



Roj: **STS 887/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:887**

Id Cendoj: **28079120012018100115**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **10364/2017**

Nº de Resolución: **123/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10364/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 123/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10364/2017, interpuesto por D. Leoncio representado por el procurador D. Francisco de Asís Morneo Ponce bajo la dirección letrada de D. Enrique L. González de Vallejo contra el auto de 6 de marzo de 2017 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda , de fecha 6 de marzo de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda dictó auto de 6 de marzo de 2017 (resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 13 de enero de 2017) en la ejecutoria 201/2012 dimanante de la causa 70/2017 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real en el que constan los siguientes hechos:

«Primero. Que por la representación procesal de Leoncio mediante escrito presentado se interpuso recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real con fecha 13 de Enero de 2.017 ; viniendo a suplicar la revocación de dicha resolución y el abono de la prisión provisional simultáneamente padecida con el cumplimiento de penas que se detalla en el escrito de interposición.

Segundo. Que otorgado el oportuno traslado al resto de partes, el Ministerio Fiscal se opuso a su estimación y se remitieron las actuaciones para la sustanciación del presente recurso de apelación, y una vez recibidas se incoó el presente rollo, se designó Ponente y en el día de hoy se deliberó la presente resolución.



Tercero. Que en la tramitación del presente recurso han sido observadas las prescripciones establecidas para los de su clase».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento en el referido auto:

«Por unanimidad, la Sala Acuerda: Que debíamos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Leoncio contra el auto dictado con fecha 13 de Enero de 2.017, cuya confirmación procede y aquí se declara; y sin que haya lugar a hacer ningún tipo de pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y al resto de partes personadas, con remisión de los autos y testimonio de la presente resolución, al Juzgado de lo Penal de procedencia».

TERCERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real en la ejecutoria 201/2012 (dimanante del Procedimiento Abreviado 179/2011), dictó auto de 13 de enero de 2017, en el que constan los siguientes hechos y parte dispositiva:

«Primero.- Con fecha 18 de Agosto de 2014, se practicó liquidación de condena por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, con fecha de inicio 1 de Marzo de 2013 y fecha de cumplimiento 13 de Agosto de 2028. Liquidación de condena que fue aprobada por Decreto de fecha 30 de Octubre de 2014 y que tiene carácter firme, porque no fue recurrido.

Segundo.- Por escrito de fecha 13 de Septiembre de 2016, se presentó escrito por la representación procesal del penado, Leoncio, en el que interesaba, se dictase resolución aplicando y abonado al penado el doble computo del periodo de penado y preventivo de las causas que en su escrito se relacionan.

Tercero.- Por providencia de fecha 16 de Septiembre de 2016, se acordó conferir traslado al Ministerio Fiscal. a los efectos de informar acerca de la petición por la representación del penado, acordándose por Diligencia de Ordenación de 20 de Octubre de 2016, conferir traslado al Ministerio fiscal, que presentó escrito de fecha 7 de Diciembre de 2016, oponiéndose a la solicitud esgrimida por el penado».

«Dispongo: No ha lugar al doble computo del periodo de penado y preventivo de las causas que en escrito del penado, Leoncio se relaciona, sobre el límite ".Máximo de cumplimiento establecido judicialmente en la acumulación de condenas realizada en esta causa, conforme el art. 76 del Código Penal .

Notifíquese la presente resolución a las partes, al Ministerio Fiscal, así como al penado, a cuyo, líbrese el correspondiente exhorto al Juzgado Decano de Badajoz (interno en el Centro Penitenciario de Badajoz).

Modo de Impugnación: mediante interposición ante este Órgano judicial de recurso de reforma y subsidiario de apelación en el plazo de tres días siguientes a su notificación o recurso de apelación directo dentro de los cinco días siguientes a su notificación, que se interpondrá por escrito ante este Órgano Judicial.

Pasen las actuaciones al SCEJ (Servicio Común Ejecución), a fin de que se proceda a cumplir lo ordenado».

CUARTO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por Leoncio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 58 del Código Penal, según interpretación que al mismo realizó la STC 57/2008 de 28 de abril, y otro por vulneración del art. 17 CE en relación con el art. 24.1 de la C. E .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.1. El Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real dictó un auto el 13 de enero de 2017, cuya parte dispositiva dice así:

«No ha lugar al doble computo del periodo de penado y preventivo de las causas que en escrito del penado Leoncio se relacionan, sobre el límite máximo de cumplimiento establecido judicialmente en la acumulación de condenas realizada en esta causa, conforme el art. 76 del Código Penal ».



Contra esa resolución recurrió en apelación la representación del referido penado, recurso que fue resuelto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en auto dictado el 6 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva dice así:

«Por unanimidad, la Sala Acuerda: Que debíamos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Leoncio contra el auto dictado con fecha 13 de Enero de 2.017, cuya confirmación procede y aquí se declara; y sin que haya lugar a hacer ningún tipo de pronunciamiento en materia de costas».

Contra esa última resolución recurrió en casación la representación del referido penado, recurso al que se opuso el Ministerio Fiscal.

PRIMERO. 1. En el **motivo único** del recurso se invoca, al amparo del art. 852 de la LECrim., la indebida aplicación del artículo 58 del Código Penal, según interpretación que del mismo realizó la STC 57/2008, de 28 de abril, y la vulneración del art. 17 en relación con el art. 24.1, ambos de la Constitución.

Alega la parte recurrente que, con fecha 13 de marzo de 2016, el penado Leoncio remitió al Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real, escrito solicitando la aplicación del periodo de prisión preventiva y la prisión penada (doble cómputo) como consta en el expediente.

El penado solicitaba que, conforme al art. 58.1 del C. Penal, en su redacción del año 2003, le fuesen aplicados el periodo de preventiva y de penado que simultaneó en las causas que se exponen a continuación:

a) Juzgado de Instrucción nº 1 de Montoro (Córdoba); mandamiento de prisión preventiva de 20/10/2005; pasó a penado el 20/03//2007; ejecutoria 733/2006 del Juzgado Penal 4 de Córdoba.

b) Juzgado de Instrucción nº 1 de Montoro (Córdoba); P.A. 757/2005; mandamiento de prisión preventiva de 03/11/2005; pasó a penado el 29/06/2006; ejecutoria 733/2006 del Juzgado Penal 4 de Córdoba.

c) Juzgado de Instrucción nº 1 de Montoro (Córdoba); P.A. 306/2003; mandamiento de prisión de 3/11/2005; pasó a penado el 5/06/2006; ejecutoria 733/2006 del Juzgado Penal 4 de Córdoba.

d) Juzgado de Instrucción de Almadén (Ciudad Real); diligencias previas 53/2005; mandamiento de prisión preventiva de 3/11/2005; pasó a penado el 10/02/2006; ejecutoria 556/2005 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Ciudad Real.

e) Juzgado de Instrucción nº 4 de Albacete; P.A. 54/2005; Juzgado de lo Penal nº 1 de Albacete; mandamiento de prisión preventiva de 11/10/2005; pasó a penado el 28/02/2006; puesto en libertad por esta causa.

f) Juzgado de Instrucción nº 1 de Zafra; diligencias previas 223/2008; mandamiento de prisión preventiva de 8/03/2006; pasó a penado el 12/11/2008; P. A. 223/2008; Juzgado de lo Penal 2 de Badajoz; ejecutoria 589/2008.

Señala el recurrente que durante ese periodo estuvo cumpliendo las siguientes condenas:

A) Rollo 43/1998, de la A.P. de Cáceres, Sección 1ª A; pena a cumplir 3/06/00; ejecutoria 57/1998; fecha de inicio 11/10/2005; fecha de extinción 2/03/2007.

B) Ejecutoria 210/1999; Juzgado de lo Penal 4 de Córdoba; pena a cumplir 02-00-00; fecha de cumplimiento 1/03/2009.

C) Ejecutoria 288/1999; Juzgado de lo Penal 3 de Córdoba; pena a cumplir 4-00-00; fecha de Inicio 2/03/2009; fecha de extinción 28/02/2013.

D) Ejecutoria 556/2005; Juzgado de lo Penal 3 de Ciudad Real; pena a cumplir 5-00-00; fecha de inicio 1/03/2013; fecha de extinción 26/02/2018; el Juzgado de lo Penal dio traslado a su representación procesal para que manifestase lo que en derecho conviniese, constando en el procedimiento las alegaciones vertidas.

Aduce la defensa, con respecto al periodo que simultaneó la situación de preso preventivo y de penado, que la ley no establece que no sea aplicable el doble cómputo cuando a un penado se le ha efectuado una refundición de condenas. Lo que solicita es que, conforme a la redacción del Código Penal anterior a la reforma del año 2010, le sea de aplicación el doble cómputo por irretroactividad de la ley penal posterior desfavorable. Con anterioridad a la reforma del año 2010 ni la jurisprudencia de los tribunales ni la doctrina del TC hacían diferenciación en la aplicación del art. 58 del C. Penal, pues de haberlo querido la norma hubiese efectuado excepciones a su aplicación, y al no constar las excepciones, procede aplicar el aforismo que dice que donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

Por lo cual, considera la parte recurrente que han de abonársele 4 años y 6 meses de prisión en las ejecutorias correspondientes.



2. A continuación recoge la defensa del penado el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional 261/2015, de 14 de diciembre, y 48/2016, de 14 de marzo, así como la sentencia de esta Sala 950/2016, de 15 de diciembre, todas ellas sobre el sistema de cómputo día a día aplicable a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 58 del C. Penal a partir del 23 de diciembre de 2010. De modo que hasta esa fecha se aplicará el doble cómputo cuando se dieran los supuestos del art. 58 de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril. Y a partir del 23 de diciembre de 2010 dejará de aplicarse el criterio del doble cómputo para los penados que se hallen cumpliendo condena.

Según la defensa del penado, en las prisiones provisionales que cita en su recurso se habrían superpuesto periodos de ejecución de condena con periodos de prisión preventiva sin que se hubieran computado ambos como admite la sentencia del TC 57/2008, por lo que acaba solicitando que se declare la nulidad del auto de fecha 6/03/2017 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, así como el auto de fecha 13/01/2017 dictado por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ciudad Real, en la Ejecutoria 201/2012, en los que se declaraba no haber lugar a la aplicación del periodo padecido de penado y preventivo. Y una vez declarada la nulidad, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al primero de los autos citados, para que se dicte una nueva resolución concediendo la aplicación de la doctrina del doble cómputo de la prisión preventiva en los periodos establecidos en el escrito de recurso y se efectúe nueva liquidación de condena con arreglo a lo interesado.

SEGUNDO. El Ministerio Fiscal plantea como cuestión previa en el escrito de alegaciones al recurso que no procede entrar en el fondo de las cuestiones suscitadas debido a que se está ante un auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Ciudad Real contra un auto de un Juzgado de lo Penal de la misma ciudad, por lo que, una vez cumplimentada esa doble instancia, ya no cabría recurrir en casación, pues en caso contrario se incurriría en la incoherencia de que una sentencia de la Audiencia dictada en apelación no sería recurrible en casación y en cambio sí lo sería un auto de ejecución de sentencia.

Sin embargo, la referida doctrina no resulta aplicable al presente caso, dado que tanto el auto recurrido del Juzgado de lo Penal como el de la Audiencia centran todo el debate en dirimir si cabe aplicar el criterio del doble cómputo derivado del art. 58 del C. Penal, en su redacción anterior a la reforma del año 2010, cuando las sentencias en ejecución han sido refundidas mediante un auto de acumulación.

Por consiguiente, al hallarnos ante la petición de una modificación en la ejecución de las sentencias que afecta a resoluciones que han sido ya objeto de acumulación, es patente que resulta afectado el auto de acumulación, y así se comprueba al examinar cuál ha sido el criterio seguido tanto por el Juzgado de lo Penal como por la Audiencia Provincial para rechazar el doble cómputo. En ambas resoluciones se hace valer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las posibilidades de operar con el doble cómputo cuando las causas en que se reclama han sido ya objeto de acumulación en virtud de lo dispuesto en los arts. 75 y 76 del C. Penal y 988 de la LECrim.

Al resultar así afectado un auto de acumulación de condenas y su posible modificación, parece claro que ha de aplicarse el art. 988 de la LECrim, que establece con respecto a esos casos la posibilidad de recurrir en casación directamente ante esta Sala.

Es cierto que aquí ya se ha interpuesto y tramitado previa e indebidamente un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, sin embargo, ese error competencial de los dos órganos judiciales no debe convertirse en un obstáculo para que una decisión que afecta directamente a un auto de acumulación no pueda acceder a la casación cuando así lo prevé y admite específicamente el art. 988 de la Ley Procesal Penal.

TERCERO. Llegados a este punto, se hace preciso poner de relieve algunas omisiones y deficiencias que resaltan en el expediente remitido a esta Sala y que impiden resolver sobre el fondo de las cuestiones que se suscitan en el recurso.

Así, en primer lugar se percibe que el auto de acumulación de condenas dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real el 30 de junio de 2014, en la ejecutoria 201/2012, fue aclarado por los autos de 18 de agosto y 8 de octubre de 2014.

El referido auto de acumulación fue recurrido en casación por la defensa del penado, resolviéndose el recurso en sentencia de esta Sala 365/2015, de 3 de junio, en la que se acordó estimar el recurso y que se procediera a realizar una nueva acumulación por las razones que se explicitan en esa sentencia.

Confecionada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real una nueva acumulación por auto de 2 de febrero de 2016, en la misma ejecutoria 201/2012, fue recurrido de nuevo en casación por la defensa del penado, dictándose por esta Sala la sentencia 170/2017, de 16 de marzo, en la que se resolvió sobre la acumulación en el sentido siguiente:



«Acordar la acumulación a la ejecutoria 556/05 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Ciudad Real en la que fue condenado Leoncio , las ejecutorias: 733/06 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba; la 41/07 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada; 77/07 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén; 77/07 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz; 256/07 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Granada; 1349/07 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Valencia; 2084/07 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid; 374/08 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén; 589/08 del Juzgado de lo Penal núm. 2 Badajoz; 35/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Granada; 144/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete; 120/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jaén; 635/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba; 802/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 2 Badajoz; 256/10 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ciudad Real; 201/12 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ciudad Real, con un límite máximo de 15 años. Por otra parte habrá de cumplir de forma independiente las penas impuestas en las ejecutorias 43/98 de la Audiencia Provincial de Cáceres; 210/99 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Córdoba; 288/99 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba».

Por consiguiente, de las cuatro ejecutorias que se citan en el escrito de recurso del penado que ahora se resuelve, tres de ellas: la 43/98 de la Audiencia Provincial de Cáceres; la 210/99 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Córdoba; y la 288/99 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba, han quedado excluidas de la acumulación. En cambio la cuarta ejecutoria que se cita en el recurso: la 556/2005 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Ciudad Real, sí ha sido acumulada junto con otras dieciséis, tal como se especifica en la sentencia de casación. A este respecto, conviene advertir que cuando se dictaron las resoluciones recurridas todavía no había recaído la sentencia de acumulación 170/2017, de 16 de marzo , que por tanto no fue objeto de debate ni sopesada en el escrito de recurso ni tampoco en las alegaciones del Ministerio Fiscal.

Así las cosas, y puesto que el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real no ha resuelto en el expediente sobre la pretensión de doble cómputo formulada por el penado con respecto a esas cuatro ejecutorias, tres de las cuales incluso se han excluido de la acumulación, procede declarar la nulidad del auto dictado en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real el 6 de marzo de 2017 , y también del auto dictado por el referido Juzgado de lo Penal el 13 de enero de 2017 , para que por éste se proceda a dictar una nueva resolución en la que, una vez contrastadas las liquidaciones de condena de las sentencias concernidas, se decida sobre la aplicación del doble cómputo que interesa el recurrente.

Se estima así parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECrim).

FALLO

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

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de **Leoncio** contra el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de 6 de marzo de 2017 , y declarar la nulidad del referido auto y también del dictado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real el 13 de enero de 2017 , para que por este Juzgado se proceda a dictar una nueva resolución en la que, una vez contrastadas las liquidaciones de condena de las sentencias concernidas, se decida sobre la aplicación del doble cómputo que interesa el recurrente.

2º) Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia y al Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco