísimas condenas en las que había concurrido en el recluso la condición de penado mixto⁴⁶.

4. Respuesta jurisprudencial al criterio introducido por la STC 58/2007, de 28 de abril

Como se ha analizado, la introducción del nuevo criterio de cómputo de la privación de libertad en el penado mixto suponía la materialización de una serie de consecuencias prácticas que, en cierta medida, quisieron ser atenuadas a través de diversas respuestas judiciales provenientes principalmente de la AN y del TS. A propósito del “caso Oubiña”, en junio de 2009 el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en reunión no jurisdiccional⁴⁷, rechazó por unanimidad aplicar el nuevo criterio introducido por el TC, denegando el abono de determinados períodos en todas las causas en las que el recluso ostentaba la doble condición de penado y preventivo. Dicha resolución sería posteriormente anulada por el TS⁴⁸, aplicando la doctrina recogida en la STC 57/2008, de 28 de abril. Sin embargo, salvo un voto particular⁴⁹, el Pleno del TS admitió la posibilidad de computar la prisión provisional en dos causas distintas, siempre y cuando hubiera habido afectación a la libertad de los derechos del condenado⁵⁰. Efectivamente, el TS rechaza la interpretación sostenida por la AN y aplica el criterio del cómputo establecido por la STC 57/2008⁵¹. En este pronunciamiento el TS lleva a cabo dos puntualizaciones: la primera de ellas es la relativa a la no exigencia de justificación de la afectación material del derecho a la libertad del sujeto, tal y como sostiene la AN, pues ello supondría trasladar la carga de la prueba al condenado, además de la imposibilidad de prever anticipadamente la privación de libertad⁵². Como ya he defendido anteriormente⁵³, si bien es cierto que esta propuesta tiene

⁴⁵ GONZÁLEZ PASTOR, LL, 2009, p. 1541.

⁴⁶ NISTAL BURÓN, LL, 2008, p. 1608.

⁴⁷ AAN, 5.6.2009 (JUR\2009\420596 MP: Guillermo Ruiz Polanco).

⁴⁸ STS, 2ª, 7.5.2010 (RJ 2010\2681 MP: Perfecto Andrés Ibáñez).

⁴⁹ Voto particular del magistrado Martínez Lázaro quien, mostrando su disconformidad con el procedimiento de abono establecido por el TC, además muestra su oposición con lo recogido en el auto, al excluir la posibilidad de doble cómputo de la duración de privación de libertad y su abono a dos penas distintas, ya que debe hacerse exclusivamente en la misma causa en la que se decretó la prisión preventiva.

⁵⁰ Solo en aquellos casos en que se de “una efectiva y real afectación de la situación del penado por la coincidencia de preso preventivo, perjuicio y no simple alegación de pérdida de expectativas de derecho a beneficios o recompensas penitenciarias que debe concretarse por la parte o quedar evidenciada en la ejecutoria para que se llegue al doble cómputo que en su fundamento 6 aquella sentencia entiende imponerse por una interpretación literal del artículo 58.1 (...), de forma que solo cuando se produzca el perjuicio por pérdida de beneficios o recompensas se dará el doble cómputo de cumplimiento en una causa y de prisión provisional abonable como cumplimiento en otra” (...), y como este no es el caso, sin que ni siquiera se alegue tal perjuicio, debe ser excluido del abono el lapso de tiempo en que coinciden la prisión provisional y el cumplimiento de la pena”.

⁵¹ STS, 2ª, 11.2.2010 (RJ 2010\558 MP: Enrique Bacigalupo Zapater); STS, 2ª, 17.3.2010 (JUR\2010\162575 MP: Juan Saavedra Ruiz); STS, 2ª, 7.5.2010 (RJ 2010\2681 MP: Perfecto Andrés Ibáñez); STS, 2ª, 20.5.2010 (JUR\2010\201897 MP: Francisco Monterde Ferrer); STS, 2ª, 28.5.2010 (JUR\2010\227643 MP: Joaquín Delgado García); STS, 2ª, 11.6.2010 (JUR\2010\264417 MP: Juan Saavedra Ruiz).

⁵² STS, 2ª, 24.3.2010 (JUR\2010\131582 MP: Juan Saavedra Ruiz); STS, 2ª, 11.6.2010 (JUR\2010\264417 MP: Juan Saavedra Ruiz).

⁵³ JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 709.

su reconocimiento al plantear, al menos indirectamente, que tanto la prisión provisional como la pena son instituciones de naturaleza jurídica diferente, lo cierto es que resulta difícil delimitar en qué supuestos concretos la prisión provisional supone una afectación de los derechos del condenado y, en caso de que así sea, si en todos ellos se lleva a cabo con la misma intensidad o, por el contrario, si dicha restricción depende de aspectos circunstanciales o coyunturales. En definitiva, y aun valorando la propuesta, considero que esta solución implica el mantenimiento de la situación de penado mixto y genera cierta inseguridad jurídica al no establecerse claramente los fundamentos para su aplicación práctica. En segundo lugar, el TS aclara que los criterios introducidos por la STC 57/2008, de 28 de abril, sirven única y exclusivamente para computar el día de privación de libertad en los supuestos en los que en el recluso coincidan simultáneamente la prisión provisional y el cumplimiento de la pena de prisión. Esta situación es diferente a la del recluso que simultanea, por causas diferentes, dos prisiones preventivas. En este sentido, el TS entiende que no le sería aplicable el sistema allí establecido, puesto que en la concurrencia de prisiones preventivas la privación de libertad es única, siendo el fundamento del acuerdo de las medidas cautelares en las dos causas el mismo, no procediendo por lo tanto a computar doblemente esa privación de libertad en ambas⁵⁴. Ello implica, a juicio del TS, que la aplicación de los criterios introducidos por la STC 57/2008, de 28 de abril, se restrinja exclusivamente a los supuestos de coincidencia entre prisión provisional y cumplimiento de pena.

Sin embargo, al margen de la aplicación del nuevo criterio establecido por el TC, el TS en varios pronunciamientos⁵⁵ advierte de las perniciosas consecuencias de su empleo, al considerar que puede afectar a los principios de seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad e incluso la buena fe procesal⁵⁶. Así, la seguridad jurídica podría verse perturbada al entender el TS que con el sistema de cómputo establecido por el TC no existiría certeza alguna a la hora de prever las consecuencias sancionadoras, originando en algunos casos impunidad en algún supuesto al darse la posibilidad de que no se cumpla pena alguna. Por lo que respecta a la vulneración del principio de igualdad, el TS sostiene que este sistema supone un favorecimiento de aquellos sujetos que han cometido más delitos y acumulan penas más largas y supondría una discriminación frente al plurirreincidente al computarse doblemente los períodos de prisión provisional, pero no los de cumplimiento efectivo de condena, lo que afectaría al principio de proporcionalidad. Igualmente este cómputo, según lo establecido en la sentencia, haría peligrar el principio de buena fe procesal, no sólo porque los Letrados de la Defensa solicitarían el desdoblamiento de las causas y la refundición de condenas, sino además porque el Ministerio Fiscal, para evitar privilegios, podría no solicitar la prisión provisional cuando

⁵⁴ STS, 2ª, 17.3.2010 (JUR\2010\162575 MP: Juan Saavedra Ruiz); STS, 2ª, 24.3.2010 (JUR\2010\131582 MP: Juan Saavedra Ruiz); STS, 2ª, 11.6.2010 (JUR\2010\264417 MP: Juan Saavedra Ruiz).

⁵⁵ STS, 2ª, 10.12.2009 (RJ 2010\2040 MP: Juan Saavedra Ruiz). Igualmente, STS, 2ª, 11.2.2010 (RJ 2010\558 MP: Enrique Bacigalupo Zapater); STS, 2ª, 20.5.2010 (JUR\2010\201897 MP: Francisco Monterde Ferrer).

⁵⁶ En este sentido, v. JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 704 y ss., en donde con anterioridad a la publicación de la STS mencionada realiza una valoración de las posibles consecuencias. A favor de lo establecido por el TS, v. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma pena de 2010I*, 2010, p. 122.

esta fuera necesaria⁵⁷. Finalmente, el TS considera que el criterio introducido por el TC afectaría al principio de legalidad, al convertirse el nuevo sistema de cómputo en un beneficio penitenciario no previsto por el legislador. Por último, cabe destacar en este pronunciamiento el TS introduce una propuesta de redacción del art. 58.1 CP⁵⁸, planteamiento que fielmente será acogido en el nuevo art. 58.1 CP redactado por LO 5/2010, de 22 de junio.

5. El nuevo art. 58.1 CP

5.1 Contenido

Atendiendo a las recomendaciones del TS, mediante LO 5/2010, de 22 de junio el legislador penal modifica el art. 58.1 CP, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, con la finalidad de solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional en los supuestos de penado mixto. De este modo, el precepto queda redactado como sigue:

“El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

La intención del legislador penal es clara: computar como abono de la prisión provisional el período de tiempo comprendido desde que el sujeto esté privado de libertad por una medida cautelar hasta el momento en que dicha situación sea coincidente con otra privación de libertad, concepto este último que debe ser interpretado en referencia al inicio del cumplimiento de una pena o de otra medida cautelar de la misma naturaleza⁵⁹. Algunas autores consideran que cuando se establece que “en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”, de esta previsión se deriva que, al prohibirlo expresamente, no es posible aplicar a más de una causa un período de privación de libertad con carácter provisional⁶⁰. Si esto es así, como parece derivarse del hecho que el abono va siempre referido al tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente, tienen razón aquellas voces que consideran que esta

⁵⁷ V. extensamente, MONTERO HERRANZ, LL, 2011, 11.

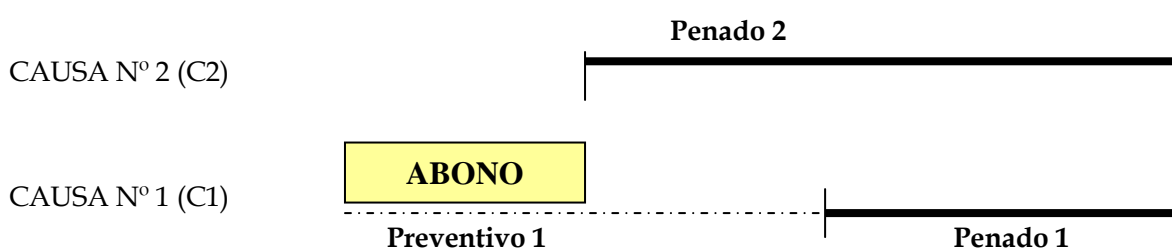
⁵⁸ STS 1391/2009, de 10 de diciembre, proponiendo la siguiente redacción: “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella”. Igualmente, STS, 2ª, 20.5.2010 (JUR\2010\201897 MP: Francisco Monterde Ferrer).

⁵⁹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 122; GÓMEZ MARTÍN, *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General 8ª edición*, 2010, p. 27.

⁶⁰ BACH FABREGÓ/ GIMENO CUBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal. Análisis y comentarios*, 2010, p. 89.

mención resulta superflua⁶¹. Quizás, atendiendo a la finalidad del precepto, lo que intente dejar constancia expresa el legislador es que en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser *computado* en más de una causa, zanjando definitivamente la polémica del abono en los casos de refundición de condenas (arts. 75 y ss. CP), especialmente en supuestos de narcotráfico y terrorismo⁶², evitando con ello que, a partir de la entrada en vigor del nuevo art. 58.1 CP, el tiempo de privación de libertad sea abonado a más de una causa. Efectivamente, no es lo mismo descontar el período de prisión preventiva al tiempo de cumplimiento efectivo de la pena refundida que hacerlo a cada una de las causas refundidas en las que el recluso hubiera sufrido simultaneado la condición de penado y preventivo, ya que en este último caso se multiplica el valor del tiempo privado preventivamente de libertad. Vistas así las cosas, el cumplimiento como preventivo sería abonado no sólo en la causa en la que se decretó la prisión provisional, sino igualmente en aquellas otras causas en la que coincida cumpliendo como penado, siendo en este caso el abono múltiple, puesto que un día de privación de libertad computaría en dos causas diferentes. Evidentemente la situación varía, como pretende el art. 58.1 CP, si una vez recaída condena en la causa por la que el sujeto estaba privado de libertad preventivamente se refunde esta condena con las anteriores y el abono se realiza sobre el total de la condena, ya que el día de privación preventiva de libertad se abonaría exclusivamente en una única causa refundida. Sin embargo, atendiendo al principio de irretroactividad de las leyes penales, no debe olvidarse que esta previsión introducida por el nuevo precepto no afecta a los supuestos de condenas múltiples impuestas con anterioridad a su entrada en vigor, pudiendo acogerse los condenados de este modo a la interpretación del cómputo ofrecida por el TC⁶³.

Atendiendo a la nueva regulación recogida en el art. 58.1 CP, el abono del tiempo privado de libertad preventivamente quedaría delimitado a lo siguiente:



⁶¹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 122.

⁶² A tenor del revuelo político y mediático ocasionado en estos últimos días con motivo de la excarcelación de varios sujetos condenados por delitos de terrorismo y narcotráfico, al haber aplicado la AN la interpretación del cómputo de la prisión provisional realizada por la STC 2ª, 28.4.2008 (RTC 2008\57 MP: Vicente Conde Martín de Hijas).

⁶³ Anticipando esta problemática, MONTERO HERRANZ, *La Ley*, 2011, 12, quien considera lógico aplicar lo previsto en la reforma a los casos producidos con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo precepto. Igualmente, MANZANARES SAMANIEGO, *LL*, 7654, 4, aunque manifiesta los lamentables efectos de la interpretación del TC en los supuestos de refundición de condenas.

Es por ello que con la nueva regulación se formaliza legalmente lo que había sido considerada como práctica judicial habitual con anterioridad a la STC 57/2008, de 28 de abril.

Resta, por último, analizar no sólo las luces y las sombras que traerá consigo esta reforma sino igualmente, valorar la necesidad de modificación del art. 58.1 CP o si, por el contrario, se podían haber arbitrado soluciones que evitando las disfunciones ocasionadas con la interpretación del TC podían igualmente haber clarificado la situación jurídica del penado mixto.

5.2 Valoración crítica

Antes de abordar la cuestión relativa a la necesidad o no de reforma del art. 58.1 CP valoraré tanto el contenido como las repercusiones prácticas que supuso la nueva interpretación surgida de la STC 57/2008, de 28 de abril⁶⁴.

El art. 58.1 CP, precepto vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, establecía que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente era abonado para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en la que dicha privación fue acordada. Lo que prohibía este precepto era que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente se abonara a dos causas distintas, o en otras palabras, que un día de privación de libertad preventiva se abonara a dos procedimientos diferentes. En mi opinión, el procedimiento para computar la prisión provisional establecido por el TC en su sentencia 57/2008, de 28 de abril no vulneraba el art. 58 CP. Lo que llevó a cabo el TC a través de su interpretación fue hacer realidad lo dispuesto en este precepto, procediendo a abonar la totalidad del tiempo que el sujeto había sufrido la privación de libertad de forma provisional. No implicaba el abono de un día de prisión provisional a dos causas diferentes, lo que estaría prohibido por el art. 58 CP, sino que el abono se realizaba exclusivamente en la causa sobre la que se acordó la medida cautelar. Cabe destacar que lo que ocurre en los supuestos de penado mixto es que el tiempo de privación de libertad con carácter preventivo coincide con el cumplimiento de una pena de prisión impuesta en otra causa. Así que, atendiendo a una interpretación restrictiva y favorable de los tipos penales, el criterio introducido por el TC para el abono de la prisión provisional en los casos de penado mixto resultaba jurídicamente admisible en virtud de lo recogido en el art. 58 CP. En mi opinión, si el TC considera que la pena y la prisión provisional adoptan una naturaleza jurídica diversa y presentan diferentes funcionalidades, resulta coherente que sostenga que un mismo hecho, como es la privación de libertad, sirva para cumplir materialmente una doble función, es decir, se utilice tanto para el cumplimiento de la pena como para el abono de la prisión provisional. En este sentido se puede percibir idéntica coherencia cuando el legislador penal prevé que un día de privación de libertad se abone tanto para el cumplimiento de la pena de prisión como para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento

⁶⁴ Así, JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 704 y ss.

en los supuestos de sujetos semiimputables, es decir, con el establecimiento del sistema vicarial (art. 99 CP)⁶⁵. Y esto es así porque, si bien tanto la pena como la medida de seguridad son sanciones penales, responden a fundamentos diferentes tanto en su naturaleza (un mal en la pena y no necesariamente en la medida de seguridad) y en su finalidad (primando consideraciones de prevención general en la primera y de prevención especial en la segunda). Si ya cuando se trata de sanciones penales, el legislador establece que un día de privación de libertad puede destinarse tanto al cumplimiento de la pena como al de la medida de seguridad, con más motivo se podrá justificar idéntica operación cuando se trata del cumplimiento de la pena de prisión y del abono de la prisión provisional, puesto que ambas no son penas, ni tan siquiera son ambas sanciones penales y, más aun, cuando la prisión provisional se acuerda exclusivamente atendiendo a indicios de criminalidad, sin que haya sido acreditada la autoría del delito en el marco de un proceso penal con las máximas garantías. Ya señalé que, quizás, los problemas evidentes que en la práctica ocasionaba este criterio del TC no eran las consecuencias a la que llegaba en su fallo, es decir, a que un día de privación de libertad se abonara tanto para el cumplimiento de la condena como para el abono de la prisión provisional. Y también que, quizás, todas las disfunciones que planteaba la asunción de este criterio debían situarse no en las consecuencias, sino en el origen que daba lugar a toda esta situación, que es la coincidencia entre la situación de penado y la de preso preventivo y que, pese a la reforma del art. 58.1 CP, se sigue manteniendo.

Tampoco la interpretación del TC, en mi opinión, era contraria a las reglas del cumplimiento de la pena previstas en el art. 75 CP. No resulta admisible aplicar lo dispuesto en el art. 75 CP ya que, como excepción al sistema de acumulación simultánea, establece un sistema de acumulación sucesiva en el cumplimiento de las penas cuando por la propia naturaleza de las mismas estas no pudieran ser cumplidas al mismo tiempo. Resulta evidente que la problemática suscitada en los supuestos de penado mixto no puede ser regulada directamente por lo previsto en el art. 75 CP, puesto que no se trata de un problema que afecte al orden de cumplimiento de las penas ya impuestas, sino a la coincidencia en el cumplimiento de una pena de prisión y una medida de naturaleza cautelar. Esto implica que la aplicación directa de las reglas contenidas en los arts. 73 y siguientes del CP al supuesto del penado mixto supone la creación de una analogía en contra de reo no admisible en nuestro sistema penal.

Al margen de considerar que la interpretación ofrecida por el TC era compatible con la legalidad vigente, no puede desconocerse que este criterio podía ocasionar disfunciones relevantes. En primer lugar, sí que es cierto que en la práctica su aplicación podía tener cierto carácter criminógeno favoreciendo la realización de comportamiento delictivos de cierta entidad⁶⁶ o, como ya anticipó el TS⁶⁷, introduciendo en el panorama jurídico

⁶⁵ Aludiendo al principio vicarial introducido por la STC 2ª, 28.4.2008 (RTC 2008\57 MP: Vicente Conde Martín de Hijas). Por lo que respecta al cumplimiento de la medida cautelar privativa de libertad y a la pena, v. STS, 2ª, 11.2.2010 (RJ 2010\558 MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

⁶⁶ Pensemos por ejemplo en un sujeto que, habiendo cometido un delito se encuentra a la espera de juicio o incluso está pendiente de la ejecución de la sentencia condenatoria con pena de prisión. Si dicho sujeto cometía un delito grave y se acordaba su ingreso en prisión como preso preventivo, llegaba un momento

situaciones paradójicas: que fueran los propios letrados quienes, para beneficiar a sus clientes, omitieran solicitar el levantamiento de la medida cautelar⁶⁸ y fueran los Tribunales quienes no acordasen o no prorrogasen la situación de prisión provisional en casos en los que fuera necesario, con el fin de que el recluso no se viera tan beneficiado en la correspondiente liquidación de condena⁶⁹.

La reforma del art. 58.1 CP, estableciendo que el día de privación de libertad sufrido provisionalmente se abonará a la causa en la que fue acordada la privación en tanto en cuanto no coincida con otra privación de libertad, elimina claramente estas disfunciones, evitando con ello posibles situaciones criminógenas o de impunidad como las anteriormente mencionadas. Sin embargo, no puede desconocerse que esta reforma no aborda jurídicamente lo que he considerado que era la génesis de todo este conflicto, que no es otra que la ausencia de regulación jurídica de una situación procesal como es la del penado mixto. Se debe tener en cuenta que en el momento en que coincide en el recluso la situación de preventivo y de penado, el día de privación de libertad se computa exclusivamente para el cumplimiento de la pena y no para el abono de la prisión provisional, pero el recluso materialmente sigue manteniendo un *status* de preso preventivo, puesto que no puede ser ni clasificado ni tratado, siendo imposible el disfrute de algunos beneficios vinculados a la evolución del tratamiento como penado. Existen algunas voces que, a propósito de la reforma, insisten en la necesidad de modificar la normativa penitenciaria y resolver la afectación de los derechos del penado mixto⁷⁰. Si bien aplaudo completamente esta petición, considero que la solución a la problemática relativa al cómputo del día de privación de libertad en el penado mixto discurre necesariamente por la eliminación de la situación de penado mixto. Como ya señalé⁷¹, se trata de evitar los supuestos de simultaneidad procesal, es decir, eliminar o bien la condición de penado o bien la de preso preventivo. Optando por la aplicación de alguna de las dos instituciones, se alcanzan mayores garantías en la ejecución de las mismas al desaparecer una situación procesal como es la de penado mixto, carente de regulación legal. La separación absoluta de ambas instituciones, con finalidades diferente, evitará el solapamiento entre ambas y que se pongan en peligro sus respectivos fines. Sólo de este modo se posibilita la función de prevención especial positiva o resocializadora de la pena desde el momento en que esta

en que concurría en él la situación de penado mixto, puesto que a la condición de preso preventivo se le añadía la de penado por la primera causa. A partir de este instante, el tiempo de privación de libertad servía no sólo para el cumplimiento de la pena de prisión por esta causa, sino también para el cómputo del tiempo transcurrido en prisión provisional que debía ser abonado finalmente a la pena impuesta por la causa respecto de la que se acordó la medida cautelar. Podía suceder que, tras practicar la liquidación de condena correspondiente por esta causa el sujeto hubiera extinguido toda su responsabilidad penal por esta segunda causa, al igual que por la primera.

⁶⁷ STS, 2ª, 10.12.2009 (RJ 2010\2040 MP: Juan Saavedra Ruiz).

⁶⁸ RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 5ª ed., 2009, p. 529.

⁶⁹ De todo ello quizás sea posible extraer una consecuencia ciertamente positiva, pues si esta medida beneficia al penado mixto del modo anteriormente expuesto, los Tribunales tenderán a reducir el empleo de la prisión preventiva a los casos en los que sea absolutamente imprescindible, eliminando con ello situaciones de abuso en la aplicación de medida cautelar, JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 711.

⁷⁰ BACH FABREGÓ/ GIMENO CUBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal. Análisis y comentarios*, 2010, p. 89.

⁷¹ JERICÓ OJER, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Mir Puig*, 2010, p. 711 y ss.

comenzara a ejecutarse, otorgando al condenado todos los beneficios penitenciarios destinados a preparar su inserción social⁷².

La primera opción, consistente en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión mientras estén presentes los fundamentos para el mantenimiento de la prisión provisional, evidencia serios inconvenientes. Así, formalmente resulta complicado suspender la ejecución penal, pues esta previsión iría en contra de lo previsto en el art. 988 LECr. Además, materialmente, esta posibilidad conllevaría relativos problemas con relación a la prescripción de la pena ya impuesta. Asimismo, el posponer la ejecución de la pena haría peligrar de forma evidente la función de prevención especial o resocializadora del ya condenado, puesto que se dilataría en el tiempo la imposición de una pena ya firme, pudiendo igualmente plantearse problemas relativos a la necesidad de su imposición transcurrido ya cierto tiempo.

Quizás resulte más lógica la segunda de las posibilidades, esto es, el cese de la prisión provisional desde el momento en que el sujeto inicia el cumplimiento de la pena de prisión en un centro penitenciario. Si nos encontramos con un sujeto que, hallándose en situación de prisión provisional, es juzgado y recae sobre él sentencia firme con pena de prisión, parece evidente que la adquisición de la condición de penado y el inicio del cumplimiento de la condena en un centro penitenciario cuestionan en gran medida los fines perseguidos con la prisión provisional. Vistas así las cosas, el cumplimiento de la pena de prisión asegura la presencia del imputado en el proceso, excluye las posibilidades de fuga, alteración o destrucción de la prueba, se protegen los bienes jurídicos de la víctima frente a posibles ataques del imputado y se evita el riesgo de reiteración delictiva (art. 503 LECr). Igualmente, de aceptarse esta propuesta, el tiempo de permanencia en prisión se computaría exclusivamente para el cumplimiento de la condena, sin que pudiera contabilizarse por lo que respecta a la prisión provisional. Además, el mantenimiento en exclusiva de la situación de penado permitiría al sujeto acceder a los beneficios penitenciarios previstos para los penados en el marco de la función resocializadora de la pena. Con ello se prioriza la realización de los fines de la pena frente al mantenimiento de una medida cautelar en un procedimiento en donde todavía no ha sido acreditada la culpabilidad del sujeto. Finalmente, se respetarían las directrices recogidas por el Consejo de Europa y por el TC al establecer que la situación ordinaria de un imputado a la espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar⁷³.

Sin embargo, no se puede desconocer que la posibilidad de mantener exclusivamente la condición de penado también entraña determinados problemas, precisamente los relacionados con el ejercicio de beneficios penitenciarios. Resulta factible encontrar situaciones en las que el penado se encuentra próximo a la obtención de permisos de salida o a la libertad condicional y existe riesgo de fuga, de ocultación o destrucción de pruebas, peligro de agresión a los bienes jurídicos de la víctima en un procedimiento que todavía no

⁷² En fase de ejecución de la pena, LOGP impone expresamente a las penas privativas de libertad la función de prevención especial, entendida esta en su función resocializadora, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., 2008, p. 740 y ss.

⁷³ Recomendación 80-11 del Consejo de Europa.

ha sido enjuiciado o de reiteración delictiva (art. 503 LECr). Si se acuerda la concesión de beneficios penitenciarios se pueden llegar a materializar los riesgos anteriormente expuestos. Por el contrario, si no se acuerdan se vulnerarían sus derechos como penado y se diluiría la orientación preventivo especial en la aplicación de las penas. Sin embargo, este contratiempo podría en cierta medida solventarse teniendo en cuenta que la existencia de estos riesgos probablemente impida ya al recluso, en condición de penado, acceder al permiso o a la libertad condicional. Así, tal y como disponen los arts. 47.2 LOPG⁷⁴ y 156 RPenit⁷⁵, entre otros requisitos para la concesión de permisos ordinarios se exige el informe favorable elaborado por el Equipo Técnico del centro penitenciario que será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala o al existencia de variables desfavorables resulte probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o la repercusión negativa sobre el interno. Por lo que respecta al acceso a la libertad condicional, el art. 90 CP⁷⁶ requiere entre otras exigencias un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social al que hace referencia el art. 67 LOGP, en el que “se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”. En este sentido, no se puede desconocer que la posibilidad de fuga, de ocultación o destrucción de pruebas, el peligro de agresión a los bienes jurídicos de la víctima o la posibilidad de reiteración delictiva serán unas variables negativas a tener en cuenta para denegar al recluso el acceso a la libertad condicional. Si se concede el permiso porque no se plantean estos riesgos, entonces ello implicará que tampoco exista fundamento para acordar la prisión provisional.

En estos supuestos puede plantearse la posibilidad de acordar prisión provisional para evitar que el recluso materialice los riesgos que se intentan evitar con la imposición de esta medida cautelar. Sin embargo, ello implicaría que volvería a concurrir en el recluso la condición de penado mixto, puesto que la pena no puede suspenderse una vez iniciada⁷⁷. Por último, se debe señalar que una vez extinguida la condena como penado y si se mantuviesen los riesgos previstos en el art. 503 LECr, podría acordarse nuevamente la

⁷⁴ Art. 47.2 LOGP: “Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta”.

⁷⁵ Art. 156 RPenit: Informe del Equipo Técnico.1. El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento. (...)”.

⁷⁶ Art. 90 CP: Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario./b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta./c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria./No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (...)”.

⁷⁷ De este modo resurgiría de nuevo toda el conflicto anteriormente señalado, aunque ciertamente minimizado, al ser menor el tiempo de coincidencia entre ambas situaciones procesales.

imposición de una medida cautelar, cuyo período sería abonado posteriormente al efectuar la liquidación de condena.

Vistas así las cosas, se puede concluir que el legislador penal con la reforma del art. 58.1 CP viene a eliminar las disfunciones creadas por la interpretación introducida por la STC 57/2008, de 28 de abril (compatible con la redacción del anterior art. 58 CP), pero deja latente la situación que origina todo el conflicto, puesto que mantiene la figura del penado mixto, sin abordar una reforma global de la LOGP que regule jurídicamente esta situación procesal que, desde mi punto de vista, discurre por la separación absoluta de la condición de penado y de preso preventivo, posibilitando de esta manera las distintas finalidades de ambas instituciones.

6. Tabla de sentencias

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref. Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 2ª, 15.1.1991	RJ 1991\88	José Hermenegildo Moyna Ménguez
STS, 2ª, 6.3.1991	RJ 1991\1916	Luis Román Puerta Luis
STS, 2ª, 21.6.1991	RJ 1991\5029	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 12.9.1991	RJ 1991\6137	Luis Román Puerta Luis
STS, 2ª, 30.10.1992	RJ 1992\8562	Roberto Hernández Hernández
STS, 2ª, 24.11.1992	RJ 1992\9505	Joaquín Delgado García
STS, 2ª, 13.3.1993	RJ 1993\2384	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 2.7.1993	RJ 1993\5701	Joaquín Delgado García
STS, 2ª, 26.4.1994	RJ 1994\3440	Luis Román Puerta Luis
STS, 2ª, 25.5.1998	RJ 1998\4992	Roberto García-Calvo y Montiel
STS, 2ª, 9.1.1998	RJ 1998\8580	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
STC, 2ª, 22.2.1999	RTC 1999\19	Vicente Conde Martín de Hijas
STC, 2ª, 31.5.2000	RTC 2000\71	Guillermo Jiménez Sánchez
STC 2ª, 28.4.2008	RTC 2008\57	Vicente Conde Martín de Hijas
AAN, 5.6.2009	JUR\2009\420596	Guillermo Ruiz Polanco
STS, 2ª, 10.12.2009	RJ 2010\2040	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 11.2.2010	RJ 2010\558	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 24.3.2010	JUR\2010\131582	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 7.5.2010	RJ 2010\2681	Perfecto Andrés Ibáñez
STS, 2ª, 20.5.2010	JUR\2010\201897	Francisco Monterde Ferrer
STS, 2ª, 28.5.2010	JUR\2010\227643	Joaquín Delgado García
STC, 2ª, 31.5.2000	RTC 2000\71	Guillermo Jiménez Sánchez
STS, 2ª, 11.6.2010	JUR\2010\264417	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 20.10.2010	JUR 2010\390556	Joaquín Jiménez García

7. Bibliografía

Roser BACH FABREGÓ / Miguel Ángel GIMENO CUBERO (2010), "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103 y 116 CP)", en QUINTERO OLIVARES (Director), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 71-90.

José María BUENO CASTELLOTE (1999), *La liquidación de condenas y otras instituciones del Derecho penitenciario práctico*, Revista General de Derecho, Valencia.

Sergi CARDENAL MONTRAVETA (2011), "Artículo 58", en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Directores), *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 181-182.

José Luis CASTRO ANTONIO (2005), "Comentarios a los arts. 47 y 48", en BUENO ARÚS (Coordinador) *Ley General Penitenciaria, Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias, Doctrina*, Colex, Madrid, pp. 438-450.

Vicenta CERVELLÓ DONDERIS (2006), *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed.

Beatriz ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN (2010), "Abono de la prisión preventiva: art. 58.1 CP", en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC (Directores), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121-122.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2004), Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO15/2003, de 25 de noviembre (Primera Parte).

Ramón GARCÍA ALBERO (2008), "Comentario al artículo 58", en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios al Código Penal, Parte General (arts. 1 a 137)*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 5ª ed., pp. 520-525.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2010), *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 8ª edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal que entre en vigor el 23-12-2010*, Reppertor, Barcelona.

Isabel GONZÁLEZ CANO (1994), *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Carmen-Paloma GONZÁLEZ PASTOR (2009), "Acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa", *La Ley* (1), pp. 1536-1542.

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2004), *La prisión provisional*, Thomson Aranzadi, Pamplona.

Leticia JERICÓ OJER (2010), "El cómputo de la privación de libertad en los supuestos de coincidencia entre pena de prisión y prisión preventiva (art. 58 CP)", en LUZÓN PEÑA (Director) *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 685-718.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (2011), "Reflexiones sobre el caso Troitiño, la doctrina Parot y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo", *La Ley* (7654), pp. 1-8.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA (2002), *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid.

Santiago MIR PUIG (2008), *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 8ª ed.

Concepción MOLINA BLÁZQUEZ (2000), "Comentario al artículo 58", en COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal (artículos 24 a 94)*, Tomo III, Dykinson, Madrid, pp. 719-721.

Tomás MONTERO HERNANZ (2008), "La evolución en los criterios de individualización de la pena: la sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (759), pp. 1-10.

-(2011), "El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma lega!", *La Ley* (7559), pp. 10-12.

Javier NISTAL BURÓN (2008), "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas: consecuencias y efectos. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) 57/2008 de 28 de abril", *La Ley* (4), pp. 1604-1608.

Juan ORTIZ ÚRCULO (2011), "Eventualidad del abono del tiempo de prisión provisional en una liquidación de condena, aun cuando aquel período fuera coetáneo del cumplimiento de una pena impuesta en otra causa", *La Ley* (7630), pp. 1-2.

Julián Carlos RÍOS MARTÍN (2009), *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 5ª ed.

Manuel ROCA POVEDA (2009), "Pena de prisión y prisión provisional. Concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva (en torno a las STC 57/2008, de 28 de abril)", *La Ley Penal* (56), pp. 81-85.

Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE (2010), "Algunos apuntes sobre la reforma de la parte general del Código penal", *Repertorio Aranzadi Doctrinal* (6), pp. 1-16. (www.westlaw.es).

Josep-María TAMARIT SUMALLA (2005), en TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/ SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed.

Abel TÉLLEZ AGUILERA (2006), *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura desde la experiencia española)*, Edisofer, Madrid.

Isabel VALLDECABRES ORTIZ (1996), "Comentario al artículo 58", en VIVES ANTÓN (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995 (arts. 1 a 233)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 355-358.