

TEXTO ÍNTEGRO DEL AUTO DE SUSPENSIÓN DE LA PENA A
ARNALDO OTEGI POR EL TSJPV

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA**

BILBAO

N.I.G. / IZO: 00.01.1-03/001324

Pieza de ejecución / *Betearazpeneko pieza 1/05*

AUTO

EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

**D. NEKANE BOLADO ZARRAGA
D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ**

En BILBAO (BIZKAIA), a quince de mayo de dos mil seis.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero de 2006, por esta Sala se dictó Auto acordando desestimar el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de esta Sala Civil y Penal, de 22 de noviembre de 2005.

SEGUNDO.- Dado el preceptivo traslado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por providencia de 13 de enero de 2006, para que pudieran alegar lo que estimaran conveniente sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad prevista en el artículo 80 y siguientes del Código Penal, por la Procuradora D^a Rosa Alday Mendizabal, se presentó escrito con fecha 25 de enero de 2006, solicitando la suspensión de la ejecución de la pena impuesta.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito, interesando de la Sala que con carácter previo a la emisión del informe que se le solicitó por providencia de 13 de enero de 2006, se oficiase a la Sección 1^a de la Audiencia Nacional, a fin de que por el

Sr. Secretario se emitiera certificación en la que se indicara si Arnaldo Otegui fue condenado a alguna responsabilidad civil y si la satisfizo y en caso negativo -del pagopor qué circunstancia, así como comprensiva de la fecha en que extinguió sus responsabilidades penales, todo ello relacionado con la causa 61/79 procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 1.

CUARTO.- Recibida certificación expedida por la Sección 1ª de la Audiencia Nacional y notificada a las partes personadas, por providencia de 2 de marzo de 2006, se da nuevamente traslado al Ministerio Fiscal para que emita informe sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

QUINTO.- Con fecha 8 de marzo de 2006, el Ministerio Fiscal, evacuando el traslado conferido, interesa que, entendiendo que se ha producido un error en la constatación de la fecha en que el penado fue licenciado definitivamente, se oficie nuevamente a la Sra. Secretaria de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que se certifique la fecha exacta de extinción de las responsabilidades penales de D. Arnaldo Otegui Mondragón.

SEXTO.- Por Providencia de 9 de marzo de 2006, entendiendo que se ha podido producir un error en alguna de las fechas de la certificación expedida el día 23 de febrero de 2006, se acuerda librar nuevo exhorto a la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que por la Sra. Secretario se certifique la fecha y número de la sentencia por la que se condenó a Arnaldo Otegui Mondragón; fecha en que se libró exhorto al Juzgado Decano de San Sebastián para requerir de pago al penado y del Auto por el que se declaró la insolvencia; así como la fecha exacta de extinción de las responsabilidades penales de Arnaldo Otegui Mondragón en la causa 61/79 procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 1.

SEPTIMO.- Recibida la certificación solicitada y notificada a las partes personadas, se da traslado al Ministerio Fiscal, quien, con fecha 7 de abril de 2006, evacuando el traslado conferido por providencia de 30 de marzo de 2006, informa, entre otras consideraciones, en el sentido de que, pese a la existencia de procedimientos penales en los que está incurso Arnaldo Otegui, el contexto social en que los hechos presuntamente se cometieron y las circunstancias actuales, reflejan la imagen de una persona que no delinquirá en el futuro, por lo que, señalado lo anterior y cumplidas el resto de las condiciones requeridas, no se opone a las suspensión de la ejecución de la pena impuesta por un plazo de dos años.

II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recibido de la Sala Segunda del Tribunal Supremo oficio remisorio al que se adjuntaba testimonio de la sentencia dictada por aquélla, en recurso de casación, nº 1047/2005, de fecha 31 de octubre de 2005, por la que, declarando haber lugar al recurso, se casaba y anulaba la dictada por esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de marzo de 2005, y, asimismo, testimonio de la segunda sentencia, nº 1284/2005, por la que se condenaba a D. Arnaldo Otegui Mondragón, como autor criminalmente responsable de un delito de injurias

graves al Rey, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó auto, de 22 de noviembre de 2005, acordando, además de la práctica de diversas diligencias, oír a las partes personadas en la presente causa y al Ministerio Fiscal sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por la representación de Arnaldo Otegi Mondragón se presentó escrito, en 7 de diciembre de 2005, interesando la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 31 de octubre de 2005, aludida, con fundamento en la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la misma y la solicitud ante dicho Tribunal Constitucional de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la pena impuesta. Y en escrito presentado por dicha representación, en 25 de enero de 2006, alega en defensa de la suspensión la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de medidas cautelares relacionadas con penas privativas de libertad de corta duración, la irreparabilidad de los daños derivados del cumplimiento de la condena ante una eventual sentencia estimatoria del recurso de amparo y la primacía del derecho fundamental de libertad.

El Ministerio Fiscal partiendo de la premisa de que el antecedente penal que consta en el Registro Central de Penados y Rebeldes sería susceptible de cancelación por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 136 del Código penal, considera que tal antecedente penal no puede incidir negativamente en la suspensión de la condena; estima, además, que, si bien Arnaldo Otegui Mondragón esta incurso en otros procedimientos penales, en ninguno de ellos ha resultado condenado, encontrándose actualmente en prisión provisional con fianza de 250.000 euros; y que, no obstante, el contexto social en que los hechos presuntamente se cometieron y las circunstancias actuales, reflejan la imagen de una persona que no delinquirá en el futuro, por lo que no se opone a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por un plazo de dos años.

SEGUNDO.- Dispone el art. 81 del CP que serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código. 2. Que la pena impuesta no sea superior a 2 años de privación de libertad. 3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado.

Atendiendo a la primera de las condiciones necesarias que el precepto impone para que pueda dejarse en suspenso la ejecución de la pena, es decir, que el condenado haya delinquido por primera vez, no teniéndose en cuenta a estos efectos las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 del Código Penal, se observa en la Hoja Histórico Penal de Arnaldo Otegui Mondragón, obrante en la pieza de ejecución, que éste fue condenado mediante sentencia firme, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en 24 de febrero de 1989, por delito de detención ilegal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor y a una indemnización de

100.000 pesetas, y obtuvo el licenciamiento definitivo de la pena privativa de libertad el 4 de mayo de 1993; consta, asimismo, en la documentación obrante en la pieza de ejecución certificación de la Sra. Secretaria Judicial de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de marzo de 2006, que en fecha 15 de octubre de 1991, se requirió a dicho penado del pago de la referida cantidad por el Juzgado de Instrucción, nº 4 de San Sebastián, manifestándose por el referido penado que era insolvente, así como que en la Pieza de Responsabilidad Civil de la referida causa obra Auto, de 7 de septiembre de 1987, en el que se declara la insolvencia del procesado, sin que hasta la fecha se haya satisfecho dicha cantidad.

Por consiguiente, existiendo en la hoja histórico penal del condenado antecedentes penales no cancelados, es de ver seguidamente si tales antecedentes, no obstante, resultan a los efectos de esta pieza cancelables. El artículo 136 del Código Penal reconoce a los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal el derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador, y les impone como requisitos indispensables, entre otros, tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo.

En el supuesto que ahora se examina, ha quedado acreditado que aunque la responsabilidad civil no ha sido satisfecha el responsable civil fue declarado insolvente, mediante auto de de 7 de septiembre de 1987, sin que hasta la fecha esta declaración de insolvencia haya sufrido alteración alguna.

Dado que ha de ser este Tribunal el que determine, a los meros efectos de resolver la solicitud de suspensión de la pena privativa de libertad, si en aplicación de lo establecido en el artículo 136 del Código Penal, procede o no la cancelación de sus antecedentes penales, por concurrir el derecho a obtenerla del Ministerio de Justicia, ha de concluirse que, acreditada la presencia de todos los requisitos que como indispensables exige el indicado artículo 136 del Código Penal, los antecedentes penales que constan en el Registro Central de Penados y Rebeldes, resultan, a los efectos de esta pieza en la que se resuelve la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de un año impuesta a Arnaldo Otegi Mondragón, cancelables.

Consecuencia de lo anterior es que, existiendo antecedentes penales que resultan cancelables, éstos no deben ser tenidos en cuenta a los efectos de resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, tal como prescribe el artículo 81 C.P.

TERCERO.- No obstante lo expuesto, ha de tenerse en cuenta que la concurrencia de estos requisitos no implica, sin embargo, la concesión automática del mencionado beneficio, pues como recuerda entre otras muchas la STS de 18-2-2000 "la mera concurrencia de los requisitos legales mínimos no es más que un presupuesto necesario para la concesión de la suspensión, pero no suficiente, pues ésta constituye

una facultad motivadamente discrecional del Tribunal". Su concesión o denegación ha de ser contemplada desde la óptica del art. 25.2 de la CE, de modo que la rehabilitación y reinserción social ha de ser la finalidad perseguida, tanto por la ejecución propiamente dicha de la pena como también por la suspensión de la ejecución de a misma.

El Tribunal Constitucional, en relación al instituto de la suspensión de la pena privativa de libertad, ha establecido la siguiente doctrina: "Debe recordarse que, a partir de la STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3, este Tribunal ha venido manteniendo que la ratio del indicado beneficio no es otra que la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo" (vid. en el mismo sentido SSTC 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 164/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4). Sin olvidar, por otra parte que, tal y como también ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones, "la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de restricción de la libertad del condenado. De manera que 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 de la 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, FJ 3; 8/2001, de 5 de enero, FJ 2; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4). (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 251/2005, de 10 de octubre de 2005 ; Ponente Gay Montalvo, Eugeni)" .

En otra sentencia del Tribunal Constitucional (nº 248/2004, de 20 de diciembre de 2004), se dice que: "Como acabamos de recordar en la STC 202/2004, de 15 de noviembre (FJ 3) "una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, dado que esta institución afecta al valor de la libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, 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, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de

enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio , FJ 4)" [FJ 3].

Sobre la base normativa más arriba expuesta interpretada conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos ha de notarse que, si, de una parte, el art. 80.1 del Código penal establece que en la resolución "se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste", es decir, la existencia de un pronóstico de comportamiento futuro que revele, a la vista de la peligrosidad actual o pasada del mismo, la probabilidad de cometer nuevos delitos, índice de peligrosidad que le hará o no merecedor del beneficio, al igual que la existencia de otros procedimientos penales, dicho precepto en su literalidad no contiene una lista cerrada o de *numerus clausus* de los criterios que pueden ser tenidos en cuenta para conformar la decisión más justa en el ejercicio de la facultad discrecional que el artículo 80 C.P. otorga al Tribunal, sino que la expresión "fundamentalmente" permite entender que la norma consiente también la valoración de otros elementos de juicio y de ponderación además de los que expresamente contempla. En este sentido, si bien ha quedado acreditado, mediante certificación de la Sra. Secretaria de esta Sala Civil y Penal, de fecha 2 de diciembre de 2005, que Arnaldo Otegi Mondragón tiene seis causas penales pendientes, es lo cierto que en ninguna de ellas ha recaído sentencia firme condenatoria.

Desde otra perspectiva, el Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, ha informado en sentido favorable a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad al no apreciar peligrosidad en la persona de Arnaldo Otegi Mondragón.

Si a los anteriores elementos de juicio se añade que la pena de que se trata es de cuantía menor - un año de prisión- y que frente a la misma el condenado ha interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en el que, además, ha solicitado la medida cautelar de suspensión, razones de prudencia avalan la suspensión de la ejecución de dicha pena, cuando, además, es conocida la postura reiterada y constante del Tribunal Constitucional de acordar la suspensión cuando se trata de penas privativas de libertad de corta duración, que se refleja en la siguiente doctrina: "Por el contrario, procederá en principio acordar la suspensión si las resoluciones judiciales afectan a bienes o derechos del recurrente en amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, como ocurre con las condenas a penas de privación de libertad, si bien este criterio general tampoco es absoluto, pues en estos supuestos nuestro enjuiciamiento también debe ponderar otras circunstancias relevantes, entre las cuales adquieren especial significación la duración y gravedad de la pena impuesta, porque, con ciertos matices que no hacen ahora al caso, expresan la reprobación que el ordenamiento asigna al hecho delictivo y, por consiguiente, la magnitud del interés general en su ejecución. De ahí que respecto de condenas a penas privativas de libertad de hasta cinco años, la regla general viene siendo la de acordar su suspensión conforme al criterio genérico de la pérdida de eficacia del amparo -atendida la previsible duración hasta su resolución del proceso de amparo- y a la entidad de la pena, criterios a los que se ha añadido el relativo al tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, ya sea por haber estado el recurrente en prisión preventiva o por haberse ejecutado, tras ser firme,

la condena (AATC 136/1999, de 31 de mayo, 116/2000, de 5 de mayo, 221/2000, de 20 de octubre, 157/2001, de 18 de junio, 230/2001, de 24 de julio, 322/2003, de 13 de octubre, 388/2003, de 1 de diciembre, 39/2004, de 9 de febrero, y 522/2004, de 20 de diciembre, entre otros muchos)".

A mayor abundamiento, el Código Penal contempla, además, otras posibilidades de suspensión de la pena, como es el supuesto de petición de indulto (artículo 4.4 CP), mientras no se resuelva sobre el mismo, cuando de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste (del indulto) pudiera resultar ilusoria. Finalmente, ha de tenerse presente la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual las normas deben ser interpretadas en la forma más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, como es, en este caso, el de la libertad, que proclama y garantiza el artículo 17 de la Constitución. Asimismo, ese juicio ponderativo ha de venir informado por el principio del *favor libertatis*, lo que conlleva que las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no sean más intensas que las estrictamente necesarias para la preservación de ese otro bien jurídico constitucionalmente relevante con el que se enfrenta" (STC 251/2005, de 10 de octubre).

De la valoración conjunta de los diversos elementos de juicio expresados, desde la perspectiva de los criterios jurisprudenciales expuestos y a la luz de los principios que inspiran el ordenamiento jurídico, se llega a la conclusión de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de un año, impuesta a Arnaldo Otegi Mondragón es procedente y acorde a Derecho.

CUARTO.- De cuanto ha quedado expuesto y ha sido razonado ha de seguirse la concesión del beneficio solicitado, consistente en la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 31 de octubre de 2005; y, oídas las partes sobre el plazo de suspensión a que se refiere el artículo 80.2 C.P., se fija éste en tres años, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena; suspensión que queda condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 80.2 y 83 del C.P.

No se está en el caso de efectuar un especial pronunciamiento sobre costas procesales, de conformidad con lo que establece el artículo 239 LECrim. Siendo en atención a lo expuesto por lo que este Tribunal

DISPONE

SUSPENDER, POR EL PLAZO DE TRES AÑOS, LA EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA A ARNALDO OTEGI MONDRAGON, EN LA SENTENCIA , Nº 1284/2005, DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN RECURSO DE CASACIÓN, Nº 1047/2005, DE FECHA 31 DE OCTUBRE DE 2005, SENTENCIA, POR LA QUE SE CONDENABA A D. ARNALDO OTEGUI MONDRAGÓN, COMO AUTOR CRIMINALMENTE RESPONSABLE DE UN DELITO DE INJURIAS GRAVES AL REY, SIN LA CONCURRENCIA DE

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL, A LA PENA DE UN AÑO DE PRISIÓN. SUSPENSIÓN QUE QUEDA CONDICIONADA A QUE EL REO NO DELINCA EN EL PLAZO FIJADO. NO SE ESTÁ EN EL CASO DE EFECTUAR UN ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS PROCESALES.

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilms. Srs. Magistrados antes citados, de lo que yo el Secretario de la Sala doy fe.