

XVII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

Jueves 12- viernes 13/06/2013

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: COMPENSACIÓN DE
MEDIDAS CAUTELARES CON PENAS DE DISTINTA NATURALEZA
(ART. 59 CÓDIGO PENAL), del Prof. Dr. D. FERNANDO DE LA FUENTE
HONRUBIA.**

Viernes 13 de junio de 2014, 18:15-18:45 h.

Ponente: Prof. Dr. D. FERNANDO DE LA FUENTE HONRUBIA.

Moderadora: Prof. Dra. D.ª ISABEL DURÁN SECO

Relatora: Prof. Dra. Dña. MARTA GARCÍA MOSQUERA.



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

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

Ponente: Prof. Dr. D. Fernando de la Fuente Honrubia. Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 1, Guadalajara. Prof. Asociado de Derecho Penal.

Moderadora: Prof. Dra. D.ª Isabel Durán Seco

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. D. Juan Pavía Cardell, D. Diego Manuel Luzón Peña, D. Enrique Peñaranda Ramos, D.ª Isabel Durán Seco y Prof. D. José Manuel García Sobrado.

Relatora: Prof. Dra. D.ª Marta García Mosquera. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad de Vigo.

La Profesora **Durán Seco** toma la palabra para felicitar al ponente por la claridad de exposición en un tema muy interesante y del que surgen muchas dudas. Se pregunta la moderadora, a modo de inicio del debate, si no deberían eventualmente ser disipadas algunas de ellas por el propio Tribunal Supremo a medio de nuevo acuerdo del Pleno no jurisdiccional.

Acto seguido interviene el Profesor **Pavía Cardell** indicando en primer lugar su disconformidad con el criterio de la Audiencia Provincial de Murcia, según el cual el cumplimiento de más del 50% de las comparecencias *apud acta* supone una bonificación en forma de compensación por días de prisión. Por sus años de experiencia profesional en la Administración de Justicia, observa que cuando una persona incumple una comparecencia *apud acta*, generalmente se enfrenta a una comparecencia de prisión provisional con el riesgo de ver agravada su situación personal. Por ese motivo, el criterio de compensación con un mínimo de cumplimiento del 50% de las comparecencias le parece una consecuencia muy poco onerosa.

En segundo lugar, si el acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS sostiene que la comparecencia *apud acta* es una medida cautelar, entonces no sólo habrá que transmitir a la persona sometida a la medida que puede contar con una expectativa razonable de que ésta le sea compensada en el futuro con penas privativas de libertad, sino que también habrá que advertirle que, tratándose de una medida cautelar, su incumplimiento se castigaría penalmente como delito de quebrantamiento de medida cautelar conforme al art. 468 CP.

Sobre la justificación de justicia material para contemplar la compensación (argumento de la aflicción soportada por el sometido a comparecencia *apud acta*), entiende que puede ser relativizada si se observa que, en la realidad, los Juzgados de Instrucción suelen ser complacientes a la hora de facilitar que las comparecencias se cumplan de la forma menos onerosa posible (permitiendo que por razones de movilidad geográfica la comparecencia se cumpla en un Juzgado distinto, o incluso en otras dependencias oficiales extranjeras). Y ello sin ocultar que la forma en que ordinariamente se practican las comparecencias *apud acta* en los Juzgados, de manera homogeneizada los días 1 y 15 de cada mes (con la formación de largas colas y tiempos de espera, y sin atender a circunstancias personales de los obligados a comparecer), podría y debería regularse de otro modo.

En todo caso, en opinión del Profesor Pavía Cardell, la cuestión de la compensación de días de comparecencia *apud acta* por días de prisión debería ser objeto de regulación para evitar que el criterio de compensación sea distinto en unos territorios que en otros.

Por último, a la vista del acuerdo del TS, se cuestiona si no sería asimismo factible la compensación de otras medidas cautelares, aunque no fueran pertenecientes a la jurisdicción penal o no hubieran sido adoptadas en un procedimiento por delito. Se pregunta, por ejemplo, si el arresto del quebrado que, en su caso, adoptase el Juez de lo mercantil en un proceso concursal, podría compensarse, llegado el caso, con la pena de prisión impuesta por delito de insolvencia punible (art. 260 CP).

El Profesor **De la Fuente Honrubia** responde que el TS no sostiene que la comparecencia *apud acta* sea estrictamente una medida cautelar, pero sí que *deriva de* una medida cautelar y a efectos de compensación la hace de la misma naturaleza, lo cual ciertamente podría abrir muchos interrogantes. Entre ellos el apuntado, de la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, pero también otros, como si no deberían compartir la misma naturaleza otras obligaciones o cargas procesales de nuestro ordenamiento jurídico penal: la comparecencia para declarar como imputado o para la práctica de otras diligencias ante el Juzgado de Instrucción. En todo caso, en orden a la posible apreciación de un delito de quebrantamiento de condena, habría que tener en cuenta que la consideración de medida cautelar de la comparecencia *apud acta* (a los efectos del art. 468 CP) no vendría aquí dada por la Ley, sino por una interpretación del TS, con lo que no pueden descartarse supuestos de error (desconocimiento por parte del sujeto de estar quebrantando una “medida cautelar”).

En relación con la necesidad de organizar de otro modo la forma de llevar a cabo las comparecencias *apud acta* en los Juzgados, entiende que es una cuestión de inversión en materia de Justicia, y que existen recientes avances tecnológicos que ya se apuntan por sus creadores como potencialmente aplicables en este ámbito para agilizar la realización de las comparecencias (sistemas de autenticación biométrica basados en el reconocimiento de la red vascular de la palma de la mano). Esto evitaría también la aflicción y estigmatización inherentes a la actual forma en que se están llevando a cabo tales comparecencias *apud acta*.

Coincide con el Profesor Pavía Cardell en que el acuerdo del Pleno del TS suscita el cuestionamiento de su aplicación también a otro tipo de medidas como la apuntada del arresto del quebrado, pero también, por ejemplo, a las medidas cautelares impuestas a las personas jurídicas, en la medida en que el art. 59 CP no establece ninguna restricción a las personas físicas. Por eso suscribe también la necesidad de regular la cuestión para evitar la incertidumbre en un asunto de mucha trascendencia.

Toma la palabra a continuación el Profesor **García Sobrado** quien, tras felicitar al ponente, señala que en su opinión, el acuerdo del TS pretende corregir o solventar una *praxis* viciada consistente en acordar la comparecencia *apud acta*, no por razones de estricta necesidad de adopción de una medida cautelar, sino por motivos funcionales a efectos de facilitar la práctica de notificaciones por parte de los funcionarios de Justicia. En cierto modo, parece que el acuerdo del Pleno del TS vendría a alertar a los Jueces para que acuerden la comparecencia como medida cautelar sólo en aquellos casos en que fuera estrictamente necesaria.

El Profesor **De la Fuente Honrubia** coincide en que efectivamente es una realidad que en muchos casos se pretende utilizar la comparecencia (incluso por parte de la Policía) para efectuar notificaciones o requerimientos, cuando ésta no es su finalidad; y que ciertamente el acuerdo del TS puede contribuir a corregir esa mala *praxis*.

Acto seguido interviene el Profesor **Luzón Peña** indicando primeramente su coincidencia con la posición final del ponente de que, en pro de la seguridad jurídica, sería muy saludable que el legislador en el art. 59 CP regulara (con mucha más precisión que los acuerdos jurisdiccionales) las equivalencias, lo cual – entiende – no sería tan difícil, dejando un margen de apreciación al juzgador según circunstancias particulares de algún caso concreto. Eso introduciría mucha mayor seguridad jurídica,

pero también favorecería la igualdad y por tanto estaría favoreciendo en definitiva la justicia.

En segundo lugar, el Profesor Luzón Peña reflexiona sobre el criterio de la aflictividad de la medida, en función de las circunstancias personales del obligado (condición social, reputación, integración laboral...), como criterio para establecer la equivalencia en la compensación, y sostiene que, si bien en un principio esos criterios podrían parecer adecuados, sin embargo debe tenerse en cuenta que esas mismas variables de aflictividad operan en el cumplimiento de la pena de prisión. Y por tanto, si eso es así, lo más correcto sería operar con criterios generalistas y sólo de modo muy excepcional admitir circunstancias del sujeto concreto.

Seguidamente toma la palabra el Profesor **Peñaranda Ramos** para trasladar al ponente la pregunta de qué trascendencia práctica está teniendo la adopción del acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, porque tiene conocimiento de un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona en que el tribunal se desentiende por completo de esta cuestión, indicando que por ahora no hay jurisprudencia vinculante, y criticando abiertamente la única resolución del TS en que se aplica el criterio del acuerdo. Por tanto, no sólo rechaza que en la liquidación de la condena se consideren las comparecencias *apud acta*, sino que critica abiertamente contenido del acuerdo.

En segundo lugar quiere incidir en el mismo aspecto apuntado por el Profesor Luzón Peña, de la valoración de la aflictividad como criterio de la compensación. En su opinión, pareciera que los propios redactores del acuerdo no tienen definitivamente claro si debe operarse con criterios generales o concretos, porque el acuerdo habla de “aflictividad” (no de aflicción), lo que, por definición, es una generalización de distintos casos concretos, pero no es el caso particular. Y aunque luego lo precisen y lo modulen, se podría entender que los propios autores del acuerdo oscilan entre una consideración más general y otra más concreta.

En respuesta a las cuestiones planteadas Profesor **De la Fuente Honrubia** indica que, lejos de lo que inicialmente se pensaba, las peticiones de compensación en aplicación del acuerdo no están siendo masivas, y las cifras son desiguales en función de los Juzgados. Es cierto que el acuerdo es reciente y hasta ahora apenas existe jurisprudencia en aplicación del mismo. La impresión que él tiene es que las Audiencias se posicionan de manera escéptica y no demasiado favorable, aunque habrá que esperar a ver la

efectiva aplicación práctica, teniendo en cuenta que normalmente los acuerdos del TS sí se respetan y se aplican.

En cuanto al tema de la aflictividad de la medida, como comentaba el Profesor Luzón Peña, ciertamente podría suscitarse igualmente en otras medidas. De hecho, ya se está alegando la aflictividad en peticiones referidas a la medida cautelar de privación del derecho a conducir; por ejemplo, cuando se solicita la suspensión de ejecución de la pena por petición de indulto con base en el art. 4 CP, se alega el grado de aflictividad especial que le origina la medida si es un taxista, o una persona que lo necesita por circunstancias objetivas. Es decir, sería predicable de la inmensa mayoría de las medidas. Pero también en relación con las penas. Cuando hay que decidir las alternativas al cumplimiento en centro penitenciario, como la suspensión o la sustitución de la pena, también sería valorable el distinto grado de aflictividad en un caso y en otro. Por eso, ciertamente parece más correcto acudir a lo más justo, que serían criterios objetivos de conversión, y dar un cierto margen de discrecionalidad al Juez para casos muy excepcionales. En definitiva, se podría partir de que las comparencias *apud acta* son compensables con un factor de conversión fijado por el legislador, y a partir de ahí sólo para casos excepcionales, aumentarlo porcentualmente si es que hubiera motivo para ello.

La Profesora **Durán Seco** traslada al ponente la pregunta de si realmente está claro el carácter, vinculante o no, de los acuerdos del Pleno no jurisdiccional del TS.

El Profesor **De la Fuente Honrubia** responde que para el TS y para la inmensa mayoría de los TSJ sí son vinculantes. Hay que tener en cuenta, además, que el TS y los TSJ son los tribunales con competencia para conocer de las causas penales por prevaricación judicial, y por tanto, si quien va a enjuiciar la prevaricación sostiene que son vinculantes, ello determina que Jueces y Magistrados se cuiden de respetar tales acuerdos del TS. Por otro lado, ésa parece ser la línea en la que se orienta el actual Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: el carácter vinculante de la jurisprudencia del TS.

Finalizado el turno de intervenciones, la Profesora **Durán Seco** da por concluida la sesión.