

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**14922** *Sala Segunda. Sentencia 54/2023, de 22 de mayo de 2023. Recursos de amparo 4728-2021 y 4730-2021 (acumulados). Promovidos por don Salvador Reina Calderón y don Daniel Castells Batlló en relación con los autos dictados por la Audiencia Provincial de Barcelona en procedimiento de ejecución penal. Vulneración del derecho a la legalidad penal: aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable.*

ECLI:ES:TC:2023:54

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núm. 4728-2021 y 4730-2021, promovidos, por don Salvador Reina Calderón y don Daniel Castells Batlló, representados por el procurador de los tribunales don Miguel Montero Reiter y, respectivamente, bajo la dirección de las letradas doña María Amparo Bataller Pardo y doña Laura Bardají Salinas, contra los autos de 20 de abril y 20 de mayo de 2021 dictados por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el procedimiento de ejecución penal núm. 59-2020, por los que se desestimó la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión y el posterior recurso de súplica. Ha sido parte, en sendos recursos, la entidad From Inversiones Energéticas, S.L., representada por el procurador de los tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por el letrado don Josep Riba Ciurana. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente don César Tolosa Tribiño.

#### I. Antecedentes

1. Mediante sendos escritos registrados en este tribunal el 9 de julio de 2021, don Salvador Reina Calderón y don Daniel Castells Batlló, representados por el procurador de los tribunales don Miguel Montero Reiter y bajo la dirección respectivamente de las letradas doña María Amparo Bataller Pardo y doña Laura Bardají Salinas, se interpusieron dos recursos de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento. La presentación de dichos escritos dio lugar a los recursos de amparo núm. 4728-2021 y 4730-2021, cuyo conocimiento correspondió a la Sección Tercera de este tribunal.

2. Los hechos relevantes para la resolución de los recursos de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 20 de julio de 2018 los recurrentes en amparo fueron condenados, por hechos cometidos entre los años 2005 y 2006 –aplicando la sentencia el derecho vigente a la fecha de los hechos–, en lo que ahora interesa: (i) como autores de un delito de

apropiación indebida en concurso medial con un delito de falsedad contable, a las penas, a cada uno de ellos, de cuatro años y medio de prisión y multa de once meses con cuota diaria de veinte euros; (ii) como autores de un delito de falsedad contable, a las penas, a cada uno de ellos, de un año y medio de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de veinte euros. Dicha sentencia alcanzó firmeza al desestimarse por sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2020 el recurso de casación interpuesto, entre otros, por la representación de los recurrentes en amparo.

b) Por auto dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 5 de febrero de 2021, se les denegó la suspensión de la ejecución de la pena al no cumplirse el requisito de duración de la pena impuesta. Se indicaba que las «condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena las dispone el art. 80.1 y 2 del cuerpo punitivo, con las salvedades establecidas en el artículo 80.5 del propio cuerpo legal, la segunda de cuyas condiciones es que la pena impuesta o la suma de las impuestas en la sentencia no sea superior a dos años de privación de libertad, o a tres en el caso contemplado en el expresado artículo 80.5» (*sic*) esto es, que la pena impuesta o la suma de las impuestas en la sentencia no fuera superior a dos años de privación de libertad conforme a los apartados 1 y 2 del art. 80 del Código penal (CP).

c) La representación de los recurrentes interpuso sendos recursos de súplica, de similar contenido, contra el anterior auto por los que solicitaba la suspensión de la pena de prisión de un año y medio, impuesta por el delito de falsedad contable, sujetando la misma a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad y multa. En los recursos de súplica argumentan que, de conformidad con el tenor literal de la ley, «tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se han unificado los modos alternativos de cumplimiento de la pena dentro del instituto de la suspensión, siendo que la misma se ha flexibilizado».

Añaden más adelante, refiriéndose a la regulación tras la mencionada reforma:

«[L]a suspensión ordinaria prevista en el art. 80.2 CP prevé literalmente lo siguiente: 'Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años'. Sin embargo, el apartado tercero del precitado precepto prevé una suspensión para circunstancias extraordinarias que exige, simplemente que la pena cuya suspensión se interesa no exceda de los dos años de duración, aunque vaya acompañada de otras penas que sí lo hagan o la suma de ambas supere dicho límite temporal. [...] Precisamente, el redactado otorgado a esta institución por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo pretende flexibilizar la figura de la suspensión y facilitar el acceso a la misma (véase la Exposición de Motivos de la misma), dejando así la pena de prisión como ultima ratio y disminuyendo la duración total de las condenas privativas de libertad [...]. Y ello a la vista de que el redactado actual de nuestro Código penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, admite la suspensión de aquellas penas que individualmente no superen los 2 años de duración. Es decir, se abre la posibilidad de suspender penas a pesar de que se haga inminente el ingreso en prisión por otras penas. Con ello, se ha pretendido flexibilizar el instituto suspensivo, y hacer más accesible al mismo, siendo que la misma reforma normativa también incorpora otras modificaciones sustanciales como que la comisión de un delito durante el plazo de suspensión no supone automáticamente la revocación de la misma y la aceptación de que puedan existir antecedentes penales, siempre que de los mismos no se aprecie peligrosidad criminal».

d) Por auto de 30 de marzo de 2021, dictado por la misma sección, se desestimaron los recursos de súplica interpuestos por los recurrentes en amparo. El auto argumenta, refiriéndose a la regulación vigente tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2015, que el tenor literal del art. 80.3 CP veda la posibilidad de concesión de la suspensión, pues una de las penas excede de los dos años. Razona que la interpretación del precepto es conforme al espíritu del legislador que al regular el beneficio de la suspensión tiende a evitar el ingreso en prisión para el cumplimiento de

penas cortas «con el efecto disruptor» (*sic*) que ello puede tener en la vida del penado, pero no previsto para casos como el presente en que debe ingresar en prisión para el cumplimiento de una pena larga. No concurriendo los requisitos para la concesión omite pronunciarse sobre el resto de las circunstancias alegadas.

e) Mediante sendos escritos, presentados en la Sección Séptima de la Audiencia Provincial el 8 de abril de 2021, la representación de los recurrentes solicitó ahora la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión conforme al art. 88 CP, pero «en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», por un año de trabajos en beneficio de la comunidad y un año de multa, al haberse satisfecho la responsabilidad civil a la que fue condenado y ser dicha norma más favorable, al permitir que la sustitución pueda apreciarse individualmente por cada pena sin valorar la existencia de otras penas de obligado cumplimiento. Considera que los hechos por los que ha sido condenado son anteriores a la Ley Orgánica 1/2015, y que es aplicable el art. 88.1.II CP anterior a dicha ley orgánica. Examina el suprimido art. 88 CP e indica que concurren los presupuestos del mismo para la concesión de la sustitución relativos a la duración de la pena, a la inexistencia de habitualidad delictiva, a la edad y conducta del recurrente, a su situación familiar, la naturaleza del delito, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado.

f) Por auto de 20 de abril de 2021, dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, se desestimó la solicitud de sustitución con el argumento de que «no es posible atender a la petición de sustitución de acuerdo con el art. 88 del Código Penal que ya no está en vigor, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que la norma aplicable a la suspensión, sustitución, pago fraccionado de multas ha de ser la vigente en el momento de modificarse las operaciones correspondientes a su ejecución (STS 127/2015, de 29 de enero)».

g) Los recurrentes interpusieron recurso de súplica mediante escrito registrado en dicha sección de la Audiencia Provincial de Barcelona contra el auto de 20 de abril de 2021. Argumentan que los condenados van a ingresar en prisión, pero la sustitución de la pena les permitiría la clasificación inicial en medio abierto, al valorarse la aplicación del protocolo 5/2020 de la Secretaría de medidas penales, reinserción y atención a la víctima (protocolo CIMO) y tendría consecuencias en la ejecución penitenciaria.

Exponen que se ha extendido la doctrina de la STS 22/2015, de 20 de enero, que es a la que entienden que alude el auto recurrido, a supuestos no contemplados por la misma, y no se toma en consideración pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo. En materia de prescripción penal indican que las circulares 3-2015 y 7-2015 de la Fiscalía General del Estado, se pronuncian en términos de ley penal más favorable. Citan la STS 164/2018, de 6 de abril, y sostienen que la misma considera que el art. 89 CP es norma sustantiva y debe aplicarse la más favorable. Refieren que tanto el art. 89 CP como el anterior art. 88 CP, regulan el instituto de la sustitución de la pena y en ambos casos su aplicación tiene impacto en el derecho fundamental a la libertad.

A juicio de los recurrentes, aplicar la norma que entró en vigor en el año 2015 supone la aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable, con infracción del principio de legalidad penal y de la libertad. Con cita de la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*, entienden aplicable el art. 88 CP vigente al tiempo de los hechos. Afirman que ante la falta de una jurisprudencia consolidada y ante los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia menor se ha decantado por aplicar la figura de la sustitución del art. 88 CP vigente a la fecha de los hechos por ser más favorable.

Finalmente, exponen las razones por las que consideran que concurren los presupuestos exigidos por el art. 88 CP, ahora suprimido, pero vigente en el momento de la comisión de los hechos, para aplicar la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión impuesta por el delito de falsedad contable al que fueron condenados.

h) Por auto de 20 de mayo de 2021, notificado el 28 de mayo siguiente, dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona se desestimó el recurso de súplica interpuesto. Se indica que la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

núm. 164/2018, de 6 de abril, posterior a las del Tribunal Constitucional sobre el doble abono de la prisión preventiva, sigue insistiendo en que «[h]emos de distinguir entre la configuración de las leyes penales, que son las que tipifican las infracciones criminales, o lo que es lo mismo, la propia estructura típica de los hechos punibles. A tal núcleo se refiere el contenido del art. 2 del Código penal, tanto en la vertiente del principio de legalidad (*lex certa, anterior y scripta*), como en su funcionamiento temporal, al establecerse la retroactividad favorable al reo. Pero hemos de convenir que no toda estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, como, por ejemplo, en la sustitución o suspensión de penas, o pago fraccionado de multas, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución».

La resolución considera que esa es la postura mayoritaria de las audiencias provinciales y concluye que no se puede invocar ahora el viejo art. 88 CP para solicitar la sustitución, pues este precepto fue derogado por la normativa que resulta aplicable y que se ha venido aplicando en esta ejecutoria.

3. Los recurrentes aducen en sus demandas de amparo que los autos de 20 de abril y 20 de mayo de 2021 han vulnerado sus derechos a la libertad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal (arts. 17.1, 24.1 y 25.1 CE).

Tras exponer el contenido de las resoluciones dictadas en el procedimiento de ejecución penal núm. 59-2020, y, en particular de las recurridas en amparo, así como el cumplimiento de los requisitos para la admisión de la demanda, se detienen a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Concretan la trascendencia constitucional al indicar que plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional. Problema que identifican como el «alcance del principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable en materia de ejecución de sentencia» y que concretan en la aplicación de la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad vigente en el momento de la comisión de los hechos por los que han sido condenados, sobre la que no existe jurisprudencia ni doctrina pacífica.

A continuación, afirman que los autos impugnados vulneran su derecho a la libertad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal (arts. 17.1, 24.1 y 25.1 CE). Con referencia a las resoluciones impugnadas, indican que estas se inclinan por la aplicación el principio de *tempus regit actum*, por tratarse de la ejecución de una sentencia, de modo que, al haber sido incoada la ejecución con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, la norma aplicable es el Código penal en la redacción dada por la citada ley orgánica, que ha derogado el art. 88 CP relativo a la sustitución de la pena.

Los recurrentes califican esa interpretación como «fuertemente restrictiva del derecho a la libertad», carente de «un sustento normativo sólido», pues, aunque se tratara de una norma procesal, la elección de la ley aplicable debe hacerse de la manera más favorable a los derechos fundamentales y *al favor libertatis*.

Los recurrentes en amparo argumentan, con sustento en la STC 261/2015, de 14 de diciembre, que en las decisiones sobre la ejecución de las penas privativas de libertad no es excluible la lesión del art. 17.1 CE. Tal lesión puede producirse cuando la controversia se suscita en torno a la operación de selección de la ley aplicable por la sucesión temporal de normas en el tiempo y esta sea calificada de arbitraria, manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de un error patente. Añaden, que la selección de la norma aplicable comporta, ante la existencia de una duda razonable, la elección de la norma más favorable a la libertad del recurrente (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 117/1987, de 8 de julio, FJ 2, y 261/2015, de 14 de diciembre).

Precisan que al Tribunal Constitucional no le corresponde determinar si procedía o no conceder el beneficio de la sustitución, sino supervisar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones impugnadas, partiendo de los postulados de interpretación de la legalidad ordinaria de la forma más favorable para la efectividad de

los derechos, cuando existan interpretaciones alternativas (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2); sin que, y así se dijo en materia de abono de la prisión provisional, la naturaleza procesal o adjetiva de las normas pueda ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculpado (SSTC 32/1987 y 117/1987); integrando el canon constitucional la previsibilidad de aplicación de la norma que incide en la libertad, exigencia que encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica en relación con las medidas limitativas de derechos fundamentales y particularmente, respecto de la prisión provisional (SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2).

Se refieren al contenido de los autos impugnados y de los recursos de súplica interpuestos y consideran que las resoluciones lesionan:

(i) El derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir en un razonamiento irracional, arbitrario e insuficiente, en la denegación de la aplicación del art. 88 CP (vigente al momento de la comisión de los hechos), al afirmar la existencia de un cuerpo jurisprudencial consolidado sobre la naturaleza procesal de la institución de la suspensión, basándose en un único precedente, la STS 22/2015, de 29 de enero (erróneamente citada como 172/2015), cuando no existe *ratio decidendi* del Tribunal Supremo e incluso existe un pronunciamiento posterior (STS 164/2018, de 6 de abril) que considera procedente aplicar la ley más favorable a la sustitución por expulsión (art. 89 CP), y además, existen posturas contradictorias en la jurisprudencia menor. Por otra parte, el auto extiende el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el art. 58 CP a un instituto sustantivo de cumplimiento de pena.

(ii) El derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber realizado una interpretación de la norma claramente restrictiva del derecho fundamental a la libertad, contraviniendo los principios de razonabilidad y *favor libertatis*. El art. 88 CP es conforme a su ubicación sistémica y su regulación por ley orgánica, una norma penal sustantiva, cuya aplicación puede determinar el no ingreso en prisión o la reducción del tiempo de privación de libertad. Las penas sustitutivas –multa o trabajos en beneficio de la comunidad–, a través del art. 88 CP se prevén para los tipos penales en los casos en que la pena de prisión impuesta no excede de los dos años, a pesar de no incluirse en los mismos por cuestiones sistemáticas y de economía normativa. Esta realidad se constata en que de incumplirse la pena sustitutiva en el retorno a la pena de privación de libertad sustituida se descuentan las jornadas de trabajo o las cuotas multas satisfechas y el cumplimiento de la pena sustitutiva determina la remisión de la pena originaria.

Afirman, que la interpretación de la Audiencia Provincial de Barcelona ha incumplido la exigencia de motivación de las decisiones que afectan al derecho fundamental a la libertad (STC 2/1997, de 13 de febrero).

(iii) El derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), en relación con la legalidad penal en su vertiente de irretroactividad de las normas penales, ex art. 25.1 y 9.3 CE, por haber inaplicado la norma penal contenida en el art. 88 CP (Ley Orgánica 1/2004) pese a ser una norma penal de naturaleza sustantiva cuya aplicación tiene una clara incidencia en el derecho fundamental a la libertad y ser la ley penal más favorable. Incluso, aun aceptándose que se trata de una norma de naturaleza procesal, si supone una efectiva limitación de la libertad personal del inculpado, no puede aplicarse retroactivamente (SSTC 32/1987; 117/1987 y 261/2015; así como STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*, y esto es, precisamente lo que sucede en la institución de la sustitución de la pena que permite transformar una pena privativa de libertad en otra pena de diferente naturaleza (multa o trabajo en beneficio de la comunidad). Ello supone un acortamiento de la pena privativa de libertad. Por otra parte, al aplicar la Ley Orgánica 1/2015 a los hechos ocurridos con posterioridad al 1 de julio de 2015, se introducen incertidumbres en cuanto a la determinación del momento aplicativo, contrarias al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), y a la exigencia de previsibilidad, que quedarían sanadas si se acudiera al momento de la comisión del hecho para determinar el régimen de sustitución aplicable.

4. Mediante providencias de 24 de octubre de 2022 la Sección Tercera de este tribunal acordó admitir a trámite los recursos de amparo apreciando que concurren en los mismos especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque plantean un problema o afectan a una faceta de un derecho fundamental sobre la que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y, dirigir comunicación a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, a fin de que, en el plazo de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a la ejecutoria núm. 59-2020, y emplazara a quienes hubieran sido parte en el proceso del que traen causa los presentes recursos de amparo, excepto a la parte recurrente, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días.

5. En fecha 9 de enero de 2023 el procurador de los tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de From Inversiones Energéticas, S.L., y defendido por el letrado don Josep Riba Ciurana, presentó en cada uno de los recursos de amparo escrito de alegaciones, de similar contenido, por los que se oponía a la estimación de los recursos de amparo. Alegaba que no existía la vulneración del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y con el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), pues el principio de retroactividad de la ley penal más favorable únicamente se aplica a las normas de carácter sustantivo (SSTS 265/2012, de 3 de abril; 432/2012, de 17 de mayo; 803/2014, de 12 de noviembre; 581/2016, de 30 de junio, y 609/2017, de 11 de septiembre) y el art. 88 CP es una disposición de carácter procesal.

Afirma, que no procede la aplicación del *favor libertatis* al no existir cuestión ni duda interpretativa que deba ser resuelta en favor de los derechos fundamentales. Indica, que de lo que «no hay duda es de que no existe cuerpo jurisprudencial, ni criterio alguno del Tribunal Supremo, que sostenga la aplicación retroactiva del art. 88 CP, cuando los hechos que han sido objeto de condena fueran cometidos con anterioridad a la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015». Refiere que el precepto contenido en el antiguo art. 88 CP es una disposición de carácter procesal aplicable en la ejecución penal al que no se le aplica el principio de retroactividad de la ley penal favorable del art. 2.2. CP. Considera, que lo planteado en el recurso de amparo no es una cuestión interpretativa de una norma, sino la mayor o menor conveniencia de aplicar una norma ya derogada en perjuicio de otra vigente.

6. En fecha 24 de enero de 2023 se presentó escrito de alegaciones en el recurso de amparo núm. 4728-2021, por la representación de don Daniel Castells Batlló en el que reitera su solicitud de estimación de la demanda.

Indica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido tradicionalmente restrictivo a la hora de definir el concepto de pena en los términos del art. 7 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y de la protección frente a la retroactividad penal, guillotinando el radio de acción del art. 7 CEDH ( STEDH de 3 de marzo de 1986, asunto *Hogben c Reino Unido*), tendencia que comenzó a cambiar en SSTEDH de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris c. Chipre*; de 17 de diciembre de 2009, *M. c. Alemania*; y, 21 de octubre de 2013, *Del Río Prada c. España*, prohibiendo la retroactividad contra reo de figuras propias de la ejecución que tienen una afectación en el núcleo esencial de la propia pena, como sucede con la institución de la sustitución de la pena.

Examina la regulación de la sustitución y suspensión de la pena antes y después de la Ley Orgánica 1/2015 y concluye que no existe una equivalencia entre el anterior art. 88 CP y el actual art. 80.3 CP y que el nuevo régimen es menos favorable que el anterior, al impedir la sustitución/suspensión de penas de duración inferior a dos años, si habían sido impuestas junto con una de mayor duración.

Refiere que el criterio de la STS 22/2015, de 29 de diciembre, ha sido superado por la STC 261/2015, de 14 de diciembre, dictada en materia de abono de prisión provisional, que ha determinado una modificación del criterio en la STS 645/2019, de fecha 29 de diciembre, que asume que institutos de ejecución penal pueden acogerse a la irretroactividad penal desfavorable, por mor del principio de legalidad.

Reitera las consideraciones ya expuestas en el recurso de amparo sobre la STS 164/2018, de 6 de abril, en relación con la aplicación de la norma más favorable a la sustitución por expulsión regulada en el art. 89.1 CP, a las que añade los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos al régimen normativo de la libertad condicional (SSTS 561/2020, de 29 de octubre; 380/2021, de 5 de mayo, y 245/2022, de 29 de abril), en los que pese a considerarla como materia propia de la ejecución de la pena, no está excluida de la prohibición de aplicación retroactiva de norma penal desfavorable, atribuyendo de este modo el Tribunal Supremo al principio de legalidad una suerte de *vis* atractiva de determinadas figuras de la ejecución penal.

Expone finalmente que la sustitución de la pena tiene una incidencia sobre la pena que va más allá de alargar o acortar la pena impuesta, al modificar su naturaleza, haciendo que no afecte a la libertad, en el caso de la multa, o la afecte más levemente, en el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad.

7. En fecha 24 de enero de 2023, se presentó escrito de alegaciones en el recurso de amparo núm. 4730-2021, por la representación de don Salvador Reina Calderón en el que reitera su solicitud de estimación de la demanda y se remite a los fundamentos del recurso de amparo. Añade, que la legislación en el momento de los hechos preveía la figura de la sustitución y la excesiva e injustificada lentitud en la tramitación del procedimiento ha vetado el acceso a la sustitución de la pena. Indica, que la imputación formal se produjo en el año 2010 y la sentencia se dictó en primera instancia el 20 de julio de 2018, no alcanzando firmeza hasta el año 2020 e iniciándose la ejecución y denegándose la sustitución en el año 2021. Sostiene, que de retrasarse la resolución del recurso de amparo es posible que la pena cuya sustitución se pretende se haya comenzado a cumplir, imposibilitando su sustitución. Finalmente reitera, que la interpretación efectuada en los autos impugnados es restrictiva y contraria a los derechos fundamentales.

8. El día 2 de febrero de 2023 el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones de similar contenido en los dos recursos de amparo, por el que solicitaba el otorgamiento del amparo, el reconocimiento de la vulneración de los derechos alegados, la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento anterior a su pronunciamiento para que se dicte otra resolución respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos.

Tras relatar los antecedentes fácticos y resumir las alegaciones formuladas por la parte recurrente, asevera que el recurso de amparo cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos. El fiscal comienza su argumentación sobre las vulneraciones invocadas reproduciendo el contenido del art. 88 CP vigente a la fecha de los hechos y el actual art. 80 CP en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reproduciendo parte de la exposición de motivos de esta y su disposición transitoria primera.

Entiende que las quejas planteadas deben ser examinadas de forma conexa y aborda su enjuiciamiento exponiendo la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal en la ejecución penal (con cita de las SSTC 32/1987, de 10 de marzo y 32/2022 de 7 de marzo), el canon de motivación reforzada cuando la tutela judicial efectiva se conecta con el valor libertad (SSTC 25/2000, de 31 de enero y 20/2006, de 15 de noviembre), y la libertad personal en la ejecución de las penas (con extensa cita de la STC 261/2015, de 14 de diciembre). A continuación, reproduce parte de los apartados 125 y 130 de la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Inés del Río Prada c. España*, del fundamento jurídico 1 de la STS 3318/2015, 29 enero (*sic*) [cita que debe entenderse hecha a la STS 127/2015 –si se utiliza el número de registro (Roj) para búsqueda de sentencias en las bases de datos del CENDOJ (Centro de documentación judicial)– o STS 22/2015 –si se utiliza el número de resolución–], el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda el Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018 sobre competencia en caso de incumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad. Indica que «sobre la sucesión de normas legales y su aplicabilidad el Tribunal Supremo, STS

núm. 272/2018, de 6 de junio, tiene una consolidada doctrina que señala que se debe partir del conjunto de las normas vigentes en un determinado momento; no es dable conformar un tercer texto, con la combinación de normas vigentes al momento de los hechos enjuiciados y de normas vigentes en ulterior momento, ya sea el del enjuiciamiento o cualquier otro».

Finalmente, aplica la doctrina expuesta al objeto planteado, e indica que el único fundamento de las resoluciones impugnadas es que se aplica la legislación penal vigente en el momento en el que se resuelve y en ese momento, no está prevista la sustitución, al menos en los términos interesados por el penado. Sostiene, que es relevante que la legislación penal por la que ha optado el tribunal sentenciador para la calificación jurídica de los hechos probados y para la determinación de las penas es la redacción del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, que se considera más beneficiosa que la posterior operada tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 y para denegar la ejecución ha aplicado, sin embargo, la redacción posterior a la citada reforma. Esto es, en la misma causa está aplicando dos redacciones sucesivas y distintas del Código penal, contraviniendo lo dispuesto por la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/2015. Considera que los autos impugnados no han interpretado la legalidad ordinaria de la forma más favorable a la efectividad del derecho, no han aplicado el *favor libertatis*, lo que era posible en este supuesto optando por la aplicación de la regulación vigente del Código penal al tiempo de los hechos, siendo irrelevante en términos constitucionales la naturaleza procesal o adjetiva de las normas sobre la sustitución. Censura no solo lo que considera una aplicación de las normas discutible en términos de legalidad sino la ausencia por completo de juicio de ponderación y de canon reforzado de motivación.

9. Después de que los referidos recursos de amparo quedaron conclusos para sentencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, por auto de 17 de abril de 2023, se acordó su acumulación.

10. Por providencia de 18 de mayo de 2023 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 22 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso de amparo y posiciones de las partes.

El objeto del presente recurso es determinar si se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos a la libertad (art. 17.1 CE), el principio de legalidad penal e irretroactividad de las normas penales (arts. 25.1 y 9.3 CE), por los autos dictados por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de abril y de 20 de mayo de 2021, al denegar la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión, por considerar aplicable la ley penal vigente a la fecha de las resoluciones y no la vigente a la fecha de los hechos.

Los recurrentes sostienen que la motivación de las resoluciones judiciales impugnadas es insuficiente y restrictiva de los derechos fundamentales indicados. Entienden que dichas resoluciones, al inaplicar el art. 88 CP vigente a la fecha de los hechos, que preveía la posibilidad de sustituir la pena de prisión por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, y aplicar retroactivamente la regulación posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que, a su juicio, es de carácter desfavorable por imposibilitar la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión, ha producido la vulneración de los mencionados derechos.

El Ministerio Fiscal, apoya la pretensión de los demandantes de amparo, e interesa la estimación del recurso de amparo por entender que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y el derecho a la libertad (art. 17.1 CE). El fiscal considera que el tribunal sentenciador ha optado para la



calificación jurídica de los hechos probados y para la determinación de la pena por la aplicación del Código penal vigente a la fecha de los hechos y que, para denegar la sustitución ha aplicado el Código penal vigente tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, sin interpretar la legalidad ordinaria de modo más favorable a los recurrentes y con ausencia de un juicio de ponderación y de motivación reforzada.

2. Sobre el núcleo del problema constitucional planteado y el orden de examen de los derechos invocados.

Los recurrentes plantean en sus demandas de amparo como única vulneración la que resulta de la yuxtaposición del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), enfoque que, pese a tener el respaldo del Ministerio Fiscal, que entiende que las quejas deben ser abordadas de modo conjunto, no puede ser compartido.

En efecto, el núcleo del problema constitucional, con sustantividad propia, que plantean los autos impugnados, que además, los recurrentes identifican nítidamente en el desarrollo argumental de sus recursos, y que, como cuestión novedosa, dotó a las demandas de amparo de especial trascendencia constitucional, es determinar si la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable (art. 25.1 CE) que resulta del principio condensado en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* y que incorpora un derecho público subjetivo (STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5) comprende las normas que regulaban la sustitución en el art. 88 CP en su redacción anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015.

De ser así, el juicio constitucional que merecerá la decisión del órgano judicial que ha aplicado una ley posterior desfavorable, sería negativo, al ocasionar la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y del derecho fundamental que del mismo dimana. Dicho juicio se erige en autónomo e independiente de las eventuales lesiones que la decisión del órgano judicial hubiera ocasionado al derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva (art. 17.1 y 24.1 CE).

Solo para el caso de que no se apreciara que la decisión de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona ha ocasionado la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), será preciso examinar si la inaplicación de la norma que regulaba la sustitución de la pena (art. 88 CP) —en la fecha en que se cometieron los hechos—, supuso una privación de libertad y consiguientemente si dicha resolución ha respetado las garantías insertas en el art. 17.1 CE. Y, finalmente, descartada también esta vulneración, enjuiciar si se han vulnerado las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

3. Contenido y alcance del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

El orden de examen de las quejas aludido obliga a precisar el contenido y alcance del principio de legalidad penal.

a) Reconocimiento constitucional del principio de legalidad penal:

El art. 25.1 CE dispone que «[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Dicha norma, que como más adelante se precisará contiene todas las garantías que tradicionalmente se condensan en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*, se inspira en el art. 11.2 de la Declaración universal de derechos humanos, en el art. 7 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), así como en el art. 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, preceptos todos ellos de redacción similar.

Ahora bien, por una parte, el legislador constitucional al plasmar el principio de legalidad penal en el art. 25.1 CE se apartó del tenor literal de los citados convenios en los que se inspiró y del posterior art. 49 de la Carta de los derechos fundamentales de la

Unión Europea, al no referirse de modo expreso en su literalidad –a diferencia de aquellos– a la prohibición de imponer pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción (*nulla poena sine praevia lege*), garantía que la doctrina constitucional, como se ha anticipado, ha reconocido inserta en el contenido esencial del principio de legalidad penal desde sus primeros pronunciamientos (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3). Y, por otra parte, el legislador constitucional extendió expresamente el ámbito de proyección del principio de legalidad al campo del derecho administrativo sancionador, lo que ha suscitado la necesidad de precisar su exacto alcance mediante diversos pronunciamientos de este tribunal en lo que se refiere a la reserva de ley en este ámbito (STC 83/1990, de 4 de mayo, FJ 2).

b) Identificación de los intereses jurídicamente protegidos por el principio de legalidad penal:

También desde las primeras sentencias tuvimos ocasión de precisar (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8), que para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales podían seguirse dos caminos complementarios. El primero acudir a las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los especialistas en derecho. Muchas veces «el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto», configurando un «tipo abstracto del derecho» preexistente, integrado por «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito» en el momento histórico de que en cada caso se trata. El segundo camino consiste en «tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos», esto es, «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos».

Accediendo por este segundo sendero cabe destacar que el principio de legalidad tiene su origen en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte del Estado. Esto es, se encuentra vinculado al Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con él, «a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y solo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley» (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3). De este modo, se «permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos» (STC 142/1999, FJ 3), sin el temor de verse sorprendidos por la posterior definición como delitos o infracciones de conductas que en el momento de ser realizadas no estaban sancionadas, o por la aplicación retroactiva de penas o sanciones que o bien no existían o bien eran más leves cuando realizaron la conducta sancionada. A su vez, se considera necesario que esa predeterminación normativa se atribuya en exclusiva a un órgano que represente la voluntad general, el Parlamento, atendida la grave afectación que suponen las normas penales para los intereses más relevantes (STC 142/1999, FJ 3). El imperio de la ley opera de este modo como garantía de los bienes jurídicos de los ciudadanos y como límite de la actuación de los jueces y magistrados (art. 117.1 CE).

Finalmente, debe añadirse que el conocimiento previo de la conducta prohibida y de la pena prevista, evita que se vacíe de sentido una de las finalidades, la de prevención general, que legitiman la pena (STC 132/2022, de 24 de octubre, FJ 4), y con ella la función intimidatoria y motivadora de la conducta de los ciudadanos frente a sus impulsos, determinación psíquica que se vincula a que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

c) Manifestaciones del principio de legalidad penal:

Hemos identificado la libertad, junto con la legitimación democrática y la seguridad jurídica –y en menor medida la finalidad preventiva de la pena– como los intereses jurídicamente protegidos que operan como criterios rectores en la tarea de definir el contenido y las garantías que encierra el art. 25.1 CE. Dicho contenido viene tradicionalmente delimitado con los diversos aspectos característicos que se enuncian a través del aforismo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta* (en distintas formulaciones, entre muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, de 28 de enero, FJ 2), que se corresponden con una doble garantía, material y formal.

La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, de tal modo que se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. La otra garantía, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican dichas conductas y sanciones, toda vez que este tribunal ha señalado reiteradamente que el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (STC 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). Reserva matizada, como hemos indicado, en el ámbito administrativo, donde «este tribunal ha venido reconociendo una eficacia relativa o limitada a esta segunda garantía, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al poder reglamentario en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen en lo esencial al modelo constitucional de distribución de potestades públicas y al carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

4. Prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables.

a) Alcance de la protección:

Aproximándonos al problema constitucional planteado en la demanda, debe señalarse que la exigencia de ley previa se sitúa a caballo entre la garantía material y formal. Protege tanto la seguridad como la libertad del ciudadano frente a una aplicación sorpresiva del *ius puniendi* –y, así mismo innecesaria desde el prisma de la finalidad de prevención general de la pena–, e impide que las normas sancionadoras, que por no existir no podían ser conocidas y tomadas en consideración por el ciudadano, se apliquen a conductas que cuando se realizaron no estaban prohibidas por una ley, o, aún prohibidas, estaban menos castigadas.

La materialización de los intereses jurídicos protegidos con dicha garantía exige extremar el respeto a la exigencia de previsibilidad de los ciudadanos frente a la reacción estatal. Dicha exigencia no puede quedar desplazada por un cambio social desfavorable en el reproche penal de una conducta o en la intensidad de su represión. Se garantiza así la protección frente a una mayor restricción de bienes y derechos que resultaría de una penalidad sobrevinida desfavorable, reflejando de este modo «la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual» (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2). Esta, no puede quedar ensombrecida por posiciones que se aproximan a la problemática constitucional desde un prisma meramente formal o procedimental, desprovistas de su enfoque material o insensibles con los intereses jurídicos concernidos.

b) Evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Es cierto que, como tuvimos ocasión de referirnos –entre otras, en las SSTC 47/2012, de 29 de marzo, FJ 4; 55/2012, de 29 de marzo, FJ 5; 65/2012, de 29 de marzo, FJ 4, y 114/2012, de 24 de mayo, FJ 3–, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 10 de julio de 2003, asunto *Grava c. Italia*, § 51, en un supuesto de condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*; asunto *Hogben c. Reino Unido*, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo de 1986, decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional de un condenado a pena perpetua, en caso de rebaja de la pena por decreto presidencial; y de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, § 31), efectuaba una distinción entre cuestiones relativas a la ejecución y aplicación de la pena y las atinentes a la propia pena, de modo que las primeras, «en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley», no concernían al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 CEDH, aunque sí podían afectar al derecho a la libertad.

Sin embargo, tal y como acertadamente advierte la representación de uno de los recurrentes en las alegaciones presentadas tras la admisión de la demanda, la posterior doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido ensanchando el paraguas del principio de legalidad penal a fin de dar cobijo a supuestos que tradicionalmente se ha considerado que formaban parte de la ejecución. Y ello ante la reconocida dificultad de desligar del núcleo que constituye la definición de pena tradicionalmente amparada por las garantías del principio de legalidad aquellos aspectos que formalmente se han calificado de ejecución. De este modo se lograría evitar no solo cualquier pretensión de huida de las garantías insertas en el principio de legalidad penal mediante una injustificada diferenciación formal entre la ejecución de la pena y la pena misma, sino, al propio tiempo, que se privara a dichas garantías de cualquier efecto útil.

El primer eslabón de este viraje jurisprudencial se apunta tímidamente en la STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris c. Chipre*, en que, si bien mantiene, con cita de precedentes, la consolidada distinción entre pena y ejecución o aplicación de la pena, reconoce expresamente, que «la distinción entre ambas puede no ser siempre clara en la práctica» (§ 142). Dicha sentencia, para averiguar lo «que implicaba realmente la pena», difumina la tradicional distinción, e integra la pena con aspectos de la jurisprudencia, la normativa penitenciaria y «la forma» en que se aplicaba, para terminar reconociendo la vulneración del art. 7 CEDH, aun cuando lo hace desde la perspectiva de la ausencia de «calidad en la ley» (§ 150). En tal sentido afirma, «[p]or consiguiente, el Tribunal debe examinar en el presente asunto qué implicaba realmente la ‘pena’ de cadena perpetua en el Derecho interno en el momento pertinente. En particular, debe examinar si el texto de la ley, junto con la jurisprudencia interpretativa a la que estaba vinculado, cumplía las condiciones de accesibilidad y previsibilidad. Para ello, debe tener en cuenta el Derecho interno en su conjunto y la forma en que se aplicaba en ese momento» (§ 145).

El siguiente paso, se produce con la STEDH de 17 de diciembre de 2009, asunto *M. c. Alemania*, en que, si bien insiste en la distinción entre pena y su ejecución o aplicación, reitera la dificultad de la aludida distinción (§ 121) y profundiza en la necesidad de indagar que implica realmente la «pena», al afirmar que «[e]l concepto de ‘pena’ en el artículo 7 es autónomo en su alcance. Para hacer que la protección conferida por el artículo 7 sea efectiva, el Tribunal debe tener libertad para ir más allá de las apariencias y evaluar por sí mismo si una medida determinada equivale en sustancia a una ‘pena’ en el sentido de esta disposición» (§ 120). A esta sentencia se remite, por tratarse de un asunto similar, la STEDH de 13 de enero de 2011, asunto *Kallweit c. Alemania* (§ 64), al examinar desde la perspectiva del art. 7.1 CEDH la modificación del Código penal que determinaba la supresión de la duración máxima de la detención preventiva (§ 68). Le siguieron otras en que reconocieron la vulneración del art. 7.1 CEDH, en parecidos términos (SSTEDH, de 13 de enero de 2011, asunto *Mautes c. Alemania*; de 13 de enero de 2011, asunto *Schummer c. Alemania*, y de 14 de abril de 2011, asunto *Jendrowiak c. Alemania*, entre otras).

Finalmente, la distinción entre pena y ejecución de pena se desdibuja con la STEDH, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*, y se diluye su línea de separación mediante la integración del concepto de pena con aspectos tradicionalmente calificados de aplicación o de ejecución de la pena. Debemos por tanto detenernos en su contenido.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza por referir que la sentencia de 10 de julio de 2012, de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –que confirma– había considerado vulnerado el art. 7.1 CEDH, al examinar si la pena «en su conjunto» permitía que la recurrente pudiera discernir de modo razonable sobre «el alcance de la pena impuesta y su forma de ejecución» (§ 58). De este modo aspectos propios de la ejecución como «la forma de aplicar la redención de pena», ya no solo afectaban a esta, sino que tenían «también un impacto decisivo en el alcance efectivo de la misma a efectos del artículo 7». Esto es, el cambio en «la forma de aplicar la redención de pena había tenido el efecto retroactivo de ampliar el tiempo de prisión [... le habría privado] de la redención de la pena por trabajo a la que de otro modo habría tenido derecho» (§ 59). Recuerda, que la Sala, para sostener la vulneración del art. 7.1 CEDH, «hacía hincapié en que los tribunales nacionales no pueden, retroactivamente y en perjuicio de las personas interesadas, aplicar las políticas penales que sustentan cambios legislativos, cuando estos se han introducido con posterioridad a la comisión de un delito» (§ 60).

La STEDH, *Del Río Prada c. España*, indica que «[p]ara hacer efectiva la protección del artículo 7, el Tribunal debe tener la libertad de valorar, más allá de las apariencias, si una medida concreta equivale sustancialmente a una ‘pena’ en el sentido de dicha disposición» (§ 60). Y tras recordar su tradicional distinción –entre pena y ejecución– (§ 83 a 84), reitera la ausencia de nitidez de la distinción entre las medidas que constituyen «penas» y las referidas a la «ejecución» o «aplicación» de las mismas y, subraya, «que la palabra ‘impuesta’ utilizada en la segunda frase del artículo 7.1 no puede interpretarse que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia. Reitera, a este respecto, que resulta de especial trascendencia que el Convenio se interprete y aplique de forma que los derechos en él reconocidos resulten efectivos en la práctica y no teóricos» (§ 88). De lo que se sigue que «el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la ‘pena’ impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 *in fine* del Convenio». (§ 89), pues el condenado «no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito», ya que, en otro caso, el art. 7.1 CEDH «quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas *ex post facto* en su detrimento» (§ 89).

Desplaza de este modo la perspectiva formal que tradicionalmente había sustentado la distinción entre pena y, aplicación o ejecución de la pena, por otra que pivota sobre la «forma de ejecución» y el «alcance de la ejecución». Enfoque que obliga a atender a lo «que supone realmente la pena impuesta», cuyo contenido –que ha podido ser redefinido o modificado– se concreta tomando en consideración la «ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en tal momento» (§ 90), sobre la que proyecta la exigencia de previsibilidad razonable. Se trata por tanto de averiguar «lo que la ‘pena’ impuesta a la demandante implicaba en derecho interno [...] en su conjunto y la manera en la que se aplicaba en ese momento» (§ 96).

Esta doctrina se ha reiterado en pronunciamientos posteriores, en algunos de los cuales se reproduce en su literalidad. A modo de ejemplo, en la reciente STEDH de 10 de noviembre de 2022, asunto *Kupinskyy c. Ucrania* (§ 50), en la que se reconoce la vulneración del art. 7.1 CEDH por el cambio de un régimen de libertad condicional, a la

no disponibilidad de libertad condicional en absoluto (§ 51), lo que a juicio del tribunal supuso la «modificaron el alcance de la pena del demandante» (§ 56).

##### 5. Circunstancias del caso planteado.

De las actuaciones resulta que los recurrentes en amparo fueron condenados, por hechos cometidos entre los años 2005 y 2006, en virtud de la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 20 de julio de 2018. Dicha sentencia, al desestimarse por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo los recursos de casación interpuestos, alcanzó firmeza el 21 de octubre de 2020. De la sentencia resulta que los demandantes de amparo fueron condenados a las penas privativas de libertad de cuatro años y seis meses por el delito de apropiación indebida en concurso medial con falsedad contable; y de un año y seis meses de prisión por el delito de falsedad contable, conforme al derecho penal vigente a la fecha de los hechos. Precisamente es la denegación de la sustitución de esta segunda pena –de un año y seis meses de prisión– la que ha suscitado la controversia constitucional.

El párrafo segundo del art. 88 CP –ya derogado– en su redacción vigente en la fecha de los hechos, admitía la posibilidad de evitar el ingreso en prisión mediante la sustitución «por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social». Dicha sustitución se podía acordar «en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución» (art. 88.1 CP). Se preveía además que «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas» (art. 88.2 CP).

Dicho precepto fue derogado, unos años después de que los hechos se cometieran. Mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se modificó la regulación del Código penal, con el propósito de «incrementar la eficacia de la justicia penal» (según indica en su preámbulo), se suprimió el art. 88 CP y se modificó la regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad introduciendo en el art. 80 CP un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas.

Los recurrentes, atendida la interpretación que de la nueva regulación efectuó la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona –reflejada en los antecedentes– de la que resultaba el obligado cumplimiento de la pena de un año y seis meses de prisión –al no concurrir los requisitos para ser suspendida–, consideraron que la regulación posterior a la fecha de los hechos era más severa y desfavorable, al alargar el tiempo de estancia en prisión. Por ello solicitaron que se aplicara el art. 88 CP vigente en el momento de la comisión del delito, que admitía la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión impuesta por la comisión del delito de falsedad contable. De no ser así, esto es, de aplicarse la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, a la condena de cuatro años y seis meses de prisión –consecuencia de la condena por el delito de apropiación indebida en concurso medial con falsedad contable–, se le sumaría el cumplimiento de un año y seis meses de prisión impuestos por la comisión del delito de falsedad contable. Los recurrentes, conforme al párrafo segundo del suprimido art. 88.1 CP, reclamaron que les fuera sustituida la pena privativa de libertad de un año y seis meses de prisión por las penas no privativas de libertad de un año de trabajos en beneficio de la comunidad y un año de multa.

Dicha pretensión –como se ha expuesto en los antecedentes– fue rechazada por los autos de 20 de mayo y 20 de abril de 2021 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona. Las resoluciones razonan que el art. 88.1 CP no estaba en vigor y, que al ser la sustitución de la pena un instituto propiamente atinente a la ejecución procesal debía ser aplicada la norma que se encontrara vigente en el momento de

realizarse las operaciones correspondientes a su ejecución, esto es, la nueva regulación surgida tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015.

6. Aplicación del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al caso concreto. Estimación de la demanda de amparo.

La proyección a los hechos anteriormente expuestos de los intereses jurídicamente protegidos por el principio de legalidad penal, del alcance del principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable y de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que hemos aludido, conduce, y así lo anticipamos, a declarar que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal de los recurrentes (art. 25.1 CE), por infringir la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable.

El ingreso en prisión para cumplir la pena de un año y seis meses como consecuencia de la aplicación de una ley posterior a la fecha en que se cometieron los hechos y que impide la sustitución de la pena de prisión por una pena no privativa de libertad, constituye realmente un problema que concierne al principio de legalidad penal.

En tal sentido, debe tomarse en consideración que la regulación sobre las penas vigentes en el momento de los hechos, aquella que los recurrentes podían prever, que garantizaba su derecho a la seguridad y a la libertad, y que determinaba la función intimidatoria y motivadora de su conducta, se integraba por la pena prevista en el tipo penal de falsedad contable tipificado en el art. 290 CP –esto es, de uno a tres años y multa de seis a doce meses–, y por las normas –en lo que ahora interesa–, relativas a «la sustitución de las penas privativas de libertad», que se contenían en la sección segunda, del capítulo III, del título III del Código penal. Este era el marco normativo que realmente determinaba la pena impuesta o en términos frecuentemente utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la pena a cumplir (*à purger*).

La aplicación de las reglas de sustitución de las penas vigentes cuando cometieron los delitos (art. 88 CP), podía evitar que el tiempo de estancia en prisión se alargara un año y seis meses, al prever la posibilidad de que la pena de prisión impuesta por el delito de falsedad contable, por no exceder de los dos años, se sustituyera por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad y una pena de multa.

La aplicación de la sobrevenida reforma del Código penal, por más que dicha reforma estuviera justificada para aumentar la eficacia de la justicia penal, podía suponer –al evitar una eventual sustitución de la pena de prisión– la imposición de una pena realmente más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción, sin que con su imposición se lograra satisfacer la finalidad de prevención general de la pena, pues el delito ya se había cometido. Como se indica en la STEDH, de la Gran Sala, *Del Río Prada c. España*, la libertad de los Estados para modificar su política criminal debe respetar al hacerlo la absoluta prohibición de aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado (§ 116).

En tal sentido, el marco legal previsto en el momento de los hechos –modificado por la necesidad de aumentar la eficacia de la justicia penal– permitía –si el órgano judicial entendía que concurrían los requisitos del art. 88 CP– que los recurrentes en lugar de cumplir la pena privativa de libertad impuesta por el delito de falsedad contable, tuvieran la posibilidad de cumplir una pena privativa de derechos junto con una pena de multa –de menor gravedad y carga aflictiva, así lo entendieron también los recurrentes– evitando de este modo un mayor tiempo de estancia en prisión. Dicha posibilidad, además, podía haber determinado la actitud procesal de los condenados y su posible línea de defensa ante los riesgos que les ocasionaba la pretensión de las acusaciones. No parece razonable que el tiempo de duración del proceso penal determinara cuál era la pena que los recurrentes debían cumplir.

El órgano judicial, al aplicar la reforma contenida en la Ley Orgánica 1/2015 a hechos anteriores, cercenó la exigencia de previsibilidad de los recurrentes frente a la reacción estatal, esto es, frente a la pena que realmente se les podía imponer. Estos no pudieron tomar en consideración, ni conocer, el cambio legislativo desfavorable que se avecinó,

menoscabándose la garantía de predeterminación normativa de la pena que les amparaba. En efecto, los recurrentes pudieron creer en la posibilidad de evitar el ingreso en prisión, mediante la aplicación de las reglas que regulaban la sustitución de la pena. Dicha expectativa razonable, se vio quebrada por la aplicación de la legislación posterior desfavorable. La Ley Orgánica 1/2015, eliminó la institución de la sustitución de la pena, por lo que modificó sustancialmente la pena que eventualmente los recurrentes debían cumplir por el delito cometido. De este modo se impidió la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad y, con ello, se ocasionó la eventual prolongación retroactiva de la pena de prisión.

A lo anterior no se le pueden oponer los argumentos formales dados por el órgano judicial, por los que al considerar la sustitución de la pena como una institución propia de la ejecución penal tenía naturaleza procesal y por ello no se encontraba afectada por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. No es posible abordar la cuestión desde un prisma meramente formal o procedimental, desprovisto de su enfoque material o desatendiendo a los intereses jurídicos implicados. Lo esencial no es la eventual naturaleza procesal o adjetiva de las normas, sino si de las mismas, de su inaplicación, podía resultar la existencia o no de una efectiva e imprevisible limitación de la libertad personal de los condenados o un alargamiento de la pena de prisión que los recurrentes debían cumplir, al excluir toda posibilidad de sustitución de la pena.

A los argumentos de las resoluciones impugnadas podrían oponérsele también otros –algunos de los cuales han sido alegados por los recurrentes–, que no fueron examinados por el órgano judicial, y que alejarían la sustitución de la pena de su catalogación de institución propia de la ejecución, tales como: (i) que la sustitución se puede decidir en la misma sentencia o con posterioridad, antes de dar inicio a la ejecución de la pena; (ii) que la institución de la sustitución de la pena tiene una función retributiva no ausente de carácter preventivo, aspectos estos –retribución y prevención– que son esenciales de la pena, y que resultaban de la propia literalidad del párrafo segundo del art. 88.2 CP; (iii) que para decidir la procedencia o no de la sustitución se atendía a aspectos que no pertenecen al ámbito de la ejecución de la pena o a la conducta del penado, sino que son previos como «las circunstancias del hecho y del culpable» o que no se trate de reos habituales; (iv) así como que en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad o la cuotas de multa cumplidas (art. 88.2 CP); y (v), para concluir, que se entendía extinguida la pena por el cumplimiento de la pena sustitutiva, comenzando a computarse el plazo de cancelación de los antecedentes penales (art. 136.3 CP).

En conclusión, el principio de legalidad penal debe ser interpretado y aplicado, de forma que las garantías que en él se reconocen resulten efectivas en la práctica y no teóricas. La satisfacción de los intereses jurídicos protegidos con dicha garantía y la protección frente a una mayor restricción de bienes y derechos que resultaría de una penalidad sobrevinida desfavorable, no puede quedar eclipsada por posiciones que priman un enfoque formal o procedimental, desprovistas de una perspectiva material o desapegadas de los intereses jurídicos concernidos. De no ser así, bastaría para privar de todo efecto útil a la prohibición de aplicación retroactiva de pena desfavorable que el alargamiento de la duración de la pena o su agravación se produjera mediante las normas formalmente referidas a la aplicación o a la ejecución de la pena.

Por todo lo expuesto, procede estimar los recursos de amparo interpuestos y, sin necesidad de examinar las otras vulneraciones alegadas, declarar que los autos de 20 de abril y de 20 de mayo de 2021, dictados por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el procedimiento de ejecución penal núm. 59-2020, han vulnerado el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y el derecho fundamental que dicho principio incorpora, por no respetar la prohibición de aplicar retroactivamente una ley penal desfavorable.



En consecuencia, procede anular los mencionados autos, retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las resoluciones anuladas, para que el órgano judicial pronuncie una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar los recursos de amparo interpuestos por don Salvador Reina Calderón y don Daniel Castells Batlló y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de los autos de 20 de abril y 20 de mayo de 2021, dictados por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el procedimiento de ejecución penal núm. 59-2020.

3.º Retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las resoluciones anuladas, para que el órgano judicial pronuncie una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de mayo de dos mil veintitrés.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.