

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo, 2

Tlf.: Señalam.: 955540452 / Ejec.: 600157488 / 600157487. Fax: 955005024

NIG: 4109143P20156000237

Nº Procedimiento: Procedimiento Abreviado 1965/2017

Ejecutoria: 45/2022

Negociado: R

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 133/2016

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº6 DE SEVILLA

Contra: JOSÉ SALGUEIRO CARMONA, MAGDALENA ÁLVAREZ ARZA, JESÚS MARÍA RODRÍGUEZ ROMÁN, MIGUEL ÁNGEL SERRANO AGUILAR, JACINTO CAÑETE ROLLOSO, JOSE ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ, MANUEL CHAVES GONZALEZ, JOSE ANTONIO VIERA CHACÓN, CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO, FRANCISCO VALLEJO SERRANO, GASPAR CARLOS ZARRÍAS ARÉVALO, ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR, JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS y ANTONIO VICENTE LOZANO PEÑA

Procurador: MARTA YBARRA BORES, MANUEL IGNACIO PEREZ ESPINA, ANTONIO OSTOS MORENO, JAVIER OTERO TERRON, JESUS HEBRERO CUEVAS, VICTOR ALBERTO ALCANTARA MARTINEZ, FERNANDO MARTINEZ NOSTI, FRANCISCO JAVIER DIAZ ROMERO, OLGA ELENA COCA ALONSO, PEDRO MANCHA SUAREZ y SALUD JIMENEZ GUTIERREZ

Abogado: JOSE MANUEL GARCIA-QUILEZ GOMEZ, RAFAEL ALCACER GUIRAO, LUIS APARICIO DIAZ, JUAN CARLOS ALFEREZ DOMINGUEZ, JOSE MARIA CALERO MARTINEZ, PABLO ARTURO JIMENEZ DE PARGA MASEDA, JOSE MANUEL HERRERA RUBIO, JAVIER SANCHEZ-JUNCO MANS, VICTOR MANUEL MORENO CATENA, MARIA ENCARNACION MOLINO BARRERO, GONZALO MARTINEZ-FRESNEDA ORTIZ DE SOLORZANO, ALFONSO TIBURCIO MARTINEZ DEL HOYO MARTIN, PEDRO APALATEGUI DE ISAS y MANUEL PEREZ CUAJARES

Ac. Part.: PARTIDO POPULAR DE ANDALUCIA y MANOS LIMPIAS

Procurador: JOSE TRISTAN JIMENEZ y MARIA DEL PILAR HERNANDEZ SIMON

Abogado: ÁNGEL MÁRQUEZ PRIETO y JOSE MARIA BUENO MANZANARES

Ac. Pública: FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE SEVILLA

AUTO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a Pilar Llorente Vara

D^a Patricia Fernández Franco

D. Enrique García López Corchado

En Sevilla a 22 de diciembre de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la Procuradora D^a SALUD JIMÉNEZ GUTIÉRREZ; en nombre y representación del penado **AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR**, se interpone recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, realizando alegaciones respecto al fondo de la resolución recurrida y razones humanitarias por la enfermedad que padece.

SEGUNDO.-Por la Procuradora D^a OLGA COCA ALONSO, en nombre y representación de la penada **CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO**, se interpone recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, alegando infracción del art. 4 del Código Penal y art. 241.2 de la LOPJ en relación con el derecho fundamental del art. 17.1 de la CE.

TERCERO.-Por el Procurador D. JAVIER OTERO TERRÓN, en nombre y representación del penado **MIGUEL A. SERRANO AGUILAR**, se interpone recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, alegando que el auto recurrido no resuelve ni se pronuncia sobre la cuestión jurídica planteada en justificación de la rogada suspensión de la ejecución.

CUARTO.- Por la Procuradora D^a MARTA YBARRA BORES, en nombre y representación del penado **FRANCISCO VALLEJO SERRANO**, se interpone recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, alegando que la sentencia no es ejecutable al haber solicitado complemento y aclaración de la misma, la representación de Gaspar Zarrías Arévalo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE. La no suspensión de dicha ejecución vía art. 7 LOPJ, ante la interposición de un incidente de nulidad supone un perjuicio irreparable para los derechos fundamentales del recurrente; Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE falta de ponderación y previo juicio pronóstico exigida por el art. 4.4 CP- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE y a un procedimiento sin dilaciones indebidas ex art. 24 CE. Falta de ponderación del tiempo transcurrido ex art. 4.4.1º CP.

QUINTO.- Por el Procurador D. ANTONIO OSTOS MORENO, en nombre y representación del penado **JESUS M^a RODRÍGUEZ ROMÁN**, se interpone recurso

de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, alegando que la sentencia no es ejecutable al haber solicitado complemento y aclaración de la misma la representación de Gaspar Zarrias Arévalo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE. La no suspensión de dicha ejecución vía art. 7 LOPJ, ante la interposición de un incidente de nulidad supone un perjuicio irreparable para los derechos fundamentales del recurrente; Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE falta de ponderación y previo juicio pronostico exigida por el art. 4.4 CP. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE y a un procedimiento sin dilaciones indebidas ex art. 24 CE. Falta de ponderación del tiempo transcurrido ex art. 4.4.1º CP.

SEXTO.-Por el Procurador D. VICTOR ALCÁNTARA MARTÍNEZ, en nombre y representación del penado **JOSÉ A. GRIÑAN MARTÍNEZ**, se interpone recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, solicitando modificación del criterio de ordenar el inicio de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta; Potestad jurisdiccional y la incuestionada regla del cumplimiento de las sentencias; fundamento de indulto y del incidente de nulidad; irreparabilidad de perjuicio.

SEPTIMO.-Por el Procurador D. FRANCISCO J. DÍAZ TOMERO, en nombre y representación del penado **JOSÉ A. VIERA CHACÓN**, se interpone recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, alegando que se ha admitido por la Sala Segunda del TS el incidente de nulidad y que la pena de prisión impuesta no es óbice para la suspensión de la ejecución.

OCTAVO.-Por el Procurador D. MANUEL I. PÉREZ ESPINA, en nombre y representación del penado **ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA**, se interpone

recurso de súplica contra el auto de fecha 15 de noviembre de 2022, que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta que se resuelva la petición de indulto, alegando que el auto recurrido no resuelve ni se pronuncia sobre la cuestión jurídica planteada en justificación de la rogada suspensión de la ejecución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-Los recurrentes plantean cuestiones ya resueltas en el auto recurrido y no hay dato o circunstancia alguna que permita reformar la resolución dictada. En la misma se fundamentaba suficientemente la denegación de la suspensión vía artículo 4.4 del CP, argumentos que damos aquí por reproducidos del siguiente tenor literal:

"Se solicita por los penados anteriormente referidos la suspensión de la ejecución de la pena por el artículo 4.4 CP.

La Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto condiciona su concesión a la existencia de "razones de justicia, equidad o utilidad pública" (arts. 2.3 y 11), añadiendo que "la aplicación de la gracia del indulto habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador" (artículo 31), es decir, que el órgano competente para emitir el preceptivo informe, no vinculante, es el órgano judicial enjuiciador.

Asimismo, la citada Ley señala en su artículo 32 que "la solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria", principio que es recogido por la propia LECrim, cuando su artículo 988 indica que hecha la declaración de firmeza de una sentencia se proceda a su ejecución, y que encontró su plasmación en la Orden de 10/9/93, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indultos, que en su artículo tercero señala que la tramitación de los expedientes para el ejercicio del derecho de gracia por indulto en ningún caso podrán interferir el ejercicio de la potestad jurisdiccional ni condicionar las

medidas que pudieran adoptarse por el órgano judicial en orden al inmediato cumplimiento o a la suspensión en el cumplimiento de la ejecutoria.

No obstante, el artículo 4.4 del Código Penal establece que "el Juez o Tribunal podrá suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto, cuando de ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria".

Es criterio de esta Sala que la mera solicitud del indulto no es causa suficiente para suspender la condena de la pena privativa de libertad, pues bastaría con la solicitud automática del mismo para impedir el cumplimiento de una sentencia judicial firme, lo que no sólo no es conforme a derecho sino que supone limitar la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la C.E).

Como decíamos, el artículo 4.4 del Código Penal, regula la suspensión de la ejecución de las penas, impuestas en sentencia firme, como consecuencia de la petición de indulto y mientras tal petición se resuelve.

Dicho artículo en su párrafo primero, ordena suspender la ejecución si mediara petición de indulto cuando "el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".

En el párrafo segundo del citado artículo faculta al Juez o Tribunal a acordar la suspensión de ejecución de la condena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

Debemos de subrayar su carácter excepcional, pues el principio general en la materia es el que deriva del interés público que reclama que las resoluciones judiciales de carácter firme se cumplan, y también, claro es, las condenas penales de tal condición.

De acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, la suspensión se configura como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones de los poderes públicos, y, en particular, en la ejecución de las resoluciones dictadas por

Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo. 117.3 de la Constitución. En, principio, pues, no procede la suspensión de las resoluciones judiciales por la perturbación de la función jurisdiccional que la misma supone, excepto si el recurrente acredita suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pudiera tener la ejecución, privando al amparo de su finalidad, y que la suspensión no produzca las perturbaciones graves a las que se refiere el artículo 56 de la LOTC. Debiendo entenderse por perjuicio irreparable aquél que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convierta en meramente ilusorio y nominal el amparo (STC de 28-4-1999).

En definitiva, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en caso de solicitud de indulto se justifica por el peligro de que cuando positivamente se conceda la gracia, ésta resulte imposible de ser llevada a la práctica por haber quedado ya extinguida la pena por el cumplimiento de la misma.”

SEGUNDO.-Respecto al tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos, alegada nuevamente por los recurrentes, el auto recurrido, con argumentos que reproducimos, recoge:

“si bien es cierto que ha transcurrido un gran lapso tiempo desde la fecha de los hechos, no lo es menos que se trata de una “macrocausa” con muchos investigados que requería la práctica de diligencias de prueba que se dilatan en el tiempo por circunstancias , a veces ajenas a los investigados y al propio órgano judicial, tanto en la fase de instrucción como en la celebración del juicio y dictado de la sentencia correspondiente, pues no en vano la duración de las sesiones del juicio se prolongaron durante un año, dada la complejidad del asunto además del tiempo necesario para la redacción de la sentencia. Por lo que el transcurso del tiempo, no es motivo para la concesión de la suspensión solicitada.”

TERCERO.-Igualmente respecto la petición de suspensión alegando que se han presentado incidentes de nulidad ante la Sala Segunda del TS, esta cuestión consta resuelta en el auto

recurrido: *“Por lo demás respecto al incidente de nulidad planteado ante el TS, en modo alguno la presentación del incidente puede dar lugar a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme, pues ello supondría un quebranto de los preceptos que regulan la suspensión de la ejecución de las penas y el cumplimiento efectivo de las mismas previstos en el art. art.80 y ss del Código Penal, en el artículo 988 de al LECR y en la doctrina del Tribunal Constitucional.*

Tampoco existe apoyadura legal para que este Tribunal demore la ejecución de la pena, en tanto se resuelva el incidente de nulidad planteado ante el TS y aún menos la suspensión cautelar que los condenados pretenden y anuncian solicitar al Tribunal Constitucional.”

CUARTO.- Respecto a la vulneración de derecho la tutela judicial efectiva alegada por las representaciones de Miguel Ángel Serrano Aguilar, Antonio Fernández García, Jesús María Rodríguez Román, Francisco Vallejo Serrano.

Como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva y la correlativa interdicción de la indefensión establecidos en el artículo 24.1 de la Constitución Española comporta la posibilidad de que sus titulares puedan hacer valer ante el Órgano Judicial competente sus derechos e intereses legítimos.

Debemos recordar que de acuerdo con la doctrina constitucional, la indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o transcendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En el presente caso, no se ha producido indefensión a las partes. No olvidemos que la resolución recurrida se dicta atendiendo a estrictos criterios de legalidad al ejecutar una sentencia firme dictada por la Sala II del TS. Los recurrentes solicitan la suspensión por el artículo 4.4 del CP, mientras se tramita el indulto, y se le deniega por las razones y argumentos que se recogen en la resolución recurrida.

Las representaciones de Miguel Ángel Serrano Aguilar y Antonio Fernández García, alegan que el auto recurrido no resuelve, ni se pronuncia sobre la cuestión jurídica planteada en justificación de la rogada suspensión de la ejecución; no asiste la razón a los recurrentes porque el auto recurrido recoge las razones y argumentos para denegar la suspensión vía art. 4.4 del CP y lo relativo al incidente de nulidad, como reiteramos en la presente resolución.

QUINTO.-La representación de JOSE ANTONIO VIERA CHACON, alega además que la pena de prisión impuesta no es óbice para la suspensión de la ejecución, recogiendo autos del Tribunal Constitucional en los que se hace referencia a supuestos en los que se concede la suspensión de penas de prisión de 7, 11 y hasta 12 años; no obstante es lo cierto que se refiere a supuestos excepcionales y de otra parte existen resoluciones del Alto Tribunal que recogen que el mismo no suspende con carácter general penas privativas de libertad superiores a cinco años, lo que no impide que en supuestos excepcionales se haya accedido a la suspensión, sin que ninguna excepcionalidad en este sentido concurra en el presente caso.

SEXTO.-La representación de JOSE ANTONIO GRIÑAN MARTINEZ, solicita que se señale un plazo prudencial de suspensión del ingreso en prisión, que cifra en tres meses; no podemos atender a dicha petición pues ninguna razón existe para acordar un aplazamiento del cumplimiento de la pena privativa de libertad, carente de apoyatura legal y que supondría un agravio comparativo para el resto de los penados y una decisión arbitraria carente de justificación.

Respecto a la alegación de la representación CARMEN MARTINEZ AGUAYO, en relación a que la propia sentencia 749/2022 de la Sala de lo Penal del TS se ha formado voto particular suscrito por dos de las Magistradas de la Sala en las que se considera que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de la misma; dicha alegación es irrelevante pues los votos particulares no modifican el pronunciamiento condenatorio de la sentencia dictada por la Sala Segunda del TS y por ello no adquieren trascendencia en lo que respecta a la ejecución de la sentencia dictada y firme.

SEPTIMO.- Las representaciones de FRANCISCO VALLEJO SERRANO y de JESUS M^a RODRÍGUEZ ROMÁN, alegan que la sentencia no es formalmente ejecutable al haber solicitado complemento y aclaración de la misma la representación de Gaspar Zarrías Arévalo.

Este extremo carece de objeto pues por auto de fecha 14 de diciembre de 2022, la Sala Segunda del TS ha resuelto la aclaración de la sentencia o rectificación de la misma, estimando parcialmente la petición de aclaración formulada por la representación de Gaspar Zarrías Arévalo, en el sentido expuesto en el fundamento jurídico segundo, apartados 2.1 y 2.3, de la referida resolución, que en nada afecta al fallo condenatorio de la sentencia dictada.

OCTAVO.- En relación al recurso interpuesto por la representación de AGUSTIN BARBERA SALVADOR, si bien se desestima el recurso por las razones aludidas, comunes a los demás recurrentes, sin embargo se suspende el ingreso del mismo en el Centro Penitenciario hasta que se tramite la suspensión de la ejecución de la pena solicitada por su representación en base al artículo 80.4 del CP, estando pendiente de informe por el Médico Forense.

Por todo lo anterior procede la desestimación de los recursos interpuestos.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

LA SALA RESUELVE: Desestimar los recursos de súplica interpuestos por las representaciones de los penados:

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR

CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO

MIGUEL A. SERRANO AGUILAR

FRANCISCO VALLEJO SERRANO

JESUS M^a RODRÍGUEZ ROMÁN

JOSÉ A. GRIÑAN MARTÍNEZ

JOSÉ A. VIERA CHACÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, y, en su consecuencia, confirmar la resolución recurrida que denegaba la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme.

Habiéndose solicitado por la representación de AGUSTIN BARBERA SALVADOR, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad conforme al artículo 80.4 del CP, estese a la espera de la tramitación de la solicitud.

Notifíquese el presente a todas las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Requiérase a los penados, CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO, MIGUEL A. SERRANO AGUILAR, FRANCISCO VALLEJO SERRANO, JESUS M^a RODRÍGUEZ ROMÁN, JOSÉ A. GRIÑAN MARTÍNEZ, JOSÉ A. VIERA CHACÓN y ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, para que en el plazo de 10 días ingresen voluntariamente en Centro Penitenciario.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Il^lmos. Sres. del margen, de que certifico.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."