

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064187

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 377/2019, de 23 de julio de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10198/2019

SUMARIO:

Procedimiento penal. Medias cautelares restrictivas. Retirada de pasaporte. Compensación. Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional y como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art. 59 del Código Penal, atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.

Obviamente no son matemáticas. Habrá que atender a la naturaleza de medida y pena; a la incidencia de cada una en la esfera de derechos del sujeto; valorando su respectivo grado de afflictividad e incluso, eventualmente, circunstancias personales concretas que incidan en esos factores. No hay en principio obstáculo para proyectar igual doctrina a la retirada del pasaporte prevista en el art. 530 CP. Dicho artículo establece que: «El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá *apud acta* obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte».

El citado artículo debe ser puesto en relación con el art. 59 del CP, cuyo primer requisito para que opere su aplicación es que estemos ante una medida cautelar, y la libertad provisional con la imposición de las comparecencias *apud acta*, al igual que la retención del pasaporte, sin duda tienen esa condición. Cuando el art. 59 del C. Penal hace referencia a que «las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza», ha de entenderse que está contemplando el cómputo de las medidas cautelares en la ejecución de sentencia, ya se trate de medidas cautelares relativas a la libertad o a medidas relacionadas con penas privativas de otros derechos.

En el caso analizado, en el que se acuerda la libertad provisional con retirada de pasaporte, es claro que se estamos ante una medida cautelar restrictiva del derecho a la libertad, por lo que cabría la compensación aunque haya coincidencia en el tiempo, con las comparecencias *apud acta* y no supondría compensación de doble cómputo.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 59 y 76.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 530.

Constitución Española, art. 1.

PONENTE:

Doña Susana Polo García.

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don PABLO LLARENA CONDE

Doña SUSANA POLO GARCIA

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

RECURSO CASACION (P) núm.: 10198/2019 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 377/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10198/2019 P interpuesto por D. Samuel , representado por el procurador D. Carlos Gómez-Villaboa y Mandri, bajo la dirección letrada de D. Roberto García Bermejo, contra Auto de fecha 21 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , Servicio Común de Ejecutorias, que desestimó el recurso de súplica contra otro de fecha 20 de diciembre de 2018, desestimando la compensación respecto de los días de retirada del pasaporte, en la Ejecutoria 114/2016, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 2/2015, del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de Madrid.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 21 de febrero de 2019, la Audiencia Nacional, Sección Tercera , Servicio Común de Ejecutorias, dictó auto con los siguientes ANTECEDENTES DE HECHOS:

"PRIMERO. Por auto de fecha 20 de diciembre de 2018 se acuerda compensar las comparecencias quincenales efectuadas por el condenado Samuel a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias efectivamente verificadas, contabilizando un total de 3 días que deberán restarse a los días de prisión que le quedan por cumplir, en cambio se acuerda no haber lugar a compensar los días de retirada del pasaporte.

SEGUNDO. Con fecha 24 de diciembre de 2018 la representación del condenado interpuso recurso de súplica contra la citada resolución.

TERCERO. El Ministerio Fiscal en su informe de 16 de enero de 2019 impugna el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal del penado, reiterándose en su informe de fecha 26/11/18."

Segundo.

La Audiencia Nacional, Sección Tercera, dictó el siguiente pronunciamiento:

"PARTE DISPOSITIVA: DESESTIMAR el recurso de súplica interpuesto por la representación del procesado Samuel contra el auto de 20/12/18, desestimando la compensación respecto de los días de retirada del pasaporte."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Samuel 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.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Único. Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr , por aplicación errónea del art. 58 y 59 CP .

Quinto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del motivo articulado, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 11 de abril de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de casación se interpone por el penado Samuel contra el auto de 21 de febrero de 2019, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Sala Penal , Servicio común de Ejecutorias, en el que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra la resolución de fecha 20 de diciembre de 2018, que deniega la compensación interesada por el penado de la medida cautelar de retirada del pasaporte, a razón de un día de prisión por cada 30 días de retirada del mismo, y se acuerda la compensación de las comparecencias apud acta quincenales efectuadas por el penado, a razón de un día de prisión por cada 10 comparecencias efectivamente verificadas.

Segundo.

A través del único motivo del recurso, deducido al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia el recurrente que el Tribunal de instancia no ha compensado la medida cautelar de retirada de los pasaportes Español y Francés, al ostentar el penado la doble nacionalidad, que fue acordada por auto de fecha 11 de junio de 2015 por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, lo que supuso un evidente menoscabo de la libertad personal, dejando de viajar a Francia, Andorra o Panamá, lo cual hacía habitualmente, lo que le obligó a modificar su rutina cotidiana. Considera que tal decisión es contraria a lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal .

1. Como recuerda el Fiscal, la resolución impugnada si es susceptible de recurso de casación, aunque se trate del auto que resuelve un recurso de súplica, ya que 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 ".

2. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el artículo 59 del Código Penal dispone que cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

Esta Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el acuerdo en Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2013, en los términos siguientes: "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 afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado".

La sentencia de esta Sala 1045/2013, de 7 de marzo de 2014 , al respecto dice que: "En efecto, la dimensión jurídica de la obligación de comparecencia apud acta impuesta a Juan Ignacio , 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."

La citada sentencia concluye afirmando que "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."

El mismo criterio ha sido adoptado en las sentencias que se dictaron con posterioridad sobre el mismo tema (SSTS 758/2014, de 12-11 ; 52/2015, de 26-1 ; 151/2015, de 17-3 ; 224/2015, de 14-4 ; y 332/2015, de 3-6).

En concreto la sentencia 154/2015, de 17 de marzo , afirma que: "el art. 59 CP regula los casos de medidas cautelares heterogéneas con las penas efectivamente impuestas. Se confía al órgano judicial la realización de un juicio de equivalencia para reducir la pena en la parte que estime compensable con arreglo a criterios prudenciales. Obviamente no son matemáticas. Habrá que atender a la naturaleza de medida y pena; a la incidencia de cada una en la esfera de derechos del sujeto; valorando su respectivo grado de afflictividad e incluso, eventualmente, circunstancias personales concretas que incidan en esos factores. No caben reglas apriorísticas de generalizada aplicación.". Y, añade la sentencia que: "No hay en principio obstáculo para proyectar igual doctrina a la retirada del pasaporte prevista en el art. 530 CP ", refiriéndose al citado Acuerdo de Pleno sobre compensación de las comparecencias apud acta .

Criterio de proyección de la compensación a la medida cautelar de retirada de pasaporte que se ha mantenido por este Tribunal, entre otros, en el reciente Auto 1.481/2018, de 5 de diciembre .

3. El auto recurrido, con cita de la Jurisprudencia de esta Sala, si bien admite la posibilidad de compensación de la medida cautelar de privación del pasaporte, deniega la misma en este supuesto ya que entiende que no procede la compensación dado que supondría un doble cómputo al coincidir temporalmente la retirada del pasaporte y la obligación de comparecencia y, además, porque no alega la defensa en qué medida de restricción de libertad ha incidido en el penado quien ni siquiera ha solicitado autorización al Tribunal para salir de España.

Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 530 que establece: "El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren

señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte".

El citado artículo debe ser puesto en relación con el art. 59 del CP, cuyo primer requisito para que opere su aplicación es que estemos ante una medida cautelar, y la libertad provisional con la imposición de las comparecencias apud acta, al igual que la retención del pasaporte, sin duda tienen esa condición. En segundo lugar, es claro que el art. 59 del C. Penal se refiere a las medidas cautelares heterogéneas, es decir, aquellas que no coinciden literalmente con la prisión preventiva y las penas privativas de derechos impuestas en la sentencia. Y es que en los supuestos de coincidencia entre la pena y la medida cautelar estaríamos ante una medida cautelar homogénea que entrañaría el mero abono y no la compensación de la medida cautelar.

Cuando el art. 59 del C. Penal hace referencia a que "las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza", ha de entenderse que está contemplando el cómputo de las medidas cautelares en la ejecución de sentencia, ya se trate de medidas cautelares relativas a la libertad o a medidas relacionadas con penas privativas de otros derechos. Pues tanto unas como otras al operar cautelarmente deben ser consideradas medidas cautelares, dado que se acuerdan en una fase del procedimiento previa a la sentencia, tienen carácter provisional y se rigen en su imposición con arreglo a los criterios del "fumus boni iuris" y del "periculum in mora".

Los argumentos del auto recurrido no pueden acogerse en esta instancia. En el caso analizado, en el que se acuerda la libertad provisional con retirada de pasaporte, es claro que se estamos ante una medida cautelar restrictiva del derecho a la libertad, en concreto al derecho de circular libremente, y no compartimos lo argumentado en la resolución impugnada, en primer lugar, porque la citada medida ya tiene por sí sola un componente incuestionable de afflictividad o gravosidad para el imputado, sin necesidad de acreditar que el penado haya solicitado al Tribunal autorización para salir de España.

En segundo lugar, no comparte este Tribunal lo argumentado en el auto recurrido sobre que no procede la compensación dado que supondría un doble cómputo al coincidir temporalmente la retirada del pasaporte y la obligación de comparecencia, puesto que, como hemos indicado, estamos ante una medida cautelar heterogénea no solo con respecto a la prisión provisional, sino también en relación con la comparecencia apud acta, por lo que cabría la compensación aunque haya coincidencia en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre con las medidas homogéneas abonables, que si son coincidentes en un periodo temporal no lo serían.

Por tanto, admitida la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, los criterios de acerca del grado de afflictividad y falta de proporcionalidad que baraja la resolución recurrida, afectarían al cómputo de la compensación que le corresponde llevar a cabo al Tribunal de instancia, no a su procedencia, por lo que el mismo deberá fijar en días la citada compensación no con criterios exclusivamente matemáticos sino también teniendo en cuenta la intensidad que esa restricción haya conllevado para el penado.

El motivo debe ser estimado.

Tercero.

La estimación del recurso conlleva la declaración de oficio de las costas causadas, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar el recurso de casación nº 10198/2019 P interpuesto por infracción de ley, por la representación procesal de D. Samuel, contra Auto de fecha 21 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Servicio Común de Ejecutorias, que desestimó el recurso de súplica contra auto de fecha 20 de diciembre de 2018.

2º) Declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia, a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) NÚM.: 10198/2019 P

Ponente: Excma. Sra. D.^a Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2^a

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Pablo Llarena Conde
D.^a Susana Polo Garcia
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10198/2019 P interpuesto por D. Samuel , representado por el procurador D. Carlos Gómez-Villaboa y Mandri, bajo la dirección letrada de D. Roberto García Bermejo, contra Auto de fecha 21 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , Servicio Común de Ejecutorias, que desestimó el recurso de súplica contra otro de fecha 20 de diciembre de 2018, desestimando la compensación respecto de los días de retirada del pasaporte, en la Ejecutoria 114/2016, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 2/2015, del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de Madrid, que ha sido casado por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Susana Polo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se reproducen los Antecedentes del Auto de fecha 21 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , Servicio Común de Ejecutorias, Ejecutoria 114/2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

Segundo.

Que por las razones expresadas en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de casación, procede la estimación del recurso interpuesto por el penado, estableciendo la obligación de compensar, en la ejecutoria 114/2016, la medida cautelar de retención de pasaporte al penado Samuel , durante la tramitación de la causa.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Declaramos la obligación de compensar, en la ejecutoria 114/2016, la medida cautelar de retención de pasaporte al penado Samuel , durante la tramitación de la causa, computándose así por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Servicio Común de Ejecutorias, con arreglo a criterios de equidad y proporcionalidad, el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia, a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde
Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.