

COMPENSACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CON PENAS DE DISTINTA NATURALEZA (ART. 59 CÓDIGO PENAL)¹

Fernando de la Fuente Honrubia

Doctor en Derecho - Magistrado

Ex Profesor Asociado Derecho Penal Universidad de Alcalá

Profesor Asociado Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Sumario.- I. Contenido del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2012. II. Punto de partida: Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal). Aspectos generales y desarrollo jurisprudencial. III. La compensación de la medida cautelar de libertad provisional con obligación de comparecencia apud acta, con penas de distinta naturaleza. 1. Génesis del acuerdo y desarrollo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2. El grado de aflicción de la medida como criterio valorativo de aceptación de la compensación. Alcance y elementos que pueden integrarlo. 3. Propuesta de criterios de conversión. IV. Conclusiones.

I. Contenido del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2012.

Con fecha de 19 de diciembre de 2013, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprobó el siguiente Acuerdo:

“Primer asunto: Interpretación de los artículos 58 y 59 del Código Penal en relación a la abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional.

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 aflicción que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.”

II. Punto de partida: Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal). Aspectos generales y desarrollo jurisprudencial.

1. Catálogo de medidas cautelares:

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 se estime compensada.”*

¹ Texto escrito en coautoría con la Sra. Dña. María Jesús Muñoz Company, Abogada Fiscal Sustituta de la Audiencia Provincial de Alicante.

En este precepto penal se recoge el abono de todas las medidas cautelares (incluidas las privativas de libertad) con penas de distinta naturaleza. El análisis del mismo está directamente relacionado con el artículo 58 del mismo texto legal, reformado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio².

Para poder estudiar las compensaciones de las medidas cautelares, hemos de analizar en primer lugar, qué se entiende por medida cautelar y cuáles son las medidas cautelares que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico. En el proceso penal, es necesaria la adopción de determinadas medidas para garantizar el buen desarrollo del mismo y la presencia del imputado a disposición tanto del juez de instrucción como del órgano de enjuiciamiento, y estas medidas son las denominadas cautelares. Pueden tener naturaleza personal o real. Dentro de las primeras se encuentran la citación, la detención, la prisión provisional, la libertad provisional, la prohibición de aproximación a la víctima, la prohibición de comunicación con ella, la suspensión de la tenencia y porte de armas y la suspensión del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; y tienen por objeto asegurar la presencia del inculcado en todo el desarrollo del proceso, o en su caso, evitar la continuidad delictiva y en su caso la protección de la víctima. Dentro de las segundas, podemos destacar la fianza, el embargo, y la responsabilidad civil de terceras personas, siendo el objeto de todas ellas, conservar los efectos del delito y asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de aquel.

Haciendo un breve análisis de las distintas medidas cautelares personales que hemos enumerado, comenzaremos por la citación, que supone una constricción de la libertad personal, recogida en los artículos 486 a 488 de la Ley de Enjuiciamiento

² Artículo 58:

“1.- El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2.- El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que depende el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3.- Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4.- Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”

Criminal, cuando dispone que a toda persona a la que se impute un acto punible deberá citársela para ser oída, y, en el caso de que no compareciere sin justificar causa justa para ello, la orden de comparecencia se podrá tornar en orden de detención.

La detención es la privación de libertad de una persona para ponerla a disposición judicial, siempre en los casos determinados legalmente y por el tiempo establecido. El artículo 17 de la Constitución Española limita ese tiempo a las 72 horas³, y establece los requisitos indispensables para la práctica conforme a la ley de esta medida cautelar. La Ley de Enjuiciamiento Criminal la regula en los artículos 489 y siguientes, indicando los supuestos en los que se puede detener a una persona; quiénes están obligadas a practicar una detención y en qué supuestos; personas que gozan de inmunidad; y, los derechos que tiene toda persona detenida (artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La prisión provisional consiste en la privación de libertad de una persona cuando conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de ser constitutivos de un delito sancionado con pena privativa de libertad igual o superior a los dos años de prisión, siempre y cuando su adopción sea objetivamente necesaria y no existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales se pueda alcanzar alguno de los fines perseguidos con la adopción de esta medida excepcional (artículos 502 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es necesario que existan motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona frente a la que se va a dictar el auto de prisión provisional. Y, es necesario también que en dicha resolución judicial se motive dicha adopción, en base al cumplimiento de los fines que se persiguen al acordar dicha medida cautelar. Los fines vienen recogidos en el artículo 503, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y son: asegurar la presencia del imputado en el proceso por inferirse

³ Artículo 17: “1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2.- *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

3.- *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

4.- *La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.*

racionalmente que existe un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento de los hechos y evitar que el imputado pudiera actuar contra los bienes jurídicos de la víctima. En el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se recoge el plazo máximo de esta medida, que siempre será el imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que hemos enumerado; pero, en todo caso, no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena igual o inferior a los tres años de prisión; o, de dos años, si la pena privativa de libertad señalada fuera superior a los tres años. Se contempla la posibilidad de prorrogar este plazo por dos años más o por seis meses, dependiendo de la pena que se pudiera imponer por el delito cometido, siempre que concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en los plazos establecidos.

La detención y la prisión provisional se compensan con la pena de prisión, al ser de la misma naturaleza, en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal.

En lo que a este trabajo interesa, es de recordar que la libertad provisional es una restricción de la libertad del imputado, por la que se condiciona esta última al cumplimiento de una serie de obligaciones que operan como garantía de su presencia cuando fuere llamado por la autoridad judicial o de la ejecución de la sentencia. Estas obligaciones pueden ser la prestación de una fianza acorde con la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del imputado, y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para estar fuera del alcance de la autoridad judicial (artículo 528 y 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). O bien, la obligación de comparecer apud acta en los días que fueren señalados en el auto respectivo, y cuantas veces fuere llamado por la autoridad judicial que estuviere conociendo de la causa (artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La compensación de esta medida cautelar es el objeto del presente artículo, por lo que lo trataremos en los siguientes epígrafes.

El artículo 529 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez que estuviere conociendo de un delito contra la seguridad vial, para acordar de forma discrecional, la medida cautelar de prohibición de usar el permiso de conducción, en aquellos casos en los que se decreta el procesamiento de una persona autorizada para

conducir vehículos a motor y ciclomotores por delito cometido con motivo de la circulación, si este fuere a estar en libertad. La autoridad judicial ordenará recoger e incorporar al procedimiento el documento en que conste el citado permiso. La compensación de esta medida con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores es admitida en la práctica por los órganos judiciales a los que les compete realizarla, no sin complicaciones como más adelante analizaremos.

La prohibición de aproximación y comunicación con las víctimas de los delitos cometidos por el imputado, o con los familiares de aquellas que se considere oportuno por parte de la autoridad judicial, se encuentran reguladas en el artículo 48 del Código Penal y tienen un evidente carácter preventivo, en el sentido de evitar la posible comisión de nuevos delitos relacionados con las mismas personas, y evitar también, en la medida de lo posible, los perjuicios que se pueden derivar para las víctimas como consecuencia de su relación personal con el imputado. Estas medidas, que habrán de ser acordadas como todas las anteriores, en resolución judicial suficientemente motivada, en la que se establezca el límite temporal y espacial de forma clara para mayor garantía de cumplimiento por el imputado, y de protección para las víctimas, se pueden compensar con las penas de prohibición de aproximación y de comunicación, por ser de la misma naturaleza, y así habrá de hacerse constar en la correspondiente liquidación de condena.

La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas también es una medida cautelar que puede ser acordada de forma motivada por la autoridad judicial, en aquellos supuestos en los que se acredite que el imputado posee armas y que su utilización pudiera poner en peligro a los perjudicados por el delito supuestamente cometido por aquel. La compensación de esta medida cautelar con la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas es admitida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 citado.

2. Compensación de medidas cautelares con penas de igual naturaleza. Equivalencias.

Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, las medidas cautelares de prisión provisional y de detención, se compensan con la pena de prisión impuesta en sentencia, al ser de la misma naturaleza. Un día de detención o de prisión preventiva se abonará por un día de la pena de prisión a la que haya sido condenado el penado. De conformidad con

lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal, el abono se hará primero en la pena o penas cuyo contenido se corresponda menor con la medida cautelar, como ocurre en este supuesto, pero empezando siempre por las impuestas en la misma causa. El abono de la prisión provisional se hará por ese orden en la misma causa, y sólo después, en su totalidad o por el resto, en otra causa distinta.⁴ No se permite que un mismo período de privación de libertad se pueda abonar en más de una causa, y ello desde la nueva redacción dada a este párrafo del artículo 58 por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, que lo añadió, como consecuencia de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales que había motivado la anterior redacción del precepto.

Estas mismas reglas son de aplicación respecto de las privaciones de derechos que se acordaren como medidas cautelares, según dispone el artículo 58, 4º del Código Penal, por lo que un día de prohibición de aproximación y de comunicación se compensarán con uno de pena de prohibición de aproximación, o de prohibición de comunicación, respectivamente. La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas, se compensará de igual forma con la condena a la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, un día de la primera por un día de la segunda.

Un supuesto controvertido por haber generado diversidad de opiniones entre los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal, ha sido el de la posible compensación de los días de privación cautelar del permiso de conducción realizada por la policía con motivo de la comisión de un delito contra la seguridad vial, en la liquidación de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La Fiscalía conforme a las instrucciones emanadas por la Fiscalía Especialista en Seguridad Vial entendía que no estamos ante una medida cautelar judicial (la privación del permiso de conducir por la policía local), y que no supone una privación del ejercicio de un derecho fundamental, por lo que se oponía a la compensación de dichos días con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores impuesta en sentencia. Mantenido la liquidación por diversos Juzgados de lo Penal⁵ por entender que dichos

⁴ ARRIBAS LÓPEZ, E, El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión, Diario La Ley (DLL), N°8285, Sección Tribuna, 3 de abril de 2014; p. 12.

⁵ En el Auto de 19 de octubre de 2.011, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, se desestimó la impugnación de la liquidación de condena realizada por el Ministerio Fiscal, en base a los siguientes razonamientos jurídicos: en primer lugar, la privación cautelar del permiso la realizó la policía local en

periodos de privación cautelar del permiso debían compensarse con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, esta decisión fue confirmada, entre otras, por las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa y Murcia sosteniendo que la medida cautelar se judicializaba al ingresar las actuaciones en el Juzgado de Instrucción, y, que en todo, caso se trataba de medidas cautelares acordadas por policía judicial amparadas en la legislación vigente⁶.

3. Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza, con exclusión de la libertad provisional. Posibles equivalencias y soluciones jurisprudenciales conocidas.

El artículo 59 admite la compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza. Los artículos 53 y 88 del Código Penal establecen criterios de compensación para las penas de multa y las de prisión, localización permanente, y trabajos en beneficio de la comunidad. El día de detención, prisión provisional o arresto concursal equivale al día de la pena de prisión, al día de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, al día de localización permanente, al día de trabajos en beneficio de la comunidad y a dos cuotas diarias de multa⁷.

De *lege ferenda*, como criterios de compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza, podemos acudir por su importante aplicación práctica, a los criterios adoptados por los Jueces de lo Penal de la Región de Murcia en el año 2.011, entre los que fijaron, a raíz de los frecuentes supuestos en los que se condena finalmente por falta hechos que en su inicio se tramitaron como constitutivos de un delito de violencia de género en los que las medidas cautelares de alejamiento tienen una duración mucho más extensa que en una falta, teniendo que finalmente, compensarla con una pena de localización permanente. Así, consideraron que un día de trabajos en beneficio de la

calidad de policía judicial; en segundo lugar, al efectuar la policía el requerimiento al detenido de que no puede conducir vehículos a motor y ciclomotores hasta tanto no cese la medida acordada, genera en aquel la creencia cierta de que no puede ejercitar ese derecho; y, en tercer lugar, cuando se trata de la medida cautelar de detención policial sí que se compensa de una forma pacífica con la pena privativa de libertad impuesta en sentencia, tratándose de una medida privativa de derechos como la de privación cautelar del permiso de conducción

⁶ Resolviendo esta controversia, véase Auto AP Guipúzcoa de 13 de julio de 2011 y el Auto AP Murcia de 2 de febrero de 2012.

⁷ ARRIBAS LÓPEZ, E., DLL, N°8285, 3-4-2014, p. 12

comunidad es igual a uno de localización permanente; dos días de alejamiento cautelar son iguales a uno de localización permanente; un día de alejamiento cautelar es igual a un día de multa; y, un día de localización permanente es igual a dos días de multa.

Es más, en la práctica y siguiendo con el ejemplo desarrollado, en muchas ocasiones, el cumplimiento de la medida de alejamiento o de comunicación sobrepasa en exceso al que finalmente se liquida de la pena de la misma naturaleza objeto de condena, por ejemplo, al ser los hechos constitutivos de una falta y no de un delito. En estos casos, ¿sería posible compensar la pena impuesta –que será trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente- con ese exceso en el cumplimiento de la medida cautelar? Entendemos que sí, aplicando los criterios antes expuestos, y, sobre todo, porque de lo contrario, se estaría cumpliendo una pena que no se corresponde con la definición final en resolución firme de los hechos cometidos por el penado, que verá *de facto* ampliada su condena como consecuencia de una calificación disconforme con aquella.

III. La compensación de la medida cautelar de libertad provisional con obligación de comparecencia apud acta, con penas de distinta naturaleza.

1. Génesis del acuerdo y desarrollo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1.- El artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone 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.*” Como hemos analizado en el epígrafe anterior, la libertad provisional es una medida cautelar personal y en este punto no existe discusión en la doctrina ni en la Jurisprudencia; pero sí que la hay en si la obligación de comparecer ante el Juzgado las veces que sean impuestas de forma motivada en la resolución judicial que acuerda esta medida cautelar, es igualmente una medida cautelar

o, más bien, una carga procesal o una limitación del derecho a la libertad ambulatoria, pero no una medida privativa de dicho derecho.

La discusión es importante, porque de ello dependerá que pueda ser compensada o no con la pena de prisión definitivamente impuesta en sentencia. Y, la solución a esta problemática ha sido la que, finalmente, ha motivado la Sentencia 1045/2013 de 7 de enero de 2014 del Tribunal Supremo y el Acuerdo de Pleno anterior que estamos analizando.

Con anterioridad a esta Sentencia, las distintas Audiencias Provinciales han tratado este tema al hilo de serles planteados recursos, en los que se interesaba la compensación de las comparecencias apud acta que los diversos condenados habían prestado en sus respectivos procedimientos, con la pena de prisión impuesta en sentencia. Podemos encontrar incluso en el ámbito de un mismo Tribunal Superior de Justicia (Región de Murcia), resoluciones contradictorias. Así, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia en Auto de 20 de diciembre de 2012 consideró, que la obligación de presentación apud acta es una medida cautelar personal, que incide en el derecho fundamental a la libertad personal, y todo ello a partir del análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸; afirmaba igualmente, que como tal medida cautelar restrictiva de dicho derecho, sólo puede acordarse mediante resolución judicial motivada, como alternativa a la prisión preventiva, cumpliendo con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁹. Y, concluyó que había que compensar las obligaciones de presentación apud acta prestadas por el recurrente, con la pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme, estableciendo unos módulos de conversión que analizaremos más adelante, cuando estudiemos los criterios de conversión.

⁸ Sentencia 108/1984, de 26 de noviembre; Sentencia 169/2001, de 16 de julio: “la libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal, implica una restricción de la libertad personal (...) de modo que ello tiene como consecuencia que las restricciones a la libertad personal en que puedan traducirse las diversas medidas cautelares deben, ciertamente, ser contrastadas con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad.”

⁹ “Esto es, que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad- y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta-.”

Por otro lado, con fecha de 6 de junio de 2013, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, dictó Auto en el que se desestimaba una petición similar de modificación de liquidación de condena, al objeto de compensar los días de presentación apud acta ante el Juzgado, por días de prisión con abono a la pena de prisión que el condenado estaba cumpliendo. Entiende la Sala que, si bien es cierto que la libertad provisional implica una restricción de la libertad personal, en tanto que es una medida cautelar de carácter personal, ello no es suficiente para que automáticamente pueda ser compensada con la pena privativa de libertad impuesta, en base a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal. A diferencia de la resolución anterior, considera que no estamos ante una medida cautelar autónoma sino ante una de las condiciones que integra la libertad condicional. La presentación apud acta es vista como uno de los efectos de la medida cautelar de la libertad provisional, no como una medida cautelar en sí misma, y por ello concluyen, que no procede la compensación solicitada. Pero, aún en el caso de que se considerara como una medida cautelar, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos citado más arriba, tampoco podría aplicarse la compensación interesada, porque el deber de presentación apud acta no vulnera ni la libertad personal ni la presunción de inocencia, siendo un mandato expreso del artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y respondiendo a la necesidad de que el imputado esté a disposición de la autoridad judicial en todo momento.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de enero de 2014, analiza un supuesto similar, en el que se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación por infracción de ley, en relación con la aplicación indebida de los artículos 58, 4º y 59 del Código Penal frente al Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 30 de enero de 2013, por el que se compensaban las comparecencias apud acta realizadas por el condenado durante la tramitación del procedimiento, con la pena de prisión que se le impuso en sentencia. Se prorrogó el término para dictar sentencia hasta la celebración del Pleno no jurisdiccional, que terminó por aprobar la compensación que estamos analizando.

El Tribunal Supremo considera que el recurso ha de ser desestimado. Entiende que no hay discusión en la doctrina con respecto a que la libertad condicional es una medida cautelar, apoyándose también en la doctrina del Tribunal Constitucional. Y, en conexión

con lo anterior, afirma que “el deber de comparecer es el efecto inmediato de la restricción de la libertad ínsita en la medida cautelar de libertad provisional”, por lo que la libertad del imputado está “afectada”, siendo provisional, desde que se le impone el deber de comparecer en el juzgado periódicamente, con independencia del grado de afectación que pueda tener en la libertad de residencia de aquel.

El Ministerio Fiscal, en su recurso, afirma que no se trata de una medida cautelar que prive de derechos, ni de una prisión preventiva, por lo que no puede ser objeto de abono, citando la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, en la que se recogen los supuestos posibles de compensación y abono, y en los que no se incluyen las comparecencias apud acta¹⁰. Además, se estaría abriendo la puerta a compensar todas las comparecencias que se realizan a lo largo de la instrucción y del enjuiciamiento de la causa, como son las asistencias a juicio, las declaraciones de imputado y las citaciones para práctica de pruebas sumariales. Y, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando la comparecencia se realiza en el Juzgado en el que el imputado tiene su residencia habitual (que suele ser en la mayoría de los casos), no se vulnera el derecho a la libre elección de residencia.

El Tribunal Supremo no comparte estos argumentos, y considera que hay que estar a la naturaleza restrictiva de la medida cautelar de libertad provisional, independientemente de que a la hora de realizar la valoración del abono de los días de presentación, se tenga en cuenta si las presentaciones han sido diarias, semanales o quincenales. El hecho de que se realicen en el Juzgado correspondiente al domicilio del imputado y no incida en la libre elección de residencia, no quiere decir que no exista una limitación provisional de la libertad del imputado como consecuencia de la obligación de comparecer acordada.

Concluye el Tribunal Supremo, que el abono de la obligación de comparecer con la pena de prisión, es “un deber derivado de los principios que laten en la regulación de los artículos 58 y 59 del Código Penal”, de los que se deriva de forma imperativa. Y basa esa compensación en los principios de proporcionalidad y de culpabilidad; siendo beneficioso

¹⁰ Las situaciones incluidas son las de prisión preventiva, detención, internamiento cautelar por causa penal, arresto del quebrado acordado en procedimientos concursales y prisión provisional atenuada del artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

para el funcionamiento de los juzgados, dado que contribuirá a eliminar la aplicación de esta medida de forma rutinaria; y, porque, en segundo lugar, facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento de esta obligación de comparecer conllevará una expectativa de futura compensación con la pena privativa de libertad que, en su caso, se le fuera a imponer al imputado en sentencia firme.

Sin embargo, se planteó un voto particular por el Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en el que mostraron su disconformidad con el criterio asumido por la mayoría en la citada sentencia, y con el Acuerdo de Pleno que estamos analizando. Parten en su razonamiento de que hasta ese momento, la gran mayoría de los órganos jurisdiccionales han limitado el abono o la compensación a los supuestos de medidas cautelares privativas de libertad o de derechos que coincidan con la pena de prisión o con la consecuencia que conllevaría un cambio en ese proceder, como se pretende con el Acuerdo de Pleno, es la de crear una incertidumbre en cuanto a cuál es el criterio para compensar, a la vista de que se puede extender a cualquier medida adoptada como cautelar durante el procedimiento.

Además, mantienen que no hay ningún precepto en la Constitución Española que imponga la compensación de penas con carácter general, e, incluso se admite la limitación en algunos casos de derechos fundamentales, como es el supuesto de las restricciones a la libertad individual que se recogen en la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana.

Relacionan el artículo 59 del Código Penal con el 58, 4º, en el sentido de que el primero se ha de referir a las medidas de privación de derechos o a la privación de libertad, que se recogen en el artículo 58, porque se requiere cierta homogeneidad y no puede ser compensada cualquier medida cautelar con carácter general. Por último, realizan una distinción importante cuando afirman que, sin discutir que la libertad provisional es una medida cautelar, no lo es tanto la obligación de comparecer en los días señalados por el Juzgado. En este caso estamos ante una “carga procesal” que deriva de modo expreso de lo dispuesto en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que ha de ser cumplida por el imputado, como consecuencia de la situación de libertad

provisional en la que se encuentra; pero ello, no conlleva la compensación automática con la pena privativa de libertad, dado que la ley no la prevé.

a) *Excurso: ¿Nos encontramos realmente ante una medida cautelar privativa de derecho o ante una medida limitativa de un derecho?*

Realmente es discutible que nos encontremos ante una medida privativa de derechos. El Tribunal Supremo no se adentra en el análisis en profundidad de esta cuestión, que, sin embargo, si es relevante. El art. 59 del Código Penal permite la compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza, pero este artículo no puede desligarse de la regulación del art. 58 del mismo texto legal de la que trae causa. Los tres primeros números del art. 58 citado vienen referidos a la compensación de la medida cautelar de prisión provisional (o en su caso detención), con las penas privativas de libertad impuestas en sentencia. El cuarto número, viene referido a la compensación a penas privativas de derechos. Es decir, el artículo 58 sólo contempla la compensación de medidas cautelares privativas de libertad y de medidas privativas de derechos con penas de igual naturaleza. Desde esta perspectiva, desde un punto de vista interpretativo no se advierte motivo para entender que el art. 59 amplía sin embargo las posibilidades de compensación a toda medida cautelar que afecte a derechos, los prive o sólo los limite.

No se discute que la obligación de comparecencia sea una consecuencia de la medida cautelar de libertad provisional, lo que se discute por tanto es que prive de un derecho y no sólo lo limite. El derecho afectado por esta medida cautelar es la libertad ambulatoria, pues obliga al sujeto a acudir al órgano judicial periódicamente para garantizar que el mismo, en su condición de imputado, está a disposición del Tribunal.. Tal obligación, empero, no puede ser considerada una privación de dicho derecho por cuanto el imputado conserva plenamente su libertad de deambulación, que no se ve privada, sino limitada por cuanto se le obliga a comparecer aunque no quiera.

Conforme a este planteamiento, podría compartirse el criterio del Ministerio Fiscal en el sentido que, de aceptar que en el art. 59 del Código Penal tienen cabida a efectos de compensación las comparecencias apud acta, no existe motivo para negar que también podrían tener cabida otras obligaciones derivadas de la libertad provisional, tales como la

obligación de comparecer ante el Tribunal cuando fuere requerido para ello, u otras tales como los requerimientos para practicar diligencias en sede judicial tales como notificaciones o emplazamientos.

2. El grado de aflicción de la medida como criterio valorativo de aceptación de la compensación. Alcance y elementos que pueden integrarlo.

El Acuerdo de Pleno establece como criterio valorativo de compensación el “*grado de aflicción que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado*”. Y aquí nos encontramos con los primeros problemas de aplicación. Es necesario que se acredite el efectivo cumplimiento de la obligación de personación apud acta, para que pueda ser compensada con la pena privativa de libertad impuesta en sentencia en la liquidación de condena. Y, además, hay que medir de alguna forma la afectación al derecho fundamental de la libertad del imputado por el cumplimiento de dicha obligación.

La acreditación de los días en los que el imputado ha comparecido no debe ser complicada, en teoría, dado que ha de conservarse en la pieza de situación personal de aquel, cada una de las personaciones que este realice; con lo cual, aportándolas al órgano jurisdiccional que tramite la ejecutoria, quedará acreditado que ha cumplido con la obligación impuesta y en qué medida lo ha hecho. En la práctica, sin embargo, las comparecencias se llevan a cabo en distintos juzgados de instrucción, incluso en algunos distintos del lugar donde se acordó y tramita el procedimiento del que trae causa la medida cautelar, siendo que en ocasiones los justificantes documentales acreditativos de la comparecencia del imputado no se remiten al órgano competente. Desde esta perspectiva, surge ya la primera cuestión discutible, cual es, a quién compete la prueba del real y efectivo cumplimiento de la medida cautelar, al imputado? al órgano judicial de oficio? Entendemos que podrá acreditarse no sólo con la documentación obrante en la pieza de responsabilidad personal, sino con la documentación que aporte el penado, o con los testimonios correspondientes de los juzgados en los que se haya llevado a efecto la comparecencia.

En segundo lugar, el condenado que pretenda la liquidación, deberá demostrar de alguna forma que el cumplimiento de la obligación de personación apud acta conllevó un

efectivo menoscabo de su libertad, y le perjudicó en el libre desarrollo de la misma. Este punto nos parece mucho más complicado de llevar a la práctica. En el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife, se recogen estas dos condiciones como dos dificultades que justifican, entre otros argumentos, dicho recurso. Y así, viene a decir que es necesario que la totalidad de las comparecencias firmadas por el penado en el Juzgado de Instrucción, se encuentren a disposición del Tribunal al que se le solicita la compensación, para que conste documentalmente acreditado el cumplimiento de dicha obligación de comparecer. En segundo lugar, también es necesario que por el penado se especifique el perjuicio que el cumplimiento de la obligación de personación le ha causado, negándose virtualidad a la alegación de habersele causado un “perjuicio genérico”, sin que se haya especificado inconveniente alguno que justifique la rebaja de la pena que se estaba solicitando.

Consideramos que el criterio de la aflicción causada al penado como consecuencia del cumplimiento de la obligación de comparecer apud acta, es de muy difícil valoración por el órgano judicial que ha de compensar dicha obligación, porque carece de los instrumentos necesarios para poder llevarla a efecto. Será preciso que el penado justifique de alguna forma los perjuicios que le ha causado, que en los casos en los que el cumplimiento de la obligación lo haya sido en el Juzgado correspondiente al domicilio del penado, van a ser escasos y de más difícil acreditación. En aquellos supuestos en los que el penado haya tenido que desplazarse, perdiendo tiempo en dicho desplazamiento; o, en aquellos en los que las comparecencias hayan sido diarias o semanales, es más factible que quede acreditado el perjuicio causado.

Otra de las dudas, será la forma en la que el órgano judicial ha de tener conocimiento de dicho perjuicio. O bien, la parte solicitante aporta con su escrito interesando la compensación, la documentación que lo acredite; o bien, el órgano judicial convoca a las partes (Ministerio Fiscal y penado, asistido de su Letrado) a una comparecencia en la que el penado manifieste los perjuicios que la obligación de personarse apud acta le causó.

En todo caso, nuestra valoración forense es que, no operando compensación automática sino basada en la concurrencia de aflicción de la medida en el penado, deberá

ser éste a través de su representación procesal quien interese la compensación, siendo discutible que el órgano judicial pueda efectuarla de oficio.

Por último, en el aspecto puramente procesal, surge la duda de si la resolución de la petición debe ser dictada previa audiencia de las partes personadas, o exclusivamente tras el análisis de la petición formulada por el penado. Dado que el alcance de esta cuestión puede afectar al grado definitivo de cumplimiento de las penas impuestas, y que la compensación puede efectuarse con penas privativas de libertad, entendemos que para garantizar la debida contradicción, el juez o tribunal deberá dar audiencia de la petición a todas las partes personadas. Para evitar que una tramitación excesivamente alargada en el tiempo demore la efectividad de la ejecución de las penas impuestas, y que los sucesivos traslados y/o recursos puedan impedir el dictado de una resolución sobre la petición en un periodo razonable de tiempo, se considera adecuada, tras la petición, la convocatoria a comparecencia de las partes para deducir sobre lo solicitado en unidad de acto.

3. Propuesta de criterios de conversión.

En este punto podemos acudir a dos preceptos que recogen en el Código Penal criterios legales de conversión. Son el artículo 53 y el 88, anteriormente citados. La equivalencia quedaría de la siguiente forma: un día de prisión = dos cuotas de multa = un día de trabajo = un día de localización permanente. Lo que es evidente, es que no estamos ante una pena de prisión, sino ante una obligación de personación personal, y, habitualmente suele ser una vez al día, es decir, o por la mañana o por la tarde, por lo que no se debe equiparar una personación (mañana o tarde) con un día de prisión, al objeto de establecer un criterio de conversión en atención a la anterior equivalencia.

El Auto de fecha 20 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Tercera) establece un criterio de conversión, acudiendo al criterio del duplo reseñado para la multa. Así: *“la Sala entiende que dos días de presentación mañana y tarde, es decir, cuatro veces en dos días (en definitiva, cuatro presentaciones personales), sí constituiría un módulo de conversión razonable, justificado, adecuado y proporcional, del que cabría derivar las consecuencias obligadas y un criterio unívoco e igualitario. Es*

decir, cada cuatro presentaciones personales un día de privación de libertad (y si el resto obtenido es de tres, un día más).”

Además, la Sala considera que es necesario diferenciar entre un cumplimiento efectivo de la obligación de comparecer en más o en menos del 50% del tiempo de aplicación de aquella. Y ello porque hay que estar a las presentaciones reales efectuadas por el penado, ya que de otro modo, se estaría premiando a aquellos que hubieren incumplido la obligación, perjudicando a los que realmente la hubieran llevado a efecto. Así diferenciando entre supuestos de cumplimiento en más del 50%, o del 50% o inferiores, se compensarán en el primer supuesto, cada cuatro presentaciones personales un día de privación de libertad (y si el resto obtenido es de tres, un día más); y, en el segundo, cada ocho presentaciones personales un día de privación de libertad (y si el resto obtenido es de cinco a siete, un día más).

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de enero de 2.014, avala el criterio establecido por la Audiencia Provincial de Tenerife. La Audiencia Provincial compensa un día de prisión por cada diez comparecencias apud acta realizadas, y el Tribunal Supremo entiende que se trata de un cómputo equilibrado, razonable y susceptible de aplicación a supuestos de naturaleza similar.

Podría ser un criterio a seguir, sin embargo, entendemos que habría que estar a cada caso en concreto, y atender al grado de aflicción que hubiere sufrido el penado, siempre y cuando hubiere acreditado que el cumplimiento de la obligación de comparecer le causó un especial perjuicio. Además, es acertado valorar, como hace la Audiencia Provincial de Murcia, el grado de cumplimiento por parte del penado de dicha obligación, porque no debería ser igualmente compensado aquel que hubiere cumplido religiosamente con todas y cada una de las comparecencias que le hubieren sido impuestas, que aquel que las hubiera realizado de forma intermitente. Por ello, podría añadirse al criterio establecido por el Tribunal Supremo, la baremación añadida por la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto al cumplimiento en más o en menos de un 50% de las comparecencias en el tiempo en el que le fueron impuestas al imputado.

IV. Conclusiones.

1.- Hasta el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional objeto de comentario, los jueces y tribunales en aplicación de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, procedían en fase de ejecución, en las liquidaciones de condena correspondientes, a compensar medidas cautelares personales con penas de igual naturaleza, y excepcionalmente medidas cautelares personales privativas de derechos con penas de distinta naturaleza.

2.- El Acuerdo analizado, introduce la posibilidad de compensar medidas limitativas de derechos con penas de distinta naturaleza al establecer como posible la compensación de las comparencias apud acta como medida específica derivada de la medida cautelar de libertad condicional.

3.- Esta opción interpretativa del Tribunal Supremo abre la posibilidad de compensar otras medidas específicas derivadas de la libertad condicional tales como las comparencias ante el órgano judicial a su requerimiento.

4.- El Acuerdo estudiado no establece una compensación automática, sino que fija el criterio del grado de aflictividad que la medida le haya supuesto al penado. Ello implica que por regla general sólo se procederá a evaluar una eventual compensación cuando sea solicitado por el penado y se concederá si, previo informe del resto de las partes personadas, se considera acreditado que las comparencias apud acta le supusieron una aflictividad mayor de la normal exigible a la persona media imputada en causa penal.

5.- Cuando tal aflictividad haya quedado acreditada, por seguridad jurídica, es conveniente seguir el módulo aceptado por el Tribunal Supremo en la referida sentencia, un día de privación de libertad por cada diez comparencias, como módulo máximo, módulo que podrá verse reducido porcentualmente por las concretas circunstancias que hayan quedado acreditadas en la tramitación de la petición.