|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 95/2019 |
| Fecha | de 23 de julio de 2019 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Fernando Valdés Dal-Ré, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho. |
| Núm. de registro | 4582-2018 |
| Asunto | Recurso de amparo 4582-2018 |
| Fallo | Suspender la ejecución de la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia recurrida, única y exclusivamente en cuanto a la imposición de la pena de prisión de dos años y de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 4 de septiembre de 2018, tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Constitucional un escrito del procurador don Valentín Ganuza Ferreo, actuando en representación de don Francisco Benavente Romero, por el que interpuso recurso de amparo contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, de 17 de mayo de 2017, que condenó al recurrente a diversas penas y obligaciones dinerarias, y contra el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 2018, que inadmitió a trámite el recurso de casación promovido contra aquella sentencia.

2. Los hechos relevantes para la resolución de esta pieza de suspensión, son los siguientes:

a) Con fecha 17 de mayo de 2017, la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, dictó sentencia en única instancia (procedimiento abreviado núm. 44-2015) cuya parte dispositiva dispuso: “Que debemos condenar y condenamos a Francisco Benavente Romero como autor criminalmente responsable de un delito de estafa impropia del artículo 251.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, con expresa condena en costas procesales con inclusión de las de la acusación particular, condenándole como le condenamos a que indemnice a Santiago Ramírez Benavente en la suma de 77.000 € más los intereses dispuestos en el artículo 576 de la LEC, con expresa condena en costas procesales con inclusión de las de la acusación particular”.

b) Interpuesto por la defensa recurso de casación articulado en siete motivos, alegando en algunos de ellos la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó auto el 12 de abril de 2018 (recurso núm. 2993-2017), conteniendo la dispositiva siguiente: “la Sala acuerda: no haber lugar a la admisión del recurso de casación”.

3. La demanda de amparo alegó las siguientes quejas: (i) en primer lugar, la vulneración del “derecho a un proceso con todas las garantías” (art. 24.2 CE), dado que “la grabación reproducida en el acto del juicio oral no constituye una prueba legalmente practicada y constitucionalmente obtenida, no siendo, por tanto, prueba de cargo válida, eficaz y suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia”. Se refiere a la grabación de una “supuesta conversación” —en palabras de la demanda— sostenida por el recurrente con el querellante y sus familiares presentes en aquel encuentro previamente concertado, donde el acusado habría reconocido los hechos según las resoluciones impugnadas, en todo caso ignorando que dicha conversación “privada” estaba siendo registrada. En concreto, alega la demanda que se vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), al ser utilizada como prueba de cargo para su condena. Añade que se desconocen las condiciones en que se produjo la grabación, ni quién la realizó, o la volcó después a un formato CD, o quién la entregó al letrado de la acusación, afirmando éste que le llegó el día antes de la celebración de la vista oral, impidiendo así el ejercicio del derecho de contradicción del recurrente, con resultado de indefensión. La grabación ha servido para acreditar el elemento subjetivo del tipo penal aplicado, remacha, pese a ser una prueba vulneradora de derechos fundamentales.

(ii) La segunda queja fue la de lesión del “derecho a un proceso con todas las garantías” (art. 24.2 CE), ahora por “violación del principio acusatorio, al calificar las acusaciones los hechos como un delito de estafa del art. 250 CP, siendo mi patrocinado finalmente condenado por el art. 251.2 CP, no apreciando homogeneidad material entre ambos preceptos”. Cita en su apoyo jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre los elementos constitutivos de ambos delitos, de donde extrae la a su parecer falta de homogeneidad que exigía haberse formulado acusación específica del delito por el que se le condenó.

(iii) Y en tercer y último lugar adujo la vulneración del “derecho a un proceso con todas las garantías” (art. 24.2 CE), “por no haber procedido a la aplicación de [la] atenuante por dilaciones indebidas como muy cualificada en conexión con lo dispuesto en los arts. 66 y 21.6 del Código Penal”; queja que cabe reconducir por su contenido a la del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada.

Por medio de un segundo otrosí digo de la demanda, se alegó finalmente lo que sigue: “que, dado que, por la naturaleza de la condena, privativa de libertad, su ejecución haría perder al amparo su finalidad y, según lo establecido por el art. 56 LOTC, al Tribunal suplico que se suspenda la ejecución de la sentencia impugnada, notificándolo al órgano judicial que la dictó”.

4. La Sala Segunda, Sección Cuarta, de este Tribunal, dictó providencia el 2 de julio de 2019 del siguiente tenor:

“La Sección Cuarta ha examinado el recurso de amparo y ha acordado admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) toda vez que el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, diríjase atenta comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación num. 2993-2017.

Diríjase igualmente atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo P.A. (…); debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

De conformidad con la solicitud de la parte actora, fórmese la correspondiente pieza separada de suspensión”.

5. Por nueva providencia dictada por la Sección Cuarta de este Tribunal en la misma fecha, 2 de julio de 2019, se dispuso “formar con la precedente fotocopia, la oportuna pieza para la tramitación del incidente sobre suspensión y conforme determina el artículo 56 de la Ley Orgánica de este Tribunal, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que estimen pertinente sobre dicha suspensión”.

6. La fiscal jefe ante este Tribunal Constitucional formalizó su escrito de alegaciones el 17 de julio de 2019, interesando “que sea suspendida la ejecución de la pena privativa de libertad y de la accesoria de inhabilitación impuestas y se deniegue la suspensión del resto de los pronunciamientos condenatorios”.

En respaldo a esta solicitud y luego de resumir los antecedentes del caso, invoca y reproduce en parte el fundamento jurídico 1 del ATC 36/2019, de 20 de mayo (por error, identificado como ATC 20/2019), en relación con el tenor del art. 56.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, así como también los fundamentos jurídicos 2 y 3 del ATC 93/2018, de 17 de septiembre, continente de la doctrina de este Tribunal sobre la suspensión de penas privativas de libertad, de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y de aquellos pronunciamientos de condena (penal o civil) de naturaleza patrimonial que pueda traer también la sentencia.

La aplicación de la doctrina de referencia ha de conducir entonces, prosigue diciendo, a que se suspenda la pena de prisión de dos años que se le impuso, “dado el tiempo que se consuma normalmente en la tramitación del recurso de amparo” y para que “los efectos de su eventual concesión no sean meramente ilusorios, no desprendiéndose, por el contrario, que de su suspensión se siga perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades públicas de otra persona”. Respecto de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pide también su suspensión con arreglo a aquella misma doctrina, al seguir la suerte de la pena principal a estos efectos procesales. Y se opone por último a que se suspenda el pago de la indemnización y el de las costas procesales, “por no producir daños irreparables o de muy difícil reparación, al ser susceptibles de restitución íntegra”.

7. No consta que el representante procesal del recurrente en amparo haya presentado alegaciones en la presente pieza incidental.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como se ha expuesto en los antecedentes, la parte recurrente en amparo ha formulado en un otrosí digo de su demanda la solicitud de suspensión en concreto de la ejecución de la pena privativa de libertad de dos años que le fue impuesta por sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, y que confirmó en casación por auto la Sala Segunda del Tribunal Supremo; resoluciones ambas impugnadas en este proceso. A continuación, sin embargo, ha pedido en el mismo escrito la suspensión “de la sentencia” sin más precisiones, lo que alcanzaría también a los demás pronunciamientos incluidos en la dispositiva de ésta: la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, el pago de una indemnización dineraria al acusador privado, y las costas procesales.

Pese a esta cierta contradicción de los términos, y a que la parte ha desaprovechado la oportunidad que le brindaba la apertura de este procedimiento incidental para formalizar alegaciones, procedemos a dar por hecha la solicitud de suspensión respecto de todos los pronunciamientos de la sentencia de condena, en orden a colmar sus posibilidades de tutela. La fiscal jefe ante este Tribunal Constitucional, quien sí ha presentado escrito de alegaciones en la pieza, apoya la solicitud de suspensión de las dos penas indicadas, y rechaza que se acuerde la misma medida en cuanto a los demás pronunciamientos.

2. Así planteado el debate, resulta de aplicación la doctrina contenida en nuestro ATC 34/2016, de 15 de febrero, FFJJ 2 a 4, donde con cita del anterior ATC 198/2014, FJ 2, se resuelve una pretensión sustancialmente similar a la que ahora nos ocupa. Declaramos en aquel primer auto:

“2. [C]uando se trata de la suspensión de penas de prisión, se ha venido reiterando doctrina en virtud de la cual: ‘[…]La evaluación de la gravedad de la perturbación que para el interés general tiene la suspensión de la ejecución de una pena constituye un juicio complejo dependiente de diversos factores, entre los que se encuentran ‘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 eludir la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas’. De entre todos ellos ‘cobra especial relevancia el referido a la gravedad de la pena impuesta, ya que este criterio expresa de forma sintética la reprobación que el ordenamiento asigna al hecho delictivo —la importancia del bien jurídico tutelado, la gravedad y trascendencia social del delito— y, en consecuencia, la magnitud del interés general en su ejecución (AATC 214/1997, 273/1998, y 289/2001)’ (ATC 211/2004, de 2 de junio, FJ 3). En relación con este criterio de gravedad de la pena este Tribunal adopta como directriz inicial la de que la pena se sitúe por encima o por debajo de la frontera de los cinco años de prisión, que es la que le sirve al legislador penal para diferenciar entre las penas graves y las menos graves (art. 33 CP)…’ (ATC 31/2007, de 12 de febrero, FJ 2. En el mismo sentido, entre otros, AATC 420/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 42/2008, de 11 de febrero, FJ 1; 286/2008, de 22 de septiembre, FJ 1; 16/2009, de 26 de enero, FJ 1; 157/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 y 3; 50/2010, de 20 de abril, FJ 1; 44/2012, de 12 de marzo, FJ 2; 185/2012, de 15 de octubre, FJ 1; 61/2013, de 27 de febrero, FJ 2, y 90/2014, de 27 de marzo, FJ 2).

Este canon general, sin embargo, se ha excepcionado en dos situaciones singulares donde, pese a ponderarse que concurren en el caso los requisitos necesarios para decretar la suspensión, la misma se deniega por carecer la medida de verdadera eficacia práctica. Así sucede: a) cuando la pena de la que se solicita la suspensión tiene fijada una fecha futura de inicio de cumplimiento, respecto de la cual resulta previsible que se haya dictado para entonces la sentencia resolutoria del amparo (ATC 42/2008, de 11 de febrero, FJ 2), y b) si la persona debiera continuar en prisión en todo caso, en virtud del cumplimiento de otra ejecutoria anterior (ATC 486/1983, de 19 de octubre, FJ único)’.

3. En lo que concierne a la suspensión de las penas privativas de libertad […], ha de accederse a lo solicitado, con respaldo en este punto del ministerio fiscal. La extensión total de la indicada pena, dos años de prisión en total […], teniendo en cuenta el tiempo que requerirá la tramitación de este proceso de amparo y su resolución por la Sala, podría ocasionar un perjuicio irreparable de no suspenderse su cumplimiento, lo que haría perder gran parte, sino toda, la eficacia de un eventual fallo estimatorio del recurso; teniendo en cuenta además que no se produce ninguna perturbación grave de los intereses generales, ni la afectación a derechos fundamentales de terceros.

Esta misma decisión de suspender ha de acordarse también en cuanto a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión, conforme reiterada doctrina del Tribunal que determina que la pena accesoria siga la suerte de la pena principal, respecto de lo que se haya acordado sobre ésta en el incidente de suspensión (por todos, ATC 291/2014, de 1 de diciembre, FJ 3, con cita de otros anteriores).

4. Por el contrario, no procede suspender […] [el] pago de la indemnización por responsabilidad civil ex delicto [...] y el de las costas procesales causadas […]; tienen un contenido patrimonial y por tanto, por su naturaleza, no producen daño irreparable o de muy difícil reparación (entre otros, AATC 386/2008, de 15 de diciembre, FJ 3; 156/2009 y 157/2009, ambos de 18 de mayo, FJ 3; 18/2011, de 28 de febrero, FJ 4, y 16/2012, de 30 de enero, FFJJ 2 y 3). Para que en el caso concreto pudiera estimarse otra cosa habría sido necesario que […], bien en el otrosí digo de su demanda de amparo, bien en el escrito de alegaciones abierto dentro de la pieza de suspensión, hubiesen fundamentado verosímilmente la imposibilidad de reparación (ATC 117/2004, de 19 de abril, FJ 4). Extremo sobre el que sin embargo no se pronuncian […]. El incumplimiento de la carga de alegación […] conduce a desestimar su solicitud de suspensión respecto de las mismas (por ejemplo, AATC 56/2009, de 23 de febrero, FJ 2, y 124/2012, de 18 de junio, FJ 2)’”.

En el mismo sentido, entre otros, los posteriores AATC 35/2017, de 27 de febrero, FFJJ 1 y 2; 52/2017, de 18 de abril, FJ 2, y 93/2018, de 17 de septiembre, FFJJ 1 a 3.

3. Procede por tanto estimar parcialmente la solicitud formulada por el demandante de amparo, debiendo acordarse la suspensión de la pena privativa de libertad de dos años, así como también la suspensión de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, impuestas por la sentencia de instancia.

En sentido contrario, huérfana de cualquier argumentación por el recurrente que explique su posible carácter irreparable, se deniega la suspensión tanto de la indemnización resarcitoria (77.000 € más los intereses de mora del art. 576 de la Ley de enjuiciamiento civil), como del pago de las costas del proceso.

Por lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Suspender la ejecución de la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia recurrida, única y exclusivamente en cuanto a la imposición de la pena de prisión de dos años y de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión.

Madrid, a veintitrés de julio de dos mil diecinueve.