



Roj: **STS 3159/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3159**

Id Cendoj: **28079120012020100518**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2020**

Nº de Recurso: **10482/2019**

Nº de Resolución: **484/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3159/2020,**
AAP B 13472/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 484/2020

Fecha de sentencia: 01/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10482/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10482/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 484/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Carmen Lamela Díaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10482/2019 interpuesto por El Ministerio Fiscal, contra el auto dictado el 28 de mayo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Quinta, en el Rollo Sumario 9/2016, Rollo Ejecutoria número 102/2018 - 9 -FC. Ha sido parte recurrida Enrique , representando por la Procuradora Doña María Luisa LASARTE DÍAZ bajo la dirección letrada de DON IVÁN MENDIGUCHÍA MAGRO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, tramita la Ejecutoria 102/2018-9. FC, dimanante el Rollo Sumario 9/2016, con relación a Enrique , en la que con fecha 28 de mayo de 2019 se dictó auto en el que se contiene los siguientes ANTECEDENTES DE HECHOS

" (...) PRIMERO.- En la causa arriba referenciada, se dio traslado a la representación procesal del penado Enrique y al Ministerio Fiscal al objeto de que informaran sobre la inclusión en la liquidación de condena de la la compensación por las medidas cautelares de libertad provisional acordadas por el Juzgado instructor, en el sentido de UN DÍA de prisión por cada 10 comparecencias alud-acta, y UN DÍA de prisión por cada -30 días de retirada de pasaporte y prohibición de salir del territorio.

SEGUNDO.- La defensa del penado en autos ha evacuado el traslado conferido en el sentido de solicitar le sean abonados a su cliente un total de 56 días de prisión, de los que 10 días corresponden a 'las 92 comparecencias apud-acta efectuadas por su defendido durante el tiempo que estuvo en libertad provisional y 46 días, a los 3 años, 9 meses y 17 días transcurridos desde que se le retirara su pasaporte; y por su parte el Ministerio Fiscal ha emitido informe en el siguiente sentido: "Que no nos oponemos a que se computen las comparecencias en los términos propuestos sin embargo si nos oponemos a la compensación en cuanto a la retirada del pasaporte. Y ello porque desde la fecha de entrega del pasaporte 27 de marzo de 2015, no consta' no consta que ello le haya supuesto al Sr. Enrique perjuicio, molestia o padecimiento alguno documentado en la ejecutoria. El penado de nacionalidad española, y residente en nuestro país, concretamente en la ciudad de Tarrasa donde ha efectuado las comparecencias apud acta, no consta que haya precisado en ninguna ocasión la entrega de su pasaporte para la realización de ninguna gestión laboral, social o personal ni consta que lo haya solicitado para efectuar salida o viaje fuera del territorio nacional, por lo cual tal retirada le ha supuesto un nulo perjuicio.

Entendemos por ello que en el presente supuesto no cabría apreciar ningún módulo de equivalencia, pues no pudiendo acudir a criterios matemáticos de aplicación generalizada, en ausencia de ningún perjuicio en el desenvolvimiento de su esfera personal, social o laboral nos reiteramos en que no procede compensar día alguno de prisión con la retirada del pasaporte (...)".

SEGUNDO. - El auto de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"LA SALA ACUERDA:

1 0) Que se abone el tiempo de prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte impuesta, por Auto de fecha 26 de marzo de 2015, como medida cautelar en esta causa al penado Enrique a la pena de prisión impuesta, a razón de un día de prisión por cada mes de retención del pasaporte.

T) Compensar la medida cautelar de presentaciones mensuales acordada por el citado auto, consistente en la obligación de comparecer los días uno y quince de cada mes ante el Juzgado de guardia del domicilio del acusado, a razón de un día de abono por cada 10 comparecencias.

Y) Practiques liquidación de condena conforme a lo acordado en la presente resolución, de la que se dará vista a las partes por término de tres días. "

TERCERO. - Notificado el auto a las partes, el Ministerio Fiscal, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Ministerio Fiscal, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único. - Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 59 del Código Penal



QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación procesal de Enrique , en escrito de 19 de febrero de 2020, solicitó la oposición e impugnó de fondo el motivo e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron 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 30 de septiembre de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim) contra un auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se dispone abonar a la pena de prisión establecida en la sentencia el tiempo de prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte impuesto cautelarmente, a razón de un día de prisión por cada mes de retención del pasaporte.

Alega que para establecer la regla de compensación la Audiencia Provincial ha utilizado un argumento en sí contradictorio ya que se afirma que la compensación no debe aplicarse con automatismo y ha de valorarse si se produjo algún tipo de molestia o padecimiento al afectado y se sostiene al mismo tiempo que, impuesta la medida, se consolida una limitación de la libertad susceptible de compensación.

El Fiscal distingue entre la obligación de comparecencia y otras medidas cautelares privativas de derechos. La obligación de comparecencia periódica siempre conlleva una obligación de hacer y una limitación de la libertad personal y de ahí que la compensación sea obligada. En cambio en la retirada de pasaporte y prohibición de salida del territorio nacional u otras medidas cautelares privativas de derechos no hay una limitación de la libertad tan intensa, por lo que parece procedente que para su abono o compensación se acredite que en el caso concreto se ha producido un perjuicio o, al menos, un cierto grado de afflictividad. En apoyo de su tesis cita la STS 52/2015, de 26 de enero, en que no se aplicó la compensación a una medida de prohibición de aproximación a una Comisaría por ausencia de perjuicio alguno, y las SSTS 154/2015, de 17 de marzo, y 758/2014, de 12 de noviembre, y el ATS 1481/2018, de 5 de diciembre, en que la compensación se hizo porque la retirada de pasaporte causó algún tipo de perjuicio.

En este caso no consta que el interesado solicitara salir de España en ningún momento y tampoco que existiera una situación de necesidad de salida del territorio frustrada por consecuencia de la medida cautelar y se añade que, de aplicarse la compensación, se llevaría a cabo un doble cómputo al sobreponerse a la compensación por la obligación de comparecencia.

En el escrito impugnatorio se reiteran argumentos sobre la improcedencia de la compensación, asumiendo los razonamientos del voto particular formulado a la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014 y finaliza el recurrente señalando que, en caso de admitirse la compensación, no debería superar el máximo de abono contemplado para las comparecencias *apud acta*, de ahí que se formule como pretensión subsidiaria la compensación de un día de abono por cada año de retención de pasaporte.

SEGUNDO. - El recurso resucita una polémica que fue analizada por esta Sala a partir de 2013 y que dio lugar a reiterados pronunciamientos en los años sucesivos.

En efecto, la cuestión que se plantea por el Ministerio Público ya ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal y no procede replantear esta doctrina, tal y como se sugiere, con apoyo en el de un voto particular discrepante que se emitió en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014.

En esa sentencia esta Sala analizó en profundidad el problema y se pronunció de forma razonada sobre los criterios de abono o compensación de las medidas cautelares privativas de libertad o privativas de derechos. No hay razón alguna para revisar ese criterio.

Inicialmente se analizó la posibilidad de compensación en relación con la medida cautelar de comparecencia periódica *apud acta* y en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, celebrado el 19 de diciembre de 2013, se acordó 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"*.

Ese Acuerdo fue desarrollado en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, en la que se declaró la procedencia de la compensación declarando que "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).

También se indicó, precisando el contenido del Acuerdo no jurisdiccional, que la compensación procedía aunque no se acreditara un perjuicio concreto, ya que esa clase de medida cautelar siempre constituye una restricción a la libertad con independencia de la intensidad que conlleve para el afectado (En igual sentido se pronunció, entre otras, la STS 332/2015, de 3 de junio).

En la STS 52/2015, de 26 de enero, se dijo que la compensación no era una opción facultativa del tribunal, ya que la literalidad del artículo 59 del Código Penal no lo permite al utilizar el término "ordenará", precisando que "(...) la expresión contenida en el Acuerdo del Pleno de esta Sala acerca de que la medida de obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial " puede " ser compensada no debe ser interpretada como una inaceptable degradación hacia lo facultativo de lo que la norma legal considera obligatorio, sino tan sólo como la expresión de que la compensación ha de hacerse no de manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de aflictividad de dicha medida impuesta (...)".

Por lo tanto, se consolidó el criterio de que en caso de comparecencias periódicas acordadas cautelarmente era obligado proceder a la compensación sin necesidad de acreditar que el cumplimiento de la medida cautelar hubiera causado en el penado un concreto grado de aflictividad, circunstancia esta última que, no obstante, debía tomarse en consideración para aplicar la regla de compensación.

La justificación de este pronunciamiento encuentra su apoyo no sólo en la significación constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 CE), sino en sus efectos beneficiosos para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, contribuye a eliminar la aplicación rutinaria de medidas cautelares restrictivas de la libertad, no siempre necesarias, y, de otra parte, tiene un efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el investigado de esas medidas conlleva la expectativa favorable de su futura compensación.

TERCERO. - Este cuerpo doctrinal, inicialmente pensado para la medida cautelar de obligación de comparecencia periódica, se ha extendido también a la retención del pasaporte.

El Tribunal Constitucional, en su STC 169/2001, de 16 de julio, señaló que la retirada de pasaporte constituye una restricción a la libertad personal y no es otra cosa que una libertad provisional condicionada a permanecer en España a disposición de la autoridad judicial.

El máximo intérprete constitucional señaló que la retención del pasaporte, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, supone una afección del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 CE) que precisa de la correspondiente habilitación legal (artículo 53.1 CE), razón por la que en aquella sentencia se otorgó amparo por considerar que en aquellas fechas no existía habilitación legal suficiente para acordar la retención del pasaporte. Conviene recordar que la restricción de derechos fundamentales requiere necesariamente habilitación legal (artículo 53.1 CE).

La deficiencia legal advertida por el Tribunal Constitucional fue solventada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, que permitió la posibilidad de retención del pasaporte como medida de garantía de la libertad provisional, mediante resolución judicial motivada.

Por su parte, esta Sala ya dijo en la STS 154/2015, de 17 de marzo que no había, en principio, ningún obstáculo para proyectar la doctrina sobre la compensación de la obligación de comparecer a la retención del pasaporte, indicando que la compensación requería un juicio de equivalencia en el que se había de atender "a la naturaleza de la medida y de la pena y a la incidencia de cada una en la esfera del sujeto, valorando su grado de aflictividad", concluyendo que "no caben reglas apriorísticas de generalizada aplicación". En aquel caso se consideró razonable un módulo de equivalencia de un día por cada mes de privación de libertad, si bien se reconoció en la sentencia que el afectado tenía un negocio en el extranjero que hubo de atender a través de terceras personas.

Este criterio se ha mantenido con posterioridad y, así, en la STS 443/2019, de 2 de octubre, declaramos la obligación de compensar con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella. En esta sentencia se acordó la procedencia de la compensación incluso del tiempo transcurrido por consecuencia de una petición de indulto, ya que esa petición constituye el legítimo ejercicio de una facultad legal y durante su tramitación estuvo vigente la medida cautelar.

En la STS 377/2019, de 23 de julio, indicamos que para establecer la compensación no es necesario que quien la solicite justifique en qué medida esa restricción le ha afectado o que haya solicitado autorización para salir de España y le haya sido denegada, ya que la retención del pasaporte tiene por sí sola un componente incuestionable de aflictividad y gravosidad.



Al igual que ocurre en este caso, en el recurso se alegó que, si la retención del pasaporte coincidía en el tiempo con la obligación de comparecencia *apud acta*, la compensación produciría un indeseable doble cómputo y se rechazó semejante planteamiento argumentando que la retención del pasaporte es una medida cautelar heterogénea no sólo respecto de la prisión, sino también de la obligación de comparecer, por lo que cabía la compensación, aunque hubiera coincidencia temporal de ambas medidas.

Por último, en la STS 584/2019, de 27 de noviembre, se matizó este último criterio señalando que no era procedente la compensación en aquellos casos en que "(...) pueda sostenerse que la obligación *apud acta* implica ya la imposibilidad de salir del territorio nacional, cuando para ello fuera necesario el pasaporte. En ese caso, la retirada del pasaporte operaría solamente como garantía del cumplimiento, sin añadir ninguna otra restricción a la libertad que deba ser compensada. Pero si no es así, es decir, en la medida en que la retirada del pasaporte suponga un incremento de las restricciones a la libertad de movimientos, deberá procederse a su compensación (...)".

CUARTO. - Partiendo de este breve repaso del desarrollo doctrinal de esta cuestión, procede proyectar su doctrina a las concretas circunstancias de este caso.

En este proceso se han adoptado dos medidas cautelares distintas que conllevan restricciones a la libertad deambulatoria también diferentes, la obligación de comparecencia periódica y la prohibición de salida al extranjero utilizando pasaporte. Hay coincidencia temporal de ambas cautelas pero diferente restricción de la libertad personal por lo que la compensación diferenciada de ambas no supone doble cómputo de una misma restricción.

Por otra parte, y según ha reiterado esta Sala, no es preciso acreditar un grado de aflictividad concreto ya que la propia imposición de la medida lleva ínsita una restricción a la libertad, sin perjuicio de que en caso de que se acredite una aflictividad específica deba considerarse a la hora de establecer el módulo de compensación. Por tanto, procede la compensación, conforme a lo prevenido en el artículo 59 del Código Penal.

En relación con el criterio de cómputo, es cuestión que debe apreciarse por el tribunal a quien corresponda la competencia de ejecución y sólo puede ser corregido por este tribunal en caso de manifiesta desproporción.

El Ministerio Fiscal alega en su escrito impugnatorio que la compensación no debería superar el máximo de abono contemplado para las comparecencias *apud acta*, formulándose como pretensión subsidiaria la compensación de un día de abono por cada año de retención de pasaporte.

Para dar respuesta a este alegato conviene recordar que la obligación positiva de comparecer en un determinado lugar de forma periódica supone, de ordinario, una restricción de la libertad deambulatoria de mayor intensidad que la prohibición de salida del territorio nacional con retención del pasaporte. Sin embargo, puede ocurrir que esta medida cautelar origine unos inconvenientes laborales o de otro orden de singular relevancia por lo que, como ya se dijo en alguna de las sentencias citadas, no caben apriorismos y el juicio de ponderación que corresponde al juez o tribunal competente ha de encontrar la solución más razonable.

No obstante, es también razonable que los tribunales tiendan a establecer criterios estandarizados cuando no se acrediten unos perjuicios o molestias singulares, para dar un tratamiento igual a situaciones que no guardan entre sí deferencia alguna. En esa dirección en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, consideramos razonable y equilibrado el criterio de compensar 1 día de prisión por cada 10 días de comparecencia *apud acta*.

Teniendo en cuenta que las comparecencias suelen ser quincenales ese criterio de cálculo conlleva una limitación de movimientos durante un periodo de 5 meses. Siguiendo la misma proporción y ponderando la menor restricción que esta cautela supone, parece razonable un módulo de compensación de 1 día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte o de prohibición de salida de España, insistiendo en que no se trata de un criterio cerrado ya que si se acreditan perjuicios singulares, habrán de ser tomados en consideración para efectuar la compensación que en cada caso se estime procedente.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado parcialmente.

QUINTO. - Conforme al artículo 901 de la LECrim se declaran de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

FALLO

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

1.º **Estimar parcialmente** el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto de 28 de mayo de 2019 dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, casando y anulando dicha resolución que será sustituida por otra más conforme a derecho.



2.º Se declaran de oficio las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) núm.: 10482/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto ha visto recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto dictado el 28 de mayo de 2019 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que ha sido casado y anulado, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la misma presidencia, dictan esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes y fundamentos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. -Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho del auto de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación procede compensar la prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte impuesta al penado Enrique como medida cautelar y mediante auto de 26/03/15, a razón de un día de prisión por cada seis meses (o fracción) de retención del pasaporte, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la resolución impugnada.

FALLO

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

Primero. - Procede el abono del tiempo de prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte impuesta al penado Enrique como medida cautelar y mediante auto de 26/03/15, a razón de un día de prisión por cada seis meses (o fracción) de retención del pasaporte.

Segundo. - Se mantienen los restantes pronunciamientos del auto impugnado.



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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ