

Xènia San José Arévalo

Juez, Gerona. Socia de la FICP.

~Comparecencia *apud acta* y liquidación de condena. Especial referencia al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013~

I. INTRODUCCIÓN

La comparecencia *apud acta* suele acordarse por parte del juez o magistrado del órgano judicial cuando por las circunstancias del caso se decide acordar la libertad provisional del investigado o encausado, al no concurrir, en virtud del artículo 503 Ley Enjuiciamiento Criminal, los presupuestos necesarios que justificaría la adopción de la prisión provisional, resultando necesario, en su consecuencia, adoptar ciertas medidas para asegurar la presencia del investigado durante el proceso y/o para el enjuiciamiento de la causa. Ese aseguramiento será decidido de forma discrecional y podrá establecerse mediante la presentación periódica ante el órgano judicial que conozca de la causa, que será el encargado del control del cumplimiento de la medida. La forma más habitual de establecer las comparecencias son los días 1 y 15 de cada mes, no obstante, no existe limitación legal para adoptar comparecencias mensuales, semanales e incluso diarias si las circunstancias de la causa o la naturaleza del delito así lo requiere.

La presentación *apud acta* se encuentra regulada en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece:

"El investigado o encausado 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".

Por lo que la comparecencia *apud acta* no puede imponerse a un investigado cuya libertad no es objeto de medida cautelar alguna, sino necesariamente deberá recaer sobre a quien se haya decidido su libertad provisional.

Sobre su naturaleza se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989¹ al considerar que se trata de una situación intermedia entre la prisión y la libertad plena. En dicha sentencia se establecía 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 quedará a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

Los obligados, en cumplimiento de la obligación impuesta, podrán acudir al juzgado que le ha impuesto la medida, o al juzgado de guardia correspondiente al lugar de su domicilio, si éste fuera distinto anotándose en un libro de firmas creado al efecto que será custodiado por el Letrado de la Administración de Justicia y que se remitirá periódicamente al juzgado que acordó la medida, para su control. El plazo de comparecencia acordado podrá ser modificado si las circunstancias que llevaron a su adopción hubieran cambiado, debiendo ser solicitada la modificación ante el órgano que acordó la medida.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989, declaró que la comparecencia personal no supone una restricción indebida al derecho a la libre circulación y derecho a fijar domicilio. Cabe en ese sentido tener en cuenta que los órganos judiciales en el momento de imponer la medida cautelar de comparecencia apud acta suelen determinar que su cumplimiento se lleve a cabo en el juzgado que corresponda al domicilio del investigado y, en su caso, podría modificarse el lugar de cumplimiento, previa solicitud del obligado.

Sobre los presupuestos para establecer las comparecencias, se pronuncia el Auto del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2004.²

"...La fijación obligatoria de un domicilio y la prohibición de salida del territorio nacional, impuestas en la presente causa a Apostolos por medio de auto de 6 de febrero de 2004, fueron acordadas a raíz de la presentación de la fianza personal para eludir la medida de prisión incondicional impuesta en su día, y responden a la necesidad de asegurar su presencia en el proceso, teniendo en cuenta que no tiene nacionalidad española, ni residencia habitual en nuestro territorio y de que carece de cualquier arraigo en nuestro país. Ambas medidas traen causa de la sustitución de la prisión incondicional por la libertad provisional, medidas cautelares personales que pretenden,

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989.

² Auto del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2004.²

como razón última de su injerencia en la esfera de libertad del sujeto, evitar la frustración de las finalidades del proceso y responden a las especiales circunstancias personales del imputado, cobrando especial importancia en este caso las anteriormente indicadas...”.

En base a lo anterior, serán inherentes a la medida de comparecencia personal apud acta, la prohibición de salida del territorio y la fijación del domicilio que encuentran se apoyó en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se impone a la persona que ha de permanecer en situación de libertad provisional la obligación de presentarse cuantas veces sea llamado ante el Tribunal que conozca de la causa, pudiendo acordarse la detención o prisión provisional caso de que el investigado o encausado no cumpliera con su obligación de comparecer. En ese caso, una vez habido se procederá a la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Ley Enjuiciamiento Criminal para decidir si procede agravar la medida acordada con la prisión provisional para evitar el riesgo de fuga, que salvo justificación acreditativa y satisfactoria de las razones que llevaron al incumplimiento de la medida, podría quedar perfectamente acreditada. También se podría establecerse una medida menos gravosa que la prisión provisional, tal como establece el citado artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la retirada del pasaporte o incluso, la prohibición de salida del país, como medidas que afectan a la libre circulación del investigado. Si se acordaran dichas medidas, en la resolución deberá constar que, para su efectividad, se proceda a la retención del pasaporte y a la notificación de la resolución por la que se adopta la medida a las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado con competencia para el control de fronteras y aeropuertos en aras de evitar el incumplimiento de las medidas acordadas.

II. ¿COMPENSACIÓN, ABONO O CARGA PROCESAL? CRITERIO DE COMPENSACIÓN.- ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2013.

La compensación de las comparecencias apud acta en la liquidación de condena puede afectar al cómputo final del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Ello encuentra justificación legal al considerar que la pena de prisión constituye una intromisión en el ámbito de la libertad del investigado, pero también lo

sería la libertad provisional con obligación de comparecencia apud acta como medida de naturaleza también restrictiva, encaminada a asegurar los fines del proceso.

¿Puede entonces considerarse que las comparecencias apud actas constituyen una medida restrictiva, que implica un adelanto de la pena? ¿Si la respuesta es afirmativa, resultaría, por tanto, lógico plantearse la posibilidad de que pudiera ser compensada en la liquidación de la condena?

En ese sentido, el artículo 59 del Código Penal establece 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 estime compensada. En aplicación de lo indicado puede suceder que después de aplicar un nuevo cómputo del cumplimiento de la pena restando las comparecencias apud acta, en el cómputo correspondiente resulte un avance en la fecha del licenciamiento establecido sin el abono de dichas comparecencias.

Tal como establece Paloma UCELAY, la interpretación más generalizada en la aplicación del contenido de los artículos 58 y 59 del Código Penal, sostenía que la pena sufrida por el investigado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta.³

El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha de 19 de diciembre de 2013, establece doctrina referente a la compensación de las comparecencias del artículo 530 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en base al artículo 59 del Código Penal, en la liquidación de la condena privativa de libertad que tiene lugar en fase de ejecución de sentencia y establece lo siguiente:

“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 CP atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

Como puede observarse, el acuerdo del pleno se dictó en el año 2013 y el artículo 58 fue modificado por artículo único de la LO 15/2003 de 25 de noviembre y 59 del

³ Tal como establece Paloma UCELAY, Jurista del Cuerpo Superior Técnico de Instituciones Penitenciarias. “Hasta el momento, la interpretación más generalizada de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, seguida muy mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales, sostenía que el contenido propio de una pena sufrido por el imputado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta. En consecuencia, la comparecencia apud acta no se compensaba en la pena.”

Código Penal, no ha sido modificado, no obstante, no fue hasta la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014 que se estableció doctrina referente a la compensación de las comparecencias del artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerarse que debía compensarse el tiempo de libertad provisional, pues toda privación de derechos del investigado durante el proceso, se considera un adelanto de la pena.

En esa misma Sentencia, dos magistrados de la Sala emitieron su voto particular, toda vez que interpretaban que la obligación de comparecencia apud acta no era una medida cautelar, sino una carga procesal, es decir, una obligación inherente a la situación de libertad provisional del imputado.

Por otro lado, el Acuerdo citado también permitía la interpretación del posible carácter facultativo de la compensación al establecer en su redactado la palabra “puede”. No obstante, ambas cuestiones quedaron clarificadas a partir de la STS 52/2015 de 26 de enero y la STS 332/2015 de 3 de junio y se concreta en la imposibilidad de que la dicción del artículo 59 del Código penal pueda tener carácter facultativo, al hacer constar que su literalidad utiliza la locución “ordenará”.

En su consecuencia procede concluir que la compensación de las comparecencias apud acta resultará de aplicación obligatoria en la liquidación de condena.

Llegados a este punto, cabe destacar que hablamos de compensación y no de abono: el abono puede aplicarse cuando nos hallamos delante de penas homogéneas o que son de la misma naturaleza, como la prisión preventiva o la pena de prisión; la compensación puede proceder en el contexto de penas heterogéneas, como la libertad provisional con comparecencias periódicas apud acta, la retirada del pasaporte o similares.⁴

Como indica José Antonio BLANCO, este acuerdo no jurisdiccional ha sido aplicado y desarrollado en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014. De hecho, en esta sentencia, como se hace constar en su antecedente séptimo, se prorrogó el plazo para dictar sentencia por acuerdo de la Sala, hasta la celebración del Pleno no Jurisdiccional de 19 de diciembre, teniendo la deliberación y votación del fallo lugar el 12 de septiembre de 2013, y dictado de la sentencia fecha de 7 de enero de 2014.⁵

⁴ Esther LÓPEZ FERRERAS, Liquidación de condena, 29/09/2014.

⁵ José Antonio BLANCO ANES, El abono de las comparecencias "apud acta" en la liquidación de condena de prisión.

Esta sentencia es consecuencia del recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife de 30 de enero de 2013, resolviendo la súplica del Ministerio Público contra el auto de la misma sección dictado en fecha 21 de enero de 2013 y, por el que se estimó la petición del penado de compensar la medida cautelar impuesta durante la instrucción de la causa de obligación de comparecer apud acta. Dicha obligación tuvo una extensión de dieciocho meses, que, a dos comparecencias al mes, dieron como resultado un total de 36 comparecencias. La AP de Tenerife accedió la compensación interesada al entenderla adecuada y proporcional a la aflicción padecida el compensar las treinta y seis comparecencias a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias, debiendo en consecuencia procederse a una nueva liquidación que contemple el abono de los 4 días. Como se ha indicado, la sentencia confirma la resolución de la Audiencia de Tenerife al que la obligación de comparecencia impuesta apud acta al penado, no puede ser examinada, atendiendo exclusivamente al grado de aflicción que haya causado aquél, al considerar que la comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estatus de libertad provisional y tiene carácter de medida cautelar cuya naturaleza será, por ello, restrictiva y encaminada a asegurar los fines del proceso. La Sala argumenta que la razón de la compensación del cumplimiento de la obligación de comparecencia apud acta, deberá analizarse a través de la restricción de la libertad que implica la adopción de la medida, considerando, con ello que la calificación de provisional no deja de implicar una restricción y una limitación a la libertad. En ese sentido, deberá tenerse en cuenta el valor constitucional proclamado en el artículo 1 de la Constitución Española, siendo que la comparecencia apud acta no puede imponerse a un investigado cuya libertad no estuviera comprometida, es decir, que no sea objeto de la posible aplicación de medida cautelar. La libertad queda afectada porque a partir de la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas del imputado, condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención a todo llamamiento judicial.

La libertad provisional, es una medida de naturaleza restrictiva, dado su carácter de provisionalidad, que implica que atendidas determinadas circunstancias esa situación podría variar agravándose la medida y acordándose en su defecto la medida de prisión provisional. Ello, conlleva necesariamente la consideración de limitación de libertad con independencia de los efectos que produzca en el investigado. El abono del tiempo

de vigencia de la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado, es un deber derivado de los principios que constan en la regulación de los artículos 58 y 59 del Código Penal.

Consecuencia de lo anterior, debe entenderse admitida la existencia de un deber legal de compensación aplicable a toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar. A partir de aquí resultará necesario determinar los criterios razonables para su correcta aplicación. En ese sentido deberán aplicarse los principios de proporcionalidad y culpabilidad. El primero para establecer una proporción equilibrada entre la restricción de la libertad y el valor que se le dé en base a la aflicción causada y, el segundo, en cuanto a la consideración de que efectivamente toda privación o restricción de libertad anticipada deberá considerarse parte cumplida de la culpabilidad que finalmente resulte en la sentencia de condena.

La sentencia indicada establece un cálculo de proporcionalidad que comprende 1 día de privación de libertad por cada 10 comparecencias que será computable en la liquidación de condena. Dicho cómputo ha sido considerado por la doctrina como equilibrado y razonable cuya fórmula ha sido aplicada en otras compensaciones de igual o similar naturaleza.

Dicha sentencia determina las consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares y alude como alcance de esa doctrina el derecho a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 1 de la CE toda vez que contribuirá a eliminar la aplicación de una medida restrictiva de la libertad de forma cotidiana, sino a que ésta sea establecida cuando las circunstancias lo requieran mejorando, a resultas, la ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional de esa medida que conlleva el control que sería de esperar. Por otro lado, ostentará un efecto pedagógico al conllevar en el investigado la expectativa favorable de su futura compensación.⁶

Por otro lado, la STS N° 52/2015, de 26 de enero, determinaría que la compensación de la comparecencia apud acta es obligatoria, especialmente teniendo en cuenta que la expectativa del investigado respecto del final del proceso. No obstante, cuando la espera del final del proceso es larga, véase que las instrucciones de algunas causa son complejas y conllevan más tiempo del deseado en finalizar la tramitación,

⁶ STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, Ponente D. Manuel Marchena

para el investigado obligado por una medida cautelar restrictiva de libertad pueda resultar excesiva o la frecuencia establecida de comparecencias es también alta, podría solicitar la modificación de la periodicidad acordada y aunque parece como habitual que una vez establecida esa frecuencia resulta muy difícil acreditar razones de importancia para que la misma sea modificada, la STS N° 332/2015, de 3 de junio establece que, "el art. 530 de la Lecrim no predefine un módulo cronológico para el cumplimiento de la obligación de comparecer⁷, 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 [...] es necesario un ejercicio de ponderación en orden a valorar la necesidad de la medida, y su extensión."

En ese sentido, deberá tenerse en cuenta aplicando a su vez criterios de racionalidad y de valoración respecto a la efectiva imposición de la medida cautelar de comparecencia apud acta, teniendo en cuenta que si de la causa no se desprende la existencia de que dicha comparecencia resulte realmente necesaria, puede y debe prescindirse de su aplicación, toda vez que la medida, como restrictiva de derechos, deberá ser ponderada y resultar necesaria para que se fije la libertad provisional con comparecencia apud acta.

III. CONCLUSIONES

Del acuerdo no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, ha quedado determinado que el periodo de comparecencia apud acta sufrido deberá ser compensado en la liquidación de condena que se lleve a cabo. Con la declaración de firmeza de la sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad se iniciará una pluralidad de actuaciones desarrolladas ante el Juzgado o Tribunal Sentenciador y, en su caso, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. No obstante, será el propio Tribunal Sentenciador el que, en el seno de la oportuna ejecutoria, habrá de proceder al abono de la comparecencia apud acta en el momento de

⁷ STS N° 52/2015, de 26 de enero de 2015

elaborar de la liquidación de condena. Dicho abono deberá hacerse tanto de oficio como a instancia del propio penado con la necesaria intervención del Ministerio Fiscal.

A partir de aquí procede hacer consideración en cuanto a cuáles serán los criterios de compensación que deberán ser aplicados teniendo en cuenta la valoración que se haga respecto de la afectación que dichas comparecencias han causado al penado cuya pena deba ser compensada.

Queda acreditado que la medida cautelar dictada ha restringido sus derechos al tratarse de una obligación de hacer y ha representado una intromisión en el ámbito de la libertad del investigado. Como se ha dicho, la obligación de comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estatus de libertad provisional del investigado, de naturaleza restrictiva, encaminada a asegurar los fines del proceso. Dicha medida está siempre presente en la vida privada del investigado con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella.

Como la pena es una reducción del estatus del autor respecto de sus derechos fundamentales, toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso, constituye un adelanto de la pena que no puede ir contra el acusado. Si se negara esta compensación se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, pues se estaría desconociendo que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello deberá serle compensado en la pena impuesta.

Como se ha manifestado, no resulta necesario acreditar la real afectación causada en el investigado. Actualmente debe hacerse una valoración genérica de la afectación que dicha comparecencia ha causado en la vida cotidiana del investigado. Por un lado, la pretensión de la imposición de comparecencia tiene su base y fundamentación en el aseguramiento del investigado en la causa que le provoca la carga de comparecer cada periodo establecido y le comporta la imposibilidad de olvidar que se encuentra investigado en un proceso penal. Ello, ya supone una carga en el sentido de aflictividad, porque resulta indudable que estar pendiente de un proceso judicial conlleva necesariamente una afectación emocional. Si además añadimos que puede afectar a su quehacer diario, para cumplir con la obligación impuesta, puede además afectar de forma patente en su cotidianidad. Entiendo que en definitiva deberá aplicarse la compensación en base a criterios de racionalidad teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que resultara de poner en común el tipo y gravedad del delito

cometido, las circunstancias personales y la afectación real que dichas comparecencias han causado en la vida del penado.

En su consecuencia, no se precisa acreditar que la aflictividad sea o haya sido gravosa, ya que lo es la propia obligación de comparecer. Dicha aflicción resultará la propia limitación de libertad que ha supuesto el cumplimiento de la medida acordada.