|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 145/2017 |
| Fecha | de 13 de noviembre de 2017 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 1805-2017 |
| Asunto | Recurso de amparo 1805-2017 |
| Fallo | Denegar la suspensión solicitada. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 10 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Constitucional un escrito de la Procuradora de los Tribunales doña Esther Gómez de Enterría, actuando en nombre y representación de don Sixto Delgado de la Coba, por el que interponía recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 116/2017, de 23 de febrero, por la que se acordó desestimar el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigesimotercera) núm. 280/2016, de 29 de abril.

2. Los hechos relevantes para resolver la pretensión de suspensión formulada por la demandante, son los siguientes:

a) La Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigesimotercera) dictó Sentencia el 29 de abril de 2016 en la que condenó al recurrente en amparo como autor de dos delitos contra la hacienda pública, previstos en el artículo 305 del Código penal vigente en la fecha de los hechos, por defraudación del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) de los períodos impositivos 2005 y 2006, a la pena de tres años de prisión por cada uno de ellos. Además se impuso al recurrente la pena de multa del cuádruplo de la cantidad defraudada, esto es, de 11.369.216,32 €, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cinco años, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a la hacienda pública española en 2.842.304,08 €, a la que asciende la suma de las cuotas defraudadas, cantidad que devengará el interés establecido en el artículo 58 de la Ley general tributaria desde la fecha en la que debió efectuarse el ingreso y hasta su completo pago.

b) Mediante Auto de 30 de mayo de 2016 la Sala aclaró el anterior pronunciamiento en el sentido de imponer al acusado la pena de multa de 9.061.972,08 € por el delito contra la hacienda pública respecto del IRPF del ejercicio 2005, y otra pena de multa de 2.307.244,24 € por el delito contra la hacienda pública respecto del IRPF del ejercicio 2006, quedando sujeto en caso de impago a una responsabilidad personal subsidiaria, privativa de libertad, de dos meses por el primer delito y cuarenta y cinco días por el segundo; asimismo, que la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social durante cinco años era por cada uno de los delitos cometidos.

c) Frente a esta Sentencia interpuso recurso de casación en el que el recurrente en amparo alegó la infracción de preceptos constitucionales (arts. 852 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ) por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva y a la utilización de medios de prueba necesarios para la defensa (art. 850.1 LECrim y art. 5.4 LOPJ), así como infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida aplicación del art. 305 del Código penal (CP).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó la Sentencia núm. 116/2017, de 23 de febrero, desestimando el recurso.

El Tribunal Supremo afirma que los ficheros bancarios que se correspondían con personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad suiza HSBC, fueron correctamente incluidos en el material probatorio valorable por el Tribunal de instancia y no estaban afectados por la regla de exclusión. “Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles. La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Herve Falciani, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso”.

3. En la demanda de amparo se alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el artículo 24 de la Constitución Española, por cuanto la Sentencia recurrida en amparo declara probados determinados datos de hecho en los que se funda la condena, habiendo valorado como prueba de cargo una prueba ilícitamente obtenida. Aduce que el artículo 11.1 LOPJ impide que surtan efecto, directa o indirectamente, en toda clase de procesos, las pruebas de origen ilícito, de modo que ni las autoridades fiscales, ni la Abogacía del Estado, ni el Ministerio Fiscal ni el Tribunal de enjuiciamiento pueden “receptar documentación e información obtenida ilícitamente, aunque el lugar de origen de la prueba ilícita sea un Estado extranjero”. Entiende que este precepto contiene la regla de la exclusión probatoria de la prueba ilícita con independencia de la finalidad que hubiera animado su obtención, y de que la ilicitud provenga de la acción de un particular o de una autoridad.

Añade que en este caso se ha excepcionado la doctrina general conforme a la cual el Tribunal de casación debe controlar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por lo tanto, y en primer lugar, si dicha prueba fue adquirida sin vulneración de derechos fundamentales. Considera que debe objetivarse la doctrina de la exclusión probatoria y no hacer depender la eficacia probatoria de una prueba ilícita de las motivaciones del particular en el momento de su obtención.

En la demanda de amparo se solicita la suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas, pues la ejecución de las resoluciones recurridas comporta la pérdida de la finalidad del amparo.

4. Por providencia de 16 de octubre de 2017, la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo interpuesto por don Sixto Delgado de la Coba, “apreciando en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]”. Asimismo y en lo que aquí importa, la providencia decidió, “de conformidad con la solicitud de la parte actora”, que se formara pieza separada de suspensión.

5. En la misma fecha, la Sección Primera del Tribunal dictó otra providencia por la que: “se acuerda formar con el precedente testimonio la presente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo prevenido en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder un plazo común tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que dentro de dicho término aleguen lo que estimen pertinente en relación con la petición de suspensión interesada”.

6. Por escrito registrado el 24 de octubre de 2017, la representación procesal de don Sixto Delgado de la Coba formuló alegaciones en la pieza de suspensión, en el sentido de estimar procedente la suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas.

Tras recopilar doctrina constitucional sobre la suspensión del recurso de amparo, afirma que en el presente caso la perturbación de los intereses generales en el caso de que se acordara la suspensión de la pena no puede ser considerada como grave. Señala que el delito por el que ha sido condenado, delito contra la hacienda pública, no supone una perturbación grave de los intereses generales, ni la afectación a derechos fundamentales de terceros (ATC 34/2016, de 15 de febrero), la inexistencia de víctimas derivadas de dicho delito y por tanto su imposible desprotección, y especialmente la duración de las penas impuestas. Indica que el recurrente en amparo se enfrenta a una condena de dos penas de prisión de tres años, por la comisión de dos delitos contra la hacienda pública, siendo por tanto ambas inferiores a cinco años, y no pudiendo considerarse graves al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Código penal. La duración de tales penas de prisión pone de manifiesto que su ejecución podría ocasionar al demandante perjuicios irreparables que harían perder su finalidad al recurso de amparo, y la eficacia de un eventual fallo estimatorio del mismo.

7. Con fecha 24 de octubre de 2017, el Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la denegación de la solicitud de suspensión. Tras recordar el contenido del ATC 34/2016, señala que en su escrito de demanda el recurrente en amparo sólo solicita la suspensión de la ejecución de las penas de prisión, y lo hace porque la condena impuesta no puede ser suspendida por los Tribunales ordinarios al exceder su magnitud penal de los dos años de prisión, por la previsible duración del proceso de amparo y porque la suspensión no supone quebranto a los intereses generales.

El Ministerio Fiscal afirma que no comparte ninguna de dichas afirmaciones por ser contrarias a la reiterada doctrina del Tribunal sobre la suspensión de la ejecución de las penas de prisión. Para el Ministerio Fiscal la duración de la pena total impuesta imposibilita no sólo la suspensión de la ejecución por los tribunales encargados de su ejecución, por vetarlo la regulación penal, sino que además debe impedir su suspensión por el Tribunal Constitucional por exceder de los cinco años que como directriz fija en su doctrina. En caso contrario, y de atender a lo argumentado por la parte, si la imposibilidad de suspender la ejecución en la vía judicial ordinaria fuese motivo de suspensión en la vía de amparo, todos los condenados por las infracciones criminales más peligrosas deberían ser puestos en libertad por el Tribunal Constitucional, lo que no es asumible.

Añade que la previsible duración del proceso de amparo en su comparación con la duración de la pena impuesta tampoco aconseja su suspensión, pues haciendo dicha comparación la eventual estimación de la demanda y o el subsiguiente otorgamiento del amparo no le harían perder su finalidad.

Por último, señala que la gravedad de los hechos y la trascendencia social de los mismos no admiten discusión y que la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, al deber seguir la suerte de la pena principal, según reiterada doctrina del Tribunal, tampoco debe ser suspendida. El resto de los pronunciamientos condenatorios no debe tampoco suspenderse, primero porque no se solicita y segundo porque nada se argumenta acerca de su irreparabilidad, lo que sería imprescindible.

8. Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2017 se concede un plazo de tres días al Abogado del Estado para que alegue lo que estime pertinente en relación con la petición de suspensión interesada.

9. El 3 de noviembre de 2017 el Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones en el que solicita la desestimación de la petición de suspensión.

Señala que es constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los criterios aplicables a la petición de suspensión de penas privativas de libertad en recursos de amparo, sin que se cumpla ninguno de ellos en el caso, principalmente el dato de los seis años de condena de los que no ha cumplido ninguno y que es superior al límite fijado por el Tribunal Constitucional para valorar la concurrencia de circunstancias singulares en el caso debatido.

A ello añade que los Autos del Tribunal Constitucional citados en el escrito de petición de suspensión no son aplicables al caso debatido. Así el ATC 243/2000 se refiere a un caso en que no se suspende la prisión provisional por haber sido detenido el demandante de amparo en busca y captura; el ATC 251/2000 se refiere a la suspensión de una sentencia contencioso-administrativa que privaba de una licencia de auto-taxi; el ATC 63/2001 se refiere a un caso en que el demandante, condenado a ocho años, ya había cumplido la mayor parte de la condena en prisión provisional; y el ATC 170/2001 se refiere a la suspensión de una sentencia que condenaba a repetir un juicio por jurado.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. De conformidad con el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), “la interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados”. Esta regla se somete a excepción en el apartado 2 del mismo precepto, al señalar que “ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del art. 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

Conforme a la aplicación conjunta de ambas disposiciones, este Tribunal “ha establecido como criterio general la improcedencia de la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado, como por lo general sucede en los que producen efectos meramente patrimoniales que, por tener un contenido económico, no causan perjuicios de imposible reparación. Por el contrario, entiende procedente acordarla en aquellos otros fallos en los que resultan afectados bienes o derechos del recurrente en amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, lo cual sucede en las condenas a penas privativas de libertad, habida cuenta de que ‘la libertad constituye un derecho cuya naturaleza convierte el perjuicio irrogado en irreparable, en caso de estimarse el amparo una vez cumplida parcial o totalmente la pena (AATC 155/2002, de 16 de septiembre, FJ 3; 9/2003, de 20 de enero, FJ 2, y 44/2012, de 12 de marzo, FJ 1)…’ (ATC 19/2014, de 27 de enero, FJ 1)”.

2. En relación con la suspensión de las penas de prisión, “se ha utilizado como criterio de ponderación prioritario el de gravedad de la pena, aplicando de forma reiterada como directriz inicial la de que la pena se sitúe por encima o por debajo de la frontera de los cinco años de prisión (AATC 16/2009, de 26 de enero, 18/2011, de 28 de febrero, FJ 2, y 61/2013, de 27 de febrero, FJ 2), que es la que le sirve al legislador penal para diferenciar entre las penas graves y las menos graves (art. 33 del Código penal) (ATC 44/2012, FJ 2)” (ATC 137/2013, de 3 de junio, FJ 2).

Junto a este criterio, el Tribunal (entre otros, ATC 137/2013, de 3 de junio) considera que también deben ponderarse otras circunstancias, tales como “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” (entre otros, AATC 469/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 16/2008, de 21 de enero, FJ 1, y 172/2008, de 23 de junio, FJ 2). Estas circunstancias “expresan la reprobación que el Ordenamiento asigna al hecho delictivo y, por consiguiente, la magnitud del interés general en su ejecución (entre otros, AATC 109/2008, de 14 de abril, FJ 2; 53/2009, de 23 de febrero, FJ 1, y 171/2009, de 1 de junio, FJ 1)”.

En el presente supuesto la Sentencia penal cuya ejecución se pide que sea suspendida ha sido dictada por el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, el Tribunal Supremo, en una causa seguida por dos delitos contra la hacienda pública. Alega el recurrente que se enfrenta a una condena de dos penas de prisión de tres años siendo por tanto ambas inferiores a cinco años, y no pudiendo considerarse graves al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Código penal.

Como señala el ATC 5/2011, de 14 de febrero, para valorar la duración de la condena de privación de libertad recaída, en este caso un total de seis años, resulta irrelevante que su extensión sea el resultado de acumular dos penas de tres años, impuestas por dos delitos contra la hacienda pública, “ya que las mismas han de ser objeto de cumplimiento sucesivo, de conformidad con la regla establecida en el art. 75 del Código Penal”. Como ha señalado este Tribunal, “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 de 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). Lo que es plenamente relevante en el presente caso” (ATC 126/1988, de 1 de junio, FJ 4; ATC 48/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 47/1998, de 24 de febrero, FJ 3, y 419/1997, de 22 de diciembre, FJ 3).

Por consiguiente, si se considera la duración total de la pena impuesta así como el hecho de no haberse cumplido aún parte alguna de la condena, es claro que conceder la suspensión solicitada entrañaría una afectación del interés general grave y específica.

En consecuencia, procede, de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, denegar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta.

Por último, aun cuando el recurrente en amparo concreta la petición suspensiva a la ejecución de la pena de prisión, es indudable que tampoco cabría la suspensión del resto de los pronunciamientos al seguir las penas accesorias la misma suerte que la principal (AATC 131/2001, de 22 de mayo, FJ 2; 408/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, y 80/2006, de 13 de marzo, FJ 2, entre otros), siendo susceptibles de reparación los de contenido patrimonial (AATC 101/2012, de 21 de mayo, FJ 2; 126/2010, de 4 de octubre, FJ 2, y 59/2008, de 20 de febrero, FJ 2, entre otros).

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Denegar la suspensión solicitada.

Madrid, a trece de noviembre de dos mil diecisiete.