

N°: 10184/2013P

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 12/09/2013

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 1045/2013

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Manuel Marchena Gómez
D. Antonio del Moral García

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 siete de Enero de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**,

contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección Quinta) de fecha 21 de enero de 2013, confirmado en súplica por el de 30 de enero de 2013, 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 como parte recurrente y el recurrido José Gabriel Dorta Hernández representado por el procurador don José Ramón Pardo Martínez. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Audiencia Provincial de Tenerife (Sección Quinta) en el expediente de ejecutoria penal núm. 122/2008, dictó auto de fecha 30 de enero de 2013, que contiene los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO**:

"PRIMERO: Por Auto de esta Sala de 21 de enero de 2013 estimando la solicitud del penado Jose Gabriel Dorta Hernández se accedía a compensar la medida cautelar impuesta durante la instrucción de la causa de obligación de comparecer apud acta los días 1 y 15 en los términos y extensión señaladas en los fundamentos, esto es, los dieciocho(sic) meses de personación en las actuaciones, a razón de dos personaciones mensuales, a razón de un día de abono por cada 10 comparecencias, totalizando cuatro días de abono de la pena de prisión impuesta.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 22 de enero, interpuso recurso de súplica contra el mismo alegando los siguientes fundamentos:

"1ª.- El Auto recurrido trae causa de la solicitud formulada por la representación procesal del penado en esta causa JOSÉ GRABRIEL DORTA HERNÁNDEZ el cual ha alegado haber sufrido una limitación de su libertad

deambulatoria como consecuencia de la obligación judicialmente impuesta de compareer(sic) los días 1 y 15 de cada mes ante el Juzgado que lo acordó, lo que en atención a lo actuado tuvo lugar en virtud de Auto de fecha 25 de febrero de 2005.

2ª.- Este Tribunal a la hora de resolver sobre la procedencia de la solicitud de compensación formulada, ha valorado si la medida cautelar acordada "supuso una molestia o un padecimiento que el Juez o Tribunal sentenciador deba valorar".

En este sentido, existen dos razonamientos que vienen a fundamentar el recurso interpuesto:

a) No consta a esta Representación Pública que obre en poder de este Tribunal la totalidad de comparecencias firmadas por el penado ante el Juzgado de Instrucción, aspecto que ha sido alegado por dicho penado pero que cuanto menos, tratándose de una circunstancia cuya valoración ha tenido como resultado la minoración de la pena privativa de libertad definitivamente impuesta en sentencia firme por este Tribunal, deberá estar documentalmente acreditado ya que una cosa es que la medida cautelar se haya impuesto y otra que el penado haya comparecido todas y cada una de las ocasiones en que debía ya que se han tenido en cuenta en su totalidad.

b) Al margen de lo anterior, el Ministerio Público ha de poner de relieve que habiéndose alegado por el penado un perjuicio genérico resultante del sólo hecho de cumplir con la obligación judicialmente impuesta de comparecer ante un Juzgado y firmar los días 1 y 15 de cada mes sin especificar si existieron padecimientos o inconvenientes de cierta entidad que justifican(sic) una consecuencia de tal magnitud como una rebaja de la pena de prisión impuesta y habiéndose dado por buenos tales argumentos por este Tribunal, parece evidente que los argumentos por este Tribunal, parece evidente que los

argumentos esgrimidos por el penado y aceptados por la Sala son predicables respecto de todos y cada uno de los penados que hayan sido condenados a penas privativas de libertad y hayan estado sujetos a la misma medida cautelar o incluso a medidas de mayor periodicidad aún cuando dicho perjuicio no haya sido alegado por los mismos, toda vez que no se ha exigido la concurrencia de elementos extraordinarios para valorar la existencia de tal perjuicio lo que podría suponer una revisión "de oficio" de todas y cada una de las liquidaciones de condena correspondientes a presos a disposición de este Tribunal y ello por ser un criterio que de mantenerse debe hacerse extensible a aquellos sometidos a penas privativas de libertad que no cabe hacer de peor condición.

c) A lo anterior debe añadirse que si acogiéramos la tesis de este Tribunal cabría extender la solicitud planteada a todas aquellas ocasiones en las que el penado ha sido llamada a comparecer ante órganos judiciales a los efectos que correspondiera (este es, para recibirle nuevamente declaración en calidad de imputado, para la práctica de diligencias de investigación o incluso para la celebración de juicio oral aún cuando éste no llegare a celebrarse por causa ajenas a la voluntad del penado), dando lugar al absurdo de tener que descontar de la pena impuesta el tiempo de que se ha privado al penado para posibilitar la propia tramitación de la causa."

Del anterior recurso se le dio traslado a la representación del penado, quien lo impugnó quedando la presente ejecutoria en poder del ponente, y tras la oportuna deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala"(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

"La Sala DISPONE - DESESTIMAR el recurso de súplica interpuesto por la representación del Ministerio fiscal contra el AUTO de 21 de enero de 2013, que se confirma en su integridad".

Tercero.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el **MINISTERIO FISCAL**, 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.- El **MINISTERIO FISCAL**, basa su recurso en un **único motivo de casación**:

Único.- Al amparo de los arts. 848 y 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, en relación con la aplicación indebida de los arts. 58.4 y 59 CP, en concordancia con el art. 4, párrafo segundo, de la ley de 17 de enero de 1901.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 14 de marzo de 2013, interesa de la Sala la estimación del recurso e insta a que deje sin efecto la compensación llevada a cabo por el Tribunal. La parte recurrida solicita la desestimación del mismo, debiéndose confirmar la resolución que ha sido objeto de impugnación.

Sexto.- Por providencia de fecha 15 de julio de 2013 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 y votación de la misma el día 12 de septiembre de 2013, acordando la Sala prorrogar el término para dictar sentencia en el presente recurso de casación hasta la celebración de Pleno no jurisdiccional que se llevó a cabo el día 19 de diciembre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación contra el auto de fecha 30 de enero de 2013, dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, por el que se estimó la petición del penado de proceder a compensar en parte la pena privativa de libertad impuesta al mismo con los días en que hubo de comparecer ante el Juzgado de instrucción para cumplir la obligación *apud acta* de comparecencia para garantizar la libertad provisional.

El Fiscal expone los fundamentos jurídicos que justificarían la procedencia del recurso e insta a que deje sin efecto la compensación llevada a cabo por el Tribunal *a quo*.

2.- Sobre la recurribilidad de la resolución cuestionada, en la STS 13 junio 2012 –dictada en el recurso de queja 20169/12- abordábamos el problema relacionado con la impugnación de este tipo de resoluciones y la cuestión referida a la vigencia de la centenaria ley de 1901, así como las implicaciones jurídicas derivadas de las sucesivas reformas del art. 58 del CP. Razonábamos entonces que la jurisprudencia de esta Sala “...ha reconocido la vigencia, al menos en sus aspectos procesales, de la ley de 17 de enero de 1901, sobre abono de la prisión preventiva, pronunciándose a favor de la admisión del recurso de casación cuando se trataba de resoluciones dictadas en ejecutorias de las que estuviera conociendo la Audiencia Provincial, ya que se trataba de autos de carácter definitivo. En esta línea, la STS 1449/1998, 27 de noviembre, apuntaba que conforme a lo dispuesto en el art. 848 de la LECrim, contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias solamente cabe el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, cuando ésta lo autorice de modo expreso. Si bien es cierto que en la LECrim no se autoriza expresamente que contra este tipo de autos dictados en ejecución de sentencia resolviendo sobre el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa pueda interponerse recurso de casación, también lo es que la referencia a la «ley» no se limita necesariamente a la ley de enjuiciamiento y en el caso actual el art. 4.º de la Ley de 17 enero 1901

(“las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”), autoriza la formulación del recurso, debiendo considerarse vigente dicha norma en lo que se refiere al ámbito procesal, habida cuenta de que el párrafo 6° del art. 849 mencionado en esa disposición equivale al actual párrafo 1° del mismo precepto, esto es, el error iuris como primero de los motivos de casación por infracción de ley.

Procedía, en consecuencia, la admisión del recurso de casación frente a esta clase de autos, siempre que hubieran sido dictados por las Audiencias, ya que tratándose de resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal lo procedente era la interposición de recurso de apelación ante la Audiencia, conforme al régimen general de recursos (arts. 787, 795 y concordantes de la LECrim).

Como puede apreciarse, la sentencia apuntada establece como presupuesto para la viabilidad del recurso que el auto haya sido dictado por una Audiencia, pues de lo contrario lo procedente sería el recurso de apelación. Tal criterio fue confirmado por varias sentencias ulteriores de la Sala Segunda, con la excepción de la STS 1812/2000, 22 de noviembre, que no se cuestionó la procedencia del recurso de casación y resolvió el interpuesto contra un auto denegatorio dictado por la Audiencia Provincial, en apelación respecto de una resolución previa recaída en la ejecutoria de la que conocía un Juzgado de lo Penal. La STS 808/2000, 11 de mayo, se pronunció expresamente a favor de la existencia de recurso de casación, al tratarse de la impugnación de una resolución dictada por la Audiencia Provincial, en ejecutoria conocida por este mismo órgano. La STS 1194/99, 14 de julio, afirmó que la recurribilidad de esa resolución “...es clara”, si bien también en este caso se trataba de la impugnación de un auto emanado de una Audiencia Provincial y, como tal, definitivo. Idéntico criterio inspiró la STS 926/1999, 4 de junio. Lo mismo puede decirse de las SSTS 1021/2005, 20 de septiembre, referida a un auto

dictado por la Audiencia Provincial de Vizcaya y de la STS 2394/2001, 18 de diciembre.

La LO 15/2003, 25 de noviembre –que entró en vigor el 1 de octubre de 2004- ha dado nueva redacción al art. 58 del CP, bifurcando el régimen competencial para resolver sobre el abono de la prisión preventiva con arreglo al siguiente criterio: a) aquella que haya sufrido el penado en la misma causa por la que ha resultado condenado, será abonable, en su caso, mediante resolución dictada por el Juez o Tribunal sentenciador; b) el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en la que fue acordada, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado.

El alcance de esta modificación sólo puede fijarse atendiendo a los términos de la reforma operada en materia de vigilancia penitenciaria por la disposición adicional 5ª de la LOPJ, introducida por la LO 5/2003, 27 de mayo, que dispone, en su apartado segundo, que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la calificación del penado”. Añade el apartado 3º que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario”. El apartado 6º señala que “...contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Y, por último, el apartado 7 establece que

“...contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”.

En consecuencia, de conformidad con ese nuevo régimen jurídico de impugnación, contra la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria declarando o no abonable un determinado período de prisión preventiva sufrido en causa distinta a la que se decretó, procederá el recurso de apelación ante el Tribunal sentenciador y, contra la decisión de éste, recurso de casación para la unificación de doctrina.

Esta novedad legislativa, sin embargo, no ha sido interpretada en los primeros momentos con la uniformidad que hubiera sido deseable. Así, la STS 70/2007, 31 de enero, admitió un recurso de casación común, promovido por el Ministerio Fiscal, contra la decisión de la Audiencia Provincial de La Coruña de dejar sin efecto la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria de no abonar en otra causa el período de prisión preventiva sufrido en un procedimiento en el que el penado había sido absuelto por prescripción del delito imputado. Se descartaba así la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria y se admitía la casación común con el argumento de que “...una interpretación sistemática de la norma, en cuanto el art. 988 de la LECrim, admite expresamente el recurso de casación contra las resoluciones judiciales sobre acumulación de condenas, y, en este sentido, es conforme también con el principio *<pro actione>* (art. 24.1 C.E) al tratarse de

una materia extraordinariamente sensible como, sin duda, lo es cuanto afecta al cumplimiento de las penas privativas de libertad”.

Con distinto enfoque, el ATS 12 febrero 2007 proclamó que “...esta Sala ha confirmado la vigencia, al menos en sus aspectos procesales, de la Ley 17.01.1901 , sobre abono de prisión preventiva en causas criminales (STS 1449/1998, 27 de noviembre; 808/2000 de 11 de mayo; 1194/99 de 14 de julio; 926/1999 de 4 de junio; 1021/2005 de 20 de septiembre y 2394/2001 de 18 de diciembre entre otras), la jurisprudencia citada se pronunció a favor de la existencia del recurso de casación al tratarse de resoluciones dictadas en ejecutorias de las que conocía la Audiencia Provincial, es decir, se trata de impugnación de autos emanados de la Audiencia Provincial y como tales definitivos, que no es el supuesto planteado de autos dictados en Apelación; no obstante a partir de octubre de 2004, la LO 15/2003 de 25 de noviembre atribuye la competencia para el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (art. 58.2 del Código Penal), es a partir de aquí, cuando cabe preguntarse si contra los autos dictados por las Audiencia Provinciales en apelación contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cabe tal recurso de casación ordinaria; con la entrada en vigor de la Disposición 5ª de la LOPJ apartado 7, de la LO 5/2003, de 27 de mayo , se establece que contra los autos de las Audiencia Provinciales y en su caso de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrá interponer el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo previsto en la LECrim para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. [...] Así las cosas, en materia de Vigilancia Penitenciaria el nuevo recurso para unificación de doctrina, deja sin efecto la casación ordinaria que aquella ley autorizaba para hacer valer el desacuerdo con la resolución que deniega el abono de prisión preventiva contra los autos definitivos de las Audiencias, supuestos no posibles, al conferir a los Jueces de Vigilancia la

competencia en esta materia y a las Audiencias la apelación contra sus resoluciones”.

(...) Entiende la Sala que esta segunda interpretación –que el propio Ministerio Fiscal considera ahora “...más correcta”- se ajusta mejor al significado de la reforma promovida en relación con esta materia. Conviene, sin embargo, hacer una precisión a la afirmación que, con vocación de generalidad, efectúa el auto de 12 de febrero de 2007, referida a la derogación sobrevenida, siempre y en todo caso, de la casación ordinaria que autorizaba la Ley de 1901. Y es que esa inédita vía de impugnación –recurso de unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria- no existirá en aquellos casos en los que sea el propio órgano sentenciador –no el Juez de Vigilancia Penitenciaria- el que resuelva sobre el abono de la prisión preventiva. Como quiera que el art. 58 del CP sigue manteniendo la competencia del Tribunal sentenciador para el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido en la misma causa en que se decretó, la eventual denegación por la Audiencia Provincial o Nacional, seguiría siendo recurrible en casación ordinaria con arreglo a la histórica Ley de 1901.

(...) El actual sistema de impugnación de las decisiones referidas al abono de la prisión preventiva, se acomodaría al siguiente esquema:

a) Cuando el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente haya de abonarse en la misma causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, la decisión del Juez de lo Penal (o Juez Central de lo Penal) será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), resolviendo así la impugnación sin ulterior recurso. Si la resolución cuestionada ha sido dictada por la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), en su condición de órgano sentenciador, el auto será recurrible en casación con arreglo a las previsiones de la Ley de 17 de enero de 1901.

b) Cuando se trate de abonar la prisión provisional en causa distinta a aquella en la que se hubiere decretado, la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional). Contra esta decisión cabrá interponer recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (arts. 58 CP, D.A 5ª LOPJ, apartado 7º y acuerdo de pleno no jurisdiccional 22 julio 2004)”.

En el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso, se trata de la impugnación de un auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, órgano sentenciador, referido la condena por un mismo delito, que dio respuesta al escrito entablado por el acusado José Gabriel Dorta Hernández, mediante el que se pedía el abono del tiempo sufrido en libertad provisional con obligación quincenal de comparecencias apud acta. Se dan, por tanto, todos los requisitos apuntados supra para la admisión a trámite del recurso. No es obstáculo a ello el hecho de que el Fiscal promoviera con carácter previo recurso de súplica contra la decisión inicial de la Audiencia, denegatoria de su petición de dejar sin efecto la compensación acordada.

Como recuerda el Fiscal, la STS, 677/2012, 18 de julio, proclamó que “...la primera cuestión que procede plantearse, de oficio, es si el auto en cuestión, dictado en súplica, es susceptible de impugnación casacional. Aunque de la redacción literal del art. 848 LECrim, en su inciso primero, pudiera «a priori» desprenderse que tal tipo de resoluciones no tienen prevista impugnación casacional (STS núm. 1115/2007 o AATS núm. 2336/2009, 749/2009, 502/2009 y 339/2009, entre otros muchos), en los últimos tiempos esta Sala viene admitiendo la recurribilidad en casación de una decisión adoptada en súplica cuando el auto, recaído en fase de ejecución de sentencia, tenga naturaleza decisoria por incidir en su fallo o bien en la ejecución de la pena a cumplir, como sucede en los casos de abono de prisión preventiva y de aplicación de los límites penológicos del art. 76 CP. Debe entonces entenderse sujeto a los

mismos recursos que la propia sentencia y, por ello, también al de casación (en esta misma línea, con cita de otras anteriores, SSTs 195/2011, de 14 de marzo, 695/2011, 18 de mayo, o 615/2012, de 10 de julio, que expone además los antecedentes remotos de esta posición jurisprudencial)". En similar sentido, se ha pronunciado la STS 195/2010, de 24 de febrero.

Ningún obstáculo detecta la Sala, por tanto, para afirmar la recurribilidad de la decisión impugnada por el Fiscal.

3.- En relación con el fondo de la impugnación, entiende el recurrente que el art. 58 del CP no permite abonar en la pena el tiempo de cumplimiento de las obligaciones de comparecencia de la libertad provisional, pues ni es prisión preventiva, como exige el número primero, ni medida cautelar que prive de derechos, como demanda el ordinal cuarto del mismo precepto. Así lo sugiere – sigue razonando el Fiscal- la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2004, que extiende el abono a las situaciones de prisión preventiva, detención, internamiento cautelar por causa penal, arresto del quebrado acordado en procedimientos concursales y prisión provisional atenuada del art. 508 de la LECrim, pero no extiende esa posibilidad del abono y compensación a las obligaciones de comparecencia de la libertad provisional. En el terreno puramente práctico, la tesis de la Audiencia –se aduce- favorecería la admisión de un criterio permisivo que conduciría a la necesidad de apreciar esa misma compensación en comparecencias del cualquier tipo, asistencias a juicio, cada vez más extensos en su desarrollo, citaciones para la práctica de pruebas sumariales, declaraciones repetidas en calidad de imputado o citaciones para ser objeto de pruebas de investigación, reconocimiento o pericia. Con cita de la jurisprudencia constitucional –que habría negado que la libertad provisional suponga una vulneración del derecho a la libre elección de residencia (STC 66/1989, 17 de abril) o, incluso, del derecho al honor (STC 85/1989, 10 mayo)- concluye el Fiscal que cuando la comparecencia se efectúa ante el Juzgado de la ciudad de residencia no quedaría quebrado ninguno de los derechos restringidos.

En definitiva, ni por la vía del art. 58 del CP, ni con amparo en el art. 59 del mismo texto –que autoriza la compensación heterogénea-, la decisión de la Audiencia Provincial estaría justificada.

La Sala, sin embargo, no se identifica con el criterio del Fiscal.

A) José Gabriel Dorta Hernández fue condenado mediante sentencia firme, dictada de conformidad con fecha 9 de julio de 2008, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como autor responsable de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP, a las penas de 3 años de prisión y multa de 3.000 euros, con responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de un día por cada 500 euros impagados, además de las penas accesorias correspondientes.

Mediante auto dictado por el Juez instructor, fechado el 25 de febrero de 2005, se acordó “...decretar la libertad provisional del detenido (...) con la sola obligación <apud acta> de comparecer ante ese Juzgado los días 1 y 15 de cada mes”.

Una vez firme la condena la defensa interesó la compensación de esa medida cautelar sufrida, reduciéndola del total de la pena impuesta. La Audiencia Provincial de Tenerife accedió a la petición mediante la resolución que es ahora objeto de recurso. En ella se consideró “...adecuada y proporcional a la aflicción padecida el compensar las treinta y seis comparecencias a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias, lo que totalizan 4 días a abonar al penado (al ser ajustado al alza y a favor del reo), debiendo en consecuencia procederse a una nueva liquidación que contemple tal abono de los 4 días”.

La Sala estima que la impugnación del Fiscal –con una argumentación expresiva del rigor técnico que anima todo el recurso- plantea una cuestión cuyo

desenlace no puede desvincularse de una idea previa que, como tal, condiciona el análisis y la respuesta a la tesis defendida en el recurso. En efecto, la dimensión jurídica de la obligación de comparecencia *apud acta* impuesta a José Gabriel Dorta, no puede ser examinada, en el momento de pronunciarnos acerca de la posibilidad de su abono en la liquidación definitiva de la condena, atendiendo exclusivamente al grado de aflicción que haya causado a aquél. La obligación de comparecencia *apud acta* es uno de los efectos asociados por la LECrim al estatus de libertad provisional del imputado (cfr. Art. 530 LECrim). Y precisamente por eso su condición de medida cautelar y, por tanto, de naturaleza restrictiva, encaminada a asegurar los fines del proceso, está siempre presente, con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella.

Que la libertad provisional con obligación de comparecencia es una medida cautelar es cuestión no controvertida en la dogmática. Es indudable que supone una intromisión en el ámbito de la libertad del imputado, si bien de efectos más limitados que la que es propia de la prisión provisional. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al señalar que *“...la libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art. 529), debiendo el inculpado prestar obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530)”* (STC 85/1989, 10 de mayo).

En consecuencia, el significado jurídico de esa obligación de comparecencia *apud acta* no puede ser analizado sin conexión con el estatuto

procesal que determina su adopción. El deber de comparecer es el efecto inmediato de la restricción de la libertad ínsita en la medida cautelar de libertad provisional. La Sala no puede aceptar que una libertad calificada como *provisional* no implique una restricción del valor constitucional proclamado en el art. 1 de la CE. La comparecencia *apud acta* no puede imponerse a un imputado cuya libertad no es objeto de medida cautelar alguna, sino a todo aquel “...*que hubiere de estar en libertad provisional*” (art. 530 LECrim). De acuerdo con esta idea, el grado de afectación que tal medida haya podido implicar respecto de otros derechos –por ejemplo, a la libertad de residencia- es cuestión que no altera la naturaleza ni el significado jurídico de la medida impuesta. La libertad está afectada porque a partir de la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas del imputado, es sólo *provisional* –nota ésta que acentúa su carácter de medida cautelar-, condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención a todo llamamiento judicial.

B) Argumenta el Fiscal, con cita de la STC 66/1989, 17 de abril, que la medida no comporta vulneración del derecho a la libre elección de residencia en aquellos casos en que la comparecencia se efectúa ante el Juzgado de la ciudad de residencia.

La falta de aceptación de este discurso es consecuencia de lo ya expuesto *supra*. La medida cautelar no muta su significado jurídico en función de las circunstancias personales del encausado. La libertad provisional, por sí, es una medida de naturaleza restrictiva, con independencia de que sus efectos sean más o menos intensos atendiendo a las circunstancias personales del afectado. El art. 530 de la LECrim no predefine un módulo cronológico para el cumplimiento de la obligación de comparecer. Ésta es exigible “...*en los días que le fueren señalados en el auto respectivo*”. Nada impide que el Juez instructor acuerde una frecuencia semanal, quincenal –como en el presente caso-, mensual, trimestral o incluso diaria. Carecería de sentido atribuir el carácter de medida restrictiva de la libertad a la que impone, por ejemplo, una comparecencia diaria

o semanal y negarla, sin embargo, para la que sólo obliga a hacer acto de presencia cada quince días. Cuestión distinta es que esa pauta de cumplimiento resulte decisiva para la determinación del quantum del abono en la liquidación de condena.

En suma, más que un problema relacionado con la incidencia que las sucesivas obligaciones de comparecer puedan llegar a tener en el derecho a la libre elección de residencia, debemos centrar nuestro análisis en la cuestión previa, esto es, en la limitación provisional de la libertad del imputado de la que se deriva aquella carga. Y ésta se produce por el solo hecho de la adopción de la medida cautelar, con independencia de que las circunstancias personales del imputado incrementen o debiliten el grado de aflicción derivado de su cumplimiento.

En consecuencia, el abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado, es un deber derivado de los principios que latan en la regulación de los arts. 58 y 59 del CP. La lectura de ambos preceptos evidencia el carácter imperativo de la previsión legal. Y el criterio de compensación ha de ser expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Esta Sala, con ocasión de la necesidad de atribuir eficacia jurídica a las dilaciones indebidas que hubieran afectado al procedimiento, tuvo oportunidad de razonar que *“...el legislador también ha reconocido una compensación destructiva, acordando eficacia a hechos posteriores que, sin provenir del autor del delito, sin embargo, adelantan una pérdida de derechos que es consecuencia del delito y del proceso al que éste da lugar. Así por ejemplo en el caso del art. 58 CP, en el que se ordenó abonar para el cumplimiento de la pena el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente. Lo mismo ocurre en el supuesto del art. 59 CP, en el que se dispone la compensación de la pérdida de derechos ya sufridos por las medidas cautelares mediante su abono en la pena, cuando*

ésta sea de naturaleza distinta de la pena impuesta. Es decir, que el legislador ha tenido en cuenta que la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el caso en el que, como consecuencia del delito, el Estado haya privado (legítimamente) al autor del mismo de derechos anticipadamente. Dado que la pena es, por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta” (SSTS 934/1999, 8 de junio -recaída en el recurso de casación núm. 1731/1998-, 283/2003, 24 de febrero, 391/2011, 20 de mayo, entre otras).

Admitida la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad resulta indispensable. Y, desde luego, el criterio proclamado en la sentencia recurrida puede considerarse ejemplar. Las comparecencias quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza.

4.- La decisión que ahora se acuerda es conforme al criterio expresado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre de 2013, en el que se proclamó que *“la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art.*

59 del Código Penal, atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

La Sala estima que el criterio de la compensación, además de su indudable apoyo en el significado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), tendrá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, por cuanto que contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. De otra parte, porque facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación.

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

5.- La desestimación del recurso, al ser recurrente el Ministerio Fiscal, conlleva la declaración de oficio de las costas procesales, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra el auto de fecha 21 de enero de 2003, confirmado en súplica por el de 30 de enero de 2013, dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, en el procedimiento de ejecución penal núm. 122/2008. Se declaran de oficio las costas procesales.

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

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón D. José Manuel Maza Martín D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Manuel Marchena Gómez D. Antonio del Moral García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:07/01/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Con el máximo respeto, expresamos nuestra discrepancia con el criterio asumido por la mayoría en esta sentencia, tal como ya hicimos en el curso del debate habido en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 19 de diciembre de 2013, sobre la misma cuestión, en el que se acordó: *“La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”*.

Pues entendemos que:

1º. Hasta el momento, la interpretación más generalizada de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, seguida muy mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales, sostenía que el contenido propio de una pena sufrida por el imputado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta. En consecuencia, la comparecencia apud acta no se compensaba en la pena. Últimamente no se ha aprobado norma alguna que aconseje un cambio de criterio.

2º. La Constitución no impone una interpretación de las normas de manera que, en todo caso, cualquier restricción de un derecho fundamental

acordada en la correspondiente ley en atención a intereses que en una sociedad democrática puedan considerarse prevalentes, deba encontrar una compensación de algún tipo, que en el ámbito del proceso penal debiera traducirse, cuando se trata del imputado, en alguna clase de efecto sobre la pena.

3º. No existiendo la necesidad de interpretar los preceptos de la ley de manera que no pudiera ignorarse una imposición constitucional con el referido contenido, el significado literal y sistemático de los artículos 58 y 59 del Código Penal vigente, no conduce a afirmar que cualquier restricción de un derecho del imputado acordada como medida cautelar, deba repercutir en forma de compensación en la pena en su caso impuesta. Al contrario, solo la prisión preventiva y las privaciones de derechos coincidentes con penas de esa clase (privativas de derechos), acordadas como medidas cautelares, pueden abonarse en la pena que se imponga, si son homogéneas respecto de la misma, o compensarse de forma racional, si no lo son. Precisamente, porque su contenido es el propio de una pena, el legislador ha previsto que la medida cautelar tenga efectos sobre aquella.

1. En cuanto al primer aspecto, la práctica mayoritaria de los órganos jurisdiccionales limitaba el abono o la compensación en la pena a los casos de medidas cautelares privativas de libertad o privativas de derechos, coincidentes pues, con la pena de prisión o con las penas privativas de derechos contempladas como tales en el CP. Ninguna norma impone ahora un cambio en ese criterio. En esas condiciones no deben ignorarse las consecuencias de un cambio como el que se sostiene la mayoría. Entre ellas, una incertidumbre interminable acerca del criterio de compensación, difícilmente reducible a reglas generales, máxime cuando la tesis ahora aprobada tras el Pleno puede extenderse a cualquier medida adoptada como cautelar durante el proceso.

2. En lo relativo al segundo punto, no existe en la CE un precepto que imponga tal compensación con carácter general. El desarrollo realizado por medio de ley orgánica de algunos aspectos de la convivencia democrática

contempla en ocasiones la posibilidad de restringir justificadamente en determinados casos los derechos fundamentales de los ciudadanos en atención a intereses prevalentes. Así ocurre, por citar un ejemplo, en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, en la que se contienen restricciones a la libertad individual que, siempre dentro de la proporcionalidad exigible e interpretadas y aplicadas las normas reguladoras con respeto a los principios constitucionales, se justifican en atención al interés público que la ley trata de salvaguardar.

De modo similar, desde la previsión constitucional del artículo 118 relativa a la obligación de colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso, resultan de la LECrim algunas obligaciones para imputados, testigos y peritos en cuya configuración no se contempla ninguna clase de compensación. Es claro que la ley podría establecerla, pero no lo hace, al menos de modo expreso. Entre ellas, las derivadas de la necesidad de mantenerse, en determinados momentos, por ejemplo, durante la celebración del juicio oral, en ocasiones de notable extensión temporal, a disposición de los tribunales, lo cual, aunque afecta a todos los mencionados, se presenta con especial intensidad cuando se trata del imputado. El que estas restricciones puedan calificarse como "cargas procesales" no justifica, en nuestra opinión, que se prescindiera de su significado material respecto de los derechos a los que afectan.

Naturalmente, como se dice más arriba, la ley hubiera podido regular esta materia de forma más generosa, de manera que las restricciones de derechos fundamentales individuales derivadas de la protección, aún preventiva, de intereses relevantes, encontraran alguna clase de compensación. Pero lo que aquí importa es que la Constitución no impone una regulación de esa clase. Y que, por lo tanto, la interpretación de los artículos 58 y 59 del CP no está condicionada por esa eventual imposición constitucional. No se sostiene aquí que la existencia de esas restricciones de derechos que aparecen en otros casos condicionen la interpretación de esos preceptos de la ley procesal. Lo que se afirma es que la Constitución no impone una determinada interpretación por la vía de obligar al respeto de un determinado resultado.

3. En lo que se refiere al tercer aspecto, el artículo 59 no puede ser interpretado de forma aislada, sino en relación con el que le precede y, ambos, en relación con el contenido del capítulo en el que se integran.

Así, el artículo 58 regula los supuestos de abono de lo cautelar en la pena impuesta, y se refiere, en un primer momento, al abono de la prisión preventiva en la pena privativa de libertad. La razón de establecer el “abono” es, evidentemente, la coincidencia entre el contenido afflictivo de ambas, pues la privación de libertad que se produce en ambos casos viene a tener un contenido muy similar, aunque sus razones y el mecanismo legal de su imposición sean muy diferentes.

Esta obligación de abonar lo ya sufrido como prisión preventiva en la pena de prisión a cumplir, se extiende en el apartado 4 del mismo artículo 58 a las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. De un lado, no se refiere a “medidas cautelares”, sino a “privaciones de derechos acordadas cautelarmente”. Y, de otro lado, debe entenderse que tampoco a cualquier privación de derechos, sino solo a las coincidentes con las penas privativas de derechos previstas en el Código, pues en otro caso el “abono” no sería posible.

En este aspecto conviene tener en cuenta, además, que este artículo 58 forma parte de la Sección 6ª, rubricada *Disposiciones comunes*, que forma parte de un capítulo rubricado a su vez “*De las penas, sus clases y efectos*”, y que entre esas penas, están, en la Sección 3ª, las penas privativas de derechos.

El artículo 59 dispone que en el caso de que las medidas cautelares sufridas no coincidan con la pena, y que por lo tanto no sea posible el abono, se procederá a una compensación racional. Pero, en realidad, si no se quiere prescindir del artículo precedente, la previsión del artículo 59 no se puede entender referida a cualesquiera medidas, sino solo a aquellas ya contempladas en aquel, (privación de libertad y privaciones de derechos, coincidentes en su contenido con la pena de prisión o con las penas privativas de derechos respectivamente, y, por lo tanto, susceptibles de abono).

En consecuencia, las interpretaciones literal y sistemática de los artículos 58 y 59, conducen a entender, en nuestra opinión, que, conforme al primero de ellos, solo pueden abonarse en la pena impuesta aquellas medidas cautelares cuyo contenido sea coincidente con ella. Así ocurre con la prisión preventiva, cuando se trata de pena de prisión; o con las privaciones de derechos acordadas cautelarmente cuando se trata de penas privativas de derechos (artículo 58.4). Parece de todo punto evidente que el *abono* de lo ya sufrido solo puede hacerse cuando el contenido de lo impuesto y el de lo que se va a cumplir sea coincidente.

De forma similar, cuando la prisión preventiva o la privación de derechos no coincida con la pena finalmente impuesta, resultando imposible el abono, deberá procederse a una compensación racional. De la interpretación conjunta de ambos preceptos se desprende que tal compensación solo es posible cuando se trate de la prisión preventiva, artículo 58.1 o de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente a las que se refiere el artículo 58.4, es decir, las que en algunos casos resultarían abonables, y por lo tanto, las que son coincidentes con penas privativas de derechos. Y no respecto de cualquier medida cautelar, si su contenido es diferente de la prisión preventiva o de las penas privativas de derechos.

En ambos preceptos, 58 y 59, el legislador ha previsto que aquello que tiene un contenido propio de una pena y que el imputado sufre en fase de instrucción como medida cautelar, pueda ser abonado o compensado en la que finalmente se impone. Pero no necesariamente que cualquier restricción de derechos derivada de la necesidad de asegurar el proceso repercuta en la pena impuesta.

En consecuencia, no me parece acertado establecer, con carácter general y extendiendo el significado de los términos empleados por la ley, que de los citados artículos 58 y 59 del CP se desprende que cualquier medida cautelar debe ser abonada o compensada en la pena.

4. Desde luego, no está en discusión que la libertad provisional del imputado sea una medida cautelar.

De la literalidad del artículo 530 de la LECrim se desprendería que, tras la imputación judicial, el imputado que hubiere de estar en libertad provisional constituirá obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados y además, cuantas veces fuera llamado. Parece, pues, de un lado, que la obligación apud acta es inherente a la situación de libertad provisional del imputado, (*constituirá*) como una manifestación de su situación procesal que le impone mantenerse a disposición del juez o tribunal, aunque naturalmente su intensidad variará según las circunstancias; y, de otro, que no solo se extiende a los días que fueran concretamente señalados, sino, además, a cualesquiera otros, de momento no precisados en la resolución que lo acuerda, en que fuera llamado. Y que, de concretarse, permitirían preguntarse si también serían acreedores de compensación.

La diferenciación entre medidas cautelares y cargas procesales es sin duda posible y justificada. Pero, como ya se adelantó, en el momento de valorar la compensación respecto del hecho de haber sufrido una restricción de derechos fundamentales en atención a intereses que puedan considerarse prevalentes en una sociedad democrática, no puede atenderse solo a los aspectos formales derivados de una clasificación o diferenciación dogmática, por muy justificada que esté desde otros aspectos, debiendo valorarse, también, el contenido material de unas y otras. Y, es claro que, respecto de las “cargas”, no está prevista en la ley ninguna compensación por la restricción de los derechos a los que afecten.

En definitiva, entendemos que el recurso del Ministerio Fiscal debió ser estimado.

Cándido Conde-Pumpido Tourón

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

PUBLICACION.- 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.