

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 15/12/2021

TRAMITES POSTERIORES A LA RESOLUCION Num.: 1

Procedimiento Nº: CAUSA ESPECIAL-21019/2019

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando Nulidad Actuaciones

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Tribunal Supremo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: ARB

Nota:

Resumen

Nulidad de actuaciones.-

TRAMITES POSTERIORES A LA RESOLUCION Num.: 1

Procedimiento Num.: CAUSA ESPECIAL - 21019/ 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Served

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de diciembre de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Doña Isabel Afonso Rodríguez, Procuradora de los Tribunales y de D. Alberto Rodríguez Rodríguez, con fecha 10 de noviembre de 2021, promovió, en la causa especial núm. 21019/2019, incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia nº 750/2021, de 6 de octubre, por las razones que constan en el escrito presentado, y en la misma fecha presentó escrito aportando documentos adjuntos nº 1 y 2, a los que se hacía referencia en el primer escrito.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el incidente promovido por providencia de 16 de noviembre de 2021, se confirió traslado a las partes personadas para que en el plazo de cinco días formulen pos escrito las alegaciones que estime pertinentes.

El Ministerio Fiscal emite informe de fecha 26 de noviembre de 2021, con el siguiente contenido:

«Que se nos da traslado del escrito presentado por la representación de D. Alberto Rodríguez del incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por la Sala Segunda con fecha 6 de octubre de 2021, al objeto de formular las alegaciones que estimemos pertinentes.

Siguiendo el orden establecido por el solicitante de nulidad, mediante el presente escrito, pasamos a formular las siguientes alegaciones:

Primera. Sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Demanda la representación procesal de D. Alberto Rodríguez la nulidad de la sentencia por entender que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, al considerar que “la declaración del agente 92.025 no solo fue parca, sino que incurrió en evidentes contradicciones”, reproduciendo a continuación idénticas alegaciones a las formuladas por su entonces Letrada en el acto del Juicio Oral.

En el presente caso, el Sr. Rodríguez fue condenado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo basándose en las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral, cual fue el testimonio del agente víctima de la agresión, que declaró lo que ya había venido sosteniendo desde el inicio del procedimiento, que el Sr. Rodríguez le propinó una patada en medio de los disturbios que se produjeron en el curso de la manifestación que ese día se había programado como consecuencia de la visita que el entonces ministro Sr. Wert realizaba a la localidad tinerfeña de San Cristóbal de La Laguna. Tal declaración vino corroborada por

el parte de lesiones que fue ratificado en el acto del Juicio Oral por la facultativa que lo suscribió.

Resultan muy accesorias el resto de alegaciones que se efectúan en el escrito de incidente de nulidad, sobre porqué no se le detuvo en el momento de la agresión, porqué se le citó a los tres meses, etc. Todas ellas de fácil contestación si tuvieran alguna relevancia para calibrar la vulneración del derecho denunciado.

Segunda. Vulneración del derecho al juez imparcial. Denuncia la representación procesal del Sr. Rodríguez en un extenso alegato la vulneración de su derecho fundamental a un juez imparcial basándose en lo reseñado por el Tribunal Supremo en el último párrafo del Fundamento Jurídico Tercero, cuando señala que “Se trata de una alegación que resulta inapropiada en una sede judicial”, refiriéndose a la alegación que efectuó el Sr. Rodríguez en el trámite de última palabra cuando manifestó de manera un poco airada que “de producirse la condena acudiría al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo”.

La, digámoslo, llamada de atención por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al Sr. Rodríguez no supone vulneración de ningún derecho fundamental, por cuanto el Tribunal se limitó a señalarle una obviedad que por su condición no sólo de ciudadano, sino de Diputado en el Congreso debiera conocer y es que todas las resoluciones judiciales pueden ser cuestionadas a través de los mecanismos previstos en las leyes, sin necesidad de dirigirse a los Tribunales para recordárselo de manera en que lo hizo el Sr. Rodríguez.

Tercera. Vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el art. 25 de la CE, en relación con el art. 2. 1 del Código Penal. El artículo 25 1.de la CE nos dice que: “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”. A su vez el art. 2.1 del Código Penal señala que “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”.

El demandante de nulidad no denuncia en su alegato que la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya impuesto al Sr. Rodríguez una pena que no estuviera prevista en la ley en el momento de cometerse los hechos, en cuyo caso sí hubiera podido gozar de amparo constitucional, sino que todo su discurso versa sobre su particular interpretación de la legislación ordinaria vigente que como es obvio y sobradamente conocido carece de tal amparo, por tratarse de discrepancias de mera legalidad ordinaria.

Cuarta. Vulneración del principio de proporcionalidad, en relación con lo previsto en el art. 49. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sostiene la representación procesal del Sr. Rodríguez que “dada la pena impuesta de 1 mes y 15 días de prisión, sustituida “en ejecución” por una multa de 90 días y su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, vemos que no encuentra encaje con el principio de proporcionalidad”.

Mezcla el recurrente en este apartado cuestiones ajenas a este procedimiento. Volvemos a repetir que la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y cuya nulidad se postula le condenó a una pena de prisión sustituida por otra de multa y a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante 1 mes y 15 días. El resto de consecuencias se han ventilado en otro órgano que es donde, si tuviera por conveniente, ha de analizarse esa desproporción que aquí denuncia.

Quinta. Vulneración del derecho de reunión y manifestación. Se reitera en este apartado la misma denuncia ya expuesta en el acto del juicio oral, por lo que no podemos sino remitirnos al Fundamento Jurídico Tercero donde se le dio cumplida contestación.

Sexta. Vulneración del derecho de representación política. Sostiene el demandante de nulidad que “la sentencia aquí impugnada afecta igualmente al derecho de participación política toda vez que la pena finalmente impuesta implica la privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”. Ello implica, según el demandante, que se le priva de acudir como candidato a cualquier elección y del escaño para el cual fue elegido por voluntad popular.

Respecto a la primera cuestión, solo podemos decir, que la inhabilitación especial para ejercer el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, es una consecuencia que el Código Penal prevé en su articulado para los supuestos allí recogidos y que afecta a todos los ciudadanos por igual y no solo a los Diputados del Congreso. Y respecto de la segunda cuestión reiteramos que la sentencia no le ha privado del escaño que ostentaba, por lo que no es posible mantener que se le haya vulnerado su derecho de representación política como denuncia.

Finalmente, se solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia en los términos expuestos en su escrito de fecha 27 de octubre de 2021. A tal cuestión, ya contestó la Sala Segunda en el auto de 11 de noviembre de 2021, al que nos remitimos. No procede, por las razones allí expuestas la suspensión ahora reiterada(sic)».

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 29/11/2021, se dió traslado del informe del Ministerio Fiscal a las partes personadas, acordándose pasar las actuaciones al Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la STS nº 750/2021, de 6 de octubre, esta Sala acordó la condena de Alberto Rodríguez Rodríguez como autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de un mes y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de prisión se sustituyó por una multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros, por aplicación del artículo 71.2 del Código Penal. Contra esa sentencia formula ahora el citado acusado incidente de nulidad de actuaciones, desarrollando varias alegaciones relativas a la presunción de inocencia, al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la libertad de reunión y manifestación, a la representación política, al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad.

El artículo 241 de la LOPJ en la redacción dada por la LO 6/2007, dispone: *No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.*

La regulación anterior se refería a supuestos de incongruencia del fallo o a los casos en los que se apreciaran defectos de forma que hubieran causado indefensión. La regulación actual lo amplía a cualquier derecho fundamental de los mencionados en el artículo 53.2 CE.

La previsión legal supone una posibilidad de corregir una vulneración de derechos fundamentales sin necesidad de acudir al recurso de amparo. Sin embargo, no puede interpretarse en el sentido de que venga a otorgar a las partes una especie de recurso de súplica contra la sentencia firme definitiva, contra la que resuelve el recurso de casación o contra el Auto que acuerda la inadmisión de éste, basado en la pretensión de obtener una modificación del criterio razonadamente expresado en tales resoluciones.

Por el contrario, se trata de un remedio orientado a permitir la oportunidad de corregir errores u omisiones involuntarios, consistentes generalmente en defectos en la tramitación que hubieran ignorado la presencia

de alguna de las partes, con la consiguiente imposibilidad de oír su criterio, causando indefensión; en la omisión de respuesta a pretensiones concretas, es decir, supuestos de incongruencia que no hubieran podido resolverse conforme al artículo 267.5 de la LOPJ; e incluso en aquellos otros casos en los que, de un lado, un error manifiesto en las bases fácticas de un razonamiento hubieran determinado un sentido de éste que podría ser modificado si tales bases fácticas se ajustaran a la realidad, y de otro lado, un erróneo entendimiento del tenor de una pretensión de la parte que hubiera conducido a una solución en realidad incongruente con el verdadero sentido de aquella. Enumeración ésta que no tiene pretensiones de exhaustividad, pero que resulta indicativa de los posibles supuestos más frecuentes.

Tales previsiones tienen la finalidad de evitar el recurso al amparo constitucional, siempre posible con posterioridad, para la solución de una cuestión que pudiera ser resuelta por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución definitiva, cuando en ella se apreciara tal defecto.

Consiguientemente, no puede admitirse a trámite el incidente de nulidad contra sentencias o Autos de esta Sala no susceptibles de recurso ordinario o extraordinario:

1. Cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales que pudieron ser denunciadas con anterioridad a la sentencia cuya nulidad se pretende.

2. Cuando se pretenda que el Tribunal rectifique el criterio expresado en su resolución, basándose para ello en distintos argumentos, coincidentes o no, con los ya utilizados con anterioridad.

3. Cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales ya alegadas con anterioridad.

Criterios aplicables cuando la sentencia se ha dictado en resolución de un recurso, y aplicables a sentencias dictadas en única instancia no susceptibles de recurso.

SEGUNDO.- Como hemos dicho más arriba, el promotor del incidente desarrolla varias alegaciones que serán examinadas a continuación.

1. Alega, en primer lugar, vulneración de la presunción de inocencia. Se apoya, en parte, en las consideraciones contenidas en el voto particular, y viene a decir que la condena no puede basarse en un acto de fe o percepción subjetiva de la credibilidad del testigo. Señala que, en el caso, la prueba única no tiene virtualidad para desvirtuar la presunción de inocencia.

La jurisprudencia es abundante en cuanto a la suficiencia de la prueba única para sostener una condena. Aunque siempre es deseable que existan corroboraciones externas a la declaración de un único testigo, su existencia no constituye un requisito previo a la valoración de la prueba, como ocurre cuando se trata de coimputados. En este sentido, ha de tenerse en cuenta si el hecho, tal como es narrado, necesariamente debería venir acompañado por esas corroboraciones objetivas externas a la declaración de la víctima. En cualquier caso, son elementos útiles en el momento de valorar la credibilidad del testigo y la fiabilidad de la prueba.

En el caso, el recurrente fue condenado por propinar una patada a un agente de policía en el curso de disturbios con ocasión de una manifestación.

En opinión de la mayoría de la Sala el testigo fue contundente, sin expresar duda alguna, en lo que se refiere a la identificación del condenado como autor del hecho y a la precisión de que la agresión consistió en una patada ejecutada voluntariamente. No se ha puesto en duda que la posición del testigo, cuando los hechos tienen lugar, le permitía percatarse de lo que ocurría y que, por lo tanto, lo que relató no fue el producto de una suposición, sino de una percepción directa.

Por otro lado, acudió de modo inmediato al médico para ser atendido, lo que puede valorarse como elemento de corroboración. Igualmente se valora como elemento de corroboración la presencia del recurrente en las primeras filas de los manifestantes, enfrentados a agentes de policía cuando todavía no habían finalizado los incidentes, tal como se recoge en la sentencia, FJ 3º.2. Y, además, el testigo demostró no tener animadversión alguna contra el acusado, lo que resulta relevante desde la perspectiva de la credibilidad.

Ni entonces ni ahora se han puesto de relieve imprecisiones o contradicciones en la declaración del testigo que necesitaran de alguna aclaración. Coherentemente con ello, la defensa no consideró necesario requerirle mayores precisiones, lo que resulta comprensible dada la mínima

complejidad del hecho enjuiciado. No se trata, como se dice en el escrito de la parte, de que no fuera capaz de describir cómo se produjo la patada, sino que, una vez que afirmó sin dudas ni titubeos que el acusado le había propinado una patada en la rodilla izquierda, la defensa no le requirió otras precisiones, lo que bien pudo hacer si entendía que era necesario.

Por lo tanto, en la sentencia mayoritaria, sin perjuicio de la discrepancia expresada en el voto particular, se refleja la existencia de prueba de cargo que fue considerada suficiente, por lo que no se aprecia vulneración de la presunción de inocencia.

2. En segundo lugar alega la vulneración del derecho a un juez imparcial, que considera producida como consecuencia del reproche que la Sala incluye en la sentencia en relación a las alegaciones del acusado en ejercicio del derecho a la última palabra, *“y la especial intensidad y sesgo que se aprecian contra D. Alberto Rodríguez”*.

2.1. Como señala el mismo promotor del incidente, el Tribunal Constitucional, en la STC nº 13/2006, de 16 de enero, se refirió al derecho a la última palabra en los siguientes términos: *“En este mismo sentido, y en relación específica con el derecho a la última palabra, hemos indicado en esta misma STC 93/2005, de 18 de abril, con cita de la primera en esta materia (STC 181/1994, de 20 de junio), que “el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente” [art. 6.3 c) CEDH y art. 14.3 d) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que “la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el ‘derecho a la última palabra’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino —en palabras del Fiscal que la Sala asume— ‘por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera’. La raíz profunda de todo ello*

no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio” (FJ 3).

El derecho a la última palabra constituye así una nueva garantía del derecho de defensa que entronca con el principio constitucional de contradicción y que posee un contenido y cometido propio bien definido. Se trata de una regla del proceso que, enmarcada dentro del derecho de defensa, no se confunde con éste, por cuanto no sólo constituye una garantía añadida a la defensa Letrada, al tratarse de la posibilidad procesal de autodefensa del acusado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13), sino que debe igualmente diferenciarse del derecho a ser oído mediante la posibilidad de interrogación o confesión cuya realización se habrá ya realizado al inicio del juicio”.

2.2. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la valoración efectuada en la sentencia, acerca de las manifestaciones del acusado relativas a su propósito de recurrir la sentencia, en nada afecta al derecho del acusado a su defensa mediante el uso de la última palabra, desde la perspectiva constitucional antes aludida.

En segundo lugar, la expresión en la sentencia de una valoración negativa respecto de las alegaciones del acusado efectuadas en el plenario no supone ningún perjuicio contra su persona ni un juicio previo sobre su culpabilidad, de manera que no pueden traducirse en una pérdida de imparcialidad que inhabilite al Tribunal para juzgar sobre los hechos imputados a aquel, como se desprende de las razones que, de tal calificativo, se expresan en la sentencia. Considerar inapropiada o desacertada una alegación o una actitud desarrolladas en el plenario por el acusado no implica posicionamiento alguno de carácter previo respecto de su culpabilidad.

No se aprecia, pues, pérdida de la imparcialidad necesaria para juzgar.

3. En tercer lugar, alega vulneración del principio de legalidad pues considera erróneos los criterios aplicados en relación a la imposición de la pena de prisión y a los efectos de su sustitución. Sostiene que la aplicación del

Código Penal es ajena a lo dispuesto legalmente y ha traído como consecuencia una doble pena: la privación de su escaño y la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo. Alega que el Código Penal no prevé una pena de prisión inferior a tres meses, por lo que la impuesta es una pena inexistente. Entiende que esa es la razón de que la ley prevea otra pena que la sustituya, lo que debe tener lugar en el mismo fallo. Argumenta que el artículo 71 se encuentra entre los que regulan la aplicación de las penas, y no su ejecución.

3.1 Ha de señalarse, en primer lugar, que el Tribunal ha expresado en la sentencia, siquiera de forma escueta, su interpretación de la legalidad ordinaria en los aspectos ahora cuestionados en el escrito de la defensa, y que el incidente de nulidad, como hemos dicho, no constituye una vía para que el Tribunal reconsidere su criterio, expresamente razonado en la sentencia.

En cuanto a lo alegado, tiene razón el recurrente en cuanto a que el artículo 71 no se encuentra entre las normas dedicadas a la ejecución de las penas, sino a su aplicación. Pero tal constatación no es decisiva. De un lado, porque en ese capítulo, dedicado a la aplicación de las penas, existen también normas relacionadas directamente con la ejecución, como los artículos 75, 78 o 78 bis. Y, de otro lado, porque la sustitución de estas penas ya estaba prevista en la redacción del Código Penal anterior a la reforma de 2015, remitiendo el artículo 71 al 88, relativo a la sustitución de penas privativas de libertad. Las reformas parciales producen en ocasiones efectos no deseados (vid. artículo 67 en relación con el 66 y 66 bis), que pueden provocar desajustes en la sistemática del Código, y, en el caso, la derogación del artículo 88 por la referida reforma suprimió también la remisión que antes se contenía en el artículo 71, lo que implicó la desaparición del procedimiento para proceder a la sustitución.

En relación con esta cuestión, alega la defensa que la sustitución debe tener lugar en el fallo. Es una conclusión que parece apresurada. No existe ninguna razón de peso que conduzca a prescindir de la audiencia a las partes, (el artículo 49 exige el consentimiento del penado para imponer trabajos en beneficio de la comunidad), antes expresamente requerida (artículo 88, derogado) para la sustitución, en estos casos. Y no siempre puede procederse

a oír las en el plenario, especialmente cuando aún no se ha decidido por el Tribunal si se van a establecer las condiciones que dan lugar a la sustitución. En esos casos, es necesario proceder a la sustitución con posterioridad al fallo, previa audiencia de las partes.

3.2. En cuanto a la pena a imponer, sin perjuicio de su sustitución, el artículo 71.1 del Código Penal permite a los jueces y tribunales reducir las penas por debajo de las cuantías mínimas señaladas por la ley a cada clase de pena. Y en su apartado 2, no dice que, cuando la pena de prisión resulte ser inferior a tres meses se impondrá otra pena distinta, estableciendo sus límites máximos y mínimos a efectos de individualización, sino que acuerda que la pena de prisión, que es la que resulta imponible, sea sustituida.

Con ello concuerda el hecho de que la extensión de la pena sustituta no puede establecerse si no es sobre la base de una previa individualización de la pena de prisión que se va a sustituir.

Y, además, el fundamento de la sustitución no se relaciona con un cambio de pena en atención a la naturaleza del delito cometido, sino que se asienta en la conveniencia de evitar el cumplimiento efectivo de penas cortas de prisión.

Finalmente, la necesidad de proceder a la sustitución con posterioridad a la sentencia, que puede plantearse en algunos casos, supone que en el fallo deberá constar una pena de prisión que luego deberá ser sustituida. La condena sin imposición de pena es una figura no prevista en la norma.

3.3. Argumenta el promotor del incidente que la pena de prisión inferior a tres meses es inexistente, y, por lo tanto, no se puede imponer.

Es cierto que, del catálogo o enumeración de penas del artículo 33 se desprende que el límite inferior de la pena de prisión es de 3 meses. Pero no es el único precepto a tener en cuenta. También el artículo 36.2 establece un límite inferior de 3 meses, junto a uno superior de 20 años, pero añade inmediatamente que ello es así salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código. Excepción que ya aparece, en cuanto al límite superior, en el primer artículo del Libro II.

Y el artículo 71.1, como ya hemos dicho, prevé la posibilidad de reducir cualquier pena por debajo de su límite inferior, con lo que está contemplando la posibilidad de imponer una pena de prisión inferior a 3 meses, aunque deba luego ser sustituida.

Si la cuestión se examina en relación a otras penas, cuya sustitución no está prevista, se alcanza la misma conclusión.

El artículo 33, considera penas menos graves las inhabilitaciones especiales “hasta cinco años”, no estableciendo, por lo tanto, un límite inferior. Este viene establecido, sin embargo, en el artículo 40, del que resulta que las inhabilitaciones especiales tienen una duración entre 3 meses y 20 años.

De conformidad con el artículo 71.1, que no se refiere solo a la prisión sino a cualquier clase de pena, las inhabilitaciones especiales podrán ser reducidas por debajo de su límite inferior.

La tesis del promotor del incidente, que excluye la existencia de penas por debajo del límite inferior que se establece con carácter general, conduce al absurdo en la medida en la que supondría negar las penas de inhabilitación especial por debajo del límite de 3 meses, lo que provocaría en algunos casos (por ejemplo, artículo 448 o 449, con pena reducida en dos grados por las circunstancias concurrentes) la imposibilidad de imponer pena alguna, y, en algunos otros (artículos 332.1 y 3 o 334.3) obligaría a prescindir de una pena de inhabilitación especial que se establece por la ley, precisamente, en atención a la naturaleza del delito con fines de prevención.

En consecuencia, una interpretación coherente del sistema, conforme, además, con la literalidad del artículo 71.1, conduce a afirmar la posibilidad de reducir las penas por debajo de su límite mínimo señalado por la ley a cada clase de pena.

En conclusión, es correcto imponer la pena que resulte de la individualización efectuada conforme a las reglas del Código Penal, y, seguidamente, en su caso, proceder a su sustitución, bien en el fallo o bien posteriormente, previa audiencia de las partes.

3.4. En cuanto a la pena accesoria, lo es de la pena de prisión que se impone, por lo que su extensión temporal coincide con aquella.

No desaparece, sin embargo, como consecuencia de la sustitución. El fundamento de las penas accesorias no coincide con el de la pena de prisión, aunque vaya unida a ella. Tampoco sigue a la pena principal en todas sus posibles situaciones.

Por ejemplo, la suspensión de condena se establece para las penas privativas de libertad y no de las accesorias. Carecería de sentido que el condenado por un delito a pena de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el cargo público del que se hubiera aprovechado para cometerlo, continuara en su cargo durante el tiempo de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Igualmente, la regulación del indulto prevé la posibilidad de indultar la pena principal y no las accesorias.

En el caso, de otro lado, se ha efectuado ya la liquidación de condena de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

No se aprecia, pues, vulneración del principio de legalidad.

4. En cuarto lugar alega la vulneración del principio de proporcionalidad, pues entiende que la pena accesoria se torna muy gravosa, dada la condición de diputado del Congreso al tiempo de ser enjuiciado.

Alega que no solo estamos ante la imposibilidad de presentarse a unas elecciones, sino que además la Presidente del Congreso de los Diputados ha dispuesto su privación del escaño.

4.1. En primer lugar, el principio de igualdad impide que el hecho de ser Diputado del Congreso en el momento del juicio excluya la imposición de la pena prevista por la ley, salvo que la propia ley lo previera expresamente, lo que no ocurre en el caso.

En segundo lugar, la pena correspondiente al delito de atentado, por el que el promotor del incidente ha sido condenado, es prisión de seis meses a tres años. Dadas las circunstancias concurrentes y, de conformidad con el artículo 71.1, ha sido reducida, en dos grados, a un mes y 15 días. En aplicación del artículo 71.2, fue sustituida en el mismo fallo de la sentencia por una pena de multa. El fundamento de la sustitución no se encuentra en una modificación de la consideración de la proporcionalidad entre el delito que se sanciona y la pena que se le asocia, sino que se concreta en evitar el

cumplimiento efectivo de penas cortas de prisión, cuyo efecto resocializador es difícilmente apreciable (artículo 25 de la Constitución).

4.2. La privación del escaño ha sido acordada por la Presidencia del Congreso de los Diputados en aplicación del artículo 6.2 de la Ley Electoral vigente. Nada tiene de extraño que el legislador haya establecido con carácter general la imposibilidad de que, quien ha sido condenado por delito a pena privativa de libertad, quede inhabilitado para ostentar la representación de la soberanía popular en las Cámaras. (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, STS nº 431/2021, de 24 de marzo; STS 572/2021, de 28 de abril, y STS nº 1061/2021, de 20 de julio, en cuanto se refieren a la inelegibilidad sobrevenida).

Como se recordaba en el Auto de 11 de noviembre de 2021, dictado en esta misma causa, se decía en la STC nº 166/1993, de 20 de mayo, que conviene dejar bien sentado que la causa de inelegibilidad que afecta a *"los condenados por Sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena"* [art. 6.2 a) L.O.R.E.G.] *no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce formalmente cuando se suspende, sino por ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral"*.

Pero, en cualquier caso, en esta causa no se trata de una pena, (solo se impuso la prisión de un mes y 15 días, sustituida por una multa, y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena) sino de una consecuencia extrapenal de la condena.

5. En quinto lugar alega la vulneración del derecho de reunión y manifestación.

La cuestión ya fue contemplada en la sentencia cuya nulidad se pretende, en la que se decía: *"Numerosas personas hicieron uso de ese derecho en aquella ocasión y solo se practicó la detención de aquellos a quienes se imputaban actos violentos. La violencia no es inherente al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. La acusación sostenida en esta causa nada tiene que ver con el ejercicio de esos derechos fundamentales,*

sino con el empleo de violencia, en el curso de su ejercicio, contra los agentes de la autoridad que se encuentran en el cumplimiento de sus funciones. Por otro lado, la defensa del acusado se orientó a negar su presencia en el lugar de los incidentes, y no planteó la concurrencia de posibles excesos policiales ni la existencia de ninguna eventual colisión entre el ejercicio del derecho de reunión y manifestación y la imputación de hechos violentos al acusado”.

Como se desprende de lo anteriormente consignado, no se planteó en ningún momento que la violencia desplegada por el acusado fuera consecuencia de la necesidad de proteger el ejercicio legítimo de los derechos de reunión y manifestación reaccionando ante la violencia excesiva de la Policía. Omisión que excluía la necesidad de efectuar la ponderación reclamada por la doctrina constitucional. No se trataba pues, de un conflicto entre el bien jurídico protegido por el delito de atentado y el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación.

Se hace referencia en el escrito a la “actuación policial, claramente injustificada”, pero esa es una cuestión que no se planteó en el plenario. Ni se alegó entonces, ni puede considerarse acreditada, una actuación desproporcionada o excesiva de los agentes policiales.

En cualquier caso, ha de recordarse que en la STC nº 184/2021, se decía que *“Cuando la opinión es instrumento de participación política o se refiere a asuntos de interés general, su protección adquiere una extensa amplitud ya que el bien jurídico tutelado por ella es la formación de una opinión pública libre. Sin embargo, en atención a tal fundamento, no cabe considerar ejercicio legítimo de la libertad de expresión, reunión o manifestación aquellos mensajes o conductas que, por su contenido o por la forma de desarrollarse, persigan una finalidad ilícita o sean causa de efectos prohibidos por la ley, es decir, aquellos casos en que los derechos se ejercitan de forma desmesurada y exorbitante en atención al fin al cual la Constitución le concede su protección preferente (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 6)”*. (Concordantemente, vid. Artículo 514.3 del Código Penal)

6. Finalmente alega la vulneración del derecho de participación política, pues sostiene que la privación del derecho de sufragio pasivo implica la privación del derecho a presentarse como candidato en cualquier elección que

fuera a celebrarse durante el tiempo de la condena, y, de otro lado, en la forma en que termina ejecutándose la condena se le priva del escaño para el cual fue elegido por voluntad popular.

En cuanto a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, la queja carece de contenido, pues aunque la liquidación de esa condena aún no ha sido aprobada formalmente, se ha practicado la liquidación abarcando un periodo temporal en el que no afecta a ningún proceso electoral.

Respecto de la privación del escaño, no se desconoce la importancia democrática del derecho a participar en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución. Pero resulta razonable entender que el incumplimiento de las normas contenidas en el Código Penal, que contienen el mínimo ético exigible socialmente, puede producir legítimamente restricciones en el ejercicio de ese derecho. Como ya se ha dicho más arriba, con cita de jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal, resultan de la interpretación y aplicación razonable de las previsiones del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG).

Por último, dice el promotor de la nulidad que “no se ha objetivizado por parte del Tribunal los motivos que llevaron a adoptar una forma de sustitución y no cualquiera de las otras dos que resultaban menos gravosas y que no tenían consecuencias sobre el derecho de sufragio pasivo y, por tanto, no lo tenían sobre el derecho de participación política” (sic).

Es cierto que la pena privativa de libertad inferior a tres meses debía ser sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, que es también una pena privativa de libertad. El Tribunal optó por la multa al considerarla la menos gravosa de las tres opciones, y, de hecho, fue cumplida inmediatamente por el condenado.

En definitiva, no se aprecia la vulneración de ninguno de los derechos aludidos en el escrito promoviendo el incidente de nulidad, por lo que éste debe ser desestimado.

Del mismo modo, no procede la suspensión de la ejecución de la condena, ya que, en el aspecto penal, en este momento puede considerarse completamente ejecutada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

No haber lugar a la nulidad solicitada por la representación procesal de **D. Alberto Rodríguez Rodríguez** respecto de la STS nº 750/2021, de 6 de octubre, dictada en la causa especial arriba referenciada.

Se acuerda su condena en las costas generadas por el incidente.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet Susana Polo García Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura