

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el acusado **Pelayo** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3ª) que le condenó por delito **contra la salud pública**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Fernández Pérez.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Gijón instruyó Sumario con el número 5/98 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Oviedo que, con fecha 17 de Febrero de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " *Que como resultado de las largas investigaciones y escuchas telefónicas, practicadas por el grupo de Estupefacientes de la Policía Judicial de Gijón, logró constatarse en los meses anteriores a Junio de 1998 de que el acusado Pelayo , mayor de edad penal, condenado en 1986, firme en sentencia de 24-1-89 por robo y tenencia ilícita de armas a la pena de 27 años de prisión, se dedicaba a vender sustancias estupefacientes, concretamente cocaína, en unión de otras personas que no se juzgan en esta causa dado que respecto a las mismas ya ha habido juicio y recayó sentencia al respecto.*

El acusado distribuía drogas -concretamente cocaína- juntamente con otras personas, que se insiste, no se juzgan en esta causa en varios establecimientos abiertos al público, como el Bar Cimadevilla y se vendía por la parte trasera del mismo a personas conocidas por los agentes como consumidores de sustancias estupefacientes, encontrándose el bar Cimadevilla en la calle Rosario 14 bajo, regentando el acusado dicho bar, después de haber alquilado el mismo primero Carlos José , siendo la propietaria Emilia .

También se distribuía la droga en la Cervecería Cocos sita en la calle Ezcurdia 26 del que era titular también el acusado Pelayo.

Efectuados los registros correspondientes arrojaron los siguientes resultados por lo que interesa al acusado: En el bar Cimadevilla se aprehendieron 33#32 gramos de cocaína (42% de riqueza), 213.000 Ptas., un teléfono móvil, 24.000 Ptas., siendo el dinero procedente de ilícito tráfico de drogas así como 300 dólares también encontrados.

Asimismo se le encontró a Pelayo en sus ropas unas bolsas con cocaína conteniendo 2#20 gramos (80#40% de riqueza) y en su domicilio sito en la CALLE000, NUM000, NUM001 NUM002 otras bolsas conteniendo 26#31 gramos de la misma sustancia (riqueza del 51#40 %), un bolsa de plástico con numerosos agujeros circulares, una balanza de precisión, 2 teléfonos móviles y 1.498.500 pesetas procedentes del ilícito tráfico.

En la Cervecería Cocos, 4#80 gramos de cocaína (riqueza del 44#30%), un trozo de hachis de 1#73 gramos y 30 comprimidos de Trankimacin.

En el almacén anexo al bar Cimadevilla 38#43 gramos de cocaína con una riqueza del 1%. "[sic]

SEGUNDO. - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: *Que debemos de condenar y condenamos al acusado Pelayo como autor de un delito contra la salud pública ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal a la pena de **NUEVE AÑOS** de prisión, accesorias legales de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 2.000.000 de pesetas, comiso del metálico y efectos ocupados y destrucción de la droga intervenida, abonándosele al acusado el tiempo de prisión preventiva sufrido durante la tramitación de la causa y condenando igualmente al acusado al pago de las costas del juicio en 1/7 parte.*

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo en término de cinco días. "[sic]

TERCERO. - La Sección 3ª, de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó Auto, en fecha 27 de Enero de 2011, en la Ejecutoria nº 60/2003 por el que no había lugar a " *la estimación de la pretensión interesada por el condenado Pelayo, en escrito de fecha 14.12.2010* " [sic], tendente a que se le abonara el tiempo sufrido en prisión con carácter preventivo, en aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008.

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO. - El recurso interpuesto por **Pelayo** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: **Primero.-** Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del Art. 5. 4º de la L.O.P.J. por infracción de ley del Art. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el Art. 58 del Código Penal en la redacción vigente tras la L.O. 5/2010 y la interpretación dada por la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional.

SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en informe de fecha 5 de septiembre de 2011, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de diciembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente se alza contra el Auto de la Audiencia que le denegaba el abono de prisión preventiva por él interesado al considerar inaplicable a este caso la doctrina del Tribunal Constitucional, interpretativa del artículo 58 del Código Penal en su redacción anterior a la actualmente vigente, referente a la aplicación del tiempo de permanencia en esa situación vinculada a más de un procedimiento cuando se dieran una serie de circunstancias para ello.

El Fiscal, a su vez, apoya expresamente semejante pretensión de quien recurre y no cabe duda de que a ambos les asiste la razón.

En efecto, el argumento único del Tribunal de instancia según el cual resulta improcedente la pretensión del condenado "*... ya que de conformidad con la L.O. 5/2010 el Art. 58 impide ya la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de la Sentencia 57/2008 , por lo que no procede aplicar en este momento, con carácter retroactivo, una norma que ya está derogada según la interpretación que hacía dicho Tribunal "* no puede ser aceptado toda vez que incurre en un error evidente cuando considera que nos hallamos ante la aplicación retroactiva del nuevo precepto, ya que en realidad lo interesado por Pelayo no es sino que se le aplique al tiempo que permaneció en prisión preventiva los efectos de ésta de acuerdo con la norma vigente en ese momento, según la interpretación que de la misma hizo en su día el Tribunal Constitucional.

Y en tal sentido es de todo punto correcta la solicitud, al menos en lo que a los criterios a tener inicialmente en cuenta se refiere, puesto que lo verdaderamente incorrecto sería entender que la norma que rige el régimen de la prisión sufrida bajo un determinado régimen legal fuera la correspondiente a un precepto posterior y más desfavorable para el reo como el hoy vigente.

Por lo que el motivo debe de estimarse y, con él, el propio Recurso.

Cuestión distinta es la de las consecuencias que han de derivarse de la anterior conclusión, toda vez que no nos es posible, en esta sede, llevar a cabo la liquidación de condena correspondiente y toda vez que, para ello, además resultaría preciso, como requisitos imprescindibles, la previa comprobación de que realmente se produjo la referida situación de prisión preventiva simultánea y la duración de tal período, caso de que dicha comprobación ofrezca un resultado positivo.

De modo que también hemos de coincidir con lo expuesto por el Ministerio Público, en su escrito de apoyo al Recurso, en el sentido de que lo más procedente ante "*... la ausencia de datos contrastados de lo afirmado por el recurrente...*" es "*... ordenar a la Sala de Instancia la práctica de una nueva liquidación de condena en la que se tomen en consideración los tiempos de privación de libertad sufridos por el recurrente de manera simultánea al cumplir una condena y padecer prisión preventiva en otra causa diferente ...*"

Todo ello de acuerdo con lo afirmado en otras Resoluciones precedentes de esta Sala como la Sentencia de 18 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- A la vista del sentido estimatorio de la presente Resolución habrán de declararse de oficio las costas ocasionadas en este Recurso, a tenor de lo dispuesto en el Art. 901 de la LECR.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Pelayo contra el Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 27 de Enero de 2011, en la Ejecutoria nº 60/2003, denegando el abono de prisión preventiva en su día interesado por el recurrente, ordenando que se lleve a cabo la liquidación de condena que, en Derecho procediera, de acuerdo con la doctrina contenida en los Fundamentos Jurídicos de esta Resolución.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Andrés Martínez Arrieta Jose Manuel Maza Martín **Juan Ramón Berdugo, Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**

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