



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 154/2015, de 17 de marzo de 2015*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 10846/2014*

#### **SUMARIO:**

**Individualización de penas. Abono de medidas cautelares. Artículo 59 del Código Penal. Recurso de súplica y recurso de casación.** Abono del tiempo de retirada cautelar del pasaporte en la pena de prisión impuesta. El problema no es determinar si la medida de privación del pasaporte limita el derecho de circular libremente -que es obvio que lo limita-, sino en qué medida debe compensarse. La compensación ha de hacerse no de manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de afflictividad de la medida en relación a la pena. 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, y en este caso, la compensación de un día de prisión por cada treinta días de privación del pasaporte es razonable atendidas las circunstancias concretas (persona con familia y negocios fuera de España). Los autos relativos al abono o no de la prisión preventiva sufrida por el condenado son susceptibles de casación. Súplica y casación son recursos incompatibles por expresa dicción de la Ley. Si cabe casación, no es posible una súplica previa. No obstante en casos de indicación errónea de los recursos procedentes o de supuestos en que la normativa sobre la recurribilidad de la resolución no es clara, el previo intento de una súplica no puede cerrar las puertas de la casación y por tanto, ningún óbice ha de derivarse para la admisibilidad del recurso de casación interpuesto contra el auto que desestimó la súplica e, indirectamente, contra el que admitió el abono en términos diferentes a los reclamados.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 59 y 530.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 237 y 849.6.

#### **PONENTE:**

*Don Antonio del Moral García.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Gracia , contra el Auto de fecha ocho de septiembre de dos mil catorce dictado en la Ejecutoria nº 2301/13 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta), que desestimó el Recurso de Súplica interpuesto por la representación de la recurrente contra el Auto de fecha veintiocho de abril de dos mil catorce del mismo Tribunal, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando la recurrente representada por el Procurador Sr. Guadalupe Martín. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

Con fecha veintiocho de abril de 2014, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó Auto cuyos Antecedentes de Hecho se expresaban así:

<< PRIMERO .- Por sentencia dictada en este procedimiento, declarada firme, se condenó a Gracia como autora de un delito de estafa a la pena de 6 años de prisión.

### SEGUNDO.

Mediante escrito de 22-11-13, la defensa de la condenada solicitó la compensación de la medida cautelar impuesta, consistente en retirada del pasaporte. El Ministerio Fiscal mostró su disconformidad>>.

### Segundo.

La Parte Dispositiva del auto reza así:

<<LA SALA ACUERDA: HA LUGAR a compensar la medida cautelar consistente en retirada del pasaporte, que se impuso a la condenada Gracia en el presente procedimiento, a razón de (1) día de prisión por cada treinta (30) días, o fracción de ellos, que tuvo retirado el pasaporte.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de súplica a interponer ante este mismo Tribunal en el plazo de 3 días.

Una vez firme la presente resolución, procédase a liquidar nuevamente la condena>>.

### Tercero.

La representación legal de la recurrente interpuso recurso de súplica contra el Auto de veintiocho de abril de dos mil catorce que sería desestimada en auto de 8 de septiembre siguiente cuya Parte Dispositiva establecía:

<<La Sala, ACUERDA : Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la representación de la condenada Gracia contra el auto de 28 de abril de 2014 .

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno.

Una vez firme la presente resolución, procédase a liquidar nuevamente la condena>>.

### Cuarto.

Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional por la representación procesal de la recurrente que se tuvo por anunciado,



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

*Motivos aducidos por Gracia .*

Motivo primero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 1 CE . Motivo segundo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 14 CE . Motivo tercero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 19 CE . Motivo cuarto .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 24.1 CE . Motivo quinto .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción en la aplicación de la Ley 17 de enero de 1901. Motivo sexto .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por la no aplicación del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la sentencia 1045/2014 de 7 de enero . Motivo séptimo .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 530 de la misma ley . Motivo octavo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 39 f) CP . Motivo noveno .- Por aplicación del art. 849.1 de la LECrim por infracción del art. 58 CP . Motivo décimo. - Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación errónea del art. 59 CP .

**Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto interesando su inadmisión ; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**Quinto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día doce de marzo de dos mil quince.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

Formalmente son diez los motivos del recurso de casación presentado por Gracia contra el Auto de 8 de septiembre de 2014 dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla . Pero en realidad estamos ante diez vertientes argumentativas, relativamente distintas, que apoyan una única pretensión. Materialmente es un motivo de casación, aunque fundado en una pluralidad de materiales normativos invocados con mayor o menor pertinencia.

Las abundantes referencias constitucionales a las que se dota de capacidad para servir de armazón a motivos distintos carecen de autonomía propia: el problema no es determinar si la medida de privación del pasaporte limita el derecho de circular libremente -que es obvio que lo limita-, sino en qué medida debe compensarse. Si la solución dada por la Audiencia a esa cuestión nuclear es correcta, no habrá violación del derecho a la tutela judicial efectiva, ni del derecho a la libre circulación, ni violación de las diferentes normas en que la recurrente diversifica sus motivos multiplicándolos de forma artificial.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Las referencias normativas, o jurisprudenciales a tomar en consideración para solventar el problema pueden ser múltiples pero la cuestión es única.

No cabe buscar abrigo en el principio de igualdad. Obviamente no son equiparables las situaciones de quien ve retirado su pasaporte, con la de quien está en prisión preventiva, o la de quien ha de efectuar presentaciones periódicas. Ante supuestos desiguales, la respuesta no puede ser igual. Para invocar lesión del principio de igualdad debería ofrecerse un término de comparación sustancialmente igual.

Se analizarán por ello todos los motivos como lo que son: un único pedimento basado en la consideración de que la Audiencia debía compensar la medida cautelar sufrida -privación del pasaporte- a razón de un día de prisión por cada día en que estuvo vigente; o, al menos, con magnitudes superiores a la equivalencia aplicada: abono de un día de prisión por cada treinta días de retirada del pasaporte.

Se trata por tanto en definitiva de delimitar si ese módulo de compensación es racional de acuerdo con el criterio establecidos en 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" .

La compensación ha de hacerse no de manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de afflictividad de la medida en relación a la pena ( STS 53/2015, de 26 de enero ).

### **Segundo.**

Hemos de plantearnos previamente la recurribilidad de la resolución que se trae a este Tribunal. Nos enfrentamos a un auto abonando una medida cautelar de naturaleza distinta a la pena privativa de libertad impuesta y en fase de cumplimiento. Se accedió a ello aunque en términos menos magnánimos que los que reclamaba la peticionaria.

El auto fue recurrido en súplica.

Los autos relativos al abono o no de la prisión preventiva sufrida por el condenado son susceptibles de casación. Así lo declara una añeja y oculta disposición, el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva: " Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ". El párrafo 6º del art. 849 mencionado equivale al actual párrafo 1º: el error iuris como primer motivo de casación por infracción de ley. Tal ley sirve de encabezamiento a uno de los motivos de casación articulados. La Real Orden de 29 de enero de 1901 insistió en la admisibilidad de la casación, concretando que el abono de la prisión preventiva realizado en la fase de ejecución y, por tanto, con posterioridad a la sentencia, debe revestir la forma de auto.

Las mencionadas Ley y Real Orden están derogadas por la legislación posterior que incorporó la mayor parte de su contenido al Código Penal pero no en su totalidad. En efecto, sus aspectos procesales y en particular lo atinente a esa posibilidad de casación están vigentes en cuanto no han sido afectados por ulteriores reformas. Tampoco las últimas modificaciones del régimen de prisión provisional (Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010) han reparado en esa disposición. Su vigencia está asumida por una jurisprudencia que no titubea al admitir recursos de casación interpuestos contra autos dictados en fase de ejecución por las Audiencias Provinciales declarando abonables o no determinados períodos de prisión preventiva (entre muchas otras SSTS 1449/1998, de 27 de noviembre , 926/1999, de 4 de junio o 501/2001, de 22 de marzo , ó 615/2012, de 10 de julio ).



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Es aplicable por analogía ese marco a los casos de abono de medidas distintas a la prisión preventiva que es lo que contemplamos ahora ( STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014 , ó 53/2015, de 26 de enero ).

#### **Tercero.**

Ha acudido la penada en primer lugar a un improcedente recurso de súplica ( art. 237 de la LECrim ). En otros supuestos el seguimiento de esa equivocada vía podría ser determinante de la extemporaneidad e inadmisibilidad de la casación. Súplica y casación son incompatibles por expresa dicción de la Ley. No obstante en zonas de penumbra normativa la doctrina de esta Sala ha dulcificado la respuesta. Si el recurrente se limita a atender las indicaciones que sobre el régimen de recursos de la resolución le proporcionó el órgano jurisdiccional como sucedió aquí ( SSTC 107/1987, de 21 de junio , 40/1995, de 13 de febrero o 65/2002, de 11 de marzo , 79/2004, de 5 de mayo , 241/2006, de 20 de julio , 30/2009, de 26 de enero o 591/2014, de 10 de julio ) o nos movemos en un espectro de poca claridad legislativa (es éste también el caso), ningún óbice ha de derivarse para la admisibilidad del recurso de casación interpuesto contra el auto que desestimó la súplica e, indirectamente, contra el que admitió el abono en términos diferentes a los reclamados ( SSTS 615/2012, de 10 de junio ó 554/2013, de 20 de junio ).

#### **Cuarto.**

El art. 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 afflictividad e incluso, eventualmente, circunstancias personales concretas que incidan en esos factores. No caben reglas apriorísticas de generalizada aplicación.

La STS de 7 de enero de 2014 admitió esa abonabilidad en relación a las presentaciones periódicas derivadas de la obligación apud acta que puede acordar el Instructor. Tal pronunciamiento se ajustaba al criterio expresado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre de 2013, en el que se proclamó que " 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 afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado".

No hay en principio obstáculo para proyectar igual doctrina a la retirada del pasaporte prevista en el art. 530 CP . En todo caso no es esa es la cuestión a debatir aquí. El Ministerio Fiscal no impugnó tal decisión, aunque ahora en su dictamen asoma un atisbo de disconformidad con ese acuerdo al que se opuso expresamente en la instrucción en un dictamen profundo. Lo que se suscita y hay que decidir ahora es si la equivalencia establecida por la Audiencia es ponderada.

La recurrente la considera escasa. Aduce que tiene un hijo en Polonia. Se ha visto impedida para visitarla allí. Mantiene, por otra parte, negocios en el extranjero (dato ciertamente relevante en la ejecutoria y no solo a los fines ahora analizados) que ha tenido que atender a través de terceras personas.

Es de todo punto rechazable la pretensión de abono de un día de prisión por cada uno de los días que se vio privada de su pasaporte. Es sencillamente inadmisibile: ¿alguna persona



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

a la que se ofreciese elegir entre permanecer un día en prisión o un día sin pasaporte optaría por lo primero? ¿Alguna sostendría que le es indiferente? Tampoco parece que nadie aceptaría ingresar en prisión un día para evitar la retirada del pasaporte dos, tres, diez o veinte días. Esta idea entronca con un sentido común elemental y deriva de la valoración de los bienes jurídicos concernidos en cada caso y su grado de afectación. Para una persona cuyo domicilio radica en España y que pasa ahí la mayor parte del tiempo, ver retirado su pasaporte puede suponer durante un porcentaje muy elevado de días un perjuicio nulo o casi nulo. Desde luego es algo mucho menos gravoso que el confinamiento en prisión.

Tampoco puede obviarse que, aún retirado el pasaporte, cabría recabar autorización puntual para viajes concretos justificados que el Instructor podrá conceder o no.

Pero aunque se negase esta posibilidad, es patente que entre quinientos días en prisión o quinientos días sin pasaporte hay una diferencia abismal, sea cual sea la sensibilidad del que padece una u otra medida, o sean cuales sean las vinculaciones que una persona pueda tener en el extranjero o su querencia o hábito por viajar fuera de España.

Si algo podría achacarse a la Sala de instancia es establecer un módulo de equivalencia más bien generoso -lo que, desde luego, es preferible al supuesto contrario-. Abonar un día de prisión por cada mes de privación del pasaporte (teniendo en cuenta además que muchos meses las consecuencias de esa privación habrán sido nulas) es más que razonable. Hay que refrendar el fundado y prudencial criterio de la Sala de instancia.

La pretensión no puede admitirse.

#### **Quinto.**

La desestimación del recurso comporta la obligación de la recurrente de abonar las costas procesales ( art. 901 LECrim ).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Gracia , contra Auto de fecha ocho de septiembre de dos mil catorce dictado en la Ejecutoria nº 2301/13 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta), que desestimó el Recurso de Súplica interpuesto por la recurrente contra Auto de fecha veintiocho de abril de dos mil catorce dictado por el mismo Tribunal.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.