



Roj: **STS 921/2021 - ECLI:ES:TS:2021:921**

Id Cendoj: **28079120012021100207**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2021**

Nº de Recurso: **2321/2019**

Nº de Resolución: **253/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 253/2021

Fecha de sentencia: 18/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2321/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2321/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 253/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a. Ana María Ferrer García

D.^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación num. 2321/2019 por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 5ª Rollo Ejec. 102/18) de fecha 15 de marzo de 2019. Ha sido parte recurrida D. Luis Manuel representado por el procurador D. Angel Donaire Gómez bajo la dirección letrada de D. Saúl Rosell Manglano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 3 de Terrassa incoó sumario num. 1/16, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 5ª Rollo Ejec. 102/2018), que con fecha 15 de marzo de 2019, dictó auto que contiene los siguientes **HECHOS**: "PRIMERO.- En la causa anotada al margen, por la representación procesal de Luis Manuel se solicitó que se incluyese en la liquidación de condena la compensación por las medidas cautelares de libertad provisional acordadas por el Juzgado instructor, en el sentido de UN DIA de prision por cada 10 comparecencias apud-acta, y UN DIA de prision por cada 30 días de retirada de pasaport y prohibición de salir del territorio.

SEGUNDO.- Por su parte, el Ministerio Fiscal ha emitido informe en el sentido de oponerse al abono interesado.

Con lo cual han quedado las actuaciones sobre la mesa del proveyente para resolver, habiendo sido Ponente, la Sra. Magistrada Dª Rosa Fernandez Palma quien expresa el parecer unánime del Tribunal".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: "1º) Que se abone el tiempo de prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte impuesta, por Auto de fecha 3-7-17, como medida cautelar en esta causa al penado. Luis Manuel a la pena de prisión impuesta, a razón de un día de prisión por cada mes de retención del pasaporte.

2ª) 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.

3ª) Practíquese nueva 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.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, al Ministerio Fiscal y al condenado, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponer recurso de casación por infracción de ley, dé conformidad con los arts. 988, 855, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

ÚNICO.- Al amparo, del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 59 del CP.

QUINTO.- Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de marzo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el Fiscal el auto dictado por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 15 de marzo de 2019, que acordó compensar la prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte impuesta por auto de 3 de julio de 2017 al penado Luis Manuel, a razón de un día de privación de libertad por cada mes de retención del pasaporte.

El recurso entiende que en este caso no existe constancia de ningún perjuicio concreto a resultas de la retención del pasaporte que fue acordada. Es más, apunta razones para, según su criterio, considerar que la vida del hoy penado Sr. Luis Manuel no se ha visto en absoluto afectada por la limitación de libertad que la tal medida cautelar implica, hasta el punto de que al ser requerido para la entrega del mismo ni siquiera disponía de él por haber quedado intervenido en la cárcel. Por ello el recurrente solicita, en consonancia con la postura que mantuvo en la instancia, que en este caso concreto no se fije compensación alguna por inexistencia perjuicio,



o, alternativamente, que se gradúe la acordada con arreglo a pautas que la acomoden a la incidencia que realmente tuvo la medida.

1. Dispone el art. 59 CP: "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".

Con esa base legal y en criterio, aunque no unánime, si asumido por no pocas resoluciones a partir de la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre de 2013, proclamó: "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 aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado".

La misma doctrina se ha proyectado luego a otras medidas cautelares como la retirada del pasaporte prevista en el art. 530 CP, sobre la que gira el asunto controvertido.

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

La cuestión a dilucidar radica en determinar cuál es el módulo de compensación razonable al que remite el artículo 59 CP. Es difícil establecer pautas generales, prescindiendo de las particulares circunstancia que rodean cada caso. La más reciente jurisprudencia se ha decantado por el de 1 día de privación de libertad por cada seis meses de privación del pasaporte en los casos objeto de las SSTS 484/2020, de 1 de octubre y 611/2020, de 16 de noviembre.

Recordaba la STS 484/2020, de 1 de octubre, que " 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".

2. Que la retirada de pasaporte constituye una restricción a la libertad personal queda fuera de toda duda. El Tribunal Constitucional en su sentencia STC 169/2001, de 16 de julio, la asimiló con una libertad provisional condicionada a permanecer en España a disposición de la autoridad judicial. Y esa afeción de la libertad provisional se produce por el mero hecho de su imposición. La naturaleza de la medida cautelar no cambia en función de las circunstancias personales del encausado, de manera que una vez impuesta 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, lo que también deberá ser tomado en consideración. Puede incluso que el afectado sea persona habituada a desarrollar su vida sin necesidad



ni apetencia de viajar más allá de nuestras fronteras, lo que no implica que tenga cercenado el derecho a hacerlo, lo que sí ocurrirá por la mera imposición de la prohibición cautelar. Otra cosa distinta es que el módulo compensatorio varíe en función de la intensidad del agravio que la medida implica según los hábitos de vida que observe el afectado, o de sus necesidades, lo que nos aleja de fórmulas cerradas.

En este caso la resolución recurrida fijó el módulo de compensación de un día de privación de libertad por cada mes de retención del pasaporte "sin que sea de apreciar un particular grado de aflicción para el penado, y sin que conste que le haya comportado esa medida una especial traba o entorpecimiento de su vida personal ni un padecimiento relevante".

La concreción del módulo a aplicar es cuestión reservada al prudente arbitrio del Tribunal en función de las circunstancias que concurran en cada caso, lo que no obsta para que pueda ser fiscalizado a través del recurso de casación, como otros pronunciamientos de esa índole, por ejemplo la concreción de una pena o la cuantificación de una indemnización, cuando aquel se haya apartado en su determinación de las pautas legales o jurisprudenciales, o carezca de motivación razonable. Y en este último supuesto queda engarzado el caso que ahora nos ocupa, pues no responde a un uso equitativo de la discrecionalidad que la Ley confiere, equiparar en el tratamiento supuestos en los que la medida arrastra alguna consecuencia concreta que agrava su efecto aflictivo, cual es el caso resuelto en la STS 154/2015 que validó ese mismo módulo, con otros en los que no se aprecia otro perjuicio que el que deriva de la mera imposición de la medida.

Tiene razón el Fiscal en que el módulo que aplicó el auto recurrido resulta en exceso generoso, cuando no se ha concretado, ni siquiera alegado, una especial afectación, una incidencia, por pequeña que haya sido, en la movilidad del Sr. Luis Manuel, en sus pautas de vida o incluso en sus expectativas, que pudiera ser valorada como potenciadora de los niveles de penosidad. Siendo así, si bien la inicial pretensión del recurrente orientada a negar cualquier tipo de compensación no puede prosperar, si ha de hacerlo la formulada con carácter alternativo de acomodación a los módulos por los que se ha venido decantando últimamente esta Sala. Y lo hacemos por el de un día de privación de libertad por cada seis meses de retención del pasaporte por el que optaron, aun reconociendo el carácter abierto del criterio, las STS 484/2020, de 1 de octubre, en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, o 611/2020, de 16 de noviembre, antes citadas.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 5ª, Rollo Ejec. 102/18) y en su virtud casamos y anulamos la expresada resolución, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de exponer.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María del Moral García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 2321/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto sumario 1/2016 incoado por el Juzgado de Instrucción 3 de Terrassa y seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 5^a, Rollo Ejec. 102/2018) y en cuyo procedimiento se dictó auto por la mencionada Audiencia con fecha 15 de marzo de 2019, y que ha sido casado y anulado por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con la sentencia que antecede, procede fijar como módulo de compensación para aplicar sobre la pena privativa de libertad ex artículo 59 CP, el de un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Fijar como módulo de compensación para aplicar sobre la pena privativa de libertad impuesta a Luis Manuel en la ejecutoria 102/2018 de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Barcelona el de un día de privación de libertad por cada seis meses de retención del pasaporte, confirmando en los restantes extremos que no se opongan a lo dicho los pronunciamientos del auto de 15 de marzo de 2019 dictado por aquella.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María del Moral García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura