

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**  
**SENTENCIA**

*Sentencia N°:* 585/2011

*RECURSO CASACION (P) N°:* 11171/2010 P

*Fallo/Acuervo:* Sentencia Estimatoria

*Procedencia:* Sección Segunda de la Audiencia Nacional.

*Fecha Sentencia:* 10/06/2011

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

*Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

*Escrito por:* IPR

**\*CASACIÓN. Recurso contra Auto de acumulación y límite máximo. Recurrido sólo este segundo punto, no cabe en la adhesión extender la impugnación a la acumulación de las penas.**

**Nº: 11171/2010P**

***Ponente Excmo. Sr. D.:* Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

***Fallo:* 01/06/2011**

***Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SENTENCIA Nº: 585/2011***

**Excmos. Sres.:**

**D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. José Manuel Maza Martín**

**D. Luciano Varela Castro**

**D. Manuel Marchena Gómez**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **JAVIER GARCÍA GAZTELU**, contra Auto de fecha veintiocho de septiembre de dos mil diez, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia

Nacional y recaído en la Ejecutoria nº 89/2009, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- Con fecha veintiocho de septiembre de dos mil diez, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda), dictó Auto conteniendo los siguientes:

<<HECHOS: **PRIMERO.-** Respecto del penado en la presente causa FRANCISCO JAVIER GARCÍA GAZTELU, se practicaron los trámites oportunos para la aplicación de la regla 2 del art. 70 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, habiéndose reclamado la hoja histórico-penal de dicho condenado y unido a la causa los testimonios de las sentencias relacionadas en dicha hoja.

**SEGUNDO.- FRANCISCO JAVIER GAZTELU**, fué condenado en las siguientes causas sentencias; **ST 73/06** (SU 3/95 Rollo 3/95 EJ 3/97); **ST 49/2006** (SU 17/97 Rollo 27/97 EJ 62/06); **ST 30/2006** (SU 9/97 Rollo 9/97 Ej 9/97); **ST 50/2006** (SU 66/96 Rollo 79/96 EJ 205/06); **ST 53/2006** (SU 19/2002 Rollo 8/06 Ej 209/2006); **ST 54/2006** (SU 27/94 Rollo 111/94 EJ 222/2006); **ST 64/2006**; (SU 10/95 Rollo 23/95 EJ 64/06); **ST 3/09** (SU 7/2000 Rollo 17/2000 EJ 7/09); **ST 33/09** (SU 3/98 Rollo 91/98 EJ 66/09); **ST 78/2009** (SU 17/98 Rollo 23/98 Ej 89/09).

**TERCERO.-** Traslada la causa al Ministerio Fiscal, se emite informe en el sentido de mostrar conformidad con la refundición de las penas impuestas a dicho penado en las causas a que se hace referencia en el antecedente segundo>>.

2.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda), en el citado Auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

*<<LA SALA ACUERDA: Acumular las condenas impuestas al penado FRANCISCO JAVIER GARCÍA GAZTELU, relacionadas en el hecho de esta resolución en la causa EJ 89/09 SU 17/1998 Rollo 23/98 JCI-2 fijándose en una duración que no podrá exceder en el máximo de cumplimiento efectivo de la condena en CUARENTA AÑOS de privación de libertad el tiempo total de cumplimiento de todas las penas privativas de libertad impuestas en las causas expresadas.*

*Notifíquese este auto a las partes, y, una vez firme, remítase testimonio al Centro Penitenciario, al Juzgado instructor y a las restantes causas en que fue condenado el mencionado penado.*

*Contra la presente resolución cabe recurso de casación por infracción de ley, que deberá interponerse antes de transcurridos cinco días contados a partir de la fecha de notificación>>.*

3.- Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la representación legal de Francisco Javier García Gaztelu, que se tuvo por 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, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos en nombre de Francisco Javier García Gaztelu.**

MOTIVO ÚNICO.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 76 del Código Penal.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por la representación legal del recurrente, apoyando parcialmente el motivo único del recurso, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día uno de junio de dos mil once.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-El presente recurso se interpone exclusivamente por el condenado contra el Auto que acuerda acumular las condenas impuestas en distintos procesos que el Auto relaciona, y además establece como límite de cumplimiento efectivo total el de cuarenta años previsto en el art. 76 del Código Penal. El motivo de casación interpuesto por el condenado al amparo del art. 849.1º de la LECriminal denuncia la infracción del art. 76, alegando que, siendo todos los hechos delictivos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de la Ley Orgánica 7/2003 que introdujo el límite de los cuarenta años, el límite máximo aplicable es aquí el de treinta años establecido en la anterior redacción del art. 76 vigente al tiempo de la comisión de todos los hechos. El Ministerio Fiscal, que no interpuso recurso de casación, apoya la impugnación del recurrente, y además introduce la pretensión de que se declare la nulidad del auto por no expresar la fecha de comisión de los hechos en los respectivos procesos y no ser posible en consecuencia establecer la procedencia de la acumulación.

Dos son por tanto las cuestiones planteadas: si es el Auto o no válido, por no contener los datos fácticos que determinan la procedencia de la acumulación de los procesos. Y en caso de ser válido, si es la limitación de cuarenta o la de treinta años la que rige el máximo de cumplimiento.

**SEGUNDO.**- La primera de esas cuestiones no la plantea el condenado, beneficiario de la acumulación de condenas, sino el Ministerio Fiscal. Pero sucede que éste no interpuso recurso alguno contra la decisión que declara los procesos acumulables entre sí. Es cierto que siendo necesario para la acumulación de un proceso a otro que los hechos del primero no esten sentenciados cuando se cometen los que originan el segundo, las fechas que deberían constar en el Auto son las de las Sentencias dictadas, y también las de comisión de los hechos delictivos de cada uno de los procesos. Sin embargo:

a) esta exigencia no es un presupuesto de validez procesal del auto judicial en cuanto resolución, sino un elemento fáctico del que depende la corrección de lo decidido, esto es la legalidad material de la acumulación acordada;

b) estimada por el Tribunal la procedencia de acumular entre sí determinados procesos, el Ministerio Fiscal no recurrió esa parte dispositiva del Auto, de modo tal que quedó resuelto y decidido que tales procesos eran acumulables entre sí;

c) con motivo del recurso interpuesto por el condenado sobre la segunda cuestión, que exclusivamente afecta al límite legal del cumplimiento máximo, no

puede ahora el Ministerio Fiscal al tiempo que se adhiere a esta concreta impugnación del condenado, impugnar de paso la misma acumulación por más que el Ministerio Fiscal la pretenda situar en el campo de la nulidad procesal del Auto, lo que no se corresponde con la concreta causa de impugnación que se refiere a la sustantiva legalidad de la materia decidida y no, como queda dicho, a la validez procesal de la resolución que la decide;

**d)** la procedencia de la acumulación acordada no puede ya cuestionarse por el Ministerio Fiscal: Esta Sala ya declaró en la Sentencia de 4 de diciembre de 2008, que la adhesión a un recurso de casación interpuesto por otra parte es un fortalecimiento de la posición impugnativa de éste, con otros argumentos o con razonamientos tendentes a apoyar este recurso, debiendo existir entre recurso y adhesión la más completa homogeneidad por lo que no es posible que al socaire de una impugnación anterior el que dice adherirse a ella agregue nuevos motivos de discrepancia con la resolución recurrida, ensanchando de ese modo el tema planteado por el inicial impugnante y extendiéndolo a ámbitos enteramente heterogéneos respecto al mismo. En consecuencia, siendo una cosa la legal limitación del cumplimiento máximo de las penas acumuladas, que es lo impugnado por el recurrente, y otra distinta la procedencia de la misma acumulación, acordada por la Audiencia sin que nadie -tampoco el Ministerio Fiscal- la impugnara, la cuestión queda reducida al problema del límite legal del cumplimiento.

**TERCERO.-** En este punto recurrente y Ministerio Fiscal se muestran conformes al impugnar la aplicación por la Audiencia del art. 76. Este precepto del Código Penal de 1995, en su redacción originaria, mantenida hasta el 1 de julio de 2003, en que entró en vigor la reforma de la L.O. 7/2003 estableció el máximo de cumplimiento de treinta años en casos de condena por dos o más delitos cuando alguno de ellos está castigado con pena de prisión superior a veinte años. Fué la reforma de la LO 7/2003 la que elevó en ciertos casos el máximo hasta los cuarenta años, que en ningún supuesto contemplaba la redacción anterior.

En este caso no aparecen las fechas de comisión de los delitos, pero sí se reflejan los números registrales de los sumarios incoados en los procesos cuyas condenas se acumulan. Y resulta de ellos que se trata de sumarios incoados entre 1.995 los más antiguos y 2.002 el más reciente. Siendo una obviedad que los hechos necesariamente eran anteriores a la fecha de incoación de los sumarios resulta también evidente que todos ellos sucedieron cuando no había entrado en

vigor la reforma de la L.O. 7/2003. Su aplicación por la Sala de instancia es por ello una retroactiva aplicación de ley penal en perjuicio de reo, que prohíbe el art. 2 del Código Penal.

**Por lo expuesto el motivo debe estimarse.**

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por **JAVIER GARCÍA GAZTELU**, contra Auto de fecha veintiocho de septiembre de dos mil diez, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional y recaído en la Ejecutoria nº 89/2009, **por estimación de su único motivo**; y en su virtud casamos y anulamos el Auto dictado por dicha Audiencia con declaración de las costas ocasionadas en este recurso de oficio. Y remítanse las actuaciones a la Audiencia para nueva resolución en que se fije el límite de cumplimiento de las penas acumuladas en TREINTA AÑOS.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

**Andrés Martínez Arrieta**

**José Manuel Maza Martín**

**Luciano Varela Castro**

**Manuel Marchena Gómez**

**PUBLICACION.-** Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.