

En la Villa de Madrid, a seis de marzo de dos mil doce. En el recurso de casación por Infracción de Ley y Vulneración de Precepto Constitucional que ante Nos pende interpuesto por Mikel, contra Auto de fecha 6/7/2011, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Ejecutoria número 155/2006, Rollo de Sala número 9/2003, dimanante del Sumario número 15/2002 del Juzgado Central de Instrucción número 3, seguida contra aquél por delitos de estragos terroristas y robo con fuerza, y en el cual auto se acordaba haber lugar a la refundición de penas, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Pérez, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador D. Javier J. Cuevas Rivas y defendido por la Letrada Dña. Ainhoa Baglietto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Ejecutoria número 155/2006, Rollo de Sala número 9/2003, dimanante del Sumario número 15/2002 del Juzgado Central de Instrucción número 3, respecto del penado Mikel, seguida por delitos de estragos terroristas y robo con fuerza, dictó Auto de fecha 6/7/2011, por el que se acordaba haber lugar a la refundición de penas, y cuyos antecedentes de hecho son del siguiente tenor literal:

"I. Antecedentes.

Primero.- Por sentencia de 24 de marzo de 2006, firme el 12 de junio de 2006, dictada por esta Sección Tercera en Rollo 9/03 (Sumario 15/02 del JCI 3) se condenó a Mikel a las penas de 18 años de prisión por delito de estragos terroristas (arts. 571, 346 y 579.2 del Código Penal) y dos años de prisión por delito de robo con fuerza (arts. 237, 238.4, 238.1 y 240 del Código Penal); condenado que ya lo estaba en las siguientes causas: -Rollo 21/02 de la Sección Primera (sumario 16/02 del JCI 1). Sentencia de 8 de junio de 2004, firme el 17 de septiembre de 2004, por la que se le condenó, con el límite máximo de cumplimiento de 30 años conforme al art. 76 del Código Penal, a 10 años de prisión por delito de pertenencia a banda armada (arts. 515.2 y 516.2), a cuatro penas de 15 años de prisión por delito de homicidio a agentes de la autoridad en grado de tentativa (arts. 572.1 y 2 y 16), a dos penas de 14 años por delito de conspiración para el homicidio (arts. 572.1.1, 17 y 579.2), a 6 años

de prisión por delito de depósito de armas (arts. 568 y 573), a tres penas de dos años de prisión por delitos de robo con fuerza (arts. 237, 238.3, 240, 244 y 574) y dos años de prisión por delito de falsedad (arts. 390.1, 392, 74 y 574 del Código Penal); causa que dio lugar a la ejecutoria 21/02 de la Sección Primera. -Rollo 23/02 de la Sección cuarta (sumario 19/02 del JCI núm. 5).

Sentencia de 28 de febrero de 2006, firme el 26 de abril de 2006, por la que se le condenó, con el límite máximo de cumplimiento de 25 años, a las penas de 15 años por cada uno de dos delitos de estragos terroristas (arts. 364 y 571) a veintidós penas de 10 años de prisión por delitos de lesiones terroristas (arts. 572.1.3 y 174 del código Penal), a 2 años de prisión por delito de robo con fuerza (arts. 237, 238, 240, 244.3 y 574) y a un año y 9 meses de prisión por delito de falsedad (arts. 390.1.2º, 393 y 574 del código Penal); causa que dio lugar a la ejecutoria 81/06 de la Sección cuarta.

Segundo.- La representación procesal del penado interesó por escrito presentado el 9 de marzo de 2011 que conforme al art. 76 del Código Penal le fueran refundidas las condenas anteriormente citadas y se fijase el límite máximo de 25 años de cumplimiento y, por otra parte, se abonase no sólo el tiempo de prisión preventiva sino también aquellos periodos en los que ya condenado sufrió prisión preventiva por otra causa: desde el 14 de mayo de 2002 al 29 de septiembre de 2004 en la causa 16/02 del Juzgado Central núm. 1, desde el 14 de mayo de 2002 al 26 de abril de 2006, en la causa 19/02 del Juzgado Central núm. 5 y desde el 3 de marzo de 2004 del 12 de junio de 2006 en el sumario 16/02 del JCI núm. 3.

Tercero.- Incorporadas las certificaciones de las sentencias firmes, hoja histórico penal y certificado -informe del centro penitenciario se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó que se accediera a lo solicitado acumulando las condenas en el límite máximo de cumplimiento de 30 años de prisión y como abono de la preventiva sufrida en los términos que establece la sentencia 208/11 del Tribunal Supremo."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en el citado auto dictó el siguiente pronunciamiento: "La sala acuerda:

1. Refundir en la presente ejecutoria 155/06 dimanante del Rollo 9/03 de la Sección tercera (sumario 15/02 del Juzgado Central de Instrucción.

3) Las condenas impuestas a Mikel por sentencia de 24 de marzo de 2006 recaída en tal causa y por sentencias de 8 de junio de 2004 y 28 de febrero de 2006 en Rollos 21/02 de la Sección Primera y 23/2 de la Sección 4, fijándose en treinta años el tiempo de cumplimiento máximo efectivo.

2. Practicar la liquidación de condena de dicho límite máximo de treinta años abonándose como privación de libertad preventiva sufrido desde el 14 de mayo de 2002, fecha de su detención, al 16 de septiembre de 2004, estableciendo como inicio de cumplimiento el 17 de septiembre de 2004 (firmeza de la sentencia de 8 de junio anterior).

3. Ser de abono a Mikel, para el cumplimiento sucesivo de las penas en orden a su gravedad los siguientes periodos temporales de coincidencia de preventiva y condición de penado: del 17 de septiembre de 2004 al 25 de abril de 2006 respecto al Sumario 19/02 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y 26 de abril al 11 de junio de 2006 respecto del sumario 15/02 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, abono que no altera la liquidación de condena a que se refiere el anterior apartado. Remítase certificación de la presente resolución al centro penitenciario donde el penado se encuentra interno y llévase copia a las ejecutorias 21/02 de la Sección Primera y 81/06 de la sección cuarta para su debida constancia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley y Vulneración de Precepto Constitucional por Mikel 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 los recurso.

CUARTO.- La representación procesal del recurrente Mikel basa sus recursos de casación por Infracción de Ley y Vulneración de Precepto Constitucional en los siguientes motivos de casación: Motivos de casación del recurrente representado por el Procurador D. Javier J. Cuevas Rivas y defendido por la Letrada Dña. Ainhoa Baglietto.

Primer motivo de recurso de casación: Al amparo del art. 849.1 de la LECr., por indebida aplicación del art. 76.1 b, límite de 30 años, cuando debiera de aplicarse el límite establecido en el art. 76.1 a) CP de 1995.

Segundo motivo de casación. Se formula al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECr., por infracción de ley, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto por aplicación indebida del art. 58 CP del CP Ley Orgánica 10/1995.

Motivo de casación tercero se formula al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la LECr., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del Derecho Fundamental a la libertad art.17 CE, en relación con los arts. 57.1 de la CEDH y 9.1 y 5 y 15.1 del PIDCP y en relación al Derecho Fundamental a la tutela judicial Efectiva del art. 24.1 CE.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso, el Ministerio Fiscal no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la estimación del primer motivo esgrimido, rechazando los otros dos, todo ello por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el recurso; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día 28-2-2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Mikel.

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 76.1 b, límite de 30 años, cuando debiera aplicarse el límite establecido en el art. 76.1 a) CP 1995, límite de 25 años. Se señala en el motivo que el auto de fecha 6-7-2011 recaído en la ejecutoria 155/2006, Rollo 9/03, Sección 3ª, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del

Sumario 15/2002 del Juzgado Central 3, refundió las condenas impuestas al recurrente en las siguientes causas:

-Rollo 9/03, Sección 3ª, sentencia 24-3-2006, penas 18 años prisión por un delito terrorista de estragos y dos años prisión por delito de robo con fuerza en las cosas.

-Rollo 21/02, Sección Primera, sentencia 8-6-2004, condena 10 años de prisión por delito de pertenencia a banda armada, cuatro penas de 15 años de prisión por delitos de homicidio a agente de la Autoridad en grado de tentativa; dos penas de 14 años por delito de conspiración para el homicidio; 6 años de prisión por delito de depósito de armas; 6 años de prisión por delito depósito de explosivos, tres penas de 2 años de prisión por delito de robo con fuerza; y dos años de prisión por delito de falsedad, con el límite máximo de cumplimiento de 30 años.

-Rollo 23/02, Sección 4ª, sentencia 28-2-2006, condena dos penas de 15 años por dos delitos de estragos terroristas; 22 penas de 10 años por delitos de lesiones terroristas; 2 años de prisión por delito de robo con fuerza en las cosas; y 1 año y 9 meses de prisión por delito de falsedad, con el límite máximo de cumplimiento de 25 años. Pues bien, como el delito de homicidio contra agentes de la Autoridad tiene previsto en abstracto (art. 572.1.1. y 2) una pena de 20 años a 390 años de prisión, ello determina la aplicación del apartado b) del art. 76.1 y la fijación como límite máximo el de 30 años.

Considera el motivo que no puede prescindirse de las circunstancias concurrentes en el caso y en particular, el grado de desarrollo de los hechos o el nivel de participación del reo, y siendo así, conforme al art. 70 CP, el límite máximo de la pena inferior en grado de la pena en abstracto por el delito de asesinato con fines terroristas en grado de tentativa (art. 572.1 y 2 y 16 CP), sería 19 años y 364 días, nunca 20 años, por lo que el límite máximo de 30 años del art. 76.1 b, no sería de aplicación y si, por el contrario el del art. 76.1 a) -el delito de estragos, arts. 346 y 571 tiene prevista pena de 15 a 20 años de prisión-.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto el art. 76.1 en sus apartados a y b) previene que el límite máximo de cumplimiento sería de 25 a 30 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos está castigado por ley con pena de prisión de hasta o superior a 20 años. El concepto de pena en abstracto debe de relacionarse necesariamente con el grado de ejecución que se dé en el supuesto enjuiciado y por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito, que se hacía coincidente con la participación a título de autor y en delito consumado ello supone que sí el delito está en grado de frustración. El concepto de pena en abstracto -o pena prevista por ley- debe enmarcarse en esas concretas coordenadas porque existe una delimitación ex lege que no puede ser obviada.

Por ello, la pena que ha de tenerse en cuenta para la fijación de los límites es la pena imposible al hecho en abstracto, esto es la pena por el delito efectivamente cometido. En los casos objeto del sumario 15/03, Rollo 9/03; y del sumario 19/02, Rollo 23/02, delitos de estragos terroristas (art. 571 y 346 CP) con penalidad de 15 a 20 años de prisión, y del Sumario 16/2002, Rollo 21/2002, delitos intentados homicidios a agentes de la Autoridad, con pena inferior en uno o dos grados a la de prisión de 20 a 30 años, esto es pena que sería desde los 5 años a 20 años menos y 1 día de prisión.

Por tanto, como hemos dicho en STS 302/2004 de 11-3 y 823/2011 de 19-7 "si el delito es consumado, la pena será la máxima que marque el tipo penal correspondiente. Si el delito es intentado, la pena será la del grado inferior en toda su extensión, es decir, la pena abstracta es toda la que permite la aplicación de la pena inferior considerada en toda su extensión. Luego barajando todas las opciones de bajada en uno o dos grados, la pena abstracta puede ir desde 5 hasta 20 años, pero nunca puede llegarse a una pena superior a los 20 años. El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos.

Consecuentemente nos encontramos en las previsiones del art. 76.1 a, que fija como tope máximo la pena de 25 años, al no ser la pena de ninguno de los delitos superior a 20 años.

El motivo, por lo expuesto, debe ser estimado.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de ley, aplicación indebida del art. 58 CP LO 10/95, al haberse apartado la resolución recurrida de la interpretación realizada por la jurisprudencia del TC y TS, al no abonar como prisión efectivamente cumplida el tiempo de prisión preventiva que simultaneó con el cumplimiento de pena -en concreto- desde el 17-9-2004 al 11-6-2006.

Se argumenta en el motivo que el recurrente ha estado en situación de prisión preventiva por varias causas simultáneamente, existiendo periodos coincidentes con la situación de penado en las fechas antedichas. Sobre esta realidad y en virtud de la jurisprudencia que transcribe, solicita al abono en la liquidación de condena del mencionado período de prisión provisional, abono que no realiza la resolución recurrida ya que indica que dicho abono será para el cumplimiento necesario de las condenas en orden a su gravedad, sin que dichos abonos de preventivos afecten a la liquidación de condena, olvidando que el tiempo de prisión preventiva sufrido en su condición de penado es un tiempo real que debe computarse como abono de condena, y así como el abono del 14-5-2002 al 16-9-2004 tiene efecto sobre el límite de condena, el mismo efecto debe tener el tiempo de prisión preventiva en su doble condición de penado, pues la ley no establece diferencias en cuanto a la forma de cómputo de otra preventiva. Como hemos dicho en reciente STS 3-2-2012 la doctrina reiterada de esta Sala viene estableciendo (SSTS 1391/2009, de 19-12; 82/2010, de 11-2, 227/2010, de 20-5; 331/2010, de 24-3; 412/2010 de 7-5; 414/2010 de 1-7; 531/2010, de 28-5; 667/2010, 11-6; 928/2010 de 22-10; 243/2011, de 6-4; 906/2011 de 20-9; 1060/2011 de 21-10), que la STC 57/2008 establece coincidencia temporal del cumplimiento de prisión, la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que sufrió aquella preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE.

Dicho de otra forma, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de libertad y las penas. Esta Sala ya se pronunció sobre esta materia en la STS 1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante la interpretación literal del art. 58 CP en la medida en la que afecta al art. 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ. En el mismo sentido abundaba nuestra STS 412/2010, de 7-5, - recogida en el recurso- que partía de la afirmación “nada cuestionable” que hacía el T. C. de que “no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión”,

de lo que se deriva que la coincidencia temporal durante algún período de las dos situaciones en la misma persona y en causas distintas, no permite considerar que el cumplimiento de la pena en una de ellas “prive de efectividad real” a la medida cautelar objeto de aplicación simultánea en la otra. Así “el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada (...) pues el penado no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional”.

La STS 667/2010 de 11-6, resumía la cuestión en términos inequívocos: a tenor de la doctrina emanada de la STC 57/2008, el tribunal encargado de la ejecución debe abonar el tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena correspondiente en la misma causa aunque aquél haya coincidido con el cumplimiento de otras penas en causas distintas, sin que sea necesario justificar la existencia de un perjuicio que haya afectado materialmente el derecho a la libertad del sujeto, porque no es aceptable que la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado, teniendo que justificar su discriminación penitenciaria sobre la base de la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada (ver nuestra doctrina al respecto: SSTS 1391/2009 311/2010 y 414/2010, y las citadas en las mismas).

En síntesis debe tratarse que no es conforme a una lectura constitucional del art. 58.1 CP la decisión de no abonar en su totalidad al penado el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa, porque ello supone un alargamiento ilegítimo de una situación de privación de libertad, lesivo por lo tanto del art. 17.1 CE. Por otra parte, el TC cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del art. 58.1 CP, cuando dice en el fundamento jurídico 6º que “si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo”.

Por tanto, el penado que a su vez es preventivo es de peor condición desde el punto de vista penitenciario que quien se encuentra exclusivamente cumpliendo condena. “El cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de

semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está “materialmente” en situación de prisión preventiva o, en otros términos, solo padece “una privación de libertad meramente formal” (STC 19/99 de 22-1).

Ahora bien cuestión distinta –dice la STS 695/2011 de 18-5– es la coincidencia en el tiempo de dos o más prisiones provisionales acordadas en causas distintas. En primer lugar, este caso no ha sido contemplado ni resuelto en la STC 57/2008, que analiza la finalidad primordial y distinta funcionalidad que tienen la medida cautelar y el cumplimiento de la pena. El propio TC (SS 41/82 y 47/2000) ha considerado que la medida cautelar de prisión provisional tiene carácter excepcional, subsidiario, necesario y proporcionado a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como de evitar el riesgo de reiteración delictiva. Los fines de la medida cautelar consisten en evitar la fuga del reo durante el proceso y tras el dictado de una sentencia no firme, asegurar la instrucción de los hechos y evitar la ocultación de pruebas, impedir la reiteración delictiva por parte del sujeto considerado peligroso o satisfacer la demanda social de seguridad; frente a la pena de prisión, que obedece a otras finalidades, conforme a lo dispuesto con carácter general en el art. 25.2 CE. Por lo tanto, el fundamento de la prisión provisional nada tiene que ver con el de las condenas que pueden estar cumpliéndose, porque los fines que se persiguen son distintos. Por ello, puede sostenerse que las prisiones provisionales simultáneas realmente sólo conllevan una privación de libertad única y la pluralidad de las normas no deja de ser a estos efectos meramente formal o incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado, y no por otro u otros. En consecuencia, no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó... de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 58 CP, redacción LO. 15/2003. En efecto lo que no dice la sentencia del C –precisa la STS 74/2011 de 28.1– es que el tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea repetidamente computable en las distintas penas impuestas, es decir una y otra vez el mismo tiempo de medida cautelar en todas las penas que inclusivamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que derivara en una de las casas la prisión provisional.

Por último, doctrina reiterada de esta Sala – ver reciente STS 1060/2011 de 21-10 establece que la aplicación del tiempo sufrido en diferentes prisiones preventivas se hará en cada una de las penas impuestas en sus respectivos

procedimiento y no sobre el total del máximo de cumplimiento (por aplicación de la regla que se disciplina en los arts. 75 y ss CP).

En efecto en lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de "acumulación de condenas" (arts. 75 y ss. del C. penal), como así se afirma en nuestra reciente Sentencia núm. 207/2011, una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta el límite máximo que resulta de realizar una operación jurídica, por lo que las diferentes penas se van cumpliendo, cada una de ellas según sus circunstancias, aplicando los beneficios y redenciones que procedan, iniciándose el cumplimiento de una en una, hasta que quede extinguida la anterior y así sucesivamente, hasta alcanzar las limitaciones que establece el art. 76 del C penal. Por tanto, el computo de los periodos que ha estado en prisión preventiva el recurrente se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo del cumplimiento efectivo de la pena, previsto en el art. 76 del C penal, la reducción del tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre el máximo de cumplimiento, sino para cada una de las penas, y se ha de efectuar según lo previsto en los arts. 75 y 76 del C.penal.

Con la nueva regulación del art. 58.1 del C. penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, lo que se quiere dejar claro es que en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad puede ser computado en más de una causa, zanjando definitivamente la polémica del abono de la prisión preventiva en los casos de refundición de condenas (arts. 75 y ss. del C. penal), como es el presente; evidentemente, la situación varía si una vez recaída condena en la causa por la que se está privado de libertad preventivamente se refunde ésta condena con otras anteriores y el abono de la prisión preventiva se realiza sobre el total de la condena surgida tras esa refundición. Sin embargo, atendiendo al principio de irretroactividad de la Ley penal, esta previsión introducida por ese nuevo precepto no afecta a los supuestos de condenas múltiples impuestas con anterioridad a su entrada en vigor; por tanto, la modificación operada en el art. 58 del C. penal realizada por la LO 5/10, de 22 de junio, no es de aplicación al presente caso, el cual ha de resolverse de acuerdo con la redacción del Siendo así en STS 208/2011 de 28-3 se declaró "... también en el caso de las diferentes aplicaciones de prisiones preventivas, por estrecha analogía con lo anterior, las mismas se han de producir independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no resultará de aplicación sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas inicialmente impuestas, de modo que, si a pesar de ello, siguieran éstas excediendo del

referido límite legal, éste continuará operando tal como se previó en su momento”.

En realidad, de lo que dejamos destacado del texto de la STS 197/2006, es decir, que se han de aplicar los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, ya se atisba la solución a este problema, pues tal abono de la prisión preventiva, que indudablemente tiene naturaleza de beneficio, se ha de descontar de la pena que se esté cumpliendo, no de la fecha del licenciamiento definitivo por aplicación del máximo de cumplimiento, esto es, en cada una de las penas de cumplimiento sucesivo hasta alcanzar tal límite.

La STS de 3 de mayo de 2011 reitera esta misma posición jurisprudencial, recordando que desde la STS 197/2006, “se ha aclarado que el límite máximo de cumplimiento no constituye una nueva pena distinta a las impuestas en la sentencia por cada uno de los delitos por los que ha recaído condena, por lo que los beneficios penitenciarios deben aplicarse sobre cada una de las que se vayan cumpliendo hasta alcanzar el señalado límite máximo”.

Efectivamente –continúa esta resolución judicial– “es posible según el caso que, dadas las penas impuestas al penado, los beneficios penitenciarios previstos en el Código penal derogado no supongan una disminución real del tiempo de cumplimiento efectivo. Pero ello se debería principalmente a la gravedad de las penas impuestas, cada una proporcional a la gravedad del hecho cometido, de lo cual tampoco es posible prescindir”.

Y en STS 329/2011 de 5-5 se recuerda que la llamada “refundición de condenas” no es la reducción a una (otra distintas) de las diversas penas que pudieran pesar sobre un condenado, sino solo el establecimiento de un límite máximo de cumplimiento final de penas que, por lo demás, cada una en la propia causa, mantienen su autonomía y régimen legal de cómputo. Por eso, la reducción derivada del tiempo de prisión preventiva que pudiera afectarla, habrá de operar, no sobre aquel máximo de cumplimiento, sino, en un momento anterior y concretamente, sobre la pena que corresponda, que luego se tomará en consideración con todas las demás para la realización del cálculo que prescribe el art. 76.1 CP”.

TERCERO.- En el caso presente el cumplimiento de las penas acumuladas ha de ser sucesivo comenzando con las penas más graves: las impuestas en el Sumario 16/2002, Rollo 21/2002, Sección 1ª, con un total de 118 años y límite máximo de 25 años; sentencia firme el 17-9-2004; en el Sumario 19/2002, Rollo 23/2002, Sección 4ª, con un total de 253 años y 9 meses, límite máximo de 25 años, sentencia firme el 26-4-2006; y en el Sumario 15/2002, Rollo 9/2002, Sección 3ª, con un total de 20 años y sentencia firme el 16-2-2006.

El auto recurrido, en lugar de limitarse a abonar en cada causa la prisión preventiva sufrida en cada una de ellas: Sumario 16/2002, Rollo 21/2002 del 14-5-2002 al 17-9-2004; Sumario 19/2002, del 14-5-2002 al 26-4-2006; y Sumario 15/2002, Rollo 9/03 de 3-3-2004 al 12-6-2006, solución que dada la totalidad de las penas impuestas en cada causa, no alteraría ni el límite máximo de cumplimiento en los Sumarios 16/2002 y 19/2002, ni por tanto, el de refundición de las tres causas, 25 años, abona como preventiva desde el 14-5-2002 (fecha de la detención) hasta el 16-9-2004- al ser el 17 del mismo mes y año cuando adquirió firmeza la primera sentencia, Rollo 21/2002, Sumario 16/2002, periodo de preventiva que como tal acuerda se abone en la liquidación de condena que se practicara con el límite máximo de 30 años - fijado ahora en 25 años-.

Y a partir de aquella fecha en que se producen periodos temporales de coincidencia de penado y preventivo en los sumarios 19/2002 y 15/2002 en el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas, ahora en la primera causa desde el 17-9-2004 al 25-4-2006, y desde esta fecha al 11-6-2006 para la última de las causas, cuya sentencia fue firme el 12-6-2006. Solución conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento jurídico precedente y que debe ser mantenido. Como ya hemos señalado lo que ya no dice el TC es que el tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea respectivamente computable en las distintas penas impuestas, es decir, una u otra vez el mismo tiempo de medida cautelar en todas las penas que necesariamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que derivara en una de las causas la prisión provisional. Una cosa -dicen las STS 74/2011 de 28-1 y 414/2010 de 17-3 es que por razón de la doctrina sentada por la STC a 57/2008 la situación del penado en una causa no corresponde al abono de la prisión preventiva simultáneamente sufrida como medida cautelar acordada en causa diferente y otra muy distinta que habiéndose abonado ya el tiempo de prisión provisional en una de las penas impuestas tenga que repetirse el abono en otra diferente.

A mayor abundamiento la solución que posibilitara aplicar la totalidad de la prisión preventiva sufrida por el recurrente -desde su detención el 14-5-2002 al 12-6-2006-, fecha de la firmeza de la última sentencia, Sumario 19/02 desde el 26-4-2006; y Sumario 16/02 desde el 17-9-2004, no alteraría el máximo de cumplimiento de la refundición, dada la suma total de las penas impuestas en cada una de ellas.

TERCERO.- El motivo tercero al amparo del art. 852 LECr. en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la libertad, art. 17 CE en relación con los arts. 57.1 CEDH y 9.1 y 5 y 15.1 del PIDCP, y en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, dado que el no abono del periodo de prisión provisional solicitado en su doble condición de preso preventivo y penado, al considerar que dicho abono no afectaría a la libertad del recurrente, al no afectarse al límite máximo de cumplimiento, supone un alargamiento ilegítimo de la situación de privación de libertad.

Como señala el propio recurrente se trata de la misma cuestión analizada en el motivo anterior pero vista desde una perspectiva constitucional y estaría supeditada a la falta de cobertura legal de esa situación de privación de libertad, que en el caso presente no se produce, conforme a lo razonado en los fundamentos jurídicos que anteceden.

CUARTO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio, art. 901 LECr.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por Mikel, contra Auto de 6 de julio de 2011, dictado por la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en su Ejecutoria número 155/2006, sobre refundición de penas por delitos de estragos terroristas y robo con fuerza; y en su virtud casamos y anulamos la referida resolución dictando nueva sentencia más acorde a derecho; declarándose de oficio las costas. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de marzo de dos mil doce.

En la Ejecutoria número 155/2006, Rollo de Sala número 9/03, dimanante del Sumario número 15/2002 del Juzgado Central de Instrucción 3, seguida por delitos de estragos terroristas y robo con fuerza, respecto del penado Mikel, con DNI número ..., nacido el 13-11-1962, en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Miguel y de Candelaria, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó Auto de fecha 6/7/2011, sobre refundición de penas, que ha dictado casado y anulado parcialmente por la sentencia pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, y, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha explicitado en la sentencia precedente, se fija en 25 años el tiempo de cumplimiento máximo efectivo.

FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos del auto de refundición de penas de fecha 6-7-2011 dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, se fija el tiempo de cumplimiento máximo efectivo en 25 años.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.