|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 126/1998 |
| Fecha | de 1 de junio de 1998 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Julio D. González Campos y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 2855-1997 |
| Asunto | Recurso de amparo 2.855/1997 |
| Fallo | En virtud de todo lo expuesto, la Sala acuerda acceder parcialmente a la solicitud de suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas en lo que respecta a las penas privativas de libertad y el arresto sustitutorio. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de junio de 1997, doña Linda Hartley, bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Díaz Solano, interpuso demanda de amparo constitucional contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 618/1997, de 6 de mayo, recaída en recurso de casación contra la dictada por la Audiencia Provincial de Málaga el 6 de mayo de 1996, en rollo núm. 218/95, seguido por delitos contra la salud pública y de contrabando.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda, brevemente expuestos, son los siguientes:

A) El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga incoó diligencias previas por supuesto delito contra la salud pública, contrabando y falsedad en documento oficial, en las que, entre otros, aparecía como denunciada la ahora recurrente en amparo.

B) En el procedimiento abreviado seguido, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga dictó Sentencia, de 6 de mayo de 1996, en la que se declararon como hechos probados los siguientes:

«Del conjunto de la prueba practicada se establece como probado que en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Málaga, tuvieron conocimiento a mediados del mes de enero de 1995, en la Sección de Delincuencia Organizada, de la existencia de unos súbditos británicos que podían dedicarse al tráfico de sustancias estupefacientes, estableciendo los funcionarios policiales un servicio de vigilancia en un bar llamado Rita.... atendido por los acusados Carlton Dale Hartley y Linda Hartley; fruto de las vigilancias también se detecta la presencia del acusado Andrew Ray, estableciendo la Sección de Delincuencia un control de los vuelos que con destino a Gran Bretaña salen desde Málaga..., procediendo funcionarios policiales, el día 26 de marzo de 1995, en el aeropuerto de Málaga a la detención de Linda Hartley en la terminal de salida, donde había retirado un billete con destino a Londres, quien portaba una maleta que había recogido del vehículo BMW.. conducido por el acusado Carlton Dale Hartley, que también fue detenido, y la maleta contenía varias pastillas de una sustancia que una vez analizado su contenido resultó tratarse de hachís, con un peso de 6 kilogramos. En el aeropuerto de Sevilla se procedió a la detención del acusado Andrew Ray ( ... ). El hachís intervenido era destinado por los acusados Andrew Ray y Linda Hartley a su exportación a Londres para su distribución y venta a terceras personas, no quedando acreditada la participación del acusado Carlton Dale Hartley en el tráfico de drogas a que se dedicaban los otros dos acusados ... ».

La ahora recurrente alegó en su escrito de defensa, reiterándolo en posterior escrito y en la vista oral, la nulidad de las escuchas telefónicas base de la investigación policial y de las pruebas derivadas de éstas. Pero la Sala no accedió en el acto del juicio a resolver la cuestión suscitada. En la Sentencia tampoco se resolvió sobre la nulidad de las intervenciones telefónicas, haciéndose solamente una breve referencia a esta cuestión en el fundamento de Derecho 2.º («no valorando el Tribunal las conversaciones telefónicas intervenidas, por existir prueba de cargo independiente y suficiente para destruir la presunción de inocencia). La Audiencia Provincial condenó a Linda Hartley y Andrew Ray como autores de un delito contra la salud pública y un delito de contrabando a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y multa de 5 1.000.000 de pesetas por el primer delito, y a la pena de dos meses y un día de arresto mayor y multa de 2.000.000 de pesetas por el segundo.

C) En el recurso de casación, la ahora recurrente reiteró, entre otras cuestiones, su solicitud de nulidad de las intervenciones telefónicas, dado que esta prueba se había obtenido vulnerando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y el derecho a la tutela judicial efectiva, y resultar de ello, por apoyarse el Tribunal enjuiciador en las escuchas telefónicas para la probanza de los hechos, una quiebra del derecho a la presunción de inocencia.

D) La Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Sentencia, de 6 de mayo de 1997, declarando no haber lugar al recurso de casación y, en consecuencia, confirmó la resolución anterior.

3. Contra dicha Sentencia se interpone el presente recurso de amparo, interesando su nulidad, y en el que se alega la infracción de los derechos recogidos en los arts. 18.3, 24 y 25 C.E., por reputar la recurrente nulas y anticonstitucionales las escuchas telefónicas autorizadas por el Juzgado núm. 3 de Torremolinos, lo que determina a su juicio la nulidad de las pruebas derivadas del contenido de tales escuchas. Por último, y mediante otrosí, se solicita se declare la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida entretanto se tramita el presente recurso.

4. Por providencia de la Sección Tercera de 27 de abril de 1998, se acordó admitir a trámite el presente recurso así como la apertura de la presente pieza separada de suspensión, otorgando a la recurrente y al Fiscal, conforme determina el art. 56 LOTC, plazo común de tres días para que alegaran cuantos argumentos entendieran procedentes a este fin.

5. En escrito que tuvo entrada en este Tribunal el siguiente día 7 de mayo, la recurrente reitera su inicial solicitud de suspensión argumentando haber estado ya privada de libertad por esta causa por espacio de un año y diez días, tener asimismo prestada caución pecuniaria y venir presentándose periódicamente ante la autoridad desde que obtuviera el beneficio de la libertad provisional, así como, por último, que por resolución de 20 de noviembre de 1997 de la Audiencia Provincial de Málaga se acordó la suspensión de la ejecución de la pena impuesta hasta tanto se resolviera sobre el fondo del presente recurso.

El Fiscal, por su parte, y mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 14 de mayo de 1998, se basa en el citado Auto de la Audiencia de 20 de noviembre de 1997, para considerar ya satisfecha la pretensión sustentada en el presente incidente, por lo que considera innecesario pronunciarse sobre ella.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión objeto de este incidente resulta preciso dejar sentado que la supuesta innecesariedad de cualquier pronunciamiento de este Tribunal sobre la suspensión solicitada desde el momento en que el propio órgano judicial encargado de la ejecución de la pena la tiene acordada, no puede afectar a lo dispuesto en el art. 56 LOTC, que confiere dicha potestad de suspensión a la Sala del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo. Sea, pues, cual sea el entendimiento que los órganos judiciales posean de sus propias potestades en cuanto al cumplimiento o la efectividad de sus propios fallos, lo cierto es que tal entendimiento no puede privar a este Tribunal de una potestad que nuestra Ley Orgánica le confiere. Aunque tampoco sea indiferente lo decidido por el órgano jurisdiccional respecto a la suspensión de la ejecución del fallo, dada su inmediación con las circunstancias del proceso.

2. Entrando, pues, en la resolución del fondo del presente incidente conviene recordar que el citado art. 56 LOTC determina que la Sala que conozca de un recurso de amparo acordará la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo cuando dicha ejecución, caso de llevarse a cabo, «hubiere de causar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». Si bien el segundo inciso de dicho precepto consagra un límite a esa posibilidad al disponer, no obstante, que la suspensión podrá denegarse cuando de ella pueda seguirse «perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero».

En concreto, y por lo que respecta a dichos límites, es jurisprudencia constante de este Tribunal que toda suspensión de la ejecución de una Sentencia firme supone de por sí una cierta perturbación del interés general, consistente en mantener su eficacia (AATC 81/1981 y 36/1983, entre muchísimos otros). Por lo que la regla general debe ser la de no proceder a la suspensión, salvo que el demandante acredite suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pueda conllevar la ejecución, privando así al amparo de su finalidad, y ello, además, siempre que la solicitada suspensión no pueda producir las perturbaciones graves ya aludidas. Acorde, pues, con la naturaleza extraordinaria de la jurisdicción de amparo y con los imperativos que derivan de la efectividad de la tutela judicial, la suspensión prevista en la LOTC se configura como una medida provisional, de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (ATC 143/1992; también, AATC 284/1995, 50/1996 y 219/1996).

3. Ahora bien, al ser la regla general la no suspensión y la irreparabilidad de los perjuicios la excepción, la existencia de un evidente interés general en la ejecución de los fallos judiciales firmes (art. 118 C.E.), que se configura a su vez como excepción de ésta, no puede ser entendido de modo tan rígido que haga inviable en todo caso la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales. De suerte que la posible afectación del interés general sólo será relevante si, en atención a las concretas circunstancias del caso y al contenido del fallo, reviste la suficiente gravedad para excluir de raíz la concesión de la suspensión (ATC 169/1995, por todos).

Más concretamente, este Tribunal ha establecido como criterio general que no procede la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado (como ocurre, aunque no sin excepciones, en las condenas de contenido patrimonial), a diferencia de aquellos otros en los que, por afectar a bienes o derechos del recurrente en amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, es procedente acordarla (como ocurre, en principio, en las condenas privativas de libertad). Si bien este criterio :general tampoco es absoluto, pues la jurisprudencia de este Tribunal pone de relieve que, en el segundo de estos supuestos, nuestro enjuiciamiento también ha considerado otras circunstancias relevantes, como son las relativas a la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de sustracción de la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas (AATC 88/1981, 210/1983, 486/1983, 476/1984, 418/1985, 522/1985, y, entre los más recientes, 53/1992, 152/1995, 196/1995, 121/1996, 163/1996, 226/1996, 310/1996, 349/1996, 419/1997 y 420/1997, entre otros).

4. La aplicación al presente caso de la doctrina que se acaba de exponer lleva a considerar, como primer extremo relevante la duración de las penas impuestas y el tiempo que resta para el total cumplimiento de las mismas, si bien es cierto que tal valoración no podrá hacerse mecánicamente y atendiendo sólo a un límite máximo -que suele situarse en tomo a los cinco años de prisión, aunque con matizaciones en orden a la suma de condenas por concurso real- como claramente se desprende de nuestra jurisprudencia (así, por ejemplo, ATC 1260/1988, respecto a una pena de seis años de prisión por homicidio con eximente incompleta; ATC 105/1993, respecto a un pena de cinco años de prisión por aborto y otros dos por usurpación de funciones; ATC 312/1995, respecto a una pena de once años y siete meses de prisión, aunque ya cumplida en un gran parte, y ATC 202/1997, respecto a una pena de cuatro años dos meses y un día, en concurso real con otra pena de dos años cuatro meses y un día) y ello, además, teniendo en cuenta que no es pertinente distinguir entre supuestos en que el total de la pena a cumplir lo sea por un sólo delito de aquellos en que deriva de varios distintos, como aquí ocurre. Pues el dato objetivo del total de las penas de privación de libertad impuestas cuantifica el desvalor del comportamiento enjuiciado y el daño social producido según la apreciación del Tribunal sentenciador, que nosotros no podemos revisar en este trámite. Por lo que la duración total de las penas privativas de libertad impuestas en este caso ha de ser apreciada atendiendo al interés general cifrado en el cumplimiento de la Sentencia condenatoria a que se refiere el art. 56 LOTC. Interés público que está vinculado con la confianza social en la Justicia penal (ATC 310/1996) y con los efectos disuasorios que se derivan de la finalidad de prevención general de los delitos (ATC 310/1996, con cita de los AATC 143/1992 y 202/1995; rotundamente, AATC 419/1997 y 420/1997, entre otros).

A) Así las cosas, la imposición de penas que, en cuanto a la privación de libertad, se extienden a cuatro años, dos meses y un día de prisión, por delito contra la salud pública, a los que habrá que añadir los dos meses y un día de arresto por delito de contrabando, debe considerarse teniendo en cuenta a su vez, como también adelantamos en el anterior fundamento, el tiempo efectivo que resta de cumplimiento de las mismas, esto es descontando el plazo de privación de libertad ya cumplido por la causa enjuiciada (un año y diez días de prisión provisional) con los posibles beneficios penológicos a que pueda tenerse derecho. Todo ello sitúa ese tiempo efectivo de cumplimiento que resta en un limite temporal notablemente inferior al que nuestra jurisprudencia, con las inflexiones indicadas, viene señalando para la procedencia de la suspensión, y ello como expresivo de la intensidad del reproche social a la conducta sancionada, el grado de afectación a la confianza social en la Justicia penal y los efectos disuasorios o preventivos generales a que ésta sirve. Procede pues, por todo ello, acordar la suspensión del cumplimiento de las penas privativas de libertad.

B) En cuanto a las penas pecuniarias y los arrestos sustitutorios de las mismas, la elevada cuantía de aquéllas y la irreparabilidad del cumplimiento del arresto en caso de impago, caso de que la resolución del fondo del asunto fuera estimatoria, aconsejan seguir el criterio constante de nuestra jurisprudencia, favorable a la suspensión como regla del arresto sustitutorio, y sólo muy recientemente matizada para supuestos en que las circunstancias conviertan en altamente improbable el impago (ATC de 4 de mayo de 1998, en recurso de amparo núm. 3.450/97), caso aquí no concurrente. Lo que conduce a acordar la suspensión de los referidos arrestos sustitutorios.

C) Distinto criterio, dada la fácil reparabilidad de los eventuales perjuicios que se puedan seguir de su ejecución, cabe seguir en cuanto a la condena al pago de las costas ocasionadas por el recurso de casación, tanto por dicha razón como por la completa ausencia de argumentación alguna de la recurrente en cuanto a la pertinencia de la suspensión en este extremo, en lo que coincide con el informe del Fiscal

ACUERDA

En virtud de todo lo expuesto, la Sala acuerda acceder parcialmente a la solicitud de suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas en lo que respecta a las penas privativas de libertad y el arresto sustitutorio.

Madrid, a uno de junio de mil novecientos noventa y ocho.