

Roj: STS 2364/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2364
Id Cendoj: 28079120012015100308

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10117/2015

Nº de Resolución: 332/2015

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ANA MARIA FERRER GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del condenado **Pedro Enrique** contra Auto de fecha 9 de enero de 2015 de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª; dictado en la Ejecutoria núm. 50/2014; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz-Vera Gómez Trelles y defendido por el Letrado D. Ignacio Ayala Gómez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga en la Ejecutoria núm. 50/2014 contra el penado **Pedro Enrique**, dictó Auto de fecha 9 de enero de 2015, cuyos **HECHO S** son los siguientes:

PRIMERO. - Con fecha 05/12/2014 se dictó por este Tribunal auto en el cual se acordó desestimar la solicitud efectuada al amparo de los artículos 58 y 59 del Código Penal por la representación procesal del penado Pedro Enrique, a fin de que a éste le fuera abonado al cumplimiento de la pena de prisión el tiempo durante el cual cumplió con la obligación impuesta conforme al artículo 530 de la LECrim.

SEGUNDO.- Dado el oportuno traslado al Ministerio Fiscal, por éste se ha informado en el sentido que consta en autos.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial dictó en el citado Auto la siguiente **Parte dispositiva**:

En atención a lo expuesto, la SALA ACUERDA:

La DESESTIMACIÓN del RECURSO DE SÚPLICA formulado por la representación procesal del penado Pedro Enrique contra el auto dictado por esta Sala con fecha 05/12/2014, a cuyo contenido habrá de estarse.

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del penado **Pedro Enrique**, contra el mencionado Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, que se tuvo 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.- El recurso de casación formulado por la representación legal del condenado Pedro Enrique, se basó en los siguientes **MOTIVO DE CASACIÓN**:

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, en especial, del art. 59 del CP.

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del art. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular, del art. 14 de la CE.

QUINTO .- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación de los motivos interpuestos en su informe de fecha 16 de marzo de 2015; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 20 de Mayo de 2015, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga dictó auto el 9 de enero de 2015 en la ejecutoria 50/2014, por el que se desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el anterior, de fecha 5 de diciembre de 2014, que acordó no abonar al cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Pedro Enrique , el tiempo durante el cual cumplió con la obligación impuesta conforme al artículo 530 LECrim .

Contra esa resolución se interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve, a cuya estimación se opuso el Fiscal.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1 LECrim denuncia la inaplicación del artículo 59 CP ; y el segundo, al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ , vulneración del artículo 14 CE .

Entiende el recurrente que, conforme a la más reciente y ya reiterada doctrina de esta Sala, procede la compensación en la pena de prisión que le ha sido impuesta, de la restricción de su libertad sufrida a consecuencia de los siete años durante los que ha cumplido la medida cautelar de comparecencia apud acta que le fue impuesta durante la tramitación de la causa.

El artículo 58 CP ordena el abono para el cumplimiento de la pena ulteriormente impuesta, de las medidas cautelares homogéneas con la sanción a cumplir, bien se trate de la privación preventiva de libertad o de la del ejercicio de determinados derechos. Y como complemento suyo, el artículo 59, precepto que se designa como infringido por la resolución que se recurre, literalmente dice: "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".

Dicha norma, en concreto respecto de la obligación de presentaciones "apud acta", fue interpretada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 19 de Diciembre de 2013, en el sentido de que "... la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional, y como tal medida puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado". Y son ya varias las sentencias de esta Sala que lo han aplicado tras la inicial STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014 que lo desarrolló (SSTS 888/2014 de 12 de noviembre ; 888/2014 de 23 de diciembre ó 52/2015 de 26 de enero).

TERCERO.- La libertad provisional con obligación de comparecencia es una medida cautelar que supone la intromisión en el ámbito de la libertad del imputado, de efectos más limitados que la prisión provisional. Así 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 de 10 de mayo).

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 (STC 169/2001 de 16 de julio). 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).

La naturaleza de la medida cautelar no cambia 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, dijo la STS 1045/2013 . Esta es exigible "...en los días que le fueren señalados en el auto respectivo". Nada impide

que el Juez instructor acuerde una frecuencia semanal, quincenal, mensual, trimestral o diaria, todo ello en relación a los fines que persigue.

Incluso, añadimos ahora, ningún impedimento existe para que, en el marco del artículo 530, no se fije la obligación de una comparecencia periódica, limitándose a exigir la obligación de comparecer del imputado cuando fuere llamado. Ya hemos dicho que la libertad provisional con obligación de comparecer es una medida cautelar, y como tal orientada al cumplimiento de los fines que le son propios. De ahí que si las comparecencias en días determinados no se consideran necesarias o útiles para el cumplimiento de aquellos, en particular para el que le es específico, garantizar la sujeción del imputado al proceso, carece de sentido su automática imposición. En todo caso es necesario un ejercicio de ponderación en orden a valorar la necesidad de la medida, y su extensión.

Una vez impuesta la obligación y constatado su cumplimiento, se consolida ya una limitación provisional de libertad de la que deriva un gravamen susceptible de ser compensado, con independencia de que las circunstancias personales del imputado incrementen o debiliten el grado de aflicción derivado de su cumplimiento. Pues, como recuerdan las SSTs 1045/2013 y 888/2014, "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 de 8 de junio ; 283/2003 de 24 de febrero y 391/2011 de 20 de mayo , entre otras)."

Por ello no podemos acoger los argumentos tanto de la Sala de instancia como del Fiscal, quienes han rechazado la compensación al no haberse acreditado la existencia de un especial grado de aflicción a consecuencia del cumplimiento de la medida impuesta. La aflicción se produce por efecto directo de la limitación de libertad, es decir una vez constatado el cumplimiento de la medida acordada, sin perjuicio de que se concrete la intensidad de la misma en relación a las pautas de cumplimiento marcadas y las especiales circunstancias del afectado.

En palabras de la STS 52/2015, no puede pretenderse que la aplicación del artículo 59 del CP tenga un carácter facultativo, ya que su literalidad no lo permite al afirmar categóricamente que "El Juez o Tribunal ordenará..." el abono de la medida respecto de la pena en aquello que se estime compensado. Con lo 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 afflictividad de dicha medida impuesta. Otra interpretación, por contravenir los términos claros de la norma legal, resultaría inaceptable y, por supuesto, siempre subordinada al contenido del precepto interpretado.

En atención a lo expuesto el recurso ha de prosperar, por estimación del primero de los motivos planteados, y no por el segundo de ellos.

CUARTO.- La doctrina tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de igualdad ante la Ley protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial e impidiendo que no se trate de los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. Sin embargo ello no puede suponer dotar a la jurisprudencia en el orden penal, de un carácter vinculante del que carece.

En la actual configuración de la casación penal la "doctrina legal" entendida como la jurisprudencia homogénea no contradictoria, no constituye fundamento de acceso al recurso. Y son precisamente las decisiones discrepantes o innovadoras de los Tribunales que resuelven en la instancia, las que operan como motor de cambio y renovación de la misma.

En este caso no puede considerarse arbitraria la decisión de la Sala sentenciadora, que no sólo muestra su disconformidad con el acuerdo mayoritario citado, y, hasta el momento en que se dictó la misma, únicamente refrendado en dos sentencias de esta Sala (SSTS 1045/2013 de 7 de enero de 2014 y 758/2014 de 12 de noviembre), sino que además realiza su particular interpretación de aquél, suscitando cuestiones que se han ido perfilando en resoluciones posteriores de esta Sala y que suponen la consolidación de esta novedosa doctrina.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , procede declarar de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Estimar el recurso interpuesto por Pedro Enrique y dejar sin efecto el auto de 5 de diciembre de 2014 y el de 9 de enero de 2015 que lo confirma, dictados por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga en la ejecutoria 50/2014, anulando y dejando sin efecto el mismo y declarando de oficio las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil quince.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, en la Ejecutoria 50/14, se dictó auto de fecha 9 de enero de 2015 , que ha sido casado y anulado por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia de la Excm. Sra. Dña. Ana Maria Ferrer Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en la sentencia que antecede, procede acordar el abono de las presentaciones periódicas cumplidas como medida cautelar por el condenado en su día por la Audiencia a la pena privativa de libertad impuesta, compensándolas adecuadamente de acuerdo con el criterio que al respecto establezca el Tribunal de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos la obligación de abono de la medida cautelar impuesta de obligación de comparecencias apud acta periódicas ante el órgano judicial respecto de la pena privativa de libertad impuesta al condenado, Pedro Enrique , en la Ejecutoria 50/2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, pena que se entenderá por esta razón cumplida en aquella parte que dicha Sección estime compensada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Ana Maria Ferrer Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.