



Roj: **STS 3507/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3507**

Id Cendoj: **28079120012015100496**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2015**

Nº de Recurso: **10104/2015**

Nº de Resolución: **496/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del condenado **Heraclio** contra Auto de fecha 31 de Julio de 2014 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga dictado en la Ejecutoria núm. 569/2013; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Antonia María José Blanco Blanco, y defendido por el Letrado Don Carlos Fernández Cerredo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga en la Ejecutoria núm. 569/2013 contra el penado **Heraclio**, dictó Auto de fecha 31 de julio de 2014, cuyos **HECHOS** son los siguientes:

"PRIMERO.- Mediante escrito presentado, por la representación procesal del penado Heraclio, se solicitó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del vigente CP se dictara auto de acumulación de condenas. Con dicho escrito de solicitud, se formó el correspondiente incidente de acumulación de condenas, solicitando testimonio de las Sentencias cuya acumulación de condenas se solicita, así como hoja histórico penal del penado, y recibido todo ello se dio traslado al Ministerio Fiscal a fin de informar sobre la acumulación solicitada, trámite que evacuó en el sentido que consta.

SEGUNDO.- De dichos documentos resulta que el penado ha sido condenado y cumple condena en las siguientes causas. Siguiendo el orden cronológico de los procedimientos las causas son las siguientes;

1º.- Ejecutoria núm. 263/06 del Juzgado de Lo Penal, nº 9 de Málaga, Sentencia de fecha 16-12-05, condenado por un delito de robo, cometido el 13-11-05 a la pena de 9 meses de prisión.

2º.- Ejecutoria núm. 216/09, del Juzgado de lo Penal nº 7 de Málaga, Sentencia de fecha 8-10-08, condenado por un delito de robo cometido el 18-11-05 a la pena de 11 meses de prisión.

3º.- Ejecutoria núm. 981108, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Málaga, Sentencia de fecha 1-12-2008, condenado por un delito de robo con violencia cometido el 5-5-08 a la pena de 3 años, 6 meses y 15 días de prisión.

4º.- Ejecutoria núm. 675/09, del Juzgado de Lo Penal nº 5 de Málaga, Sentencia de fecha 17-2-2009, condenado por un delito de robo cometido en fecha 13-10-05 a la pena de 2 años y 1 mes de prisión.

5º.- Ejecutoria núm. 255109, del Juzgado de lo Penal nº 4 de Málaga, Sentencia de fecha 19-2-09 condenado por delito de robo cometido el 5-3-08 a la pena de 6 meses de prisión.

6º.- Ejecutoria núm. 715109 del Juzgado de Lo penal nº 7 de Málaga, Sentencia de fecha 12-5-2009, condenado por un delito de receptación cometido el 5-1-2007, a la pena de 15 meses de prisión.



7º.- Ejecutoria núm. 237111 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Málaga, Sentencia de fecha 25-4-2011 , condenado por un delito de robo, cometido el 29-10-2005 a la pena de 15 meses y 45 días de prisión.

8º.- Ejecutoria núm. 569113 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Málaga, Sentencia de fecha 29-10-13 , condenado por un delito de robo cometido el 23-7-07 a la pena de 6 meses de prisión."

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal dictó en el citado Auto la siguiente **Parte dispositiva**:

"*SSª DISPONE; NO ACUMULAR al penado Heraclio las penas que le han sido impuestas en las siguientes ejecutorias por ser el cumplimiento de las refundidas inferior al triple de la más grave*".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del penado **Heraclio** , contra el mencionado Auto del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Málaga, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del condenado Heraclio , se basó en los siguiente **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , por vulneración de precepto constitucional en relación con el art. 24.1 CE, prohibición de indefensión 24.2 CE , derecho a la defensa y a la asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías, al omitirse el trámite de audiencia al penado, debidamente asistido de letrado.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1º LECrim , por inaplicación del art. 76.2 CP y de los arts. 988 y 17 LECrim , en relación con los arts. 15 y 25.2 CE .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto se presentó informe de fecha 3 de junio de 2015 en el que se adhiere y apoya el primer motivo del recurso, y subsidiariamente la desestimación, de éste y del segundo por las razones que expuso; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para deliberación y decisión el día 15 de julio de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El primer motivo de recurso, al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ , denuncia vulneración del artículo 24.1 de CE en la vertiente de vulneración del derecho de defensa, a la asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías.

Solicita el recurrente que se anule el auto recurrido con la correspondiente retroacción de actuaciones, por no haber contado el penado durante la tramitación en la instancia con asistencia letrada. Según se comprueba a partir del examen del testimonio que ha sido remitido para resolver el recurso, la solicitud de acumulación la efectuó el propio condenado de su puño y letra, sin que en el trámite previo a la decisión que motivó su petición haya intervenido letrado alguno en su defensa.

Esta Sala, entre otras SSTs 73/2012 de 15 de febrero ó 742/2014 de 13 de noviembre , en la estela del Tribunal Constitucional ha exigido que en los incidentes de acumulación de condena el penado goce de asistencia letrada que garantice los principios de contradicción, igualdad de armas y proscripción de la indefensión. En definitiva la resolución de los mismos va a afectar a su libertad personal. Y si en los distintos procedimientos por los delitos cuyas condenas se pretenden refundir se exigió la postulación procesal, no hay motivo para no hacerlo en el trámite en el que se va a fijar la duración máxima del tiempo de privación de libertad que habrá de soportar. Se trata precisamente de dotar de efectividad al derecho de defensa cuando se decide algo tan relevante como la concreción de la pena a cumplir.

En palabras de la STS 473/2013 aunque desde la literalidad del artículo 988 LECrim no resulte expresamente, el incidente de acumulación de condenas goza de la naturaleza de un proceso contradictorio, en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser salvaguardado. Se producirá, por ello, una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, cuando el incidente se desarrolle sin estar asistido el interno de dirección letrada que, con los conocimientos jurídicos inherentes a tal condición, pueda argumentar eficazmente en favor de su pretensión, encontrándose en una situación equiparada a la otra parte procesal necesaria en este incidente, que es el Ministerio Fiscal. Por ello, es insuficiente la mera petición personal del condenado para iniciar el procedimiento sin que con posterioridad, asistido técnicamente por letrado, se le dé audiencia a la vista de la documentación unida (hoja histórico penal y testimonio de las sentencias condenatorias) y del dictamen del Ministerio Fiscal. Se vulnerará, pues, el derecho de defensa cuando se omita el traslado del procedimiento al condenado a través de su asistencia letrada, que deberá



propiciarse de oficio a falta de designación particular (en este mismo sentido, SSTS núm. 758/2012, de 11 de octubre , ó 1371/2011, de 22 de diciembre). El abogado, bien al iniciar el procedimiento si tiene los datos necesarios para ello, o bien después, cuando en el trámite a seguir conforme al artículo 988 LECrim se encuentren incorporadas al procedimiento todas las sentencias condenatorias a acumular en su caso, tendrá que hacer un estudio sobre aquellas que hayan de quedar sometidas a los límites materiales del artículo 76 CP (SSTS núm. 281/2007, de 3 de abril , ó 1100/2006, de 13 de noviembre , entre otras muchas).

SEGUNDO.- En el presente caso, como ya hemos señalado, la petición de acumulación la realizó el penado personalmente, y no consta intervención letrada hasta que, una vez notificado el auto que denegó la acumulación, se anunció el recurso que nos ocupa.

El Fiscal, si bien apoya el recurso, solicita subsidiariamente que esta Sala entre a conocer del fondo de la cuestión, revisando el auto recurrido.

Algunas resoluciones de esta Sala (SSTS 408/2014 de 14 de mayo o la 533/2014 de 24 de Junio) en supuestos en los que también se había omitido el trámite de audiencia al penado, han rechazado la nulidad por razones de economía procesal al no apreciar indefensión material. Sin embargo no puede obviarse que, en todo caso, se le priva al penado de la facultad de recurso frente a la resolución que se dicta por primera vez desde que el letrado interviene, lo que cercena sus posibilidades de defensa.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de actuaciones que el recurrente reivindica, retrotrayendo las actuaciones a fin de que se le de intervención a la defensa técnica del penado, con carácter previo a resolver respecto a la pretensión de acumulación, a fin de que pueda hacer la alegaciones que estime oportunas en cuanto a la acumulación que pretende. Entre ellas las relativas a los defectos que atribuye al auto anulado en el segundo motivo de recurso que, al haber sido estimado el primero, ha quedado vacío de contenido.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la LECrim se declaran de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Estimar el recurso interpuesto por el condenado Heraclio , contra el Auto de fecha 31 de julio de 2014 del Juzgado de lo Penal de Málaga dictado en la Ejecutoria núm. 560/2013.

Se declara la nulidad del auto de fecha 31 de julio de 2014 y del trámite seguido en el tratamiento de la refundición de penas instada por Heraclio en la Ejecutoria 569/13 del Juzgado de lo Penal 2 de Málaga, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al mismo, para que se de intervención a la defensa técnica del penado a fin de que pueda hacer la alegaciones que estime oportunas en cuanto a la acumulación que pretende. Después deberá dictarse nueva resolución acerca de la petición del interesado.

Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Andres Palomo Del Arco D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a.Ana Maria Ferrer Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.