

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA

Sección Primera.

EJECUTORIA 98/2013

RECURSO DE SUPLICA

PENADO. JAUME MATAS PALOU

AUTO

ILMAS SRAS MAGISTRADAS

DOÑA FRANCISCA RAMIS ROSSELLO

DOÑA ROCIO MARTIN HERNANDEZ

DOÑA GEMMA ROBLES MORATO

En PALMA DE MALLORCA a 10 de Diciembre de 2013.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 28.10.2013 se dictó Auto por el que se acordaba: "DENEGAR AL PENADO JAUME MATAS PALOU LA SUSPENSION de la pena privativa de libertad de 9 meses y 1 día de prisión, impuesta en la causa al margen referenciada así como DENEGAR LA SUSTITUCION de dicha pena privativa de libertad por multa".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución por la representación del penado, JAUME MATAS PALOU, se ha presentado Recurso de Suplica en fecha 4 de noviembre de 2013, exponiendo:

"(...) PRIMERO: El Auto de 28 de octubre de 2013 resuelve de oficio la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta a nuestro representado por el delito del artículo 428, inciso segundo del Código Penal, y la solicitud de sustitución de la misma por la de multa.

Resolución que falta (a denegación de ambos institutos sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, y que fundamenta, a pesar de lo que pueda inicialmente razonar la resolución, en dos motivos: la peligrosidad de nuestro representado y el estar incurso en otros procedimientos. Y decimos que a pesar de lo que pueda parecer al principio del Auto, ya que tras decir que debe reconocer que el Sr. Matas Palou no puede ser calificado como peligroso, en sentido penal, posteriormente al poner en relación el hecho con las supuestas circunstancias concurrentes, dice lo contrario, que es peligroso. Y ello a pesar de que se ejecuta realmente el fallo de esta propia Audiencia, como argumentáremos en ulteriores Motivos en su momento no considero estos hechos subsumidos en el delito de tráfico de influencias, como graves.

Y sobre ello razona, además, que la pena debe ser ejecutada en función de una supuesta finalidad ejemplarizante de la misma.

Pero como expondremos en posteriores Motivos de este recurso, consideramos que a pesar de decir la resolución recurrida que la denegación de estos sustitutivos penales

debe ser motivada, el Auto de 28 de octubre de 2013 adolece de motivación suficiente; necesidad mayor de motivación cuando se trata de fundamentar que la privación de libertad está suficientemente justificada

Por ello entendemos que la resolución objeto de este recurso incurre en una falta de motivación, obligación contenida en la ley procesal penal, en la Orgánica del Poder Judicial, y en el artículo 24, 1 de la Constitución como uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, la fundamentación que se hace desde la interpretación de los artículos 80, 81 y 88 del Código Penal, contradicen tanto la que se puede considerar jurisprudencia constante, como la interpretación de los citados preceptos, vulnerando el artículo 25, 1 del texto constitucional.

Finalmente, la denegación de aplicación de cualquiera de los substitutivos penales (suspensión o sustitución de la pena de prisión), que se fundamenta en un supuesto efecto ejemplarizante de la pena, supone de nuevo una infracción en este caso del artículo 25, 2 de la Constitución, al olvidar la finalidad de prevención general en aras de ese efecto ejemplarizante fundado en una supuesta alarma social, aún cuando no se diga expresamente.

En los motivos posteriores de este recurso desarrollaremos cada una de las denuncias enunciadas en líneas anteriores.

SEGUNDO: Como hemos dicho en anterior Motivo de este recurso, el Auto de 28 de octubre de 2013 adolece de falta de motivación suficiente. Con independencia de la ausencia de justificación de la privación de libertad que supone la denegación de la sustitución de la pena de prisión por una de multa, lo cierto es que la resolución objeto del presente recurso no explica jurídicamente el motivo de denegar tanto una como otra posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad.

Aún cuando no se ha solicitado por esta representación procesal la suspensión de la pena de prisión, el Auto recurrido resuelve de oficio sobre ella, lo que posibilita que sea objeto de este recurso, sin perjuicio de impugnar también la no sustitución por pena de multa.

En cuanto a la denegación de oficio de la suspensión de la pena privativa de libertad, la resolución de la Audiencia Provincial, dice expresamente que debe reconocer que no existe peligrosidad en nuestro representado, para a continuación afirmar lo contrario. Esto solo debería ser argumento suficiente para apreciar la falta de motivación del Auto de 28 de octubre de 2013, ya que no puede afirmarse que se corresponda con un razonamiento acorde ya no solo con la lógica jurídica, sino con la lógica sin más, decir una cosa y su contraria sobre la misma realidad, en este caso realidad jurídica. Es imposible afirmar que no hay peligrosidad, criminal debemos añadir, para a continuación decir que como no se ha arrepentido ni admitido haber cometido el delito, si debe apreciarse esa peligrosidad, que por otra parte la propia resolución dice que lo es de la repetición de hechos similares, es decir, de delitos de igual naturaleza; no puede dejar de tomarse en consideración para valorar la suficiencia o insuficiencia de la motivación que la propia resolución dice que no hay peligrosidad porque ya no ostenta el cargo del que en el decir de la Sala, se valió para cometer el delito. No puede considerarse motivación suficiente decir que el solicitante no es peligroso, para luego considerar que sí lo es por las circunstancias concurrentes, más cuando como ya hemos dicho el propio órgano jurisdiccional al dictar sentencia no aprecia esa gravedad en estos hechos; ni tampoco la cita de sentencias sobre cuestiones diferentes a las sometidas a la decisión de la Sección Primera de esta Audiencia Provincial

Como tampoco razona la Sala si es preciso que se den ambos criterios de valoración conjuntamente -la peligrosidad y estar incurrido en otros procedimientos-, o basta con uno de ellos. Entendemos que dado el contenido del artículo 24, 2 de la Constitución, del derecho a la presunción de inocencia y las consecuencias que supone en orden no solo a la condena o absolución en el caso concreto, sino en el plano legislativo, no es posible alzar la presunción de inocencia en una interpretación contra reo la existencia de otros procedimientos penales contra él a la hora de decidir la sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad. No se puede obviar en la valoración lo que supone en orden a esa presunción de inocencia la existencia de otros procedimientos.

Por ello entendemos que la resolución objeto de este recurso incurre en una falta de motivación, obligación contenida en la ley procesal penal, en la Orgánica del Poder Judicial, y en el artículo 24, 1 de la Constitución como uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva

Y lo mismo cabe decir de lo expresado en relación con la función o finalidad de la pena, que tras decir debe tender a la resocialización, concluye que tiene una finalidad reparadora, que dicho sea con todos los respetos, no entendemos que significa en este caso concreto; si la reparación no es económica, parece que la resolución entiende por reparación un supuesto efecto ejemplarizante de la pena. Pero y sin perjuicio de lo cuestionable de este efecto ejemplarizante, para ello habría que razonar y motivar la causa de no accederse a la sustitución por pena de multa, sobre lo que solo dice que fijarla en la cantidad solicitada no sirve para cumplir con esa función y finalidad; debería razonarse el motivo de no elevar la cuota día de la multa, y su insuficiencia para cumplir con esas finalidades. Todo ello sin perjuicio de ulterior desarrollo en este recurso.

Finalmente, si se deniega la aplicación de uno de estos substitutivos de la pena privativa de libertad, tal como de forma reiterada ha mantenido la doctrina constitucional y jurisprudencial, es precisa una motivación más exhaustiva, dada la lesión del derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, en cuanto siendo posible sustituir esa privación de libertad por una medida menos gravosa para este derecho fundamental se ha optado por la ejecución de la pena privativa de libertad. Por ello, además de la lesión genérica de la tutela judicial efectiva del artículo 24, 1 de la Constitución, se vulnera el derecho a la libertad del artículo 17 del mismo texto legal.

Y en referencia a lo inicialmente solicitado por esta representación procesal de la sustitución por pena de multa, el Auto objeto de este recurso dedica dos líneas a su denegación que dice ser por los mismos motivos. La simple lectura de los artículos 80, 81 y 88 del Código Penal impide que el razonamiento pueda ser idéntico. Ni tampoco constituye motivación suficiente decir que la pena de multa es de escasa cuantía; se trata, como luego diremos, de la pena de multa calculada en función de la cuota día solicitada, lo que no impide que el Tribunal pueda fijarla en una extensión diferente, siempre que lo sea en los márgenes fijados por el propio texto penal en el artículo 50, 4. Y si eso es así, debería explicar el motivo por el que solo considera adecuado y proporcional el cumplimiento de la pena de prisión.

En ausencia de todo ello, entendemos que el Auto recurrido adolece de falta de motivación suficiente ya de acuerdo con el contenido del artículo 24, 1 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva en su aspecto del deber de motivación, sin perjuicio de que al verse afectados otros derechos fundamentales, como son los artículos 15, 17 y 25, la fundamentación y motivación debiera haber sido más exhaustiva. Por ello, aunque no se apreciará la lesión de los acabados de citar, si debe estimarse la del artículo 24, 1 del texto constitucional.

TERCERO: Dicho sea con todos los respetos, la resolución recurrida infringe además el artículo 25 de la Constitución y de dos maneras: por un lado al vulnerar el principio de legalidad del artículo 25, 1 y de otra parte, al suponer una lesión del no 2 del artículo citado en relación con la finalidad de la pena, en concreto de la privativa de libertad.

Por una cuestión sistemática, argumentaremos en este motivo la lesión del principio de legalidad, por una interpretación extensiva del texto, más cuando supone la frustración de una expectativa del ciudadano dada la interpretación que por la jurisprudencia se viene haciendo de la norma.

No vamos a discutir que la ley penal, en el artículo 80 no impone la obligatoriedad de la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a dos años cuando se den las circunstancias exigidas en su texto, otorgando al juez o tribunal la facultad de decidir atendiendo a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos criminales contra él.

Pero tampoco podemos olvidar cuál es la interpretación y aplicación práctica que se viene haciendo por los tribunales, en concreto por las Audiencias Provinciales, que de alguna manera pueden hacer nacer una determinada expectativa de aplicación por el ciudadano, importante aun cuando sea ya en fase de ejecución de la pena, que se refuerza atendiendo al origen y finalidad de estos substitutivos penales.

Por esta representación procesal se ha revisado parte de la más reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales del último año, aún cuando somos conscientes de que faltarán algunas, y que desde luego no vamos aquí a enumerar una por una las sentencias, que ya conocerá el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos. Pero si reseñaremos algunas, así la de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, nº 578/13, de 27 de julio, que acuerda la suspensión de una pena privativa de libertad de un año y seis meses por un delito de tráfico de drogas, al concurrir todos los requisitos de los artículos 80 y 81 del Código Penal Y lo mismo la de la Sección Cuarta de la misma Audiencia, nº 250/13, de 13 de junio, sobre una pena de dieciocho meses. La de la misma Sección y Audiencia nº 232/13, de 4 de junio (un año y seis meses). La de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 74/13, de 3 de junio, por concurrir todos los requisitos de los artículos 80 y 81 del Código Penal La de la Sección Diecisiete de la misma Audiencia nº 663/13, de 22 de mayo, por concurrir todos los requisitos legales La de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera nº 208/13, de 3 de julio por iguales razones.

Bastan las citadas para poder afirmar que, por norma general, la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 80 y 81 del Código Penal basta para conceder la suspensión de la condena en delitos con pena mayor que aquel por el que ha sido condenado nuestro representado.

Con todo sabemos que la interpretación de la ley hecha por otros tribunales no es vinculante para el que resuelve en un caso concreto, pero si entendemos que cuando se falla en contra de lo que es criterio general interpretativo de la ley el razonamiento debe ser más exhaustivo, más cuando con ello se amplía el ámbito de aplicación de la ley en contra del reo.

Vulneración del principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución que vendría dado por la denegación de la suspensión de la pena privativa de libertad en función de uno solo de los criterios (existencia de otros procedimientos penales) a los que debe atender fundamentalmente el tribunal para su concesión. Y de otra parte por la utilización que se hace de la supuesta "peligrosidad" del Sr. Matas Palou, que entendemos no es de la que habla el precepto penal, y por ello soto se atiende realmente a uno de los criterios fundamentales de valoración.

En cuanto a la peligrosidad de la que se habla, se parte, como ya hemos dicho antes, de la ausencia de la misma en nuestro representado, puesto que no ocupa ya cargo público alguno, ni tampoco desempeña función pública, por tanto parece que para el Auto recurrido ha desaparecido toda posible peligrosidad criminal. Pero a partir de aquí, dicho sea con todos los respetos, la resolución se enreda en una exposición acerca de la inexistencia de arrepentimiento, que parece debe entenderse como asunción de la comisión de un delito, que consideramos no es argumento bastante para denegar la suspensión de la pena, ni mucho menos la sustitución por una pena de multa.

Nos dice el Auto de 28 de octubre de 2013, que O. Jaume Matas Palou no ha mostrado arrepentimiento y ha admitido haber cometido un delito, a pesar del acceso que tiene a medios públicos de comunicación. No sabemos qué entiende la resolución recurrida por arrepentimiento, pero si lo pone en relación con la asunción de la comisión de un delito, debemos pensar que es precisamente eso, admitir la comisión de un delito. No vamos a

cuestionar si eso es ó debe ser determinante de la denegación de estos substitutivos penales, pero si poner en conocimiento de la Sala que, en este caso concreto, cuando se ha presentado una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, demandando el del derecho fundamental que se entiende lesionado por la Sentencia del Tribunal Supremo que estimo parcialmente el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de esa Audiencia Provincial, no es lógico que por nuestro representado se admita la comisión de un hecho delictivo, ni tampoco que le sea exigible esa asunción de responsabilidad para que le sea sustituida la pena de prisión. Adjuntamos como documento no 1 hoja sellada de la presentación de la demanda de amparo, y como documento n° 2 notificación del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso, la peligrosidad criminal lo es de la posible comisión de otros delitos, inicial opción por la que se inclina el Auto de 28 de octubre de 2013 y, de acuerdo con esa interpretación que entendemos correcta, no puede predicarse dicha peligrosidad en nuestro representado. Acudir para suplir su ausencia a criterios tales como la falta de arrepentimiento entendernos que no se corresponde con una aplicación de la norma respetuosa con el principio de legalidad, ya que aún diciendo que no existe peligrosidad se intenta fundamentarla sobre esa ausencia de arrepentimiento. Ni tampoco puede fundamentarse la peligrosidad criminal en que el condenado fue en su momento el Presidente de la Comunidad Autónoma; menos cuando antes se ha dicho que 'geste Tribunal ha de admitir que, en la actualidad, no hay dato alguno que permita concluir la existencia de dicha peligrosidad".

Y ante la imposibilidad de afirmar la peligrosidad criminal, se acude para fundamentar la no aplicación de los artículos 80, 81 y 88 del Código Penal, a las circunstancias personales de D. Jaume Matas Palou, acudiendo entonces al hecho de que fue Presidente de la Comunidad Autónoma, y que no ha reconocido la comisión del delito, ni ha manifestado arrepentimiento alguno por su conducta".

En contra de lo dicho en el Auto de 28 de octubre de 2013, sin perjuicio de volver sobre ello más adelante, esas circunstancias personales a las que alude entendemos que debieron ser tenidas en cuenta en la individualización de la pena por la comisión del artículo 428 del Código Penal, por lo que no pueden ahora volver a utilizarse para denegar la suspensión o sustitución de la pena, y así parece que afirma la propia resolución cuando para fundamentar su decisión dice que: "el propio Tribunal Supremo no le impuso al penado JAUME MATAS PALAU la pena mínima sino que la impuso en su mitad superior (9 meses y un día de prisión) precisamente por no estimar leves o poca graves los hechos". Sin perjuicio de volver sobre esto último más adelante, cabe recordar que la pena la impone la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, la misma que dicta el Auto que ahora recurrimos, y que la pena prevista en el Código Penal en el artículo 428 salvo error u omisión, es de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. El Tribunal Supremo al confirmar la Sentencia de este Tribunal no modifica la pena impuesta, que no es en la mitad superior, a pesar de lo que dice la resolución ahora recurrida, ni la pena de multa alcanza el duplo del beneficio o perjuicio consecuencia de la comisión del hecho.

Por tanto, no puede utilizarse ahora la individualización de la pena hecha por la propia Sala que dicta el Auto de 28 de octubre de 2013 para fundamentar, en ausencia de peligrosidad criminal, la denegación de la suspensión de la pena, y posteriormente de la sustitución por pena de multa.

Pero, además, el artículo 80 del Código Penal señala dos criterios esenciales para acordar la concesión o denegación de la suspensión de la condena; junto a esa peligrosidad criminal, la existencia de otros procedimientos penales contra esa persona. No vamos a negar que nuestro representado está imputado en otros procedimientos penales, muchos de ellos con origen en la misma investigación, de la que se han formado piezas separadas, y ese es el motivo de estar implicado en una diversidad de procedimientos. No es el momento de discutir la procedencia procesal de esta técnica, pero sí que no debe ser un motivo que lleve a denegar la sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad, ya que solo cuestiones de procedimiento llevan a la separación de los procedimientos.

Y todo ello, como ya hemos dicho, procurando no lesionar la presunción de inocencia; no puede olvidarse que negar la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por la existencia de otros procedimientos significa, en cualquier caso, dar un trato peor a quien todavía no tiene más que esa primera sentencia condenatoria, puesto que la existencia de procedimientos criminales no significa que no esté vigente la presunción de inocencia del afectado, que solo se puede desvirtuar en función de una sentencia condenatoria firme.

En cualquier caso son necesarios esos dos criterios, tanto la peligrosidad criminal como la existencia de otros procedimientos. Es cierto que, como dice la resolución recurrida son criterios fundamentales, lo que gramaticalmente significa que no son excluyentes de la utilización de otros, pero sí que deben concurrir ambos, además de otros; sería ilógico decir que a pesar de ser los fundamentales se puede obviar su ausencia acudiendo a otros. Y eso es lo que hace el Auto de 28 de octubre de 2013, como no existe peligrosidad criminal, acude a otros criterios, bien para fundamentar una especial peligrosidad criminal", bien para desde los fines de la pena argumentar sobre la supuesta ineficacia de la no ejecución de la privativa de libertad.

Por ella entendemos, que aún siendo en la fase de ejecución, el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, vulnera el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución, al realizar una interpretación extensiva tanto de los artículos 80 y 81 como del 87 del Código Penal.

CUARTO: Por vulneración del artículo 25, 2 de la Constitución, de la finalidad resocializadora a la que deben tender las penas privativas de libertad.

El Auto de 28 de octubre de 2013 fundamenta la denegación de la aplicación de los artículos 80 y 87 del Código Penal por la repercusión social que tendría su concesión, en

el fondo por motivos ajenos a la gravedad del hecho y a las circunstancias del solicitante, con infracción de lo dispuesto en esos preceptos, lo que, además de lo dicho en el anterior Motivo supone también una vulneración del principio de legalidad.

De acuerdo con lo previsto en el texto constitucional, en su artículo 25, 2 y de la interpretación que de forma mayoritaria se hace del artículo 15, cuando se prohíben las penas inhumanas y degradantes, se puede afirmar que la pena en del Derecho Penal español debe tener una finalidad que la trascienda más allá de la mera retribución, sin que esto signifique olvidar el principio retributivo, que sobre todo en la fase de individualización judicial de la pena debe ser tenido en cuenta por el tribunal o juez al dictar sentencia, limitando y adecuando las finalidades de prevención general a la culpabilidad del sujeto, de tal manera que no sólo no pueda imponerse pena sin culpabilidad, sino que la impuesta no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad; lo que por otra parte representa o garantiza el respeto a la dignidad de la persona, uno de los valores que inspiran nuestro ordenamiento, impidiendo que pueda ser considerado un mero instrumento para la consecución de fines, aún cuando estos sean beneficiosos o supuestamente beneficiosos para la colectividad. Cualquier pena que exceda de esos límites, o bien se utilice con finalidades no preventivas, sino meramente ejemplarizantes o retributivas supondría, además, una vulneración del artículo 15 de la Constitución.

Tal como se mantiene por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, la pena cumple con diversas finalidades en cada una de sus fases (conminación penal abstracta, individualización judicial y ejecución), pero sin que puedan aislarse, recogiendo cada una principios de la anterior. De tal forma que desde una función prioritariamente de prevención general en la fase legal o de conminación penal abstracta, se pase a recoger principios retributivos en el sentido dicho en el párrafo anterior y de prevención general al individualizar la sanción en sentencia, hasta llegar a la ejecución en la que deben primar las finalidades de prevención especial, sobre todo en las penas privativas de libertad, a tenor del artículo 25, 2 del texto constitucional, Al respecto y en relación con los sustitutivos penales, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 1249/04, de 28 de octubre señala que pueden denegarse cuando las dos finalidades - preventivo general y especial- resulten lesionadas por su concesión.

El Auto de 28 de octubre de 2013 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, considera que nuestro representado no está resocializado: «El primer caso para la resocialización que indica la Constitución es precisamente asumir e! comportamiento incorrecto, antisocial y delictivo”, pues en caso contrario se refuerza la ` de ser merecedor de impunidad y de que la conducta fue correcta”. Hemos dicho en anterior Motivo de este recurso, que se ha presentado en nombre del Sr. Matas Palou demanda de amparo frente a la Sentencia del Tribunal Supremo, y reiteramos que no sería coherente con esta presentación admitir la comisión del hecho delictivo, con independencia de la postura que en su caso se adoptará cuando se dicte la resolución que proceda por el Tribunal Constitucional. Y en esas circunstancias no es posible fundamentar esa supuesta falta de resocialización en la ausencia de arrepentimiento y de asunción de responsabilidad.

Resulta difícilmente compartible el razonamiento de la resolución recurrida, que a continuación admite que la prisión en ocasiones “no es la medida más adecuada para conseguir la resocialización” , para continuar argumentando que el artículo 25 de la Constitución debe “ser también concebido como compromiso de corrección, enmienda o reparación y dicho adeudo pasa (al menos en su inicio) por realizar actos de reflexión, de autocrítica y finalmente de asunción de las consecuencias negativas de los propios actos que, en este caso, no se han producido”. Y no es fácil compartir este argumento porque no se explica la razón por la que aún no siendo en ocasiones adecuada la pena privativa de libertad para conseguir la resocialización, se opta por ella, diciendo que no hay un compromiso de corrección, enmienda o reparación.

Damos la razón al Auto recurrido sobre la inadecuación y falta de idoneidad en gran número de casos de la privación de libertad para conseguir la resocialización, pero no podemos hacer lo mismo cuando habla de enmienda o corrección, acercando, dicho sea con todos los respetos, la idea de prevención especial a finalidades ajenas al Derecho Penal, que debe conformarse en este punto con el acatamiento de la ley, con independencia del sistema de valores de la persona En cuanto a la reparación, la resolución de la Audiencia de Palma de Mallorca no dice en este punto que entiende por tal.

Desde nuestro punto de vista, lo que ocurre es que el Auto de 28 de octubre de 2013 no deniega la suspensión (no pedida) de la pena por motivos de prevención especial, sino llana y sencillamente por motivos de ejemplaridad de la pena. Es verdad que el Tribunal hace suyo el razonamiento del Auto del 1 de marzo de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona que fundamento la denegación de la suspensión de la condena en la finalidad de prevención general de la pena, tanto en su vertiente positiva como negativa, pero el caso presente no es igual. La única similitud es que son delitos contra la Administración Pública.

Y dentro de estos delitos los hay de muy diferente gravedad, no es lo mismo la malversación objeto de aquella condena que dio origen a esa ejecución, que el delito de tráfico de influencia por el que lo ha sido nuestro representado. En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona se resuelve en un supuesto de una trama organizada, de lo que se denomina “corrupción política”, y aquí nos encontramos ante un delito aislado, sin que otros procedimientos penales pendientes contra esta persona puedan ser tomados en consideración a estos efectos. Por tanto, ni las circunstancias del hecho ni la calificación jurídica son iguales, ni siquiera comparables. Y siendo esto así no puede utilizarse esa argumentación para resolver sobre esta ejecución.

Lo mismo cabe decir de los Autos y resoluciones de la propia Sección Primera de la Audiencia Provincial resolviendo sobre solicitudes de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; en todos los casos se trata de delitos de malversación, con penas superiores al año de prisión. De nuevo no puede olvidarse que el Tribunal Supremo

estimo el recurso de casación excepto en lo relativo al delito de tráfico de influencias; por tanto anulo la condena por delito de prevaricación, malversación de caudales públicos, defraudación a la Administración Pública y falsedades en documento público y mercantil.

Y en relación con ello, aunque ya lo hemos dicho al argumentar en contra de la gravedad de los hechos, debemos recordar que fue este Tribunal al que tengo el honor de dirigirme el que impuso la pena por el delito de tráfico de influencias del artículo 428, inciso segundo. La pena impuesta fue, como también hemos dicho, la de prisión de nueve meses y un día y multa de 6.000€, además de la privativa de derechos.

Si es el inciso segundo, la pena debe imponerse en su mitad superior, que salvo error u omisión de esta representación procesal, es de quince a veinticuatro meses, en ningún caso de nueve meses y un día. Es que en esa sentencia nada se dice sobre esta individualización de la pena, pero es indiscutible que contrariamente a lo dicho por el Auto objeto de este recurso, la pena se impuso por debajo del límite legal. Solución que, desde la teoría de los fines de la pena, permitiría decir que se rebaja del marco penal abstracto porque es la adecuada a la culpabilidad del sujeto (función del principio retributivo en el marco de las teorías mixtas sobre la pena), idónea a las finalidades de prevención especial, y no sufre la prevención general.

En cualquier caso, si en su momento cuando se dicta sentencia, no se estima correcto y adecuado imponer ni siquiera la pena mínima prevista para el caso en la conminación penal abstracto, no puede en fase de ejecución hacerse lo contrario, acudir a la gravedad del hecho reflejada en una inexistente gravedad de la sanción, y más cuando se hace por el mismo órgano jurisdiccional.

Y otro tanto cabe decir de la pena de multa impuesta; si se ha aplicado el inciso segundo del artículo 428 del Código Penal, es porque se ha conseguido el beneficio perseguido, en este caso sería la subvención solicitada, que pensamos excedería de 3.000 €; sólo si ese es el beneficio puede decirse que la pena de multa de 6.000 € es la máxima posible. Es más, ni siquiera se impone el tanto del beneficio.

Todo ello nos lleva a afirmar que La denegación de la suspensión de la pena, no solicitada, no tiene más fundamento que una supuesta finalidad ejemplarizante, que no debería utilizarse en el ámbito del Derecho Penal, y que no cabe confundir con la prevención general positiva, lo que supone una vulneración del artículo 25, 2 de la Constitución española. QUINTO: El Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dedica un solo Fundamento Jurídico a la denegación de la sustitución de la pena de prisión por la de multa, que fue lo solicitado en su momento por esta representación procesal. Remitiéndose a lo dicho con anterioridad, la resolución recurrida dice: 'habiendo este Tribunal razonado que pese a concurrir los requisitos previstos en el art., 81 del C.Penal no procede suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a! citado penado, con mucho mayor motivo resultará improcedente acceder a la sustitución de dicha pena por la de multa, bastando con añadir que entre los parámetros mencionados en el reseñado art. 88 del CO, se menciona la naturaleza del hecho, habiendo ya razonado el Tribunal sobre la gravedad del hecho.

El daño social causado y el quebranto de la integridad y dignidad de las Instituciones Públicas, no se satisface con el pago de una multa de 10.840 euros"

Dicho sea con todos los respetos, no entendemos porqué con mayor razón se deniega la sustitución de la privativa de libertad por una multa. Parece que el Auto de 28 de octubre del presente año considera que los requisitos para poder entrar a valorar cualquiera de los dos sustitutivos penales son los mismos, pero una simple lectura del Código Penal nos dice lo contrario. Para suspender la pena es preciso, de acuerdo con los artículos 80 y 81 del texto penal, que la pena sea inferior a dos años, que el reo haya delinquirido por primera vez, que la pena o penas impuestas no sumen más de dos años y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles o acreditado la imposibilidad de hacerlo. En presencia de estas condiciones, el juez o tribunal podrá entrar a valorar la oportunidad de conceder la suspensión, para lo que fundamentalmente deberá atender a la peligrosidad criminal del autor y a la existencia de otros procedimientos penales.

El artículo 88 del Código Penal posibilita la sustitución de la pena privativa de libertad por multa, cuando la impuesta no exceda de un año (sustitución también posible por trabajos en beneficio de la comunidad), atendiendo a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y sobre todo el esfuerzo para reparar el daño, y siempre que no se trate de reos habituales.

Bien es cierto que, dado que fundamente la denegación de la suspensión en una supuesta gravedad del hecho y en una falta de arrepentimiento, puede considerarse que se incluye en las circunstancias del hecho y del reo, pero en cualquier caso el argumento fundamental no parece ser ese, sino que no considera adecuada a la ejemplaridad que pretende la sustitución y menos en la cantidad por la que se solicita.

Antes de seguir adelante queremos poner de manifiesto que la previsión del artículo 88 del texto penal no debe interpretarse como algo diferente a la suspensión de la pena en cuanto a su naturaleza y finalidad, en ambos casos se trata de arbitrar instrumentos que permitan la no ejecución de la pena privativa de libertad, cuando por su duración sea cuestionable que puedan cumplir con su finalidad resocializadora, siendo posible y probable que con ello se logre lo contrario un efecto desocializador. Los parámetros enumerados por el Código Penal lo son para valorar si es o no oportuna su concesión, pero la finalidad cierta de estos sustitutivos es precisamente evitar la entrada en prisión. Por ello es necesaria una argumentación y motivación mayor, al igual que ocurre cuando se opta por la pena en sus máximas duraciones. Así se trataría no tanto de ver cuándo se puede sustituir en presencia de los requisitos legales, sino de lo contrario; de esta forma la norma general es la sustitución y la excepción su denegación, que se reafirma por el contenido del párrafo segundo del artículo 88.

Y no es esta una afirmación gratuita; si no fuera de así no tendría mucho sentido, ni la excepción de los requisitos del artículo 87, ni las previsiones del 88 ambos del Código Penal, aunque el fundamento de estos preceptos sea diferente, en el primero la

causa es la presencia de una enfermedad (drogadicción), y en el segundo la corta duración de la pena. La exigencia de determinados requisitos no puede fundamentar el sustitutivo; las condiciones para su aplicación no son el fundamento de la institución,

Y en presencia de esas condiciones, no puede sin más decirse en relación con el artículo 88 del Código Penal, que se reitera lo ya dicho y que la cuantía es escasa.

No vamos ahora a repetir lo ya dicho en anteriores Motivos de este recurso sobre la gravedad de los hechos, que se niega por la propia sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, confirmada por el Tribunal Supremo y que ahora se ejecuta. Y como ya hemos dicho, no puede en su momento, aún sin decirlo expresamente, fallar la escasa gravedad del hecho y ahora, cuando debe decirse sobre la ejecución efectiva de la privativa de libertad, mantener lo contrario. Y ciñéndonos a la sustitución de la pena de prisión por la de multa, por esta representación procesal se solicito en una determinada cuota diaria, que daba por resultado 10.840 €, que el Tribunal considera escasa: UE/ daño social causado y quebranto de la integridad y dignidad de las Instituciones Públicas, no se satisface con e/pago de una multa de 10.840 €".

Nada impide al Tribunal si así lo considera en aplicación del artículo 50, 4 del Código Penal fijarla en otra cantidad, con lo que aumentaría su efecto preventivo general y especial, y ello sin perjuicio de la posibilidad del acusado de hacer frente a ella en este y en cualquier caso.

Por lo anterior

SOLICITO A LA SALA que teniendo por presentado este escrito junto con el documento que lo acompaña y por hechas las manifestaciones en él contenidas, tenga por interpuesto RECURSO DE SÚPLICA contra el Auto de fecha 28 de octubre de 2013, notificado en igual fecha, y ESTIMÁNDOLO JUNTO CON SU REVOCACIÓN ACUERDE: 1) CONCEDER LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A TENOR DE LOS ARTICULOS 80 Y 81 DEL CÓDIGO PENAL; 2) SUBSIDIARIAMENTE, CASO DE NO ACORDARSE DICHA SUSPENSIÓN, SE ACUERDE LA SUSTITUCIÓN POR LA PENA DE MULTA DEL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO PENAL EN LOS TÉRMINOS YA SOLICITADOS POR ESTA REPRESENTACIÓN PROCESAL; 3) Y TAMBIÉN CON CARÁCTER SUBSIDIARIO A LOS DOS ANTERIORES SOLICITOS, LA SUSTITUCIÓN POR LA PENA DE MULTA EN LA CUANTÍA QUE SE ESTIME POR EL TRIBUNAL (...)"

TERCERO.- Conferido traslado el Ministerio Fiscal se opone al recurso, exponiendo:

"(...)Que interesa que se desestime el recurso interpuesto con fundamento en las siguientes ALEGACIONES

Primera: Que reitera los argumentos y motivos expuestos en su informe de fecha 10-10-2013 en relación a la oposición a que al condenado se le sustituya la pena privativa de libertad (9 meses y 1 día de prisión) por la de multa.

Segunda: (Al segundo motivo del recurso -falta de motivación-)

El recurrente manifiesta que la Sala no ha fundamentado de manera suficiente su resolución. Basta observar que el auto consta de 15 páginas o los fundamentos jurídicos del mismo que llegan al sexto y ocupan 12 páginas para advertir que desde luego, si que existe fundamentación. Si el recurrente necesita 15 folios para refutar los argumentos y motivos de la Sala es porque, evidentemente, existen motivos y fundamentación que refutar. Parece que se confunde el hecho de no compartir los motivos con la ausencia de los mismos. Si el recurso desgrana de manera prolija que no comparte el concepto de peligrosidad y la interpretación de la Sala sobre la ley, difícilmente se puede mantener, simultáneamente, la inexistencia de fundamentación. Así, dice el recurrente: Por otra parte, la fundamentación que se hace desde la interpretación de los artículos 80, 81 y 88 del Código Penal, contradicen... (página 2 del recurso) No es posible alzaprimar en una interpretación contra reo la existencia de otros procedimientos penales contra él a la hora de decidir la sustitución o suspensión de la pena . . . (página 3 del recurso)

Es decir, el recurso pormenoriza porqué no comparte los fundamentos del auto y al mismo tiempo pretende que la fundamentación es inexistente.

Tercera: (Al tercer motivo del recurso -infracción del artículo 25.1 de la C.E.)

El recurrente manifiesta que la Sala no ha seguido la aplicación que los tribunales dan al artículo 80 del C.P. concediendo de manera general el beneficio de la suspensión y, por tanto, infringiendo la práctica habitual. Ello es claramente inexacto. El auto recurrido señala y fundamenta:

a.- Que el Tribunal Supremo indica que el beneficio no debe concederse automáticamente (STS de 16-10-2.000 que reitera la 27-4-1998)

b.- Que el Tribunal Constitucional indica que debe ponderarse las circunstancias individuales del reo (SSTC 202/04 de 15 noviembre y 248/04 de 20 de diciembre) c.- Que el Tribunal Constitucional indica que la Ley no impone a los jueces y tribunales una especial obligación de conceder el beneficio al reo (STC 54/86 de 7 de mayo)

d.- Que el Tribunal Supremo reitera que no se puede conceder el beneficio sin atender a las circunstancias del caso (STS 1564/05 de 4 de enero)

e.- Que en otras ocasiones esta Audiencia Provincial ha denegado el beneficio pese a que se reunían las condiciones

C legales para obtenerlo (Ejecutoria 63/2012 y Ejecutoria 52/2012) y se trataban de delitos contra la administración.

f.- Que la Audiencia Provincial de Barcelona denegó el beneficio pese a que se reunían las condiciones legales para obtenerlo (Ejecutoria 14/2013) al tratarse de delito contra la administración. Por lo expuesto, es evidente que sí que hay fundamentación en el auto y que no estamos ante un supuesto excepcional o extraordinario de denegación del beneficio de la suspensión.

En este sentido se pude completar la motivación del auto del siguiente modo:

a.- Algunas legislaciones próximas a la nuestra como la Argentina más flexibles y extensas al regular la suspensión de la condena (pues cabe incluso para penas de 3 años y antes de celebrar el juicio) prohíben expresamente que dicho beneficio se conceda a los funcionarios cuando cometen un delito contra la administración. Así señala el artículo 76 bis del Código Penal argentino: No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Por ello, el criterio de la gravedad y tipo de delito no es arbitrario y está fundado.

b.- Los antecedentes legislativos en España reiteran el fundamento de que determinadas conductas delictivas deben estar excluidas de los beneficios de la suspensión de condena o deben ser valoradas con mayor prudencia.

Así, es posible mencionar que el primer proyecto de ley de suspensión de condena (proyecto de 8 de enero de 1900) del Ministro de Gracia y Justicia que era el Conde de Torreanaz, en su artículo 5 exceptuaba de la suspensión condicional de la pena a los delitos cometidos por funcionarios. Tal excepción al beneficio se mantuvo íntegramente en la primera Ley de Suspensión de Condena Condicional (la de 17-3-1908 a iniciativa del Marqués de Figueroa) y así fue recogida en el número 4 del artículo 3. Pues bien, esta excepción fue la única que la comisión que dictaminaba el proyecto aprobó por unanimidad su inclusión sin que se suscitase debate sobre su conveniencia.

c.- A estos precedentes españoles, debe añadirse que si se acude a las normas internacionales, que son una evidente fuente interpretativa, encontramos que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad conocidas como las "Reglas de Tokio" y que fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 señalan:

.- Que el sentido de las Reglas y el objetivo de potenciar las medidas de suspensión de las penas de prisión es fomentar una

mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta a/tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (regla 1.2).

Que el criterio de las Reglas de Tokio no es de automatismo en la concesión de los beneficios: La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas. (regla 3.2).

Que las Reglas de Tokio obligan a un control judicial y a una actuación discrecional en la concesión de los beneficios: La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley. (regla 3.3).

De este modo se evidencia que cuando la Sala en su auto hace suya la fundamentación del auto de la Audiencia de Barcelona, no se aparta de precedentes jurisprudenciales (incluyendo los de Baleares), ni de los precedentes legales históricos, ni de las legislaciones próximas, ni tampoco infringe tratado internacional alguno. La decisión de considerar una determinada conducta como grave no es arbitraria, ni inédita, ni inmotivada.

El recurrente manifiesta que se ha vulnerado el artículo 25.1 de la Constitución y dicho precepto señala: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Pues bien, no se alcanza a comprender en qué consiste la vulneración sufrida.

El recurrente dice que se debe interpretar la ley (artículo 80 del C.P.) valorando los dos criterios que se menciona. Ello no es exacto pues dice: "(...)se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste". Tal como señala el auto recurrido, la peligrosidad del sujeto puede ser derivada del contenido de la sentencia y así (con cita de la sentencia del Tribunal Supremo 208/00 de 18 de Febrero) se permite que se base la denegación de la suspensión de la condena en la peligrosidad que conlleva las circunstancias específicas concurrentes en el delito, siendo precisamente de peligrosidad criminal del condenado el parámetro que la propia ley establece para que sea valorado por el tribunal a los efectos de concesión o denegación del beneficio. Es decir la peligrosidad se puede derivar del contenido de la sentencia. El auto desgrana la gravedad y peligrosidad social del condenado en base a su cargo y conducta. Dicho razonamiento está, como se observa, avalado por la práctica de los tribunales, la jurisprudencia, la legislación comparada, los precedentes históricos y las normas internacionales. No se comprende cómo puede el tribunal vulnerar la Ley haciendo suyo los argumentos de otro tribunal (la Audiencia de Barcelona) que no son en absoluto arbitrarios y que se corresponden con precedentes legislativos y jurisprudenciales. La peligrosidad de un sujeto se pone de manifiesto con la conducta criminal declarada por los tribunales y con su conducta posterior de no aceptación de la ilicitud de lo realizado. La peligrosidad del sujeto por la conducta realizada y por la conducta posterior, son valoradas por el auto. Ese factor y el de la existencia de otros procedimiento contra el reo, son dos circunstancias recogidas en la ley y, ambas, son también recogidas en la motivación del auto.

Cuarta: (Al cuarto motivo del recurso -infracción del artículo 25.2 de la C.E.)

El recurrente parece que obvia el sentido y origen de la suspensión condicional de la pena, de la probation y de las instituciones que buscan alternativas a la privación de libertad. En todas ellas se trata de fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad como dice la Regla 1.2 de "Las Reglas de Tokio. La suspensión de la condena va íntimamente conectada a medias de tratamiento, vigilancia y resocialización (vease con detalle las Reglas de Tokio y la legislación comparada). El fundamento y origen de su introducción parte de un compromiso del penado de no volver a delinquir. Quien no acepta que delinquirá difícilmente se va a comprometer a no hacerlo de

nuevo. Quien despreciando lo acordado por los tribunales manifiesta su absoluta falta de reconocimiento de culpa o responsabilidad, difícilmente podrá comprometerse a no volver a realizar esa conducta. La sentencia fundamenta que si no hay compromiso de corrección y asunción de responsabilidad, mal se puede otorgar un beneficio basado fundamentalmente en un compromiso personal de no reincidir. Un compromiso de no reincidir comienza, precisamente, con una asunción de que lo hecho no era correcto. Quien ha dado ruedas de prensa y de manera pública y notoria no acepta, en absoluto, lo resuelto por los tribunales, mal puede comprometerse a no volver a una conducta que considera correcta. Normas internacionales y legislación comparada señalan la necesidad e importancia del estudio y seguimiento de las circunstancias del condenado y es obvio que la conducta posterior de inadmisión de culpa debe ser tenida en cuenta. Debe recordarse que el sentido del beneficio es una conducta del reo positiva y de interés por resocializarse (promesa, aceptar tratamiento, aceptar vigilancia, no volver a reiterar la conducta sancionada). No es un beneficio que se otorga sin contrapartida. En el presente caso no se ha producido por el condenado acto positivo alguno tendente a realizar un compromiso o una busca de rehabilitación.

Quinto: (Al quinto motivo del recurso -inmotivación de la denegación de sustitución-) El recurrente parece que efectúa una lectura parcial o errónea del precepto legal y que no es capaz de comprender la fundamentación del Tribunal. El auto señala: .- Que ese beneficio también es discrecional que ya se han valorado anteriormente las circunstancias que menciona el precepto como justificación del beneficio. Es decir, que lo decisivo era valorar:

- 1.- Las circunstancias personales del reo,
- 2.- El hecho realizado por el reo y
- 3.- El esfuerzo por reparar el daño.

Como quiera que el auto ya ha valorado las circunstancias del reo (falta de arrepentimiento), los hechos cometidos (gravedad del delito atendiendo las circunstancias del cargo) y el nulo esfuerzo por reparar, carece de sentido extenderse sobre ello. El auto reitera la gravedad del hecho y da por reproducidos argumentos ya expuesto en anteriores fundamentos jurídicos. El Fiscal reitera su informe ya expuesto y considera que debe recogerse expresamente en el auto (a riesgo de ser reiterativo) lo siguiente:

a) Señala el vigente artículo 88.1 del Código Penal como condiciones que justifican el beneficio de la sustitución:

(...) "cuando las circunstancias personales del reo la naturaleza del hecho su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, (...)"

b) En relación a las circunstancias personales se trata de un delito cometido por la máxima autoridad de la comunidad autónoma.

El grado de responsabilidad y las altas funciones encomendadas deben ser un criterio de más alta exigencia cuando esas responsabilidades son traicionadas y vulnerada la ley por quien debería ser garante de la misma. Por otra parte no puede desconocerse que el condenado está imputado en numerosas piezas de la causa que se suele denominar "Palma Arena" (DP 2677/08 del Juzgado de Instrucción Numero 3 de Palma) lo que le aleja del sentido previsto en la ley para el beneficio de la sustitución.

Si el precepto legal excluye a los reos habituales de este beneficio parece lógico que quien puede ser condenado por otros delitos además del ya sentenciado, sea también excluido de este trato de favor.

c) En relación a la naturaleza del hecho y de la conducta se debe recordar que se trata de un delito contra la administración pública y de corrupción o distorsión del buen funcionamiento que debería presidir la administración. Que se produzca un abuso de poder para beneficiar a un particular es una conducta delictiva grave y en mayor medida si es cometido por la máxima autoridad de la comunidad autónoma. No puede olvidarse tampoco de la trascendencia y repercusión pública del hecho. Todos estos elementos configuran una conducta grave socialmente que no debe merecer el beneficio de la sustitución de la pena, modificando sin motivo la naturaleza de la pena (privativa de libertad) que ha previsto el legislador para esos delitos.

d) En relación al esfuerzo por reparar las consecuencias del delito se constata la nula capacidad de reparación por parte del penado.

El condenado no ha reconocido públicamente la comisión del delito ni públicamente ha manifestado arrepentimiento alguno por su conducta. Dada la gran relevancia pública del penado y de su conducta, ha sido incapaz de satisfacer a la opinión pública reconociendo que sí que cometió el delito y que sí que está arrepentido de ello para reparar el grave perjuicio social irrogado. En circunstancias de gran proyección social del autor y del delito resulta, reparar el perjuicio que no es únicamente económico sino social. Por ello, parece necesario y esencial que exista un mecanismo de reparación que podría ser equiparable a un sincero arrepentimiento y que el mismo tuviera difusión pública. Todo ello, ha sido obviado deliberadamente por el condenado.

Por todo lo expuesto, se considera que ni las circunstancias personales, ni la conducta, ni la reparación del penado son merecedoras del beneficio establecido en la ley pues se apartan de la previsión y marco de aplicación de ese beneficio.

Así, se considera que no existe ninguna razón fundada que justifique la sustitución de la pena y sí en cambio base legal para su denegación. En conclusión, el Fiscal se opone a que se conceda el beneficio de la sustitución de la pena a quien por sus actos y conducta reveló una conducta delictiva gravemente antisocial y ello lo hizo prevaleciéndose de su alto cargo público en la comunidad autónoma.

Por todo lo expuesto el Fiscal interesa que se desestime el recurso de súplica interpuesto por el penado (...)"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En relación al primero de los motivos alegados por el recurrente, falta de motivación de la resolución recurrida, no es ocioso recordar la Jurisprudencia Constitucional existente al respecto.

El deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones (STC 10.7.2000, F.J. 2)) es una exigencia implícita en el art. 24.1 CE, que se hace patente en una interpretación sistemática de este precepto constitucional en relación con el art. 120.3 CE, pues en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado, y que responde a una doble finalidad: a) de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley; b) y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos. Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgado exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la «ratio decidendi» que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que

sea su brevedad y concisión, incluso en **supuestos de motivación por remisión** (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998, 184] , F. 2; 187/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998, 187] , F. 9; 215/1998, de 11 de noviembre [RTC 1998, 215] , F. 3 y 206/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999, 206] , F. 3).

Creemos innecesario citar o transcribir otras Sentencias del TC o del TS que a buen seguro son conocidas por el recurrente (STC 18.6.2006 (F.J. 2); STC 31.1.2005 (F.J. 5); STC 21.11.2011 (F.J.4). En suma, lo importante es que se ponga de manifiesto la ratio decidendi con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia estilística o el rigor de los conceptos. La motivación no conlleva un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, tampoco implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión.

Por todo lo expuesto concluimos que la motivación del Auto recurrido ha sido suficiente, la exteriorización de nuestra decisión desvela con nitidez y sin ambigüedad alguna el criterio que nos condujo a su adopción y ha cumplido la función de exteriorizar tal ratio decidendi, haciéndola llegar de manera inteligible a su directo destinatario, el condenado, que la ha entendido, como lo demuestra el contenido de las alegaciones formuladas y la construcción del recurso presentado. Cuestión diferente es que la decisión no haya sido de su agrado y que discrepe legítimamente de la misma.

Atendiendo ahora al reproche que el recurso expresa respecto del Auto recurrido relativo a que dicha resolución, en primer lugar, expresa que no existe peligrosidad del penado JAUME MATAS PALOU para, a continuación, afirmar lo contrario, resulta necesario poner de manifiesto que la resolución recurrida "no expresa lo que dice el recurrente". En el Auto

objeto de recurso lo que decimos es lo siguiente: "(...)En el presente supuesto, con relación al penado JAUME MATAS PALOU, y respecto del primer parámetro establecido por el legislador en el art. 80.1 CP, esto es, la peligrosidad criminal del sujeto, este Tribunal ha de admitir que, en la actualidad, **no hay dato alguno que permita concluir la existencia de dicha peligrosidad, entendida ésta, como la probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos**, especialmente en relación a hechos delictivos de igual o similar naturaleza a los que dieron lugar a esta causa, toda vez que no consta que el penado JAUME MATAS PALOU, actualmente, ostente o se halle en los círculos de decisión y/o poder que posibilitaron la comisión del delito por el que ha sido condenado. **Sin embargo este Tribunal entiende que existe la peligrosidad criminal del penado entendida como la derivada de la gravedad, naturaleza y entidad de los hechos por los que fue condenado, así como atendiendo a las circunstancias personales del penado y a su conducta**, que seguidamente expondremos, siendo éste, un motivo válido y legal admitido por el Tribunal Supremo. Así la sentencia del Tribunal Supremo 208/00 de 18 de Febrero permite que se base la denegación de la suspensión de la condena en la peligrosidad que conlleva las circunstancias específicas concurrentes en el delito, siendo precisamente la peligrosidad criminal del condenado el parámetro que la propia ley establece para que sea valorado por el Tribunal a los efectos de concesión o denegación del beneficio(..)"

Del tenor literal de la resolución recurrida se desprende, palmariamente, que la misma no dice lo que pretende el recurrente. La peligrosidad criminal de una persona es siempre algo difícil de valorar y ante ello los Jueces hemos de acudir, de una parte, a inferir dicho peligro o riesgo de los hechos declarados probados en la sentencia en la que se condena al sujeto activo y, de otra parte, de su comportamiento posterior o anterior. Es más, en un intento el legislador de acotar lo que entiende por "peligrosidad" en la reforma operada en dicho artículo 80 del C. Penal en virtud de la Ley Orgánica 15/03 se añade que no sólo se atenderá a dicha "peligrosidad" sino a la "existencia de otros procedimiento penales". Habitualmente, la peligrosidad se valorará atendiendo a los datos que suministre la causa y con frecuencia, será preciso reiterar consideraciones ya utilizadas en la individualización concreta de la pena, exigida con rigor por los arts. 66.1 y 68 Código Penal. Las

mismas circunstancias personales del autor, determinadas circunstancias modificativas o la naturaleza del hecho y su gravedad pueden servir tanto para individualizar la pena como para extraer de ellas un juicio de peligrosidad. Por ello, y sin la más mínima duda, puede afirmarse que en el juicio de valor que supone toda decisión de otorgar o no el beneficio reclamado ha de estarse, en primer lugar -esencial lugar-, a la consideración de los hechos cuya condena se plantea suspender. En verdad este análisis está en el origen del juicio previo acerca de si el penado es o no merecedor del ejercicio de lo que no es sino una facultad discrecional -a razonar y motivar, pero discrecional- del tribunal sentenciador. A mayor abundamiento, pese a lo que viene a afirmar el recurrente, a la hora de perfilar la peligrosidad de un penado a los efectos que estamos comentando es difícil, si no imposible, prescindir de su comportamiento pasado o presente, como son los hechos originadores de la condena pendiente de cumplimiento y/o los que hayan podido provocar la apertura de otros procedimientos penales. En el presente caso, insistimos, dijimos que no existía peligrosidad, en el sentido de que Jaume Matas no podía cometer otros delitos como el que fue objeto de condena (trafico de influencias) por la sencilla razón de que ya no tiene cargo político alguno ni goza de la decisión de poder que tenía antaño. Ello es de una lógica aplastante que no requiere de más explicaciones. Sin embargo, afirmamos y reiteramos que esa peligrosidad sí existe desde la perspectiva de otros factores como son de la entidad de los hechos a que fue condenado, a sus circunstancias personales a su conducta, que ampliamente exponemos. Estamos ante un delito cometido dentro de las estructuras de poder que las sociedades civilizadas y democráticas tratan de combatir. El peligro de este tipo de acciones es innegable.

En consecuencia, no existe la pretendida contradicción en la motivación utilizada por esta Sala en el dictado de la resolución recurrida. La pretendida contradicción no es sino

consecuencia de la interpretación sesgada, parcial y subjetiva del recurrente, en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa.

En relación a si ha de atenderse sólo a la peligrosidad o también a la existencia de otros procedimientos penales pendientes, el art. 80 del CP, es claro en su redacción: se sitúan en un plano de igualdad. Y, en el presente supuesto, concurren ambos parámetros, como exponemos en el Auto recurrido y así lo plasmamos: *"(...) Si el precepto legal señala que se debe atender a la existencia de otros procedimientos judiciales pendientes, es precisamente por la voluntad del legislador de excluir de este beneficio a los reos que tienen otras causas pendientes, sin perjuicio del derecho a la presunción de inocencia que asiste al penado JAUME MATAS PALOU(...)"*. Ello no supone una interpretación "contra reo" como parece pretender el recurrente, sino una interpretación literal del mandato legislativo plasmado en dicho precepto. En el Auto recurrido hicimos mención al necesario respeto al derecho a la presunción de inocencia a la hora de interpretar dicho requisito, pues la mera existencia de un procedimiento penal incoado en su contra no implica que pueda considerársele culpable, ya que podría ocurrir que se valorase para denegarle la suspensión que tuviese incoado un procedimiento penal que luego acabara con sentencia absolutoria. Ya se dijo que era indiscutible que el penado, Jaume Matas, tenía procesos penales pendientes (todos los derivados de Palma Arena, conocidos como Noos, Over, Opera etc ...). Pues bien, dicho penado ha sido juzgado por delito de cohecho, habiéndose alcanzado un veredicto de culpabilidad el pasado día 5 de Diciembre, habiendo informado los Jurados su oposición a la suspensión y sustitución de la pena que pudiera imponérsele. Aunque dicho pronunciamiento no es firme, se objetiva una mayor verosimilitud de proyección delictiva entrando de lleno en el concepto de peligrosidad, en su primera afección.

En cuanto a la función o finalidad de la pena, conviene recordar, en este extremo, la STC DE 12.3.2007 (F.J. 2º):

"(...)En concreto, «las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo» (SSTC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25] , F. 3; 8/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 8] , F. 2; 110/2003, de 16 de junio [RTC 2003, 110] , F. 4; también, STC 2/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 2] , F. 2). Esta afectación al valor libertad exige que este tipo de resoluciones «no sólo constituyan la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso» sino también que exterioricen «los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto» (STC 8/2001 [RTC 2001, 8] , F. 2). En particular, habida cuenta también de que esta suspensión «constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE (RCL 1978, 2836) , **la resolución judicial debe ponderar "las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad"** (STC 163/2002, de 16 de septiembre [RTC 2002, 163] , F. 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25] , FF. 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 8] , FF. 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio [RTC 2003, 110] , F. 4)» (STC 248/2004, de 20 de diciembre [RTC 2004, 248] , F. 4; también, STC 320/2006, de 15 de noviembre [RTC 2006, 320] , F. 4)(...)" La prevención general positiva, así como la prevención especial, no pueden ser

renunciadas, sin que la reinserción social sea la finalidad absoluta de la pena privativa de libertad (SSTS 23.1.2009 y 5.6.2008). La pena cumple una función de restablecimiento de la confianza de la Comunidad vulnerada por el delito (STC 163/2002).

En definitiva, bajo este primer motivo del recurso, supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por insuficiente motivación del Auto, el recurrente lo que pretende es manifestar su discrepancia con nuestros argumentos y motivos, que se fundamentan en una aplicación de la legalidad y en una apreciación de los hechos enjuiciados, las circunstancias de los mismos así como las del penado, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 CE. Y, derivado de lo anterior, se concluye sobre la existencia de motivación suficiente toda vez que el recurrente combate todos y cada uno de los argumentos que expusimos en nuestro Auto y ello únicamente es posible si, de un lado, dichos argumentos y motivos existen, y, de otro lado, puede combatirlos en base a las alegaciones que estime oportunas. Cuestión distinta es que dichas alegaciones sean o no estimadas. En el presente supuesto, no puede tener favorable acogida la alegada falta de motivación de la denegación de la suspensión.

SEGUNDO.- En relación a la vulneración del principio de legalidad, art. 25.1 CE, lo residencia en una interpretación extensiva del texto, suponiendo una frustración de una expectativa del ciudadano dada la interpretación que por la Jurisprudencia se viene haciendo de la norma.

Al respecto, como ya dijimos en la resolución recurrida, la suspensión de la ejecución de la pena no es un derecho del penado en sentido propio, sino que se trata de facultades discrecionales que el ordenamiento reconoce al Juez o Tribunal sentenciador, como excepción al principio general conforme al

cual las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, tal como señalan los artículos 988 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y por tanto no existe una especie de derecho fundamental a la suspensión de condena, cumplidos los requisitos legales, pues tal derecho, ha declarado el Tribunal Constitucional, no resulta del artículo 25.2 de la Constitución (por todas, sentencia 28/1988, de 23 de febrero), debiendo ello ponerse en relación con el argumento del recurrente sobre la vulneración del apartado 1 del art. 25 CE. En su virtud, nuevamente, conviene recordar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad que se alega. La STC de 9.12.2002 expresa: "(...)Los reiterados pronunciamientos realizados por este Tribunal sobre el principio de legalidad penal han partido del reconocimiento de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (por todas, SSTC 167/2001, de 16 de julio [RTC 2001, 167] , F. 3, o 185/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 185] , F. 4). De ese modo, sólo puede considerarse infringido el art. 25.1 CE «si la interpretación de la norma penal aplicable y la labor de subsunción realizada fuera ajena a los términos de la norma aplicada, a las pautas axiológicas que conforman nuestro ordenamiento constitucional y a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados por la propia comunidad jurídica» (por todas, STC 123/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 123] , F. 8; 221/2001, 31 de octubre [RTC 2001, 221] , F. 3 o 125/2001, de 4 de junio [RTC 2001, 125] , F. 3), ya que «el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en

el Ordenamiento (SSTC 89/1983, de 2 de noviembre [RTC 1983, 89] , F. 3; 75/1984, de 27 de junio [RTC 1984, 75] , F. 3; 111/1993, de 25 de marzo [RTC 1993, 111] , F. 5), ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998, 189] , F. 7; 42/1999, de 22 de marzo [RTC 1999, 42] , F. 4)» (STC 167/2001, de 16 de julio [RTC 2001, 167] , F. 3)(...)"

STC 24.2.1998(F.J. 6): "(...)el principio de legalidad con que el art. 25.1 CE sujeta la imposición de penas y sanciones administrativas, que no puede ser entendido en forma tan rigurosa que reduzca al Juez a ejecutor automático de la ley (STC 89/1983 [RTC 1983\89], fundamento jurídico 3.º). Cuál de las diversas interpretaciones posibles de la ley penal es la más correcta es una cuestión ajena al derecho fundamental a la legalidad que enuncia el art. 25.1 CE como derecho fundamental. Como hemos mantenido desde la STC 89/1983, que desestimó el recurso de amparo contra una condena por delito continuado, «la facultad de interpretar y aplicar la Ley penal, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, corresponde a los Tribunales de ese orden (art. 117.3 de la CE) y sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas(...)"

En atención a la Doctrina expuesta, no puede entenderse vulnerado el Principio de Legalidad por haber resuelto el Auto recurrido en sentido opuesto a otras resoluciones de otras Audiencias o Tribunales. Al respecto, como ya expusimos en nuestro Auto, no es una resolución aislada de esta Sala el denegar la suspensión y/o la sustitución de la pena privativa de libertad en supuestos en los que se dan los presupuestos

del art. 81 del CP, pero no los del art. 80, así como tampoco lo es en relación a otras Audiencia o Tribunales. Las resoluciones a las que se hace mención en el recurso son relativas a delitos contra la salud pública, delito de falsedades y delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Por tanto, la posible similitud con el presente supuesto reside, únicamente, en la existencia de un pronunciamiento condenatorio, nada más. Sin embargo, las resoluciones expuestas en el Auto combatido, hacen referencia a delitos denominados, comúnmente, de "corrupción política" como es el presente pues no debe olvidarse que en el Título XIX se regulan los "Delitos contra la Administración Pública" recogiendo los de prevaricación, malversación, cohecho, tráfico de influencias etc.. conculcando, todos ellos, el bien jurídico protegido que no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, no pudiendo tolerarse comportamientos que, en lugar de servir con objetividad a los intereses generales(art. 103 CE), sirven a un propósito individual y privado, fulminando el principio de imparcialidad.

Tampoco puede entenderse vulnerado el Principio de legalidad en atención a que la resolución recurrida únicamente responda a uno de los parámetros establecidos en el art. 80 del CP, pues, como ya hemos expuesto, se atiende tanto a la peligrosidad como a la existencia de otros procedimientos pendientes, no siendo necesario volver sobre estas cuestiones suficientemente tratadas tanto en la resolución recurrida como en la presente. Insiste el recurrente en que sólo hemos tenido en cuenta el parámetro de la existencia de otros procedimientos penales, no siendo ello acorde con lo expuesto en el Auto recurrido donde, además de concurrir ambos, peligrosidad (en el sentido tantas veces ya expuesto y no como refiere el recurrente) y procedimientos penales pendientes(existiendo un veredicto de culpabilidad reciente

por cohecho), además del resto de fines de la pena a que hacemos mención en la recurrida.

Por lo expuesto, no se produce vulneración alguna del Principio de Legalidad del art. 25.1 CE.

TERCERO.- En relación a la vulneración del art. 25.2 CE, relativa a la finalidad de la pena privativa de libertad, finalidad resocializadora, que el recurrente alega, recordaremos, también, la Doctrina Constitucional al respecto.

STC 20.9.2012(F.J. 3): "(...)Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio (RTC 1985, 486 AUTO) , este Tribunal ha venido afirmando que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las Leyes (SSTC 2/1987, de 21 de enero [RTC 1987, 2] , F. 2; 28/1988, de 23 de febrero [RTC 1988, 28] , F. 2; 79/1998, de 1 de abril [RTC 1998, 79] , F. 4; y 120/2000, de 10 de mayo [RTC 2000, 120] , F. 4). Junto a ello, ya en el citado Auto destacamos también que dicho precepto **«no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad»** (también, SSTC 167/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003, 167] , F. 6 y 299/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 299] , F. 2); por ello, de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, **no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad»** (SSTC 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988, 19] , F. 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre [RTC 1986, 780 AUTO] ; 167/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003, 167] , F. 6; y 299/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 299] , F. 2).

Debe tenerse presente también, como dijimos en la STC 120/2000, de 10 de mayo (RTC 2000, 120) , que el mandato que establece el art. 25.2 CE (RCL 1978, 2836) «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena» (F. 4). En este sentido, hemos afirmado que la figura de la suspensión condicional de la pena -trasunto en el Derecho penal de adultos de la figura de la suspensión del fallo recogida en el art. 40 LORPM- «constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE», **para cuya aplicación deben ponderarse distintos factores, tales como «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad»** (STC 110/2003, de 16 de junio [RTC 2003, 110] , F. 4; 248/2004, de 20 de diciembre [RTC 2004, 248] , F. 4; 320/2006, de 15 de noviembre [RTC 2006, 320] , F. 2; 57/2007, de 12 de marzo [RTC 2007, 57] , F. 2). (...)”

Queda consagrado constitucionalmente que la finalidad resocializadora de un penado no es la única que puede perseguir la pena, sino también la prevención general, especial, la seguridad colectiva y el interés social(STC 15.1.2001). En este sentido el Tribunal Constitucional en STC de 10.5.2000, en relación a una pena de corta duración, en su Fundamento 4, decía: "(...)La vulneración del art. 25.2 CE, por

último, se fundamenta en tres argumentos, ninguno de los cuales puede ser compartido por este Tribunal: a) En primer término se afirma que las penas privativas de libertad de tan corta duración como la asignada (entre 1 y 30 días de arresto menor) no pueden tener el efecto requerido por el art. 25.2 CE de la resocialización y reinserción social. Esta argumentación se basa tanto en una comprensión del alcance y contenido del art. 25.2 CE que **no encaja con la que este Tribunal ha venido perfilando a través de su jurisprudencia, como en un entendimiento, al menos incompleto, del modo en que las penas cumplen y pueden cumplir los objetivos que legítimamente se les atribuyen.** En efecto, ha de tenerse presente de un lado, como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la **Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad** (STC 150/1991, de 4 de julio [RTC 1991, 150] , F. 4; en el mismo sentido, SSTC 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988, 19] , F. 9; 28/1988, de 23 de febrero [RTC 1988, 28] , F. 2; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , F. 4 y 234/1997, de 18 de diciembre [RTC 1997, 234] , F. 7; en sentido similar SSTC 79/1998, de 1 de abril [RTC 1998, 79] , F. 2 y 88/1998, de 21 de abril [RTC 1998, 88] , F. 3). De otro lado, que la presunta vulneración del art. 25.2 CE parece partir de que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad es la resocialización y reinserción social. Sin embargo, como este Tribunal ha declarado en la ya citada STC 150/1991, F. 4, « el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre **los posibles -prevención especial, retribución, reinserción, etc.-** (...) (...)A lo que cabe agregar, por último, que no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el

sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador(...) (...)De manera que **no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión(...)"**.

En idéntico sentido, las SSTs de 23.1.2009 y 5.6.2008, que establecen que la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad establecida constitucionalmente, se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia del art. 1 CE, de ahí se deriva que no cabe renunciar, sin más, a la prevención general.

En el presente supuesto, atendiendo a las circunstancias del hecho, al tratarse de un delito cometido por la más alta Autoridad del Ejecutivo Balear en la fecha de los hechos, en el ejercicio de sus funciones como tal, representa un caso de gravedad palmaria en el ámbito de la función pública que pervierte todos los valores constitucionales y legales del ejercicio de la actividad que desempeñaba, toda vez que, en lugar de servir a los ciudadanos y a los intereses generales, la instrumentalizó y utilizó para la comisión del delito, con grave menoscabo del interés público y colectivo.

La denegación de la suspensión no es una "función ejemplarizante", como pretende el recurrente en los términos que expone. Nuestra Constitución consagra, en su artículo 1º que "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho". El conjunto de los delitos regulados en el Código Penal, en su Título XIX, Delitos contra la Administración Pública, comúnmente, como hemos expuesto, denominados "delitos de corrupción" suponen que, al instrumentalizarse el cargo con

fines ajenos a los públicos, se conculca el deber de probidad que debe presidir la actuación de quien sirve en la Administración Pública, así como el bien jurídico prevalente de estos delitos, que no es otro, como también hemos dejado dicho, que el correcto funcionamiento de la Administración Pública conforme a los parámetros constitucionales, no pudiendo tolerarse comportamientos que en vez de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 de la C.E), sirven únicamente su mezquino interés privado, propio o de tercero. Es inasumible para la sociedad que el titular de uno de los Poderes del Estado en la fecha de los hechos (Ejecutivo en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) cometa un delito de tráfico de influencias, teniendo, en la actualidad, pendientes procesos penales por delito de similar o idéntica naturaleza. Y ello no sólo porque el delito por el que ha sido condenado tiene un bien jurídico protegido que está llamado a cumplir una función social de primer orden, sino porque se trata de una función social relevante, al constituir el delito un atentado contra el Estado de Derecho (art. 1 CE), por parte de quien ha sido Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a quien, precisamente por ostentar dicho cargo, ha de exigírsele mayor imparcialidad, objetividad y probidad. Por tanto, el delito cometido por el penado JAUME MATAS PALOU es un atentado frontal al art. 1 CE, siendo el interés social y jurídico prevalente. En estos casos, más que en ningún otro, los Jueces y Tribunales en nuestra labor de defensa del Estado de Derecho, debemos pronunciarnos contra quienes lo degradan y lo corrompen, conduciendo la corrupción de los políticos a la desconfianza de la sociedad en ellos, debiendo la pena impuesta cumplir una irrenunciable función de restablecimiento de la confianza de la Comunidad en la vigencia de la norma infringida con el delito, esto es, la función de prevención general positiva. Y esta función sólo tendrá efectividad si el delincuente sabe que tiene todas las probabilidades de tener que cumplirla, pues, caso contrario, si a priori el

delincuente sabe que no tendrá que cumplirla, desde luego la pena pierde toda su función de pacificación del delincuente con la sociedad y con la resocialización. (En este sentido STSJ Murcia, 30.5.2012).

Sobre la asunción del delito por parte del penado, que no olvidemos ha sido condenado por delito de tráfico de influencias en la presente causa, siendo quien era, no es dable, en modo alguno, atender ni estimar las alegaciones del recurso en relación a que dicha asunción no puede acogerse por haber presentado el penado un Recurso de Amparo. Si, realmente, lo que preside su no asunción del delito es la posibilidad o probabilidad de que el Amparo se le otorgue y, en su virtud, mantener una posición de prudencia, con mayor razón debiera haberla mantenido antes de exponer, públicamente, que no reconocía la perpetración del delito cometido. Nuevamente, el recurrente, parte de una interpretación sesgada de la resolución recurrida, pues la no asunción del delito es una circunstancia más, que no la única, tenida en cuenta para no otorgar el beneficio de la suspensión.

Mención especial requiere por esta Sala las alegaciones relativas a la "gravedad del delito" en atención a la pena impuesta. En primer lugar, conviene recordar que la pena impuesta por este Tribunal fue mantenida por el Tribunal Supremo, lo que supone que confirmó los argumentos de la imposición de la misma en su mitad superior. Suponemos que se trata de un mero error del recurrente el cálculo de la pena en su mitad superior. No ha de olvidarse que el art. 428 del CP ha sido modificado por la LO 5/2010, como muchos otros, imponiendo penas superiores a las establecidas antes de su modificación. La pena impuesta al penado JAUME MATAS PALOU lo fue en atención a la redacción del art. 428 CP anterior a la mencionada reforma, como no podía ser de otra manera en virtud del Principio de irretroactividad de la Ley Penal no favorable

al reo (art. 25.1 CE), como es el caso (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero [RTC 1993, 21], F. 4; 43/1997, de 10 de marzo [RTC 1997, 43], F. 5; 20/2003, de 20 de febrero [RTC 2003, 20], F. 4; y 116/2007, de 21 de mayo [RTC 2007, 116], F. 9). En aquélla redacción, la pena establecida era de 6 meses a 1 año de prisión, multa del tanto al duplo, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 6 años. Huelga decir, que la impuesta lo es en su mitad superior. De ahí que las alegaciones del recurso, al respecto, partiendo de un cabal error, no puedan ser atendidas.

CUARTO.- Con todo lo hasta aquí expuesto, ya se anticipa que las alegaciones relativas a la denegación de la sustitución de la pena de prisión por multa, también van a ser rechazadas.

El artículo 88 del CP establece que: "*1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida(...)*"

El supuesto previsto en el apartado referido prevé la sustitución facultativa o discrecional por parte de los Jueces o Tribunales -siempre que no se trate de reos habituales (ex art. 94 C.P.); pero tal discrecionalidad está jurídicamente vinculada, a que lo aconsejen:

a) las circunstancias personales del penado, entre las que cobran especial importancia las relativas a su etiología

delictiva; es decir, las que tiene que ver con las razones que llevaron al penado a delinquir;

b) la naturaleza del hecho, para lo que se debe atender, por un lado, al bien jurídico lesionado o puesto en peligro y, por otro lado, a la forma de ataque o de puesta en peligro del mismo, dolosa o imprudente, mediante violencia a las personas o en las cosas, mediante engaño o falsedad, etc;

c) la conducta del penado (tanto la anterior como la posterior al hecho punible -antecedentes penales y policiales, reincidencia, nuevas y posteriores detenciones...)

e) en particular esfuerzo del reo para reparar el daño causado, que, en armonía con la atenuante 5ª del art. 21, habrá de interpretarse no sólo desde una perspectiva puramente economicista, sino también desde otros ángulos, tales como el arrepentimiento, la solicitud de perdón a la víctima, su disposición a indemnizar en el futuro etc.. Es decir, se trata no sólo de reparar los daños materiales, sino también los daños morales (o aflicción del agraviado) causados por el delito, para evitar el fenómeno de la víctima de un nuevo delito.

Criterios fundamentados en razones de prevención especial con las que se trata de cumplir con las exigencias de individualización de la pena en la fase de su ejecución.

Comoquiera que ya se han tratado exhaustivamente tanto las circunstancias personales del reo, como la naturaleza del hecho y su conducta, resulta totalmente innecesario, por repetitivo, volver sobre dichos aspectos. En cuanto al esfuerzo por reparar el daño, no consta que el penado haya realizado acto alguno ni ha mostrado interés en reparar o rehabilitar el dicho mal. Reparación que, desde luego, es inexistente o nula para con la Sociedad, para el conjunto de los ciudadanos, verdaderos perjudicados por el delito cometido, desde el momento en que el penado no asume su responsabilidad delictiva, por lo que difícilmente pueden

apreciarse, en el caso, razones de prevención especial que hagan aconsejable la concesión de la sustitución solicitada. Como expusimos en el Auto recurrido la gravedad del hecho no queda penalmente satisfecha con el abono de una ridícula y exigua multa, propuesta por el penado, ni tampoco imponiendo una mayor, a discreción del Tribunal, según el recurrente, no solicitada.

Únicamente, dos apuntes más, que no son sino reiteración de todo lo que hasta aquí hemos expuesto. En primer lugar, relativo a la motivación de la denegación de la sustitución, en nuestro Auto recurrido dedicábamos el Fundamento sexto a su desestimación, remitiéndonos a los argumentos expuestos sobre la suspensión y añadiendo la "naturaleza del hecho", que esta Sala ya había razonado y concluido respecto a la gravedad del mismo. Motivación existente por remisión, aceptada por el Tribunal Constitucional, como ha quedado dicho en la presente resolución. En segundo lugar, relativo a la gravedad o no de la pena impuesta en relación con la gravedad del hecho. Si el legislador hubiera pretendido la sustitución de penas de prisión por multa, con carácter obligatorio, así lo hubiera expuesto y ordenado, como lo recoge en el art. 71.2 CP, para las inferiores a tres meses de prisión. A partir de dicho límite, la obligatoriedad de la sustitución no existe y sólo la potestad discrecional de los Jueces y Tribunales, razonada, motivada y en atención a cada caso concreto, es la que permite su concesión o no. Y, en el presente supuesto, la respuesta ha de ser negativa por todo cuanto expusimos en el Auto recurrido y exponemos en el presente.

Con todo cuanto antecede, el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

QUINTO.- No procede imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR EL RECURSO DE SUPLICA interpuesto por la representación del penado D. JAUME MATAS PALOU contra el Auto de 28 de Octubre de 2013, que mantenemos en su integridad, debiendo procederse al inmediato cumplimiento de la pena impuesta.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Así por este Auto lo acordamos, mandamos y firmamos.