

En la Villa de Madrid, a cuatro de mayo de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Carlos, contra auto de fecha 9 de junio de 2011 dictado por la Audiencia Nacional Sala de lo Penal (Sección Primera), 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. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas.

Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de junio de 2011, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto de acumulación de condenas, ejecutoria 7/1997, rollo de sala núm. 7/97 procedente del sumario 7/97 del Juzgado Central de instrucción núm. 6, con los siguientes Antecedentes de Hecho:

“Primero.- Por esta Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se tramita la ejecutoria anteriormente referenciada para el cumplimiento de la pena impuesta al condenado Carlos, derivada de la sentencia dictada por esta Sección de 27.10.01 confirmada por la de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 19.11.01 en la que se le imponía la pena de 18 años de prisión en calidad de autor de un delito de asesinato terrorista en grado de tentativa.

Asimismo es objeto de ejecutoria, la penalidad impuesta en la Sentencia de la Sección Segunda de la A.N. de 16.2.01 en la que se le condena a la pena de 12 años de prisión como autor de un delito de pertenencia a banda armada; así como a la pena de 12 años de prisión como responsable de un delito de tenencia ilícita de armas y a la pena de 4 años y medio de prisión y multa de 18 meses a razón de 1000 pesetas día.

Segundo.- Que por la representación procesal de dicho penado se ha presentado por escrito petición de acumulación de condenas, fijándose un límite máximo de tiempo efectivo de condena de 20 años, habida cuenta las circunstancias concurrentes en las impuestas al mismo, y abono de preventivas de 14.3.99 a 16.04.01 habidas en la causa seguida en la Sección Segunda y de 27.4.99 a 19.11.01 en la causa seguida en esta Sección Primera.

Tercero.- Que por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido estimatorio de la pretensión del solicitante, con abono de la prisión preventiva sin que en ningún caso pueda darse doble valor en el cómputo a consecuencia de la coincidencia de prisión preventiva en ambas causas” (sic).

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia acordó la parte dispositiva siguiente:

“Se acuerda: Que procede la acumulación de las condenas impuestas al penado Carlos en las sentencias de referencia, así como la práctica de nueva liquidación de condena fijándose como límite máximo de cumplimiento efectivo de condena el de 30 años.

Notifíquese esta resolución, a las partes y al Ministerio Fiscal y al Centro Penitenciario de cumplimiento” (sic).

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, 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.

CUARTO.- La representación procesal del recurrente Carlos, basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

I.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por infracción del art. 76.1 b) del CP.

II y III.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por infracción del art. 58 del CP, según redacción originaria (LO 10/95) y del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 17 de la CE.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 24 de octubre de 2011, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la admisión del primer motivo del recurso y la desestimación del resto de los motivos.

SEXTO.- Por providencia de fecha 9 de abril de 2012 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 3 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación legal de Carlos se interpone recurso de casación contra el auto de fecha 9 de junio de 2011, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en el marco de la ejecutoria 7/1997, que estimó la acumulación de condenas interesada por el condenado, pero fijó el límite de cumplimiento en 30 años de prisión, de conformidad con el art. 76.2 del CP, al estimar que el cómputo de las penas para tal efecto había de tomar en consideración la correspondiente al tipo en abstracto, con independencia de las circunstancias del caso concreto que hubieren determinado la duración de la condena finalmente impuesta.

Se formalizan tres motivos que van a ser objeto de tratamiento individualizado.

SEGUNDO.- El primero de ellos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 76.1.b) del CP, con la correlativa inaplicación del art. 76.1 del CP, que fija el límite de cumplimiento en 20 años de prisión.

A) Son antecedentes necesarios para la delimitación del objeto del presente recurso los siguientes:

a) Carlos fue condenado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el procedimiento sumario 13/1999, a las penas de 12 años de prisión por el delito de pertenencia a banda armada, 2 años por el delito de tenencia de armas de fuego y 4 años y 6 meses de prisión por un delito de falsificación de documento oficial;

b) posteriormente, el recurrente resultó también condenado en la sentencia 53/2000, de 27 de octubre, a una pena de 18 años de prisión por un delito de asesinato terrorista en grado de tentativa, previsto y penado en los arts. 572.1.1º, 139.1º, 16 y 62 del CP.

El auto recurrido ha fijado el límite máximo de cumplimiento en 30 años de prisión, conforme a lo previsto en el art. 76.1 del CP, en su redacción originaria, aprobada por la LO 10/1995, 23 de noviembre. Los Jueces de instancia rechazan la reducción de ese término al estimar que "...la penalidad que procede considerar es aquella aplicable al delito en abstracto, sin intervención alguna de circunstancia modificativa de la penalidad" (sic).

La defensa del recurrente sostiene, sin embargo, que el análisis de la pena que haya de imponerse al delito no puede prescindir de las circunstancias concurrentes del caso y, muy particularmente, algunas de tanta relevancia como el grado de desarrollo de los hechos o el grado o nivel de participación del reo, pues en el presente caso, el delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado y tiene por tanto límites penológicos autónomos. Se citan a tal efecto una serie de precedentes de esta misma Sala en los que, en trámite de revisión de sentencia la comparación se efectuó atendiendo a la pena en concreto y se concluye que la redacción del art. 70 del CP, operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, ha establecido que la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo.

El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito que se trate, deducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer, con lo que la pena en abstracto del delito de asesinato en grado de tentativa podría alcanzar como máximo una pena de 19 años y 364 días, con lo que al no poder imponerse una pena de 20 años, el límite que debería haber aplicado la Audiencia Nacional, con fundamento en el art. 76.1 del CP sería el de 20 años y no 30 como establece el auto recurrido.

B) Tiene razón la defensa cuando acentúa la sustantividad de los tipos de imperfecta ejecución. Así lo proclama de forma expresa la mayoría de la dogmática y esta idea viene presidiendo el criterio jurisprudencial para la solución de supuestos de revisión de condena como consecuencia de reformas legislativas que obligan a un juicio ponderativo de la legislación penal más favorable. Sin embargo, no es éste el supuesto de hecho que ahora nos ocupa.

En el presente caso, de lo que se trata es de fijar los términos de la acumulación jurídica de varias condenas entre las que se incluye una de 18 años de prisión, impuesta al recurrente como autor de un delito de tentativa de asesinato terrorista de los arts. 572.1.1, 139.1, 16 y 62, todos ellos del CP.

La Audiencia Nacional ha estimado que, atendiendo a la pena en abstracto, fijada por el primero de los preceptos citados en una horquilla de entre 20 y 30 años de prisión, resulta de obliga aplicación el art. 76.1 b) del CP que, en la redacción vigente en la fecha de comisión e los hechos, fijaba en 30 años el máximo de cumplimiento en los supuestos en que acusado hubiere sido condenado "...por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años".

Y la Sala comparte el criterio de la Audiencia Nacional porque es acorde con la solución ofrecida por otros precedentes similares. Es el caso, por ejemplo, de la STS 136/2006, 15 de febrero. La transcripción literal del FJ 5º resulta de especial interés.

En él puede leerse lo siguiente:

"...el motivo tercero del recurso se formula al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley, y en concreto por indebida aplicación de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica de mismo carácter. En el presente caso debido a la aplicación indebida del art. 76.1.d del C.P. en relación con la vulneración del art. 9.3 de la C.E. (legalidad y seguridad jurídica) y artículo 17.1 del mismo texto constitucional. (...) La censura se centra en la decisión del Tribunal de instancia de fijar en cuarenta años de prisión el tiempo máximo del cumplimiento de las penas impuestas. (...) La sentencia establece que "conforme a la letra d) del número 1 del art. 76 C.P., se fija el límite máximo de cumplimiento en 40 años de prisión, al estar el homicidio terrorista consumado castigado con pena superior a 20 años". (...) El recurrente, por su parte, sostiene que la sentencia incurre en "error iuris" porque el tiempo máximo de cumplimiento no debe ser establecido atendiendo al delito de homicidio consumado, sino al de homicidio intentado que es el que calificó la Sala

sentenciadora, cuya pena en ningún caso sería superior a los veinte años de prisión. (...) El precepto aplicado establece que el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable será “de 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo ... y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”. (...) El delito de homicidio terrorista está comprendido en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código, cuyo art. 572.1.1 no contempla la forma imperfecta de ejecución como un valor autónomo independiente del delito consumado que tipifica, de suerte que la redacción del art. 76.1.d) C.P., al incluir el término “delitos” sin ninguna otra precisión o especificación se está refiriendo al concepto legal de delito que se expresa en el art. 10 del Código, en cuya definición no se hacen distinciones sobre las formas imperfectas de ejecución o de participación. (...) De hecho, la cuestión es la misma que se presentó a la hora de interpretar la expresión “pena máxima señalada al delito” del art. 131 C.P. al establecer los plazos de prescripción de las diferentes figuras delictivas tipificadas en el Código. Pues bien, la polémica suscitada al respecto sobre si el marco de referencia debía ser la pena máxima establecida para el delito consumado, o, por el contrario, la señalaba al delito atendiendo al grado de ejecución alcanzado o a las formas de participación, quedó zanjada por el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 29 de abril de 1997, en el que se abordó si había de partirse de la pena en abstracto fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y ejecución, resolviéndose el debate de acuerdo con la primera tesis. La consecuencia de dicha resolución se plasmó, entre otras, en la STS de 12 de abril de 1997 que, si bien anterior al Pleno citado, fue el criterio sustentado en la misma el que prosperó en la Junta General, y en la que se dejaba sentado que “tenemos que afirmar que cuando la ley habla de delitos graves entiende por tales aquellos a los que se señala una pena superior a tres años sin tomar en consideración si el delito se ha cometido en grado de tentativa o consumado, con lo que podemos afirmar que si por aplicación de una eximente incompleta debemos bajar la pena a una franja inferior a tres años no por eso el delito pierde la consideración de grave. En resumen la gravedad se determina por la pena abstracta independientemente de las vicisitudes a las que pueda llevarnos la estimación de formas imperfectas de ejecución o los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal...”. (...) La aplicación del art. 76.1.d) C.P. resulta, pues, ajustada a derecho y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado”.

A la misma conclusión, aunque con distinto itinerario deductivo, llega la reciente STS 145/2012, 6 de marzo. En este caso, aun aceptando que la determinación del límite de cumplimiento ha de tomar como referencia el marco punitivo que

ofrece la tentativa del delito de asesinato terrorista -ponderando todas las posibilidades de reducción que ofrece el art. 62 del CP la pena podría ir de 5 a 20 años-, concluye que "...nunca puede llegarse a una pena superior a 20 años (...). 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".

Algo similar acontece con uno de los precedentes ofrecidos por la defensa y el Fiscal. Se trata de la STS 302/2004, 11 de marzo. Es cierto que en esta resolución, la Sala se inclina por tomar como referencia cuantitativa la respuesta penal asociada, no al delito de asesinato terrorista en abstracto, sino a la pena prevista, también en abstracto, a la tentativa de ese delito, que oscilaría entre los 5 y 20 años de prisión, una vez operada la rebaja en uno o dos grados impuesta por el art. 62 del CP. Pues bien, aun tomando como punto de partida ese presupuesto metodológico, la sentencia fija en 20 años -no en 19 años y 364 días, como pretende el recurrente- el tope máximo de la pena resultante, estimando de aplicación el art. 76.1.a) y, por tanto, fijando en 25 años el límite de cumplimiento. Y lo hace con el siguiente razonamiento:

"...a la vista del contenido del artículo 76 no hay duda que nos encontramos, ante un supuesto que desborda las previsiones legales para la generalidad de los casos, y entra en los supuestos específicos de ampliación del tiempo máximo de la condena, en función de la gravedad y entidad de las penas impuestas. Dentro de este supuesto, el legislador ofrece dos opciones: una primera que nos lleva a un máximo de cumplimiento de veinticinco años, y otra a un máximo de treinta años, según la versión del Código Penal vigente, en el momento de entrar en juego las extensiones de las penas y su posible acumulación. (...) El argumento de la Sala para aplicar el límite máximo de treinta años, pasa por considerar que las penas que se contemplan en el artículo 76, son las penas en abstracto. Nada tenemos que objetar a esta valoración, pero no se puede aplicar este criterio tomando siempre, como referencia, el delito consumado. 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 cinco años hasta veinte años pero nunca puede llegarse a una pena superior a los veinte años. (...) El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos. (...) Nos encontramos en las previsiones del artículo

76.1. a) que fija como tope máximo la pena de veinticinco años, al no ser la pena de uno de los delitos superior a veinte años”.

Tampoco resulta definitiva la cita de la STS 1129/2009, 10 de noviembre. En ella no se resuelve el tema suscitado en el presente recurso, en la medida en que se trataba de la tentativa de un delito de atentado terrorista agravado en atención a la víctima, en aquel caso, un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. No se operaba, por tanto, con la pena básica -20 a 30 años de prisión- del art. 572.1 del CP- sino con esa misma pena en su mitad superior (art. 572.2 CP) que, ineludiblemente, hacía entrar en juego el tope de 30 años fijado por el art. 76.1.b).

La solución que se propugna no está, desde luego, en contradicción con los restantes precedentes que con minuciosa cita ofrece la defensa del recurrente. Las resoluciones mencionadas en el escrito de desarrollo del primero de los motivos (AATS 28 octubre 1998; 10 febrero 1999; SSTS 1375/1998, 10 de octubre y 319/2000, 15 de febrero, se refieren a supuestos de revisión de pena, por tanto, de distinta naturaleza que el que define el presente recurso de casación.

En suma, la fijación de los términos de la acumulación jurídica debe realizarse de acuerdo con la pena en abstracto asociada al delito cometido, con independencia de la degradación punitiva operada como consecuencia de la imperfecta ejecución del hecho pretendido por el autor. La propia utilización de los vocablos “hasta” o “superior a” empleados por los apartados a), b), c) y d) el art. 76.1, evocan la voluntad del legislador de operar con cuadros abstractos de medición de pena. Esas expresiones están en abierto contraste con la locución “la más grave de las penas en que haya incurrido” -art. 76.1 CP-, que sí toma como referencia una pena en concreto, ya definida en su duración definitiva.

Con independencia de lo anterior, aun cuando nos moviéramos en el marco penal asociado al delito intentado, la reivindicación del recurrente encaminada a sustituir el tope máximo de la pena resultante -5 a 20 años de prisión por 5 años a 19 años y 364 días de prisión- presenta importantes dificultades que no pueden pasar desapercibidas. Es cierto que la LO 15/2003, 25 de noviembre, dio nueva redacción al art. 70 del CP. Pero esa adición o supresión de un día aparece como una referencia correctora para identificar uno y otro marco punitivo. No ha traído consigo -precisamente por su innecesariedad- una sustitución paralela de otros preceptos, como es el caso del art. 76 del CP. Sucede, por tanto, que llevando a sus últimas consecuencias la tesis del recurrente, existiría una franja cuantitativa sustraída a toda posibilidad de limitación.

En efecto, si el apartado a) del art. 76 abarca aquellos casos en que uno de los delitos está castigado con pena de prisión hasta 20 años -19 años y 364 días- y el apartado b) engloba aquellos otros en los que alguno de los delitos estuviera castigado con pena de prisión superior a 20 años -20 años y 1 día-, la pregunta surge por sí sola: ¿qué sucede cuando uno de los delitos está castigado con pena de 20 años? La tesis del recurrente -apoyada por el Fiscal- convierte esa franja en una referencia cuantitativa errática, sin solución posible.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero son susceptibles de tratamiento unificado. Se formulan al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 58 del CP, en su redacción originaria de la LO 10/1995, 23 de noviembre y con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulneración del art. 17 de la CE, en relación con los arts. 57.1 de la CEDH y 9.1 y 5 y 15.1 del PIDCP y en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Argumenta la defensa que Carlos que éste permaneció en prisión provisional, en la causa 13/1999, del Juzgado Central de instrucción núm. 3 desde el 14 de marzo de 1999 hasta el 16 de abril de 2001, en que recayó sentencia condenatoria. También estuvo afectado por la medida cautelar de prisión preventiva en el sumario núm. 7/1997, desde el 27 de abril de 1999 hasta el 19 de noviembre de 2001, en que adquirió firmeza la sentencia núm. 53/2000 de 27 de octubre. Existen, por tanto, períodos coincidentes en los que el recurrente estuvo en situación de penado y preso preventivo -desde el día 17 de abril de 2001, hasta el 19 de noviembre de 2001- que deberían computarse sobre la pena resultante acumulada y no sobre cada una de las condenas. Así se desprende de la redacción previgente del art. 58 del CP y de la jurisprudencia constitucional que lo ha interpretado.

No tiene razón el recurrente.

Como recuerda el Ministerio Fiscal, la pretensión del recurrente es incompatible con la doctrina sentada por esta Sala, que ha afirmado que "... 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 la misma línea, la STS 759/2011, 30 de junio, recuerda que “...finalmente procede recordar en lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de acumulación de penas que como afirmamos recientemente en nuestra sentencia 207/2011, la cuestión ha de ser abordada desde la perspectiva del criterio establecido en la STS 197/2006, conforme al cual una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica, por lo que las diferentes penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho de tal modo que la forma de cumplimiento de la condena total se iniciará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, dándose comienzo al comienzo del cumplimiento de la siguientes una vez extinguida la primera y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973 o 76 del Código Penal vigente y produciéndose la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante llegados a dicho estadio.

Por tanto, el cómputo de los períodos transcurridos en prisión preventiva se ha de llevar a cabo 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 se ha de efectuar sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas que se han de ejecutar de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 del Código Penal”.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Carlos, contra el auto de fecha 9 de junio de 2011, dictado por la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional en la ejecutoria núm. 7/1997, correspondiente al rollo de la Sala núm. 7/1997 y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada 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. Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- D. Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.