

CORRUPCIÓN PÚBLICA Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA*

Sergi Cardenal Montraveta
Profesor titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

Resumen: Algunas decisiones judiciales recientes, que deniegan la suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuesta por delitos relacionados con la corrupción pública, reflejan un cambio sobre el papel que el Derecho penal debe jugar para su prevención. Tras exponer las circunstancias esenciales de tales decisiones analizamos, desde una perspectiva general, la función del Derecho penal y su relación con la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, destacando que la suspensión sólo está justificada cuando es la opción que ofrece el mejor saldo preventivo global o la ejecución infringiría el principio de proporcionalidad. Finalmente se analizan diversos elementos frecuentes en la delincuencia relacionada con la corrupción pública, que son aquí

Recibido: septiembre 2016. Aceptado: febrero 2017

* Pocos días antes de aceptarse la publicación de este trabajo, recibíamos la triste noticia del fallecimiento de un amigo: el Prof. Dr. Francisco Baldó Lavilla. A él va dedicado, como merecido y sentido homenaje.

relevantes y que a menudo justificarán la decisión de ejecutar las penas impuestas, también cuando concurren los requisitos previstos en el art. 80 CP para acordar la suspensión.

Palabras clave: Corrupción pública, función de la pena, suspensión de la ejecución de la pena.

Abstract: Some recent court decisions, which denied the suspension of the execution of prison sentences imposed for crimes related to public corruption, reflect a change in the role that criminal law should play in the prevention of these crimes. After exposing the essential circumstances of such decisions we analyze, from a general perspective, the purpose of criminal law and its relation to the regulation of suspended sentences, emphasizing that the suspension is only justified when it is the option that offers the best result in terms of prevention or the execution would not respect the principle of proportionality. Finally, we examine different elements frequent in crime related to public corruption, which are relevant here and often justify the decision to execute a prison sentence, even when the requirements foreseen in article 80 of the Spanish Criminal Code to suspend it are fulfilled.

Keywords: public corruption, purpose of punishment, suspension of the execution of prison sentences, suspended sentence, probation.

Sumario: I. Introducción. a) El “caso turisme”. b) El “caso treball”. c) El “caso Pallerols”. d) El “caso Matas”. e) El “caso Pantoja”. f) El “caso Mercurio/Montcada”. II. Función de la pena y suspensión de su ejecución. Planteamiento general. III. Relevancia de algunos elementos frecuentes en la delincuencia relacionada con la corrupción pública. a) Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena. b) Desvalor del delito y eficacia preventiva general positiva de la pena. c) Frecuencia de la comisión de estos delitos. d) Concurrencia frecuente de las atenuantes de dilaciones indebidas, reparación del daño y otras. e) Previsión de penas privativas de derechos. f) Escasa peligrosidad criminal de los responsables. IV. Reflexiones finales

I. Introducción

1. Algunas resoluciones judiciales recientes, que deniegan la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por delitos relacionados con la corrupción pública –más concre-

tamente, con la corrupción política¹–, reflejan un cambio sobre la valoración de la gravedad de estos delitos y sobre el papel que el Derecho penal debe jugar para su prevención². Estos cambios, la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena que ha introducido la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la existencia de alguna resolución aún más reciente en la que sí se acuerda la suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas por un delito de tráfico de influencias, proporcionan un excelente motivo para analizar tales cuestiones³.

- 1 Pese a su amplitud e imprecisión, utilizamos aquí la expresión “delitos relacionados con la corrupción pública” para referimos a todos aquellos relacionados con la lesión o puesta en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendida en sentido amplio, que abarca a los poderes legislativo y judicial, además del ejecutivo. Este concepto amplio de corrupción no exige que el uso incorrecto de la función pública se asocie al ofrecimiento de una ventaja o recompensa por parte de un tercero. Ver, p. ej., DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La lucha contra la corrupción política”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 18-01, 2016; VILLORIA MENDIETA, M / GIMENO FELIU, J.M. / TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.): *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, 2016, *passim*.
- 2 Aunque no se ocupan del tema de la suspensión de la ejecución de la pena, parece oportuno mencionar aquí algunas resoluciones judiciales recientes que, para contribuir a justificar la decisión adoptada, aluden a la gravedad de los delitos de corrupción, a su reiteración y/o a la reacción que actualmente provocan en la ciudadanía. Ver, p. ej., SSTS 476/2016, de 2 junio (FJ 13, rechazando la condena en costas de las acusaciones populares), 259/2015, de 30 abril (FJ 12, sobre los límites de la pena de inhabilitación especial impuesta por un delito de prevaricación).
- 3 No parece que también en otros ámbitos –como el de la delincuencia económica “de cuello blanco” no relacionada con la corrupción pública y, especialmente, en relación con las condenas por delito fiscal– se haya producido un cambio similar al indicado más arriba. Pero la mayoría de las tesis que mantenemos en este artículo son extensibles a aquel sector de la delincuencia, del que son buena muestra los hechos de los que se ocupa la muy reciente STS 700/2016, de 9 septiembre, que confirma la condena por un delito de apropiación indebida de cinco exdirectivos de Novacaixagalicia, que se concedieron elevadísimas indemnizaciones por prejubilación y otros conceptos. Con ocasión del análisis de la impugnación de la pena de 2 años de prisión impuesta –y quizás pensando en la posibilidad de suspender su ejecución–, el TS quiere “dejar constancia de la llamativa lenidad de la respuesta penal asociada a las conductas que se declaran probadas”. Tras

Con carácter introductorio y sin querer ser exhaustivos, empezaremos recordando los datos esenciales relacionados con algunas de las resoluciones judiciales que muestran el cambio al que acabamos de aludir y que ayudan a situar el tema que queremos tratar. A continuación realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre la función del Derecho penal y su relación con la figura de la suspensión de la ejecución de la pena⁴. Examinaremos luego algunos elementos frecuentes en aquellos delitos y que son relevantes desde esta perspectiva, así como el tratamiento y la importancia que les otorgaron las resoluciones judiciales antes mencionadas, destacando que el planteamiento

aludir a las sumas de las que se apropiaron los condenados, a las dificultades de viabilidad de la entidad bancaria, a la intervención del FROB y al hecho de que los acusados ya tenían garantizada su jubilación o retiro laboral por contratos precedentes, se afirma que “se está ante un supuesto en que la gravedad de la ilicitud del hecho se incrementa por el contexto social y económico en que se produce, ya que los hechos se perpetraron en 2010, dos años después del inicio de la crisis económica de todos conocida. De ahí que deba afirmarse que la pena resulta desproporcionada, pero no por su exceso al alza como alegan las defensas, sino claramente por su exigüidad desde la perspectiva de la gravedad de las conductas a las que se ha hecho referencia. (...) Por consiguiente, ni desde la perspectiva del fin de prevención especial ni tampoco desde la óptica de la prevención general que han de cumplimentar las penas, puede decirse que las impuestas en este caso se ajustan a las exigencias del sistema penal. (...) De forma que se concilien con justicia el fin de prevención individual del penado y el interés general de la sociedad, que debe ser tutelado tanto mediante los efectos disuasorios que produce la imposición de una pena como a través de la cumplimentación de las expectativas del ciudadano en orden al cumplimiento de la norma (prevención general negativa y positiva, respectivamente)” (FJ 18).

- 4 La extensión de este trabajo nos obliga a exponer esta cuestión de forma muy resumida. Para un análisis más amplio, con múltiples referencias a la posición de otros autores, nos permitimos remitir a los siguientes trabajos, que hemos publicado recientemente: “Función de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto”?”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2015; “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 17-18, 2015; “Comentario de los artículos 80 a 87”, en MIR PUIG, S / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed, Valencia, 2015, pp. 311 y ss.

general que proponemos conduce a resultados plenamente satisfactorios también en el ámbito de las penas impuestas por delitos relacionados con la corrupción pública. No estaría justificado optar aquí por un régimen jurídico distinto, para reforzar así el protagonismo de la prevención general. Pero no puede desconocerse que aquel planteamiento general obliga a tomar en consideración y otorgar relevancia a algunos elementos que no son exclusivos de los delitos relacionados con la corrupción pública pero sí son frecuentes en este ámbito.

a) El “caso turisme”

2. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 10) de 13 de octubre de 2005 condenó a diversas personas, todas ellas vinculadas a quien fue Director del Consorcio de Promoción Turística desde el 19 de diciembre de 1991 al 30 de diciembre de 1995, y que previamente ocupó el cargo de Subdirector General de Turismo dentro del mismo Departamento de Consumo, Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña⁵.

3. Los *hechos probados* ocurrieron durante los años 1993 a 1995 y pueden resumirse así: aprovechándose el Director del Consorcio de las amplias facultades que, por su condición, tenía para contratar con cargo a los fondos de aquella entidad, y movido por un ánimo de lucro, ejecutó un plan, en connivencia con los condenados, que “consistió en detraer fondos del Consorcio que en menor parte aplicó a usos propios en su exclusivo beneficio, y en su mayor parte entregó a terceros cuya identidad no consta y a los que se dio el destino indicado por quien, o quienes, en la época de acontecer los hechos eran sus superiores en el mismo Departament de Comerç, Consum i Turisme de la Generalitat de Catalunya y/o en el partido político Unió Democràtica

5 El Consorcio de Promoción Turística de Cataluña era una entidad dotada de personalidad jurídica pública, sometida al ordenamiento jurídico público y sujeta a la normativa administrativa de contratación. Sus fondos eran públicos y la casi totalidad provenía de subvenciones de capital mediante transferencias directas con cargo a los presupuestos de la Generalidad de Cataluña.

de Catalunya en que militaba. [./.] Para ello el Director llevó a cabo una contratación ficticia del Consorci de Promoció Turística con sociedades vinculadas al resto de los acusados, algunas de ellas creadas ad hoc para esta contratación con el Consorci y siendo ésta su única actividad conocida, autorizando el Director las propuestas de gasto, adjudicando la contratación, certificando la prestación de servicios y autorizando los correspondientes pagos cuando, en realidad, ningún servicio había sido prestado al Consorci o el prestado era de tan absoluta inutilidad que tan solo servía de excusa para justificar el ilícito gasto. (...) La contratación ficticia se centró en dos conceptos: a) la prestación de servicios de manera ficticia por las sociedades adjudicatarias; y b) la contratación de estudios en materia turística que ninguna utilidad ni interés reportaron al Consorci. (...) Aparte de lucrarse personalmente el Director del Consorci y los referidos acusados de parte del dinero distraído que destinaron a fines puramente particulares, la detracción de fondos del Consorci realizada por el Director en connivencia con los acusados vino esencialmente motivada por las indicaciones que recibió de quien o quienes en la época de acontecer los hechos eran sus superiores en el mismo Departament y/o en el partido político Unió Democràtica de Catalunya en que militaba, en el sentido de que debía detraer sumas de dinero de los fondos públicos para aplicarlo a fines que no han podido ser conocidos pero que, en todo caso, eran totalmente ajenos al interés general⁶. El importe de los fondos distraídos del Consorci en los 43 expedientes a los que se alude en los hechos probados de la sentencia ascendió a un total de 77.777.736 pesetas (467.453,61 euros)⁶.

6 También se declaró probado lo siguiente: “En el año 1998, cuando las irregularidades detectadas en el seno del Consorci y los hechos enjuiciados estaban siendo objeto de debate en el Parlament de Catalunya, a la vez que se iniciaba la investigación de los mismos en Diligencias Penales de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, un responsable o responsables del partido político Unió Democràtica de Catalunya, que tampoco han podido ser identificados, decidieron retribuir al Director del Consorci y a su esposa C.F., a fin de que no revelasen la existencia de las indicaciones antes mencionadas. Esta retribución se vehiculó mediante pagos mensuales

4. El auto de 10 de junio de 2004 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona declaró, a causa de su fallecimiento, la extinción de la responsabilidad criminal de quien fue Director del Consorcio de Promoción Turística cuando ocurrieron los hechos. La AP de Barcelona condenó a nueve acusados como cooperadores necesarios de un delito continuado de prevaricación de funcionario público y de un delito continuado de malversación de caudales públicos en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, con la concurrencia de la circunstancia *atenuante de reparación*, a penas de prisión con una duración que

por importe de 100.000 pesetas a C.F. con la excusa de su dedicación a la captación de militantes para el partido. La retribución se hizo, al menos, durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 1998, y se hizo efectiva en concepto de nómina con una retención del 20 por ciento a cuenta del I.R.P.F., sin que conste que ningún otro militante de Unió Democràtica de Catalunya, en la misma época y circunstancias que C.F., hubiera sido retribuido de igual forma por la actividad de captación de militantes, ni que C.F. captara militante alguno durante este tiempo en que le fue abonada esta retribución”. Para destacar la importancia de los hechos enjuiciados, parece oportuno reproducir también parcialmente el FJ 5, donde se afirma: “Como expuso el Ministerio Fiscal en el trámite de informe en el juicio oral, nos hallamos ante un caso de corrupción en el seno de la Administración pública pero que presenta unos perfiles propios. No se trata sólo del funcionario que, faltando al deber de probidad y lealtad que cabe exigirle como depositario de fondos públicos, se aprovecha del cargo para distraer los fondos que le son encomendados y que destina a su particular y exclusivo beneficio. (...) Ciertamente, no existe prueba directa de ello, pues ni durante la instrucción el Director del Consorcio hizo manifestación alguna al respecto, ni en el juicio oral ninguno de los acusados ha podido afirmar que el Director del Consorcio hubiera entregado dinero procedente de la facturación fraudulenta con el Consorcio de Promoció Turística a alguno o algunos de sus superiores en el Departament de Comerç, Consum i Turisme de la Generalitat de Catalunya y/o del partido político Unió Democràtica de Catalunya, pero sí hay indicios bastantes que resultan, principalmente, de las manifestaciones de la acusada C.F. en el juicio oral (...). El Tribunal comparte con el Ministerio Fiscal la opinión de que la acusada C.F., si bien dijo la verdad, no dijo toda la verdad”. Este y otros fragmentos de la SAP motivaron que Unió Democràtica de Catalunya interpusiera el recurso de amparo que fue desestimado por la STC 27/2009, de 26 de enero.

iba de 2 años y 3 meses a 3 años, y a diversas penas privativas de derechos.

Al resolver el recurso de casación, la sentencia del Tribunal Supremo 575/2007, de 9 de junio, consideró que debía apreciarse la *atenuante de reparación del daño como muy cualificada*, por así exigirlo el principio acusatorio. Por lo tanto, además de la bajada en un grado de conformidad con lo previsto en el apartado 3º del art. 65 CP, debía imponerse la pena inferior en otro grado como consecuencia de la estimación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada. Además, el TS determinó la duración de las penas sobre la base de que “como se razona por el Tribunal de Instancia” debía imponerse la mínima legalmente posible, e impuso a todos los condenados por el delito de prevaricación la pena de 1 año y 9 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y por el delito de malversación en concurso medial con la falsedad en documento oficial se impusieron a todos los condenados las penas de 1 año, 1 mes y 15 días de prisión y 2 años de inhabilitación absoluta.

5. Tras la incoación de la ejecutoria, todos los condenados solicitaron la suspensión de la ejecución de las penas de prisión. Con carácter subsidiario, algunos interesaron su sustitución por una pena de multa. Por auto de 20 de marzo de 2009, la AP de Barcelona acordó la suspensión de las penas de prisión, salvo las impuestas a tres de los condenados (uno estaba acusado en otro procedimiento por hechos similares, otro había sido condenado posteriormente por un delito de estafa y el tercero había sido condenado posteriormente en tres ocasiones, una por un delito de estafa y otra por un delito de apropiación indebida), respecto de los cuales acordó la sustitución por multa. Es oportuno señalar que el propio Tribunal destaca que “nunca ha dejado de conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a aquellos condenados que no sólo han delinquido por primera vez y han satisfecho la responsabilidad civil sino también carecen de cualquier otro antecedente penal por delito cometido posteriormente”. Ninguna otra justificación se ofrece para conceder la suspensión.

b) El “caso treball”

6. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 10) de 30 de marzo de 2009 declaró probados unos hechos ocurridos durante los años 1994 y 1995 y muy similares a los del “caso turisme”. En esta ocasión fue el Secretario General del Departamento de Trabajo quien distrajo fondos del indicado Departamento, mediante la concesión de subvenciones y la contratación en favor de sociedades que se hallaban bajo el absoluto control del otro condenado. Pese a la ineptitud de dichas sociedades y de este último para prestar tales servicios, el Secretario General formalizó con ellas convenios de subvención para la realización de estudios en materia de derecho laboral y adjudicó estudios en la misma materia. Tanto la subvención como la contratación de estudios no respondían a una necesidad real del Departamento de Trabajo, ni reportaron utilidad alguna al citado Departamento ni a sus cargos directivos, tratándose de un actuación totalmente ajena al interés público y al cumplimiento de los fines a los que sirve la Administración, una actuación administrativa para dar apariencia a una sustracción de fondos públicos del Departamento por importe total de 7.680.000 pesetas (46.157,73 euros).

7. La Audiencia absolvió a quien en el momento de los hechos era el Consejero de Trabajo de la Generalidad de Cataluña y condenó al Secretario General. Más concretamente, le condenó en concepto de autor de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión, y 6 años de inhabilitación absoluta, absolviéndole del delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario. Y también condenó al tercer acusado –que ya había sido condenado en el “caso turisme”– por los mismos delitos, con las circunstancias atenuantes de *extra-neus* y de reparación, a las penas de 2 años y 3 meses de prisión, 4 años de inhabilitación absoluta y una pena accesoria. La STS

22/2010, de 4 de marzo, confirmó la condena. Sin embargo, ninguno de los dos condenados llegó a cumplir las penas de prisión impuestas. Ambos –también el que había sido previamente condenado– fueron indultados por Real Decreto 413/2012, de 17 de febrero y 416/2012, de la misma fecha (BOE de 13 de marzo de 2012), en los que se sustituían dichas penas por otra de multa “que se satisfará en cuotas de diez euros (...) a condición de que [el penado] no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de tres años desde la publicación de este real decreto”⁷.

c) El “caso Pallerols”

8. De acuerdo con lo indicado en el FJ 5 del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 2) de 1 de marzo de 2013, los *hechos* que se declararon *probados* en la sentencia del mismo Tribunal 53/2013, de 21 de enero, dictada con la conformidad de los acusados, y que se produjeron entre los años 1994 y 1999, pueden resumirse así: “los penados orquestaron una trama dirigida a que parte de unos fondos públicos cofinanciados por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya y el Fondo Social Europeo, y que nutrían subvenciones otorgadas a empresas encargadas de desarrollar una serie de programas de formación ocupacional promovidos por la Direcció General d’Ocupació del citado Departament, se desviaran del fin para el que eran otorgadas y sirvieran para engrosar las arcas del partido político Unió Democràtica de Catalunya (UDC) sufragando gastos del mismo, aprovechándose para ello de que personas que militaban y ejercían cargos de responsabilidad en él, ocupaban los máximos cargos en la Direcció General d’Ocupació, llegándose incluso a beneficiar personalmente a alguno de sus

7 Sobre el uso y abuso del indulto en el ámbito de los delitos relacionados con la corrupción, ver DOVAL PAIS, A. / BLANCO CORDERO, I. Y OTROS: “Las concesiones de indultos en España (2000-2008)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 9, 2011; DOVAL PAIS, A.: “Delitos de corrupción pública: indultos y condenas”, en JAREÑO LEAL A (dir.): *Corrupción pública: Cuestiones de política criminal (I)*, Madrid, 2014, pp. 41-62.

militantes, entre ellos los penados V.G. y L.G., tal como consta en el escrito de acusación con el que los mismos mostraron su plena conformidad, habiendo quedado acreditado un desvío de fondos públicos por importe total de 388.484 euros aun cuando inicialmente se había pactado entre los que urdieron la trama un importe superior, en concreto de 595.972'61 euros equivalentes a 99.161.498 pts”.

9. El Tribunal condenó como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos a quien fue militante de UDC y Director General de Ocupación, imponiéndole la pena de 1 año y 6 meses de prisión, así como otras privativas de derechos. También condenó a quien fue Secretario de Organización de UDC (y luego de Relaciones Institucionales) y a un tercer acusado, como responsables de un delito de fraude de subvenciones y otro de falsedad documental, imponiendo por el primero las penas de 7 meses de prisión, multa y otras privativas de derechos; por el segundo delito se impuso la pena de 5 meses y 15 días de prisión, que se sustituía con arreglo al art. 88 CP por 11 meses de multa con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria.

Como también se recuerda en el auto que deniega la suspensión de la ejecución de las penas (FJ 7), la entrada en juego de las *atenuantes de dilaciones indebidas y reparación del daño* permitió al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras modificar la calificación provisional, reduciendo de forma significativa las penas privativas de libertad que demandaban para los acusados que finalmente resultaron condenados en trámite de conformidad⁸.

10. El AAP Barcelona (sec. 2) de 1 de marzo de 2013 acordó denegar la suspensión de la ejecución de la pena, a pesar de concurrir los requisitos previstos en el art. 81 CP. Uno de los

8 La satisfacción de toda o una gran parte de la responsabilidad civil reclamada finalmente por las acusaciones no se produjo hasta el momento en que iban a iniciarse las sesiones del juicio oral.

Magistrados formuló un voto particular oponiéndose a la opinión mayoritaria⁹.

d) El “caso Matas”

11. La Sentencia del Tribunal Supremo 657/2013, de 15 julio, que estimó parcialmente el recurso de casación, mantuvo la condena de Jaume Matas como autor de un delito de tráfico de influencias a la pena de 9 meses y 1 día de prisión, multa de 6.000 euros (con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago) e inhabilitación especial para cualquier cargo electivo por tiempo de 4 años, 6 meses y 1 día.

Los *hechos probados* directamente relacionados con aquel delito de tráfico de influencias son los siguientes: J. Matas fue nombrado Presidente de las Islas Baleares por RD 821/2003, de 26 de junio. A comienzos de 2.006, en una reunión mantenida entre A.A., J. Matas y J.M., el primero trasladó a los dos últimos su proyecto de crear una agencia de noticias. Por lo innovador, su trascendencia y repercusión social, el proyecto le pareció interesante a J. Matas y se ofreció a apoyarlo económicamente

9 Las defensas de los penados y del responsable civil informaron a favor de la suspensión de la ejecución de las penas. El Ministerio Fiscal no se opuso, siempre que se abonaran de modo íntegro las multas impuestas, la responsabilidad civil con sus correspondientes intereses, mediase ausencia de antecedentes penales y fuese favorable el informe solicitado a la *Direcció General de Seguretat Ciutadana* sobre la conducta pública y social observada por aquellos.

Por auto de 25 de abril de 2013 se acordó suspender la ejecución de las penas privativas de libertad mientras se resolvía el expediente de indulto instado por cada uno de los penados. Tras denegarse las correspondientes peticiones de indulto, el condenado a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, que ocupaba el cargo de Director General de Ocupación, ingresó en el centro penitenciario el 23 de septiembre de 2014 y disfrutó del tercer grado penitenciario desde el 9 de diciembre (información publicada en el diario *El País* de fecha 16 de diciembre de 2014). Uno de los condenados a una pena de prisión de 7 meses, que actuó en los hechos en su condición de Secretario de Organización de UDC, ingresó en prisión el 8 de mayo de 2014 y el 25 de junio empezó a disfrutar del tercer grado penitenciario (información publicada en el diario *El País* de fecha 18 de octubre de 2014).

hasta donde fuera posible en el marco de las subvenciones en materia de medios de comunicación, decisión que trasladó a J.M., pues sería en el seno de la Dirección General de Comunicación donde se tramitarían y evaluarían las solicitudes. Una vez ingresada la solicitud, J.M., siguiendo las indicaciones de J. Matas, transmitió a la Jefa de Sección de la Dirección General de Comunicación, encargada de llevar a cabo las valoraciones de las peticiones de subvención, que otorgara la máxima puntuación posible a la subvención interesada por la Agencia Balear, haciéndolo ella así al igual que con otras subvenciones solicitadas. Después, esa valoración fue revisada por la Jefa de servicio de relaciones informativas, quien la halló conforme (excepto en un particular que aquí no interesa). Seguidamente, antes de firmarla J.M. comunicó su resultado a J. Matas, y el 30 de junio de 2006 suscribió la propuesta de resolución. El 26 de julio de 2006, la Consejera de Relaciones Institucionales dictó resolución por la cual concedía a la Agencia Balear de Noticias S.L. una subvención de 449.734 euros (sin inclusión del Iva) para ayudar a la creación de una agencia balear de noticias.

12. J. Matas solicitó la sustitución de la pena de prisión por multa, a lo que se opuso el Ministerio Fiscal. Por auto de 28 de octubre de 2013, la AP de Palma de Mallorca (sec. 1) denegó la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, así como la sustitución por la pena de multa, a pesar de concurrir los requisitos previstos en los arts. 81 y 88 CP para concederlas. Esta decisión fue confirmada por el auto de 10 de diciembre de 2013, que desestimó el recurso de súplica¹⁰.

10 Por auto de la Audiencia Provincial de 8 de enero de 2014 se acordó suspender la ejecución de la pena mientras se tramitaba el indulto solicitado, que fue denegado el 11 de julio de 2014. J. Matas ingresó en el centro penitenciario el 28 de julio para empezar a cumplir la condena. Pero, por acuerdo de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias de 29 de septiembre, se aprobó la clasificación inicial en tercer grado. Esta decisión fue revocada por auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Valladolid, de 17 de noviembre de 2014, confirmado por auto de 24 de noviembre, que desestimó el recurso de reforma. Finalmente, el AAP Palma de Mallorca de 10 de diciembre de 2014 desestimó el recurso de apelación. Tras disfrutar

e) El “caso Pantoja”

13. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sec 2) 179/2013, de 16 de abril, condenó al exalcalde de Marbella J. F. Muñoz como autor de un delito continuado de blanqueo de capitales y otro delito de cohecho pasivo¹¹, a quienes fueron su esposa y cuñado [M. T. y J. Zaldívar] como autores de sendos delitos continuados de blanqueo de capitales, a otras dos personas (un gestor de patrimonios de un banco suizo privado y el director de una oficina de un banco español) por los mismos delitos, y a una sexta persona (un empresario importante en el área de la construcción, con importantes intereses económicos en Marbella durante el mandato del G.I.L.) como autor de un delito de cohecho activo.

También condenó a M. I. Pantoja como autora de un delito de blanqueo de capitales, a las penas de 2 años de prisión, multa de 1.147.148,96 euros (el tanto del valor blanqueado), responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. En relación con esta penada, dicho resumidamente, *se consideró probado* que ella y J.F. Muñoz, a raíz de su relación sentimental hecha pública a mediados del año 2003, ejecutaron un plan preconcebido para aflorar dinero y ganancias –respecto de las que ambos pretendían disfrutar en beneficio propio– que aquel había obtenido en sus actividades delictivas, confundíendolas y mezclándolas con las procedentes de las actividades profesionales y mercantiles lícitas de M.I. Pantoja¹².

de algunos permisos, J. Matas acabó de cumplir la pena a finales de abril de 2015.

- 11 Por el delito de blanqueo de capitales, la AP le condenó a 4 años y 6 meses de prisión y multa de 3.648.056 euros (duplo de la cantidad total de dinero blanqueado). Por el delito de cohecho pasivo se le impusieron las penas de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 245.798,9 euros (duplo del valor de la dádiva, 122.899,45 euros)
- 12 Más concretamente, en los hechos probados se dice que durante toda su etapa relacionada con el gobierno municipal de Marbella, ya fuese como Concejal y Alcalde accidental, ya fuese como Alcalde-Presidente electo,

14. El AAP Málaga (sec. 2) de 3 de noviembre de 2014 denegó, como solicitaba el Ministerio Fiscal, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a M. I. Pantoja (a pesar de concurrir los requisitos previstos en el art. 81 CP para concederla), y se accedió al fraccionamiento del pago de la multa. El auto de 19 de noviembre de 2014 desestimó el recurso de súplica¹³.

f) El “caso Mercurio/Montcada”

15. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de marzo de 2015 condenó a M.E.P. (que en el momento de los hechos era la alcaldesa de Montcada i Reixac) como autora de un delito de prevaricación a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público electivo de cualquier clase en la Administración Local por tiempo de 7 años. Los otros tres acusados eran D.F. (entonces diputado en el

amparándose y aprovechándose de tal condición de máximo responsable municipal, J.F. Muñoz usó su cargo para servirse del mismo con un fin estrictamente privado, en muchos casos y de manera desmedida buscando el beneficio económico particular, en otros el trato de favor para sus amistades. Para tales fines utilizó todos los mecanismos e instrumentos necesarios que estimó oportunos en su afán de no dejar rastro o huellas de sus quehaceres al margen de la más elemental normativa. También se recuerda que J.F. Muñoz está implicado en un elevadísimo número de procedimientos, fundamentalmente por delitos contra la ordenación del territorio, prevaricación administrativa y malversación de fondos públicos, y ha sido condenado ya en diversos procesos.

La STS 487/2014, de 9 de junio, modificó la SAP de Málaga en el único sentido de dejar sin efecto la continuidad delictiva del delito de blanqueo de capitales por el que fueron condenados algunos de los acusados, y reducir las penas de prisión que les fueron impuestas por tal delito.

- 13 Según información periodística (aparecida, entre otros, en el diario *El Mundo* de fecha 9 de febrero de 2016), la penada ingresó en prisión el 21 de noviembre de 2014. Después de que la administración penitenciaria le denegara la progresión al tercer grado de tratamiento y esta decisión fuera ratificada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el AAP Málaga (sec. 2) de 4 de diciembre de 2015 estimó el recurso de apelación y acordó la progresión al tercer grado. Los medios de comunicación informan de que podrá disfrutar de la libertad condicional a partir del 2 de marzo de 2016, y de que ya ha abonado el importe total de la multa.

Parlamento, Secretario de organización y número dos del Partido Socialista de Cataluña), M.B. (entonces alcalde de Sabadell, Presidente de la *Federació de Municipis de Catalunya* y adjunto a la Presidencia de la Diputación Provincial de Barcelona) y su hermano F.B. (Concejal de Sabadell y Primer Secretario de la *Agrupació* del Vallés Occidental Sud del PSC, en la que también se hallaba integrada M.E.P.). Estos tres acusados fueron condenados como autores de un delito de tráfico de influencias a las penas de 1 año y 4 meses de prisión, 60.000 euros de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público electivo en las Cortes Generales (en el caso de D.F.) y en la Administración Local (en los casos de M.B. y F.B.) con una duración de 4 años, 6 meses y 1 día¹⁴.

16. Expuestos resumidamente, los *hechos probados* son los siguientes: el 10 de abril de 2012 la Junta de Gobierno Local de Montcada i Reixac acordó sancionar las Bases para designar, por pública concurrencia, el puesto de trabajo de Director/a del Área Territorial, clasificado como “Personal Directivo Profesional” y convocar las pruebas selectivas correspondientes. En las bases que debían regir el proceso de designación se indicaba que las solicitudes presentadas por los aspirantes serían examinadas por un Tribunal Técnico de Evaluación (TTE), integrado por tres altos funcionarios municipales sin adscripción política, a fin de que hicieran una primera selección. Tras acreditar conocimientos suficientes de lengua catalana, los aspirantes seleccionados accederían a la realización de las pruebas y entrevistas precisas, que habrían de ser llevadas a cabo (en funciones de auxilio al TTE) por una empresa experta en selección de personal, que emitiría un informe final, asignando a los candidatos la cualificación de “apto/a” o “no apto/a”. Posteriormente, el TTE realizaría un acta final que incluiría la propuesta de nombramiento entre los aspirantes que hubieran obtenido el resultado de “apto/a”, “elevándola seguidamente a la Alcaldía para que por la misma se dispusiese el nombramiento como Director/a

14 Uno de los Magistrados formuló un voto particular en el que se estima procedente la absolución de D.F.

del Área Territorial de entre los aspirantes así propuestos”. La empresa que auxiliaba al TTE realizó un primer informe indicando que una de las candidatas (M.V.) se consideraba apta y la otra (C.LL.) no apta. Ello debía conducir al nombramiento de M.V. Sin embargo, partiendo de la posición de influencia que tenían sobre la alcaldesa, de común acuerdo los otros acusados se prevalieron de tal posición para “abordarla, asediarla y, finalmente, convencerla” de que favoreciera el nombramiento de C.LL., pareja sentimental de un estrecho colaborador de M.B. (el Jefe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Sabadell) y que había desempeñado diversos puestos administrativos de relevancia en el área de urbanismo en Administraciones públicas afines políticamente al PSC. Con aquella finalidad, la alcaldesa convocó una reunión con la empresa que auxiliaba al TTE, en la que “forzó el cambio de la calificación negativa de la candidata recomendada (C.LL.)”, modificándose, como consecuencia de esta reunión, el primer informe y apareciendo ambas candidatas calificadas como aptas para el puesto. La “pretensión trasladada de forma insistente y apremiante por los acusados a la alcaldesa (...) se hallaba inequívocamente dirigida a obtener de ella el nombramiento de una de las candidatas y, por tanto, una verdadera resolución administrativa (...). La mencionada resolución afectó negativamente al interés general, al comportar la expresión de un inadmisibles favoritismo auspiciado y fundado en criterios de amiguismo político”. Se trata del Decreto dictado por la alcaldesa después de que el TTE elevara su propuesta en el sentido del informe modificado y “mediante el cual, a fin de satisfacer los deseos de su superior en el partido político en el que militaba, decidió nombrar a C.LL. para el puesto de Directora de Área Territorial ofertado”. Las Bases de designación del puesto de trabajo para el que fue nombrada C.LL. preveían un salario bruto anual de 52.000 euros; aquella percibió efectivamente durante el tiempo que estuvo contratada la cantidad total de 59.045,61 euros¹⁵.

15 La posición de influencia de la que se prevalieron los tres acusados “se produjo en el plano de las relaciones personales que también todos tenían

17. La STS 125/2016, de 22 de febrero, confirmó la STSJ de Cataluña, salvo en lo relativo a la condena en costas de la acusación popular. Posteriormente, los penados D.F., M.B. y F.B. solicitaron la suspensión condicional de la pena de prisión y el fraccionamiento del pago de la multa. El Ministerio Fiscal y la acusación popular se opusieron a su concesión. Por Auto de 29 julio de 2016, el TSJ de Cataluña acordó aplazar y fraccionar la pena de multa (22 cuotas mensuales de 2.727 euros cada una) y suspender la ejecución de las penas de prisión por un plazo de 5 años, sin perjuicio de que pudiera quedar reducido a 2 años “si los penados decidieran seguir voluntariamente y con el necesario aprovechamiento un plan de formación sobre la materia y de las características anunciadas *ut supra* que mereciere la aprobación del tribunal”. Se trata de “una formación específica (máster, curso, seminario, etc.) relacionada directamente con los fines que deben guiar la actuación de las Administraciones públicas (art. 103 CE) y con los principios que rigen el acceso de los ciudadanos a los cargos y empleos públicos (art. 23 CE), impartida por un centro oficial de garantías (*Escola d’Administració Pública de Catalunya*, universidad pública u otro organismo similar), para lo cual deberán presentar al tribunal en el plazo de dos meses –atendidas las fechas en que esto se resuelve– un plan de dicha formación para su aprobación y para implementar su seguimiento y control por este tribunal”. Parece oportuno indicar aquí que los tres condenados por tráfico de influencias contaban con una amplia experiencia en el ejercicio de empleos o cargos públicos, que el objeto de la pena de inhabilitación especial que les fue impuesta no se extendía a todos los empleos o cargos públicos cuyo incorrecto ejercicio pudiera atentar contra el correcto funcionamiento de los poderes públicos, y que en el ATSJ se indica expresamente que D.F. y M.B son actualmente

con ella como compañeros del mismo partido político, en el que aquellos desempeñaban diferentes cargos de responsabilidad desde los cuales podían favorecer o perjudicar su carrera política de diferentes maneras, entre ellas y como anunció repetidamente uno de los acusados (M.B.) restarle los apoyos políticos necesarios para que pudiera continuar al frente del Ayuntamiento o renovar su mandato”.

empleados de la Diputación de Barcelona y F.B. del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña.

II. Función de la pena y suspensión de su ejecución. Planteamiento general

1. El Derecho penal se legitima por su *función preventiva (general y especial)* de las conductas delictivas, desarrollada en el marco de los *principios de carácter garantístico* propios de un Estado de Derecho (principio de legalidad), que reconoce la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que derivan de ella (art. 10 CE), siendo ese reconocimiento el que proporciona el fundamento de los principios de culpabilidad y proporcionalidad¹⁶. La necesaria orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social limita la libertad del legislador para determinar las consecuencias de la comisión de un delito (art. 25.2 CE). Pero, como se admite hoy de forma ampliamente mayoritaria, la prevención especial no siempre es necesaria, ni es siempre posible y, además, puede no ser lícita. La pena debe intentar favorecer la resocialización e impedir la desocialización del penado, pero la legitimidad de la pena no depende de su eventual y complementaria función de prevención especial¹⁷. Con múltiples matices en relación con su fundamen-

16 Ver, p. ej., MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general (DP.PG)*, 10ª ed., Barcelona, 2015, L 4/59, 67, 74-76; EL MISMO: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal”, en CARBONELL MATEU, J.C. Y OTROS (dirs.): *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, 2009, pp. 1357-1382; EL MISMO: *Bases constitucionales del Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 94 y ss. Ver también un planteamiento próximo al del texto en SÁCHEZ OSTIZ, P.: *Fundamentos de Política criminal*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2012, pp. 110-116, 195 y ss., 242-243, 257. Ver también los trabajos publicados en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / RUSCONI, M (dirs.): *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, 2014.

17 Ver, p. ej., MIR PUIG, S.: *PG. PG*, cit., L 3/37-40 y 75; EL MISMO: “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, en EL MISMO: *El Derecho penal en*

tación y concreción, hoy se considera mayoritariamente que la pena (y el Derecho penal) cumple(n) *también* –por lo menos en el momento de la conminación legal y en el de su imposición judicial– una función de *prevención general*¹⁸, *de acuerdo* –como su eventual función de prevención especial– con los *principios garantísticos* antes indicados, cuya vigencia también forma parte de la función del Derecho penal¹⁹, e impide legitimar el recurso a la pena atendiendo exclusivamente a su eficacia intimidatoria, resocializadora o asegurativa, desplegando, en este sentido, una *función limitadora*. Pero su reconocimiento o aceptación social determina que la vigencia y afirmación de aquellos principios sea, también, una expresión del carácter democrático del Estado, y la correspondiente dimensión “simbólica” o comunicativa del Derecho penal produzca un efecto preventivo general²⁰.

el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1994, pp. 141-149; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 200, 263-265; ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I (AT)*, 4ª ed, München, 2006, § 3/37-39; GRACIA MARTÍN, L.; en EL MISMO (coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, pp. 65 y 67.

18 Ver SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación ...*, cit., p. 201.

19 Ver, p. ej., SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación ...*, cit., pp. 179 y ss.; ALCÁCER GUIRARO, R.: “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. 51, 1998, pp. 514 y ss; EL MISMO: “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 5-86; ROBINSON, P.: *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. e introducción de M. Cancio e I. Ortiz de Urbina), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2012, *passim*.

20 Ver MIR PUIG, S.: “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *El Derecho penal en el Estado social...*, cit., pp. 129-140; EL MISMO: “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *El Derecho penal en el Estado social ...*, cit., pp. 118, 120-121, 127-128; EL MISMO: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed, Barcelona, 1982, pp. 30 y ss; EL MISMO: *D.P. PG*, cit., L 3/21-26. Ver también PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1986, pp. 259 y ss; LA MISMA: “Aportaciones de la prevención general positiva

2. Partiendo de la capacidad del ser humano de actuar libre y racionalmente, entendemos que el Derecho penal puede influir sobre su comportamiento racional desde una triple perspectiva: a) el miedo a las penas asociadas a la comisión de un delito; b) la coincidencia o discrepancia entre las valoraciones y principios que las normas penales expresan y concretan, y las valoraciones y principios que sus destinatarios consideran que deben servir para organizar racionalmente la vida social a través del Derecho y, más concretamente, para la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho; c) las expectativas sobre la vigencia y eficacia generalizada de las normas, esto es, la confianza en que el Estado y la mayoría de ciudadanos actuarán conforme a lo dispuesto en las normas²¹.

La prevención general parte de aquellos criterios de racionalidad referidos a la colectividad de ciudadanos, mientras que la prevención especial se fija en la forma en la que esos criterios se concretan e influyen –o pueden llegar a concretarse e influir– en el comportamiento de quien ha cometido ya un delito, sin perjuicio de ofrecer también instrumentos para ampliar las posibilidades de participación del penado en la vida social, incrementando las alternativas al comportamiento criminal, y de la

a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed.): *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 73-88. Sobre la relación entre la función preventiva de la pena y el principio de proporcionalidad, ver, también p. ej., LUZÓN PEÑA, D.M.: *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24-25, 26-27, 38-39; EL MISMO: “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, en EL MISMO: *Estudios penales*, Barcelona, 1991, p. 266.

- 21 Ver ALCÁCER GUIRAO, R: en *ADPCP*, vol. 51, 1998, pp. 548 y ss; Díez RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en EL MISMO: *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 2ª ed., Valencia, 2013, pp. 55-80; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación ...*, cit., pp. 202-210, 226 y ss; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Medición de la pena ...*, cit., pp. 27, 31 y ss; EL MISMO: “Alcance y función del Derecho penal”, en *Estudios penales*, cit., pp. 60-61; EL MISMO: “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, en *Estudios penales*, cit., pp. 266-268.

posibilidad de recurrir, subsidiariamente, a la mera inocuización o aseguramiento del delincuente.

3. Las exigencias de la prevención general y de la prevención especial pueden entrar en conflicto y conducir a respuestas distintas. Ello sucede (a) cuando la pena necesaria desde el punto de vista de la función de prevención general (atendiendo a su contenido, duración, a la decisión sobre su ejecución y/o a las condiciones de esta) no resulta necesaria desde el punto de vista de la prevención especial, o (b) resulta contraproducente desde esta perspectiva, por los efectos criminógenos que produce o porque no es la más eficaz para evitar la comisión de nuevos delitos por parte del penado. El conflicto también surge (c) cuando la pena necesaria desde el punto de vista de la prevención especial no resulte necesaria desde el punto de vista de la prevención general, o (d) resulte contraproducente desde esta perspectiva, porque infringe el principio de proporcionalidad y ello impide o limita el efecto preventivo positivo derivado de su vigencia²².

La utilidad preventiva general y especial de la pena, y el eventual conflicto entre ambas dependen de su contenido, de su duración, de la decisión sobre la suspensión de su ejecución y, en su caso, de las condiciones de su cumplimiento. Por ello, el posible conflicto entre las funciones de prevención general y especial no se plantea sólo en relación con la decisión sobre la suspensión de su ejecución ni es sólo aquí donde debe resolverse²³. Pero lo que interesa destacar ahora es que el legislador

22 No existirá una situación de conflicto cuando la pena necesaria desde el punto de vista de la función de prevención general sea exactamente la misma que resulta necesaria desde el punto de vista de la función de prevención especial. Cfr. ROXIN, C: *AT*, cit, § 3/36-42.

23 Si, pese a la escasa eficacia preventiva general de la amenaza de la pena prevista por el legislador, este renuncia a endurecerla, es razonable pensar que el propio legislador ha querido que sea la ejecución de la pena la que produzca el efecto preventivo general que no despliega la mera amenaza de su imposición, especialmente en los casos en los que –por las circunstancias en las que suele cometerse el delito, o las características que suelen presentar quienes lo cometen– sólo la ejecución de la pena produce un efecto inti-

no siempre proporciona de forma clara, concreta y exhaustiva la solución a ese conflicto. A veces sólo ofrece una solución parcial, como sucede al establecer los marcos penales, o los requisitos para poder conceder la suspensión de la ejecución de la pena, o para conceder la clasificación en el tercer grado de cumplimiento. Corresponde entonces al intérprete determinar la respuesta del Ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso y a los criterios proporcionados por el legislador²⁴.

La doctrina suele abordar el conflicto entre las funciones de prevención general y especial distinguiendo entre las distintas fases o momentos de intervención de la pena, y dando en cada una de ellas preferencia a una u otra²⁵. En la *fase de determinación judicial y penitenciaria de la pena*, un sector de la doctrina otorga preferencia a la función de prevención especial, mientras que otro sector, más moderado, sólo otorga protagonismo a la prevención especial cuando ello no resulte absolutamente incompatible con las necesidades de prevención general, admitiendo, por lo tanto, que, al determinar la pena y decidir sobre la suspensión de su ejecución, la prevención general limite el protagonismo o la consideración exclusiva de la función de

midatorio significativo. Atendiendo a la actual flexibilidad de la regulación sobre la ejecución de las penas de prisión de hasta cinco años (cfr. art. 36.2 CP), es perfectamente razonable que el legislador contemple la posibilidad de satisfacer la función preventiva general a través de la ejecución de la pena, en lugar de aumentar su duración.

- 24 Sobre las dificultades que esto comporta, el relevante papel del Juez como instancia político criminal y la importancia de la motivación de su decisión, ver, p. ej., SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Política criminal del legislador, del Juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal”, en EL MISMO: *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 250-255.
- 25 Naturalmente, el conflicto no se plantea si se atribuye al Derecho penal una función exclusivamente retributiva o, con otra fundamentación, se defiende un modelo proporcionalista; sobre esta cuestión, ver CID MOLINÉ, J.: *La elección del castigo. Suspensión de la pena o “probation” versus prisión*, Barcelona, 2009, pp. 29-30 y nota 2, pp. 46-48, analizando aquí el conflicto entre el modelo proporcionalista y el rehabilitador.

prevención especial²⁶. Sin embargo, las diferencias y la distancia entre estas dos posiciones no siempre están claras porque a menudo se parte de que la amenaza de la pena y su imposición ya despliegan un efecto preventivo general suficiente.

4. Me parece que también se plantea un conflicto entre las funciones de prevención general y especial cuando no existe un peligro significativo de que el penado cometa nuevos delitos. Y no comparto aquella forma de abordar la cuestión. Creo que puede llevar a atenuar la severidad de la pena y limitar, así, su eficacia preventiva general en supuestos en los que ello no está justificado, porque no es razonable esperar que aquella tenga efectos criminógenos y, *por sí sólo*, el argumento de que una pena más severa resulte innecesaria para evitar la reincidencia es insuficiente para justificar tal limitación cuando no se infringe el principio de proporcionalidad²⁷.

26 Ver, p. ej., MAPELLI CAFFARENA, B: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5. ed, Madrid, 2011, p. 107; CID MOLINE, J: *La elección del castigo*, cit, pp. 29-48, 90 y ss; ROXIN, C: *AT*, cit., § 3/41; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación ...*, cit, p. 266 y nota 367; EL MISMO: *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 255-257; GRACIA MARÍN, L. en EL MISMO (coord.): *Tratado ...*, cit, pp. 65 y 66 y 312; MIR PUIG, S: *DP. PG*, cit., L 3/44 y 78, 29/50; EL MISMO: *El Derecho penal en el Estado social ...*, cit., p. 123; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Medición de la pena ...*, cit, pp. 20, 41, 51, 57, 58 y ss, 98-101; EL MISMO: *Estudios penales*, 1991, p. 266; EL MISMO: “Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones”, en *Estudios penales*, cit., pp. 315, 322; TRAPERO BARREALES, M.: “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: Arts. 71 y 80 a 88 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, pp. 329-355; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Valencia, 2005, pp. 49-50. En relación con las diversas posiciones doctrinales sobre las antinomias de las funciones de la pena, ver también, p. ej., la exposición de SANZ MULAS, N.: *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, 2000, pp. 93-103.

27 Utilizando una fórmula muy similar a la empleada ahora por el legislador español en el art. 80.1 CP, el ap. 1 del § 56 del Código penal alemán (StGB) establece que el Tribunal suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta un año cuando deba esperarse que la condena servirá de advertencia al penado y este no cometerá más delitos en el futuro aunque no

Partiendo de lo dicho anteriormente sobre la función de la pena, considero que la solución del conflicto debe buscarse atendiendo a una doble perspectiva: (a) la perspectiva de la eficacia preventiva global de las distintas alternativas (el saldo preventivo global), valorada con la prudencia que exigen las dificultades inherentes a su determinación, y (b) la perspectiva garantística asociada al principio de proporcionalidad. Más concretamente, entiendo que debe regir aquí el criterio de dar preferencia a la alternativa más eficaz desde un punto de vista preventivo global sin que ello pueda suponer que se infrinja el principio de proporcionalidad. Esto comporta poner en relación la cantidad y naturaleza de los delitos que se previenen y la solidez del cálculo

se ejecute la pena. En el ap. 2 del § 56 StGB, se prevé que, en estos casos, el Tribunal también podrá suspender la ejecución de las penas de hasta dos años cuando concurren circunstancias especiales. Pero en el ap. 3 del § 56 StGB se dice, respecto a las penas que tengan una duración de seis meses o más, que no se suspenderá la ejecución cuando la exija la defensa del Ordenamiento jurídico. Debe tenerse en cuenta que el § 47 StGB dispone que sólo se impondrán penas privativas de libertad inferiores a seis meses cuando circunstancias especiales, relativas al hecho o a la personalidad del autor, hagan inevitable la imposición de una pena privativa de libertad para influir en el autor o para la defensa del Ordenamiento jurídico.

Las discrepancias sobre la importancia de la prevención general y sobre los criterios para identificar el mínimo irrenunciable de prevención general explican la discusión de la doctrina alemana sobre el significado de la referencia del ap. 3 del § 56 del Código penal a “la defensa del Ordenamiento jurídico” como límite a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad con una duración igual o superior a seis meses. En relación con el significado de la cláusula de defensa del Ordenamiento jurídico, ver, p. ej., los comentarios críticos de PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención*, cit, pp. 276-283, 287; DEMETRIO CRESPO, E.: *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca, 1999, pp. 153-159. Ver también, OSTENDORF, H., en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.U. (eds.): *NomosKommentar Strafgesetzbuch (NK)*, t. 1, 4ª ed, Baden-Baden, 2013, § 56, ns. ms. 32-37; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *Strafgesetzbuch Kommentar (StGB K)*, 29ª ed, München, 2014, § 56, ns. ms. 35 a 47; GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)*, t. 2/1, 2ª ed, München, 2012, § 56, n. m 35 a 41; KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar (StGB K)*, 28 ed. de la obra iniciada por Dreher / Maassen y que luego también reelaboró Lackner, München, 2014, § 56, ns. ms. 16 y 17.

de estos “beneficios”, con la gravedad de la afectación de los derechos del penado derivada del recurso a la pena y el resto de los “costes” que se consideren relevantes²⁸. En definitiva, debe optarse por aquella respuesta penal que ofrezca el mejor saldo preventivo global (determinado desde un punto de vista general y especial, cuantitativo y cualitativo) sin lesionar el principio de proporcionalidad.

5. Naturalmente, el cálculo del saldo preventivo global de las distintas alternativas no es fácil. El recurso a la pena produce un efecto preventivo general, generando así un saldo preventivo positivo que, a su vez, se ve eventualmente incrementado por su utilidad preventiva especial. Ese saldo preventivo positivo disminuye en la medida en que el recurso a la pena tenga *efectos criminógenos* –esto es, en la medida en que favorezca la comisión de nuevos delitos–, *contrarios a la función de prevención especial del Derecho penal*. Mientras que la utilidad preventiva especial de la pena incrementa el saldo preventivo global –al sumarse a su utilidad preventiva general–, los *efectos criminógenos de la pena disminuyen* el saldo preventivo positivo derivado de su eficacia preventiva general. Por ello, el criterio del mejor saldo preventivo global conducirá a limitar los eventuales efectos criminógenos derivados del recurso a la pena, salvo que el coste preventivo general de tal limitación (la disminución de la eficacia preventiva general de la pena) sea superior a los beneficios preventivos que proporciona (la disminución de los efectos criminógenos de la pena)²⁹. Además, en relación con quienes se

28 Sin perjuicio de reconocer la relevancia del principio de subsidiariedad, me parece discutible el protagonismo que debe otorgarse aquí al criterio de la *eficiencia* de las distintas alternativas. Sobre la conveniencia de tener en cuenta consideraciones de eficacia en la construcción del sistema de justicia criminal y la compatibilidad de este planteamiento con la adecuada consideración de las garantías. Ver, p. ej., ORTIZ DE URBINA, I.: “Análisis económico del derecho y política criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. extraordinario 2, 2004, pp. 31-73, especialmente, pp. 63 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Eficacia y Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, 1996, pp. 93-127.

29 Aquella limitación de los efectos criminógenos de la pena también puede justificarse en base al *principio de resocialización*, vinculado a una concep-

pueda formular un pronóstico positivo de peligrosidad criminal el criterio del mejor saldo preventivo global obliga a tomar en consideración la utilidad de las distintas alternativas para disminuir o neutralizar la peligrosidad criminal existente en el momento de la determinación judicial y penitenciaria de la pena.

6. En cuanto al *principio de proporcionalidad*, es oportuno recordar que, en el ámbito de las penas, el principio de subsidiariedad conduce a renunciar a las más graves, a su ejecución y a la forma más severa de cumplimiento, cuando una intervención más leve produzcan el mismo saldo preventivo, o uno que se considere suficiente. A su vez, la eficacia limitadora y preventiva general positiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto no sólo exige valorar la relación entre la gravedad del delito *ya cometido* y la gravedad de la pena. Como señala un sector importante de la doctrina en relación con las medidas de seguridad y se indica en el § 62 StGB, el principio de proporcionalidad también ha de referirse a la relación entre, por un lado, la gravedad de la pena y, por otro lado, su *eficacia preventiva* especial y general. Ello también puede expresarse vinculando el principio de proporcionalidad en sentido estricto a la relación entre, por un lado, el coste que representa la pena más eficaz, que dependerá de su gravedad y, por otro lado, el beneficio preventivo que cabe esperar de ella, atendiendo al grado de peligrosidad (del penado y de la colectividad), a la gravedad de los delitos a los que ese pronóstico de peligrosidad se refiere y a la propia solidez de tal pronóstico³⁰.

ción democrática de la función de prevención especial y del que también se deriva el carácter subsidiario de la mera inocuización o aseguramiento.

30 Ver, p. ej., MIR PUIG, S.: *DP. PG*, cit., L 4/76; EL MISMO: *Bases constitucionales ...*, cit., pp. 121 y ss; ROXIN, C.: *AT*, cit. § 3/54 a 62; SANZ MORÁN, A.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, pp. 109 y ss, 175 y ss; EL MISMO: “Sobre la justificación de las medidas de corrección y seguridad”, en JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 969-979; JORGE BARREIRO, A.: “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en EL MISMO (coord.):

7. ¿Qué consecuencias derivan de todo lo anterior en relación con la alternativa entre suspender y ejecutar la pena? La eficacia preventiva de la pena depende de su contenido, de su duración y, en su caso, de las condiciones de su cumplimiento. Pero también depende de la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena impuesta, de los criterios en los que se fundamente y de las circunstancias que concurran en cada caso. Aquella decisión puede limitar o puede reforzar la eficacia preventiva de la pena.

Por su eficacia intimidatoria, en principio la ejecución producirá un efecto preventivo mayor que la suspensión³¹, salvo que esa ventaja preventiva se vea neutralizada por sus consecuencias

*LH al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, cit., pp. 575 y ss; URRUELA MORA, A.: Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, Granada, 2009, pp. 44 y ss; FRISCH, W.: “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas” (trad. de P. S. Ziffer), en *InDret.*, 3/2007, pp. 18 y ss. Cfr. GARCÍA PÉREZ, O.: “La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-09, 2007.*

- 31 Son múltiples las circunstancias y factores que influyen en el comportamiento de la colectividad y de cada uno de los ciudadanos. Ello comporta serias dificultades para determinar, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, la eficacia preventiva de la amenaza, imposición y ejecución de una pena. Con carácter general sólo puede decirse que la ejecución de la pena refuerza –en una medida difícil de cuantificar– su eficacia *intimidatoria* y, en esa medida, incrementa su capacidad para confirmar la expectativa sobre la vigencia y eficacia general de las normas penales, mientras que la suspensión de la ejecución supone una reducción de la gravedad de la pena que produce el efecto contrario: disminuye su eficacia intimidatoria y, en la medida en que dependa de ella, su capacidad para confirmar aquella expectativa. Sobre esta cuestión, con múltiples referencias y especial atención a la doctrina inglesa y norteamericana, ver CARDENAL MONTRAVETA, S, en *RECPC*, núm. 17-18, 2015. Ver también ROBINSON, P.: *Principios distributivos del Derecho penal*, cit., pp. 54 y ss; MEDINA ARIZA, J.J.: *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2011, pp. 34-191; SILVA SÁNCHEZ, J.M. / VARELA, L.: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2016, pp. 247-284.

desde el punto de vista de la prevención general positiva³², y/o por los eventuales efectos criminógenos de la ejecución de la pena, y/o por la mayor eficacia preventiva especial de la suspensión³³. A su vez, el principio de proporcionalidad puede determinar que la mayor eficacia preventiva global de la ejecución sea insuficiente para su justificación. Como sucede cuando la ejecución de la pena no es la respuesta más eficaz desde el punto de vista preventivo (saldo preventivo global), cuando sea una respuesta desproporcionada el Derecho penal se limitará a desplegar su eficacia preventiva a través de la amenaza y la imposición de la pena, seguida de la suspensión de su ejecución, de las

32 Como señala PEREZ MANZANO, M. (*Culpabilidad y prevención*, cit, pp. 272-273), “en este momento de desarrollo social la idea de que la pena debe servir, en su ejecución, a la resocialización del delincuente –o que deben evitarse los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad– tiene un amplio consenso, de modo que la pena socialmente justa depende también de que su ejecución se base en las necesidades de resocialización”; ver también *op. cit.*, pp. 274, 289. Sobre esta cuestión ver, así mismo, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Estudios de Derecho penal*, cit, pp. 255-257.

33 Cuando –utilizando los términos del nuevo art. 80.1 CP– “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”, porque el penado no presenta una peligrosidad criminal significativa o las alternativas a la ejecución permiten limitar o neutralizar (a veces de forma más eficaz) su peligrosidad criminal, la función de prevención especial podrá satisfacerse con una intervención menos intensa que la ejecución de la pena y ello limitará sus eventuales efectos criminógenos, que reducen o eliminan la eficacia preventiva especial de la pena y, con ello, disminuyen el saldo preventivo global. Es posible que la repercusión negativa de los efectos criminógenos de la pena en el saldo preventivo sea igual o superior a la repercusión positiva que su ejecución produce desde el punto de vista intimidatorio. Cuando la función de prevención especial no pueda satisfacerse sin ejecutar la pena, la suspensión disminuiría también desde esta perspectiva el saldo preventivo global. Sobre la indudable eficacia preventiva especial de la suspensión de la ejecución de la pena, ver CID MOLINE, J.: *La elección del castigo*, cit, pp. 32-33, 49 y ss; EL MISMO, “¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, pp. 427-456; VILLACAMPA ESTIARTE, C. / TORRES ROSSELL, N. / LUQUE REINA, E.: *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, Pamplona, 2006, *passim*.

condiciones impuestas para su mantenimiento y de la amenaza de su revocación.

Con carácter general, cuando la ejecución de la pena *no* tenga efectos criminógenos su eficacia preventiva será superior a la eficacia preventiva de la suspensión de la ejecución de la pena: el saldo preventivo global de la ejecución de la pena será mejor que el de la suspensión. Si se trata de *penas privativas de libertad de más de un año*, su ejecución no será desproporcionada. Pero el principio de proporcionalidad sí obligará a suspender la ejecución de las *penas privativas de libertad de hasta un año*.

Sin embargo, cuando la eficacia preventiva global de la ejecución sea muy superior a la eficacia preventiva global de la suspensión (p. ej. debido a la existencia de un riesgo claro y significativo de comisión de nuevos delitos), esa diferencia entre el saldo preventivo de ambas alternativas (ejecución vs. suspensión) puede determinar que la ejecución de *penas con una duración de un año o menos* no sea desproporcionada. La ejecución de penas privativas de libertad de esa duración tampoco será desproporcionada cuando circunstancias ajenas a la gravedad del delito (como la reparación del daño, dilaciones indebidas, o la conformidad con las peticiones de la acusación) hayan determinado una atenuación muy importante de la pena prevista con carácter general.

A su vez, los efectos criminógenos de su ejecución y, también, las consecuencias negativas que para el propio autor hayan derivado de la comisión del delito, pueden determinar que la ejecución de penas de más de un año no esté justificada, por ser desproporcionada o no ser la alternativa que ofrece el mejor saldo preventivo global.

8. Me parece que la concepción general que hemos intentado resumir en los párrafos anteriores es perfectamente compatible con la regulación anterior de la suspensión de la ejecución de la pena y, también, con la regulación posterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo³⁴. La regulación vigente presenta

34 La enorme diversidad de las situaciones en las que se plantea la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución, hace imposible indicar la respuesta

importantes similitudes con la regulación alemana, aunque no indica expresamente el distinto tratamiento de las penas de hasta 6 meses, hasta 1 año y más de 1 año, y en el Senado se eliminó del texto español la referencia expresa a la necesidad de la ejecución de la pena “para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito”. La *peligrosidad criminal* sigue teniendo un papel relevante pero, como ya sucedía en la regulación anterior³⁵, *la ejecución de la pena no se hace*

que nuestra propuesta proporciona para cada una de ellas. En otros trabajos hemos intentado concretarla un poco más en relación con los grupos de casos que, con carácter general y los correspondientes matices, más habitualmente se presentan en la práctica. Ver CARDENAL MONTRAVETA, en *InDret*, 4/2015, pp. 23-27; EL MISMO, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 311 y ss.

- 35 El protagonismo otorgado por los otros dos magistrados a la prevención general, y el carácter fundamental que el art. 80 CP asignaba a la peligrosidad criminal del penado, son algunas de las razones de la discrepancia que manifiesta el tercer magistrado en su voto particular del AAP Barcelona (sec 2) de 1 marzo 2013. Según la mayoría, “por más que respecto a un condenado a pena que no superase los dos años de prisión no se vislumbra una particular peligrosidad criminal ni se hallase involucrado en otros procedimientos penales seguidos contra él, ello no entrañará que necesariamente haya de otorgársele el beneficio de la remisión condicional de la pena si se justificase razonadamente la concurrencia de otra u otras circunstancias que por su entidad, puesta en conexión con las funciones que deben cumplir las penas, justificase que se acordase el cumplimiento efectivo de la sanción privativa de libertad impuesta” (FJ 3). En términos parecidos, ver el AAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 28 de octubre de 2013 (FJ 4), añadiendo luego: “en supuestos como el presente la pena está llamada a cumplir un fin que va más allá de la resocialización, pese a que no dudados de la capacidad del penado para vivir en sociedad sin delinquir, y eleva la relevancia del fin de prevención por la necesidad imperiosa de neutralizar este tipo de comportamientos que merman e incluso llegan a anular la confianza en las Instituciones públicas” (FJ 5); en el auto que resuelve el recurso de súplica se insiste en este aspecto, reproduciendo algunas resoluciones del Tribunal Constitucional. Por otra parte, se indica que la gravedad del hecho tampoco queda satisfecha imponiendo una multa de mayor cuantía. En el mismo sentido, el AAP Málaga (sec. 2) de 3 de noviembre de 2014, FJ 1.1.2. No comparte este planteamiento el ATSJ Cataluña de 29 de julio de 2016, FJ 1.3, que reproducimos parcialmente más adelante. La afirmación contenida en numerosas resoluciones en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena es algo excepcional (y que a menudo se fundamenta en lo

*depender exclusivamente de aquella circunstancia. En el art. 80 CP ya ni siquiera se dice que, al resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena, “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”. Todo ello permite otorgar a la prevención general un protagonismo igual o superior al que tenía antes de la reforma*³⁶.

dispuesto en los arts. 18.2 LOPJ, 988 y 990 LECrim.) sólo puede compararse si la referimos al conjunto de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia condenatoria, pero no si la referimos a los supuestos en los que concurren los requisitos para poder acordar la suspensión.

- 36 La mayoría de la doctrina considera que la nueva regulación no comporta cambios significativos en relación con el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena. Cfr., p. ej., CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 2013, pp. 79 y ss; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013, pp. 29 y ss.; MIR PUIG, S.: *D.P. PG*, cit., L 3/78 y 29/50; Díez RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho penal español. Parte General*, 4. ed., Valencia, 2016, pp. 649 y ss BARQUIN SANZ, J., en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, 2015, pp. 229 y ss; ROIG TORES, M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 325-326; LA MISMA: “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor”, en *Revista Penal*, núm. 33, 2014, pp. 181 y ss., 196; ACALE SÁNCHEZ, M.: “Suspensión y sustitución”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.): *Estudio crítico ...*, cit., pp. 314-316; PUENTE SEGURA, L.: *Suspensión y sustitución de las penas*, Madrid, 2009, pp. 127 y ss; GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp. 145-146, considerando que “la suspensión se explica entera y exclusivamente en clave preventivo-especial negativa”, añadiendo que “a la conformación de tal pronóstico se enfla, exclusivamente, la valoración de los factores que luego recoge el artículo”; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Valencia, 2016, p. 200, considerando que una de sus propuestas aceptadas por el legislador de 2015 es la relativa a que el criterio principal al que deberán atender los jueces para conceder o denegar la imposición de un sustitutivo penal es la necesidad de la pena privativa de libertad para evitar la reiteración delictiva. Ver también CARDENAL MONTRAVETA, S., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, cit, pp. 311 y ss. El Informe del Consejo de Estado al *Anteproyecto de Ley Orgánica*

III. Relevancia de algunos elementos frecuentes en la delincuencia relacionada con la corrupción pública

1. Como señalábamos al principio, la concepción general de la justificación de la suspensión de la ejecución de la pena que acabamos de resumir debe aplicarse, también, al ámbito de la delincuencia relacionada con la corrupción, y conduce aquí a resultados plenamente satisfactorios. Partiendo de los elementos que el art. 80 CP obliga a valorar, por su relevancia parece oportuno considerar determinados aspectos frecuentes en este sector de la delincuencia –sin desconocer que algunos de ellos no son exclusivos de este ámbito– y su relación con el fundamento y la eficacia preventivos de la suspensión de la ejecución de la pena, así como la importancia que se les otorga en las resoluciones judiciales antes mencionadas.

a) Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena

2. La justificación del recurso a la pena por el efecto preventivo que produce la intimidación derivada de la amenaza de su imposición, de la propia imposición y de su ejecución, no puede desconocer las limitaciones y la complejidad que, incluso prescindiendo de la perspectiva axiológica, presenta tal fenómeno³⁷. Pero las circunstancias en las que suelen realizarse los de-

por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal señalaba que la referencia a la imposibilidad de suspender la ejecución de “las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito” resultaba en cierta medida redundante, “pues esta circunstancia aparece ya cubierta por el criterio de “las circunstancias del hecho cometido” contenido en el artículo 80.1, e innecesario, pues la suspensión de la pena es, en todo caso, una decisión judicial de carácter discrecional, y no un derecho del penado”.

37 Ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S, en *RECPC*, núm. 17-18, 2015; ROBINSON, P.: *Principios distributivos del Derecho penal*, cit., pp. 54 y ss; MEDINA ARIZA, J.J.: *Políticas y estrategias de prevención del delito ...*, cit., pp. 34-191. Ver también ORTIZ DE URBINA, I.: “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDADOSOLO, M. (dirs.): *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2012, pp. 388, 391, 399-403.

litos relacionados con la corrupción y las características de sus autores permiten afirmar que, también en este ámbito, la pena produce un efecto intimidatorio, que depende de la probabilidad de su imposición y ejecución, de la celeridad con la que se produzca y de su severidad y, por lo tanto, disminuye cuando se prevé la posibilidad de suspender su ejecución y esta se produce efectivamente. No es infrecuente que los delitos relacionados con la corrupción se cometan en el marco de la contratación de servicios públicos o de la ordenación por los poderes públicos de determinados sectores de la actividad económica (como el urbanismo), donde tampoco será infrecuente el modelo del delincuente racional que sirve de base a la teoría de la prevención general intimidatoria. Como ha señalado ORTIZ DE URBINA refiriéndose al ámbito del Derecho penal económico y, en particular, a los supuestos en los que el delincuente es una persona con buena consideración social (merecida o no), “la teoría de la elección racional, incluyendo la teoría de la disuasión, parecen hechas a medida (o a mejor medida) de este tipo de delincuencia”, y de los tres “obstáculos” a la disuasión mencionados por Paul H. ROBINSON (“obstáculo del conocimiento del Derecho”, “obstáculo de la elección racional” y “obstáculo del coste neto percibido”), la delincuencia económica “de cuello blanco” se ve mucho menos afectada por los dos primeros que la mayor parte del resto de la delincuencia³⁸. Esto no es incompatible con reco-

38 ORTIZ DE URBINA, I.: “El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: ¿Es posible la disuasión?”, en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.): *Crisis financiera y derecho penal económico*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2014, pp. 139-141. Más escéptico sobre la eficacia preventiva general de las penas de prisión en el ámbito de la delincuencia económica parecen mostrarse otros autores; ver BAUCCELLS LLADÓS, J. “Sistema de penas para la delincuencia económica en derecho español”, en GARCÍA ARÁN, M. (dir): *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia, 2014, pp. 402-405, aludiendo a la opinión de Bajo Fernández o Quintero Olivares, que manifestaron que las penas cortas de prisión sí tienen aquí eficacia preventiva general. Ver también FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, Pamplona, 2013, pp. 146-153; LUZÓN PEÑA, D.M., en *Estudios penales*, cit, 276- 278; JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho penal*

nocer que “la investigación más reciente sigue corroborando los resultados obtenidos ya en los años setenta, conforme a los cuales las personas no reaccionamos de modo idéntico y ni siquiera similar a las variaciones en la probabilidad de ser sancionado y a los cambios en la magnitud de la pena imponible en caso de sanción, sino que, por el contrario, reaccionamos de modo mucho más pronunciado a los cambios en la probabilidad”³⁹. Y también es compatible con reconocer que “en el ámbito de la corrupción, la probabilidad de sanción es de hecho muy baja, y los corruptos (correctamente) la perciben como tal”⁴⁰. Más adelante haremos referencia a la importancia que las resoluciones judiciales antes mencionadas otorgan a la eficacia intimidatoria de la pena y la relevancia que atribuyen a su ejecución.

b) Desvalor del delito y eficacia preventiva general positiva de la pena

3. La lesividad de los delitos relacionados con la corrupción, derivada de la singularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, hace que parezca oportuno plantearse si –en

(trad., con adiciones de Derecho español, de la 3ª ed. alemana, publicada en 1978, de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde) t. II, Barcelona, 1981, p. 1066, indicando que no se puede prescindir de la pena privativa de libertad de corta duración, que puede ser eficaz en la delincuencia de tráfico y económica “por su fuerte eficacia intimidatoria en personas socialmente integradas, sin que por ello llegue normalmente a tener en estos grupos de personas el temido efecto desocializador”; en el mismo sentido, EL MISMO: *Tratado de Derecho penal* (trad. de Manzanares Samaniego, de la 4ª ed. alemana), Granada, 1993, p. 699; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Gramada. 2008, p. 8; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *StGB K*, cit., § 56, n. m. 38, destacando que no está demostrado que el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad sean ineficaces desde el punto de vista de la prevención general.

39 ORTIZ DE URBINA, I., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.): *Garantías constitucionales ...*, cit., p. 400.

40 ORTIZ DE URBINA, I., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.): *Garantías constitucionales ...*, cit., p. 402. Ver también DE LA MATA BARRANCO, N.J., en *RECPC*, núm.18-01, 2016, pp. 20 y ss.

general, pero especialmente cuando no cabe esperar que la ejecución produzca efectos criminógenos ni supone disminuir significativamente la eficacia preventiva especial atendiendo a la que proporcionan las otras alternativas— ese desvalor objetivo comporta que la suspensión de la ejecución de la pena produzca aquí una disminución de su eficacia preventiva general positiva muy superior a la que se produce en relación con penas de la misma gravedad impuestas por la comisión de otros delitos. Esta hipótesis también puede formularse así: cuando ni los posibles efectos criminógenos derivados de la ejecución de la pena, ni una mayor eficacia preventiva especial de su suspensión contribuyen a fundamentar la elección de esta alternativa, la singularidad del bien jurídico que los delitos relacionados con la corrupción lesionan o ponen en peligro, y la importancia que la colectividad atribuye al correcto funcionamiento de la Administración pública, determinan que sea especialmente difícil que aquella decisión sea entendida y aceptada por la colectividad, con la consiguiente merma de las expectativas sobre la vigencia y eficacia de las normas que prohíben y castigan estos delitos, produciéndose —en comparación con los efectos que cabe esperar de la ejecución de la pena— una disminución de la eficacia preventiva general positiva especialmente intensa y, en cualquier caso, muy superior a la que produce la suspensión de penas similares impuestas por la comisión de otros delitos⁴¹. Tal hipótesis tendría consecuencias en relación con el cálculo del saldo preventivo global de las distintas alternativas, pero también en relación con el principio de proporcionalidad como límite al carácter decisivo de aquel criterio. Y ello sin perjuicio de que la gravedad y las circunstancias del delito se tomen también en consideración al realizar el pronóstico sobre la peligrosidad criminal del penado, aunque nos parece cuestionable el excesivo protagonismo que, desde esta perspectiva, a veces se otorga a tales elementos.

41 Destacando la dificultad de corroborar o falsar la teoría de la prevención general positiva a través de la investigación empírica, ver, p. ej., ORTIZ DE URBINA, I., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Garantías constitucionales ...*, cit., p. 397.

4. En la dirección apuntada, la jurisprudencia y un sector de la doctrina alemana mencionan los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de justicia —y, en general, los delitos cometidos por quienes ocupan empleos o cargos públicos, sobre todo cuando son de especial importancia— entre los supuestos en los que —sin perjuicio de valorar también la gravedad de la pena y el resto de las circunstancias específicas de cada caso— en virtud de lo dispuesto en el ap. 3º del § 56 StGB la defensa del Ordenamiento jurídico puede exigir la ejecución de las penas de duración igual o superior a 6 meses, a pesar de que debe esperarse que la condena servirá de advertencia al penado y este no cometerá nuevos delitos aunque no se ejecute la pena⁴².

42 Ver GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56, ns. ms. 8, 35-41, especialmente ns. ms. 38 y 39; respecto a los supuestos en los que la jurisprudencia alemana concede especial relevancia al criterio de la defensa del Ordenamiento jurídico, Groß menciona los delitos económicos, los delitos contra el orden público, los que ponen en peligro el correcto funcionamiento de la Administración de justicia, el abuso de una posición de confianza, los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la delincuencia organizada. Ver también OSTENDORF, H., en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.U. (eds.): *NK*, cit., § 56, ns. ms. 31-37, destacando el carácter excepcional de los supuestos en los que la defensa del Ordenamiento jurídico exige la ejecución de la pena, e indicando que la jurisprudencia exige una especial justificación del riesgo de imitación de la conducta delictiva y considera que sólo debe rechazarse la suspensión de la ejecución de la pena cuando, “atendiendo a la especial gravedad de las particularidades del caso concreto, aparecería necesariamente para el sentimiento jurídico general como algo simplemente incomprensible, y podría así verse afectada la confianza de la población en la inviolabilidad del Derecho y la protección del Ordenamiento jurídico frente a los ataques procedentes de hechos delictivos”; no basta que ello suceda sólo en relación con una parte de la población, ni basta la lesión de intereses públicos. Ver también SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *StGB K*, cit., § 56, ns. ms. 35-47; KÜHL, K.: *StGB K*, cit., § 56, ns. ms. 17.

En el recurso de súplica contra la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a J. Matas, se indica que dentro de los delitos contra la Administración pública los hay de diferente gravedad, y se intenta destacar las diferencias entre el delito de tráfico de influencia cometido por aquel y el delito de malversación realizado en el “caso Pallerols” en el

5. La mayoría de las resoluciones que venimos analizado también destacan el desvalor de los delitos cometidos y la importancia de esta cuestión al decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

En el AAP Barcelona (sec 2) de 1 marzo de 2013, “[e]l Tribunal considera de una incuestionable gravedad que fondos públicos, en cuantía tan relevante como la de 388.484 euros, sean objeto de malversación dándoseles un destino tan reproachable como engrosar de forma ilícita las arcas de un partido político, llegando incluso a beneficiar personalmente a personas que desempeñaban cargos tan importantes como el de Director de la Direcció General d’Ocupació del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, organismo desde el que se promovieron los programas de formación ocupacional que justificaron las subvenciones, y el de Secretario de Organización y de Relaciones Institucionales de Unió Democràtica de Catalunya, integrando el conjunto de la actividad delictiva materializada los delitos de malversación de caudales públicos, fraude de subvenciones y falsedad en documento mercantil, todos ellos perpetrados de forma continuada, más allá que del primero respondiera uno solo de los acusados y de los otros dos los tres restantes” (FJ 5). Más adelante se dice que “no puede dejar de valorarse igualmente lo inadmisibles que resulta que alguna de las personas que deciden dedicarse a la noble función del ejercicio de la política, dirigida al servicio desinteresado al conjunto de la sociedad, lejos de cumplir tan digno fin, incurran en conductas corruptas como por ejemplo la materializada en el supuesto enjuiciado, donde se contó con la decisiva colaboración de quien dirigía y gestionaba las empresas receptoras de las subvenciones” (FJ 6). Y también se afirma: “La pena, la sanción más dura del ordenamiento jurídico, cumple así su función de servir de freno a posibles conductas futuras de análoga naturaleza por parte de otras personas, lo que sólo podrá conseguirse mediante el cumplimiento

contexto de una trama organizada de “corrupción política”. Al resolver el recurso de súplica, el Tribunal insiste en las particularidades de los delitos contra la Administración pública.

efectivo en centro penitenciario de las penas de prisión impuestas a quienes de una u otra manera han contribuido con su actuación al logro efectivo del propósito delictivo ideado, huyendo en definitiva de pronunciamientos meramente formales, equivalentes en la práctica y a los ojos de los ciudadanos a una cuasi impunidad material (de políticos y poderosos) de no ordenarse el cumplimiento de la pena impuesta accediéndose por el contrario a la suspensión de su ejecución [./.] Estima el Tribunal que quienes sucumbiendo a las facilidades y ventajas que proporciona el ejercicio del poder, hacen un ejercicio torticero del mismo, incurriendo en conductas que comportan un uso delictivo de fondos públicos, sólo percatándose de que tal tipo de actuaciones, de ser descubiertas, llevarán aparejado el efectivo y real cumplimiento de la pena asignada a las mismas, se cumplirá de modo real la función de prevención general para que otras personas desistan de incurrir en comportamientos idénticos o análogos, lo que desde luego integra una exigencia ineludible por cuya observancia deben velar los Jueces y Tribunales llamados, siempre en el marco de la Ley a la que están sometidos pero solo a ella, a ser “agentes activos de la política criminal” de modo muy especial en una época de incuestionable crisis económica, con personas que a diario engrasan los dramáticos índices de desempleo que sufre nuestro país, con continuos recortes por sus gobernantes en servicios sociales, así como con demanda de sacrificios al conjunto de la sociedad muy particularmente padecidos por los sectores más débiles. En una coyuntura económica como la descrita resultaría hasta obsceno que desde uno de los poderes del Estado se tomasen decisiones que alentasen o desde luego no supusiesen un freno o cortapisa para la materialización de conductas que comportasen un uso indebido, por ilegítimo, de fondos o caudales que por su naturaleza pública forman parte integrante del patrimonio del Estado estando en definitiva destinados a fines que deben redundar en beneficio del global de una sociedad a la que desde las instituciones se le viene pidiendo e imponiendo importantes sacrificios” (FJ 6). Por su parte, además de criticar el protagonismo que los otros Magistrados conceden

a la prevención general, el voto particular del tercer Magistrado señala: “la gravedad de las conductas delictivas enjuiciadas no debe medirse por criterios ajenos a los que ya figuran en la sentencia, a las penas legalmente establecidas para dichas conductas y al valor que la misma Ley Penal otorga a la concurrencia de circunstancias atenuatorias de la responsabilidad criminal no debiendo el Tribunal en casos de sentencia de conformidad hacer valoraciones relativas a lo excesivo o no de una rebaja de la pena solicitada por la acusación limitándose a analizar si se ajustan o no a la legalidad penal”.

El AAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 28 de octubre de 2013 destaca que el penado era la máxima autoridad de la Comunidad Autónoma, añadiendo: “El grado de responsabilidad, las altas funciones que tenía encomendadas, la representación que ostentaba como Presidente de la Comunidad Autónoma, deben ser un criterio de más alta exigencia cuando estas responsabilidades son traicionadas y vulnerada la ley por quien debería ser garante de la misma y, además, paradigma del respeto y máximo exponente de la exigencia de su fiel cumplimiento”. El Tribunal añade que, en relación con la naturaleza del hecho por el que se ha dictado sentencia condenatoria, debe recordarse que “se trata de un delito contra la Administración pública y de corrupción o distorsión del buen funcionamiento que debe 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 directamente cometido por la máxima autoridad de la Comunidad Autónoma (...). No puede olvidarse, ni obviarse, la trascendencia y repercusión pública del hecho. Todos estos elementos configuran una conducta grave, socialmente reprochable, que debe ser valorada (...) para decidir si debe o no merecer el beneficio de la suspensión de la condena. El propio Tribunal Supremo no le impuso al penado (...) la pena mínima por el delito sino que la impuso en su mitad superior (...) precisamente por no estimar leves o poco graves los hechos. No hace falta recordar que los actos llevados a cabo por el condenado revelan una conducta delictiva gravemente antisocial, prevaleciendo de

su alto cargo público en la Comunidad Autónoma. Y el hecho de que la penalidad concreta no pueda ser considerada como grave (art. 33 CP, es “menos grave”), no puede, en modo alguno, impedir que a la hora de decidir motivadamente sobre el beneficio, se valore la naturaleza y gravedad del hecho (entendidos como los perpetrados) y ponerlo en relación con las funciones de la pena” (FJ 4), aludiéndose a continuación a lo dicho en este sentido en el AAP Barcelona (sec. 2) de 1 de marzo de 2013 y, también, por la propia AP de Palma de Mallorca en otros procedimientos por delitos contra la Administración pública (p. ej. en el “caso Rodrigo de Santos”). Más adelante se reitera que los hechos cometidos “al estar inherentemente unidos al ejercicio del poder público, causan un daño irreparable en el maltrecho campo de la confianza ciudadana, debido precisamente a casos de corrupción política como el presente, y por ello el otorgamiento del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión no produce efecto intimidatorio o preventivo alguno y alimenta la sensación de impunidad de quien ejerce de modo desviado, en su propio beneficio o en el de tercero (...) el poder que le ha sido confiado por los ciudadanos”. En el AAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 10 de diciembre de 2013, que desestima el recurso de súplica, se insiste en que “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 desempeñada, 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”; tras afirmar que no pueden tolerarse comportamiento 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”, se dice: “Es inasumible para la sociedad que el titular de uno de los Poderes del Estado en la fecha de los hechos (...) cometa un delito de tráfico de influencias (...). 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), 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 (...) 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 por 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” (FJ 3).

En la misma dirección, el AAP Málaga (sec. 2) de 3 de noviembre de 2014 señala: “ha quedado acreditada una actuación delictiva enmarcable en conductas de blanqueo de capitales llevadas a cabo entre los años 2003, 2004 y 2005, relacionadas con lo que coloquialmente se viene dando en denominar *corrupción política*. [...] Tales conductas suponen uno de los ataques más demoledores que puedan infringirse a una sociedad democrática, no solo desde un punto de vista cuantitativo: por el perjuicio económico que producen, *sino cualitativo: al socavar, hasta casi disolver, los principios mismos sobre los que se asienta aquélla*. [...] Es por ello que, en la punición y ejecución de las penas que se imponen a tales actuaciones delictivas, debe primar –por encima de todo– *la función de prevención general* que, junto a otras, está llamada a cumplir la pena. Tanto en su

vertiente de *prevención general negativa* dirigida a intimidar a todos aquellos ciudadanos que pudieran sentirse tentados a realizar conductas como las que han sido objeto de enjuiciamiento y condena, como en su vertiente de *prevención general positiva* dirigida a los ciudadanos para que interioricen la necesidad de ajustar su actuación a criterios de ética y, desde luego, a la estricta legalidad. Haciendo patente el mensaje a la conciudadanía de que *la norma penal sigue siendo el medio idóneo –y último– para tutelar los principios e intereses esenciales que conforman nuestro entramado comunitario*. [./.] Que la función preventiva señalada, priorice la modalidad concreta de ejecución de las presentes penas, nada tiene que ver con la función *ejemplarizante*, que sostiene la Defensa de la Sra. Pantoja se estaría dando a la pena en caso de no suspenderse. Lo que pretende conseguir la Sala, en el presente caso –y en cualquier otro del que conozca–, es que la pena privativa de libertad –que constituye, quizás, la sanción más dura de nuestro Ordenamiento Jurídico–, cumpla su función de servir de freno a posibles conductas futuras de análoga naturaleza por parte de otras personas que interiorizarán, así, su deber ciudadano de adecuar su conducta a las normas jurídicas; teniendo *estas sí, un carácter ejemplar* –que no ejemplarizante en la medida en que suponen un patrón de conducta que todos debemos seguir. [./.] Y tal cosa, no cabe duda, solo se podrá lograr mediante el cumplimiento efectivo –en centro penitenciario– de las penas de prisión impuestas a quienes, de una u otra manera, han contribuido con su actuación al logro efectivo del propósito delictivo ideado –de especial gravedad en el caso que nos ocupa–. Huyendo, en definitiva, *de pronunciamientos meramente formales, equivalentes en la práctica a una cuasi impunidad material* de banqueros, políticos, personas poderosas o de relevancia pública; que es la situación a la que nos conduciría acceder a la suspensión impetrada por los dos condenados. Lo que contribuye a evitar la disociación –demasiado frecuente– entre los postulados teóricos/abstractos de la dogmática penal, y la aplicación concreta de sus preceptos a las situaciones reales que atentan, desconciertan y desmoralizan a nuestra sociedad”

(FJ 1.1.5)⁴³. En el auto que resuelve el recurso de súplica se indica que “en el caso de autos se tuvo en especial consideración el que nos encontrásemos ante delitos de blanqueo de capitales derivados de delitos de corrupción política, con el terrible menoscabo que se causó al interés general”⁴⁴.

El ATSJ de Cataluña de 29 de julio de 2016 se aparta de aquel planteamiento y señala que, cuando concurren los requisitos para poder acordar la suspensión de la ejecución de la pena, “el debate se centra en valorar si existen o no en este caso las adecuadas razones de política criminal y de justicia para su concesión. (...) Pues bien, este juicio *suplementario* tiene por objeto establecer si la ejecución de la pena impuesta en la sentencia conforme a las previsiones del Código Penal es o no razonablemente necesaria en el caso concreto, conforme al art. 80.1 CP, para evitar la futura comisión por el penado de nuevos delitos, con la finalidad de ajustar la aplicación de la ley penal a los postulados que se desprenden de los arts. 1.1, 24.1 y 25.2 CE. (...) A la hora de afrontar la tarea anunciada, debe desecharse la idea que, como *leitmotiv*, impregna el sentido de las alegaciones formuladas por las acusaciones en este incidente, según la cual la suspensión de las penas cortas de prisión transmite necesariamente al conjunto de los ciudadanos perjudicados por los delitos contra la Administración Pública, agrupados doctrinalmente (...) en la categoría genérica de *delitos de corrupción*, una deplorable sensación de impunidad, para combatir la cual se

43 Cursivas en el original.

44 En el “caso torturas a Lucian” (AAP Barcelona (sec. 9) de 21 mayo y 28 junio 2012 (en los que se deniega la suspensión de la ejecución de una pena de prisión cuya duración, como consecuencia de la concesión previa de un indulto parcial, había quedado fijada en dos años) no se trataba de condenados por delitos previstos en el Título XIX, sino por delitos contra la integridad moral, de detención ilegal, torturas, lesiones y contra la inviolabilidad del domicilio. Pero, al denegar la suspensión de la ejecución de las penas de prisión que los indultos parciales concedidos a los penados habían reducido y fijado en dos años, el Tribunal otorgó especial relevancia al hecho de que los condenados fueran Agentes de la Policía (en este caso, de la policía de la Generalidad de Cataluña, *Mossos d'Esquadra*) que actuaban en esa condición.

haría preciso ejecutar la pena de prisión en todo caso y en sus propios términos, por corta que fuere, para lo cual podría encontrarse la justificación precisa, no tanto en la función preventivo especial de la pena en cuestión (...), sino primordialmente en una dimensión funcional propia de la prevención general cuando no directamente retributiva, o sea, para restablecer de inmediato en el cuerpo social la confianza en el cumplimiento de la ley, en la probidad de las autoridades y funcionarios públicos y en la eficacia del sistema penal, así como para reparar y preservar los intereses generales burlados (art. 103 CE), sin desechar su efecto disuasorio para eventuales futuros transgresores. [./.] Este enfoque, que, al amparo de la legislación derogada, ha alumbrado una jurisprudencia menor muy difundida y no menos celebrada (...) ha hallado, a su vez, fundamento en la negación de que el penado ostente un derecho subjetivo a que le sea concedida la suspensión de la ejecución de la pena corta de prisión pese a reunir los requisitos legales y pese a no advertirse *razonablemente* que su cumplimiento resulte útil para evitar la comisión de nuevos delitos (cfr. STC 209/1993 28 jun. FJ4), así como en el reconocimiento de que, pese al enunciado del art. 25.2 CE, en estos casos debe otorgarse preeminencia a estos fines legítimos de la pena de prisión, incluso a costa de su propósito de rehabilitación y de reinserción del penado, tales como la prevención general y la seguridad colectiva mediante la aplicación del castigo y la consecuente inocuización –temporal– del delincuente y, en último término, en el mandato legal de que las sentencias deben cumplirse “*en sus propios términos*” (art. 18.2 LOJ). [./.] Sucede, sin embargo, que tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 en los arts. 80 y ss. CP el legislador penal ha dispuesto, por legítimas razones de política criminal, que la ejecución de las penas cortas de prisión solo se lleve a efecto si el tribunal sentenciador lo considera razonablemente necesario para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos” (FJ 1.3)⁴⁵.

45 Cursiva en el original. El TSJ de Cataluña añade: “De hecho, no han faltado especializados comentaristas de dicha reforma (GARCIA ALBERO, TAMARIT) que han creído ver en esta decisión una reacción frente al criterio

6. Como en el caso de la prevención general intimidatoria, las consecuencias de la suspensión de la ejecución de la pena desde el punto de vista de la prevención general positiva dependen, entre otros factores, del *conocimiento* que la colectividad tenga de aquella decisión y de la posibilidad de adoptarla. Debido a que la información estará a menudo distorsionada y dependerá de intereses ajenos al derecho a la información de los ciudadanos, me parece que debe adoptarse aquí una perspectiva normativa. La valoración de las consecuencias de la suspensión de la ejecución de la pena desde el punto de vista de la prevención general positiva no debe hacerse depender de la mayor o menor publicidad y difusión pública del correspondiente delito y proceso penal, sino de los efectos que parece razonable pensar que aquella decisión y la posibilidad de adoptarla producirían si fueran ampliamente conocidas⁴⁶. Por lo tanto, la publicidad de

jurisprudencial a que nos hemos referido *ut supra*, de forma que el legislador reformista ha pretendido subrayar la vinculación de la suspensión de la ejecución de la pena estrictamente a consideraciones de prevención especial, sin distinción de clases de delitos –distinción que ha sido legítimamente defendida *de lege ferenda* por ciertas opciones políticas, hasta el presente sin éxito–, ofreciendo a cambio la posibilidad de imponer al penado ciertas obligaciones o medidas gravosas que permitan satisfacer la demanda social de dureza en los casos de corrupción política y administrativa”. Más adelante, tras aludir al efecto preventivo de la tramitación del proceso penal y de la amenaza directa de ejecutar la pena suspendida, se dice: “Por tanto, no puede afirmarse razonablemente que la medida de suspensión de la ejecución de la pena transmita la sensación general e indiscriminada de impunidad para este o para cualquier tipo de conductas delictivas, si se considera, por un lado, que su concesión se somete a determinados requisitos insoslayables (art. 80.2 CP), que impiden su generalización y garantizan la reparación del daño, y, por otro, que la posibilidad de ejecutar inmediatamente la pena habrá de pender sobre el beneficiario durante un tiempo más prolongado –de dos a cinco años– que el de la propia pena, sometida no solo a la innegociable condición de no reincidir, sino, en su caso, también al cumplimiento de determinados deberes y obligaciones (art. 83.1 CP) o de ciertas prestaciones o medidas (art. 84.1 CP) que tienen una indudable significación punitiva a la par que una utilidad rehabilitadora”.

46 Ver GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56, n. m. 40, considerando, en relación con las exigencias de la defensa del Ordenamiento jurídico, que sí es relevante que la población muestre un gran interés o consternación por un hecho o su comisión repercuta en el miedo

los casos a los que nos venimos refiriendo sólo nos interesa en la medida en que permite que la opinión pública pueda conocer la respuesta que el Derecho penal ha previsto *con carácter general* y que, por lo tanto, debe esperarse que se produzca en todos los casos que deban considerarse iguales, como debe esperarse que la respuesta sea distinta en los casos que deben considerarse distintos⁴⁷.

e) Frecuencia de la comisión de estos delitos

7. Cuanto mayor sea el número de delitos que el conjunto de la sociedad amenaza con cometer, mayor será también la diferencia entre el número de delitos que se previenen a través de la ejecución de la pena y el número (en principio inferior) de los que se previenen a través de una respuesta más leve, como la suspensión de su ejecución. Dicho de otro modo: la disminución de la eficacia preventiva general de la pena, derivada de atenuar su gravedad mediante la suspensión de su ejecución, será mayor cuanto más elevado sea el número de delitos que amenazan con producirse y que la ejecución de la pena contribuiría a evitar. Partiendo de estas premisas, el hecho de que exista *una ame-*

de la población al delito. También Ostendorf considera relevante el conocimiento del hecho por parte de la colectividad; ver OSTENDORF, H. en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.U. (eds.): NK, cit., § 56, ns. ms. 32, 34 y 37, indicando que la jurisprudencia exige una especial justificación del riesgo de imitación de la conducta delictiva, y que los efectos de prevención general (positiva) se aceptan desde un punto de vista normativo, pero sólo pueden demostrarse científicamente de forma limitada y están sobrevalorados por la colectividad y por una parte de la justicia penal. Ver también SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *StGB K*, cit., § 56, n. m. 36, indicando que es irrelevante si el delito y la condena se conocen por un número mayor o menor de personas, siendo lo decisivo los efectos que tendrían si se conocieran; ORTIZ DE UBRINA, I, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.): *Garantías constitucionales ...*, cit., pp. 397, 402-403.

47 Parece oportuno destacar aquí que el ATJSJ de Cataluña que venimos analizando, y la mayoría de los periódicos que informan del mismo, están fechados el 29 de julio de 2016, el viernes inmediatamente anterior a que la mayoría de españoles (o un número nada despreciable) empiece a disfrutar de sus vacaciones.

naza cuantitativamente significativa de la comisión de delitos de corrupción pública por parte del conjunto de sus potenciales autores, y el *incremento* de los delitos que amenazan con producirse desde esta perspectiva general, son datos relevantes al determinar y valorar las diferencias que, desde un punto de vista cuantitativo, es razonable afirmar que existirán entre la eficacia preventiva general de la ejecución de la pena y la que pueda producir la suspensión de su ejecución.

8. En esta dirección, en la doctrina alemana OSTENDORF ha señalado que la frecuente comisión de determinados delitos graves como, p. ej., los delitos de corrupción, puede repercutir negativamente sobre la fidelidad de la población al Derecho y determinar que la defensa del Ordenamiento jurídico exija la ejecución de las penas de duración igual o superior a seis meses⁴⁸. GROB entiende que la referencia del § 56 ap. 3º StGB a la defensa del Ordenamiento jurídico remite también al efecto intimidatorio de la pena sobre los potenciales autores, y afirma que aquel precepto puede conducir a rechazar la suspensión de su ejecución cuando es necesario hacer frente con claridad a una determinada y efectiva evolución de la criminalidad, incluso existiendo un buen pronóstico desde el punto de vista de la prevención especial⁴⁹. El propio GROB reconoce que ello es más problemático cuando, por causas que quizás no haya provocado el delincuente, la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena se adopta en un momento en el que, como consecuencia del reciente conocimiento de la frecuente comisión de delitos similares, se espera una reacción clara de la Administración de justicia que pone en cuestión lo que anteriormente hubiera sido una muy probable suspensión de la ejecución de la pena. En

48 OSTENDORF, H., en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.U. (eds.): *NK*, cit., § 56 n. m. 32; este autor considera (*op. cit.* § 56, ns. ms. 31-37) que la referencia del § 56 ap. 3º StGB a las exigencias derivadas de la defensa del Ordenamiento jurídico remiten exclusivamente a la prevención general positiva y, por lo tanto, la intimidación de otros potenciales autores (prevención general negativa) no permite rechazar la suspensión de la ejecución de la pena.

49 GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56 n. m. 37.

estos casos, el juez debe ser especialmente cuidadoso al examinar si realmente debe denegarse la suspensión, pero no puede desconocer, por razones de equidad, lo dispuesto en el § 56 ap. 3º StGB⁵⁰. Otros autores que también consideran que la eficacia intimidatoria general de la pena es aquí relevante, indican que su ejecución puede ser necesaria cuando el delito es la expresión de una extendida opinión que no toma en serio una norma con un contenido de desvalor importante y confía por adelantado en la suspensión de la ejecución de la pena, p. ej. en los casos en los que hay una aceptación de ese tipo de delitos que es socialmente peligrosa, o cuando determinados delitos son muy frecuentes o se incrementa significativamente la tendencia a cometerlos⁵¹.

En la doctrina española, LUZÓN PEÑA ha puesto de relieve que, desde la perspectiva de una adecuada prevención general, vinculada a la vigencia del principio de proporcionalidad, la frecuencia y mayor probabilidad de comisión de los hechos permite un cierto aumento de la pena e, incluso, puede requerirlo si se considera que la frecuencia de producción y repetición también influye en la gravedad del hecho: no en su gravedad intrínseca, pero sí en su gravedad extrínseca o concomitante, dadas las circunstancias en las que se produce —y que el autor conoce—. LUZÓN añade: “Según esto, se podría sostener, por tanto, que una sanción que para el futuro intenta operar como amenaza frente a hechos similares, ha de ser una amenaza proporcional no sólo a la gravedad cuantitativa y cualitativa de esos hechos, sino también a la gravedad añadida que supone su actual frecuencia de comisión y la posible extensión de los mismos en el futuro”⁵².

50 GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56 n. m. 50.

51 Así SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *StGB K*, cit., § 56, n. m. 38

52 LUZÓN PEÑA, en *Estudios penales*, cit., p. 308; a continuación Luzón destaca que “si no se maneja este criterio con gran prudencia y de modo restrictivo, indudablemente puede, bajo el ropaje de la proporción con el significado del hecho, desbordar por completo la proporcionalidad con la gravedad del hecho en sí mismo”. Sobre esta cuestión, con carácter general, ver BESION HERNÁNDEZ, M.: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, 2011, pp. 375 y ss.

9. Me parece que es en el marco de la cuestión que trata- mos ahora donde deben situarse algunas de las manifestaciones de las resoluciones que deniegan la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a J. Matas, y que el Tribunal vincula a la valoración de la peligrosidad criminal desde la perspectiva de la entidad de los hechos y de las circunstancias y la conducta posterior del penado. Se trata de afirmaciones como la siguiente del AAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 10 de diciembre de 2013: “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”. Más claramente, en el AAP Barcelona (sec 2) de 1 marzo de 2013 se dice: “Teniendo en cuenta que no se está ante un caso esporádico de corrupción política sino que desgraciadamente no son pocos los supuestos en que personas vinculadas a partidos políticos diversos, aprovechándose generalmente de las ventajas que proporciona el ejercicio del poder, vienen incurriendo –al menos a nivel indiciario y dejando siempre a salvo el derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano– en comportamientos alejados no sólo de las pautas éticas sino incluso de la propia legalidad, obteniendo ya un enriquecimiento ilícito propio, ya un beneficio para el partido al que pertenecen, estima el Tribunal que en el caso concreto de autos, en que ha quedado acreditada una actuación delictiva enmarcable en lo que colo- quialmente se viene dando en denominar corrupción política a través de una “trama organizada”, *debe primar por encima de todo la función de prevención general* que, junto a otras, está llamada a cumplir la pena, tanto en su vertiente de prevención general negativa dirigida a intimidar a todos aquellos ciudada- nos/políticos que pudieran sentirse tentados a realizar conduc- tas como las que han sido objeto de enjuiciamiento y condena como en su vertiente de prevención general positiva dirigida a que todos aquellos que decidan dedicarse al servicio público in- terioricen la necesidad de ajustar su actuación a criterios de ética política y, desde luego, a la estricta legalidad” (FJ 6)⁵³.

53 Cursiva añadida.

d) Concurrencia frecuente de las atenuantes de dilaciones indebidas, reparación del daño y otras

10. En las condenas por delitos de corrupción pública es frecuente la atenuación de la duración de la pena derivada de la confesión de los hechos o de la conformidad con la acusación y, especialmente, de la reparación del daño y de la producción de dilaciones indebidas⁵⁴. Estas circunstancias puedan ser relevantes desde el punto de vista de la función de prevención especial. Pero lo que nos interesa destacar ahora es que su concurrencia puede determinar que la duración de la pena no exprese la gravedad *del delito*. Esto también contribuye a fundamentar la afirmación de que, pese a tratarse de penas con una duración no superior a un año, su ejecución sí respeta el principio de proporcionalidad.

Que la duración de la pena no siempre expresa la gravedad del delito, y que no es el único dato que debe valorarse desde el punto de vista de la función de prevención general, es algo que destacan algunas de las resoluciones judiciales que venimos analizando. En relación con los hechos, el AAP Barcelona (sec 2) de 1 marzo de 2013 destaca “su indudable gravedad, más allá de que por el juego de las circunstancias atenuantes que el M. Fiscal y resto de partes acusadoras consideraron concurrentes (...), las penas concretas que el Tribunal ha impuesto –obligado por la citada conformidad a la que llegaron acusaciones y defensas con la preceptiva ratificación de sus defendidos– hayan quedado circunscritas a sanciones privativas de libertad no significativas por su entidad, algunas de ellas sustituidas incluso por penas de naturaleza pecuniaria. [./.] Ahora bien, que la concreta penalidad impuesta no quepa considerarla grave, encuadrándose dentro de los límites que en principio posibilitarían la suspensión de su ejecución si concurriesen los requisitos previstos en

54 Ver, porque también resulta de interés en el ámbito que estamos analizando aquí, REBOLLO VARGAS, R. / CASAS HERVILLA, J.: “El proceso penal y la investigación de la delincuencia económica”, en GARCÍA ARÁN, M. (dir): *La delincuencia económica* ..., cit., pp. 336-358.

el art 81 del C. Penal, no puede en modo alguno imposibilitar que a la hora de pronunciarse motivadamente sobre si concede o no tal beneficio valore la naturaleza y gravedad –esta vez sí– de los hechos perpetrados poniéndola en relación con las funciones de la pena” (FJ 5). Y más adelante se dice: “No se le oculta al Tribunal –quien lo lamenta como el que más– que por avatares varios que se han ido sucediendo procesalmente a lo largo de la tramitación del procedimiento, el enjuiciamiento de los hechos no se ha producido sino transcurridos bastantes años desde que se cometieron los mismos. Ahora bien, ello, que a través de la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas ha hallado reflejo en el quantum de pena que se ha impuesto a los condenados, no puede servir de obstáculo o impedimento a la dene-gación de la suspensión de la ejecución de las penas impuestas a los penados, como tampoco lo habrá de ser la satisfacción de toda o una gran parte de la responsabilidad civil reclamada finalmente por las acusaciones, lo que por cierto no se produjo sino hasta el momento en que iban a iniciarse las sesiones del juicio oral, habiendo dado lugar ello a la apreciación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP [./.] La entrada en juego de ambas circunstancias atenuantes permitió al M. Fiscal y demás partes acusadoras modificar (como por otro lado era preceptivo legalmente) la calificación que con carácter provisional tenían hecha, reduciendo de forma significativa las penas privativas de libertad que demandaban para los acusados que finalmente han resultado condenados en trámite de conformidad” (FJ 7). Para quien fue militante de UDC y Director General de Ocupación se pasó de una petición inicial de 5 años y 10 meses de prisión a una solicitud final de 1 año y 6 meses de prisión. Para los otros dos condenados, de 4 años de prisión por el delito de fraude de subvenciones y 2 años de prisión por el delito de falsedad documental que se demandaban inicialmente, se pasó a demandar finalmente 7 meses de prisión por el primer delito y 5 meses y 15 días de prisión por el segundo a sustituir por determinada multa conforme al art 88 CP. Por último, para un tercer condenado se pasó de la petición inicial de 10 meses de prisión

por el delito de fraude de subvenciones y 2 años de prisión por el delito de falsedad documental, a demandar en la calificación definitiva 3 meses de prisión por el primer delito y 5 meses y 15 días de prisión por el segundo, a sustituir en ambos casos por determinada multa conforme al art 88 CP⁵⁵.

e) Previsión de penas privativas de derechos

11. En muchos casos, los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública son delitos especiales, que exigen que el autor sea una autoridad o funcionario público y, además de la eventual previsión de penas privativas de libertad, se ha previsto la imposición de penas privativas de derechos que impiden mantener u obtener empleos o cargos públicos, o ejercerlos⁵⁶. La ejecución de una pena de prisión siempre puede tener consecuencias en el ámbito laboral⁵⁷, cuya

55 En el ATSJ de Cataluña de 29 de julio de 2016 se destaca que “la pena cuya ejecución se pretende no proviene de la reducción –p.e. por un indulto parcial– de una pena grave, según la clasificación que contiene el art. 33 CP” (FJ 1.4). Sobre la relevancia de la naturaleza grave, menos grave o leve del delito cometido, en relación con la posibilidad de suspender su ejecución, ver la propuesta de TRAPERO BARREALES, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dir.): *Estudio crítico ...*, cit., pp. 335 y ss.

56 La delimitación del contenido de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público es una cuestión controvertida, sobre todo la determinación de los empleos y cargos públicos que deben considerarse análogos al que ocupaba el penado en el momento de cometer el delito. Un ejemplo de lo que decimos es la distinta delimitación de la pena de inhabilitación especial impuesta por un delito de tráfico de influencias en los casos Matas y Mercurio/Montcada. Cfr, p. ej., STC 151/1999, de 14 sept; SSTS 597/2014, 30 jul. (FJ 5) y 259/2015, 30 abr. (FJ 12). Ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M (dirs.); *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 211-218. La importancia de la cuestión se ha reducido debido a que, tras la reforma introducida por la LO 1/2015, en algunos casos se ha previsto expresamente la imposición conjunta de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

57 El AAP Málaga (sec. 2) de 3 de noviembre de 2014 indica que el penado que en el momento de los hechos era director de una oficina bancaria fue luego despedido, lo cual se considera relevante desde el punto de vista de su peligrosidad criminal. A su vez, al analizar la petición de sustitución de

importancia desde el punto de vista preventivo es evidente. Pero lo que queremos destacar ahora es que, en los casos antes indicados, la previsión de una pluralidad de penas formando una penalidad compuesta y la importancia de las penas privativas de derechos (sobre todo cuando la inhabilitación o suspensión recae sobre un empleo público que el condenado no ocupaba con carácter temporal) limita la importancia que, desde el punto de vista preventivo, corresponde a las penas privativas de libertad y a su ejecución. La disminución de la eficacia preventiva global (del saldo preventivo global) derivada de la disminución de la eficacia preventiva general (intimidatoria y positiva) que comporta la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, será inferior cuando esta no impida la imposición y ejecución de las indicadas penas privativas de derechos. Esta reducción del protagonismo que, desde el punto de vista preventivo, corresponde a la ejecución de la pena de prisión en estos casos debe valorarse, también, desde el punto de vista de la necesaria proporcionalidad entre la eficacia preventiva de aquella y el coste que representa. Así mismo, debe valorarse la eficacia de la ejecución de aquellas penas privativas de derechos desde el punto de vista de la prevención especial.

la pena de prisión por multa formulada por otro de los penados, después de indicar que el esfuerzo por reparar las consecuencias del delito ha de valorarse teniendo en cuenta que “tal reparación debe tener también un contenido social”, se dice que aquel penado “está lejos de tal reparación social, en la medida en que, más que asumir su responsabilidad delictiva –primera condición para que aquella se produzca–, alega para impetrar la sustitución de la pena privativa de libertad el desgaste psicológico y reputacional al que se ha visto sometido por el dilatado y mediático procedimiento presente. Tal manera de presentarse, más como víctima que como penado, llevan a la Sala a considerar que el condenado no ha realizado el esfuerzo necesario para reparar el daño social que su conducta produjo”. Sobre la relevancia de las consecuencias que la condena produzca en el ámbito laboral al valorar si concurren las circunstancias especiales que permiten suspender la ejecución de penas de duración superior a 1 año, ver, p. ej., GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56, n. m. 46; OSTENDORF, H., en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.U. (eds.): *NK*, cit., § 56 n.m. 28; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *StGB K*, cit., § 56, n. m. 28.

f) Escasa peligrosidad criminal de los responsables

12. En un número significativo de delitos relacionados con la corrupción, ni el hecho ni las circunstancias personales del sujeto y su comportamiento posterior permiten formular un pronóstico mínimamente sólido sobre su peligrosidad criminal⁵⁸. Dicho sobre la base de los términos empleados en el art. 95.1 CP para las medidas de seguridad, y sin perjuicio de que ello se determine atendiendo a las circunstancias que ahora se mencionan en el párrafo segundo del art. 80.1 CP: con carácter general, del hecho y de las circunstancias personales del sujeto no puede deducirse un pronóstico *sólido* de comportamiento futuro que revele una probabilidad *significativa* de comisión de nuevos delitos. Por ello, y atendiendo a lo dispuesto en los arts. 83 y 84 CP, será “razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”⁵⁹. Sin negar su relevancia, me parece excesivo

58 La sentencia del Tribunal del Jurado de la AP de Palma de Mallorca 66/2009, de 23 de septiembre –confirmada por la STSJ de Baleares 2/2010, de 16 de febrero– condenó a quien durante los años 2006 y 2007 fue concejal del Ayuntamiento de Palma y Presidente de la sociedad municipal de capital público denominada Empresa Municipal de Proyectos y Obras Urbanas, como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, con las circunstancias atenuantes de reparación del daño y drogadicción, a las penas de 2 años de prisión y 4 años de inhabilitación absoluta. Se declaró probado que el acusado, utilizando la tarjeta Visa que se le había entregado para gastos de representación, dispuso en su propio beneficio de dinero público, al abonar diversos cargos por servicios prestados en locales de masajes, de alterne o saunas. También se consideró probado que, en el momento de los hechos, el acusado era adicto a la cocaína, circunstancia que disminuía de forma no intensa su voluntad para reprimirse en la realización de las disposiciones de dinero público hechas en su propio beneficio.

59 Destacando la inexistencia de tratamientos específicos para este tipo de delincuentes y el amplio campo de juego que tienen en este ámbito las “estrategias de neutralización” o racionalizaciones (en forma de justificación o excusa) de la propia conducta, ver ORTIZ DE URBINA, I., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDADSOLO, M. (dirs.): *Garantías constitucionales ...*, cit., pp. 398-399. Según este autor, lo anterior “no significa que no exista necesidad de rehabilitación en este ámbito, sino que, hoy por hoy, sus previsibles resultados no podrían por sí mismos justificar una intervención penal. Por

el protagonismo que, *desde esta perspectiva*, la jurisprudencia otorga a menudo a la naturaleza del delito cometido y a sus características en relación con el pronóstico sobre la peligrosidad criminal del sujeto⁶⁰. Como también es excesivo el protagonismo que se otorga al reconocimiento posterior de los hechos, especialmente cuando el penado ha interpuesto alguno de los recursos previstos en la legislación vigente contra las sentencias firmes⁶¹. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los arts.

tanto, en este caso (...) la actuación de la prevención especial debe ser predominantemente intersticial: sólo en el marco de posibilidades establecido por penas dispuestas conforme a otros criterios a menos que, considerando las circunstancias, en el caso concreto pueda preverse que sus efectos van a ser especialmente poderosos”. En cuanto a las posibilidades de la inocularización para prevenir actos de corrupción, Ortiz de Urbina indica que “estamos ante un tipo de conducta en el que resulta altamente plausible la concurrencia de un efecto de sustitución. Al fin y al cabo, lo que interesa no son las personas concretas que ocupan un puesto determinado en la administración, sino las facultades que dicho puesto les otorga, y éstas, salvo que se amortice el mismo o se cambien sus competencias, subsistirán”.

- 60 Sobre esta cuestión, con carácter general, ver, p. ej., LUZÓN PEÑA, D.M., en *Estudios penales*, cit., pp. 302-304, 315 y ss.; EL MISMO: *Medición de la pena ...*, cit., pp. 89, nota 187, 92 y s., 114 y ss.; CID MOLINE, J.: *La elección del castigo*, cit., pp. 114-118. Ver también ROIG TORRES, M., en *Revista Penal*, núm. 33, 2014, p. 198; GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56, n. m. 32, destacando que quien ha delinquido en el marco de una situación singular de conflicto o necesidad obtendrá seguramente un mejor pronóstico sobre la necesidad preventiva especial de ejecutar la pena que quien ha aprovechado una oportunidad que puede volver a repetirse con frecuencia.
- 61 Ver SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. / KINZIG, J.: *StGB K*, cit., § 56, ns. ms. 20 y 24; estos autores destacan que, al valorar la personalidad del sujeto para realizar un pronóstico sobre la necesidad preventiva especial de ejecutar la pena, es relevante su opinión sobre la antijuricidad del hecho, pues de ella puede depender su corrección, aunque su estrategia de defensa no impide un pronóstico favorable. Ver también OSTENDORF, H., en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.U. (eds.): *NK*, cit., § 56, n.m. 14, destacando que el derecho de defensa puede oponerse al reconocimiento del arrepentimiento, y que el derecho a guardar silencio y negar los hechos no deben recortarse indirectamente determinando la pena de forma discriminatoria; GROß, K.H., en JOECKS, W. / MIEBACH, K. (eds.): *MK*, cit., § 56, n. m. 32.

80 a 87 CP no impide que el Tribunal Constitucional pueda acordar la suspensión, en el caso de admitir a trámite un recurso de amparo (cfr. art. 56 LOTC)⁶². En cualquier caso, nos parece que el hecho de que el penado no reconozca el desvalor del delito cometido puede ser perfectamente compatible con afirmar que la sentencia condenatoria y la amenaza de la ejecución de la pena, en el caso de cometer nuevos delitos o producirse otra de las circunstancias previstas en el art. 86.1 CP, serán suficientes para prevenir su realización. Uno puede considerar que ha actuado correctamente o negarse a afirmar que actuó incorrectamente y, sin embargo, decidir que no repetirá su actuación para evitar, así, la ejecución de la pena y una segunda condena.

13. El AAP Barcelona (sec 2) de 1 marzo de 2013 niega que pueda afirmarse la peligrosidad criminal de los penados “si por tal se entiende, como viene siendo criterio mayoritario, la probabilidad de comisión por ellos de nuevos hechos delictivos, en especial hechos delictivos de igual o similar naturaleza a los que dieron lugar a esta causa atendido que en todos los casos fueron apartados, por lo menos formalmente, de los círculos de decisión y/o poder que posibilitaron la comisión de los mismos. [./.] Ahora bien, tal como ha quedado dicho con anterioridad, ello no ha de llevar ineludiblemente a otorgar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta” (FJ 4).

Más oscuras son las referencias a la peligrosidad criminal que realizan la AP de Palma de Mallorca y la de Málaga. En el AAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 28 de octubre de 2013 se admite 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,*

62 En el recurso de súplica contra el auto que denegaba la suspensión de la pena a J. Matas, en relación con la relevancia otorgada a la ausencia de arrepentimiento y de la asunción de la comisión del delito, se indica que se ha presentado una demanda de amparo contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, no siendo por ello lógico que se admitiera la comisión del delito.

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 (...) actualmente, ostente o se halle en los círculos de decisión y/o poder que posibilitaron la comisión del delito por 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*” (FJ 4)⁶³, destacándose a continuación que el delito fue cometido por quien era la máxima autoridad de la Comunidad Autónoma, y añadiendo que “es un hecho notorio que el penado (...), pese a su proyección pública y a la utilización de los medios de comunicación, no ha reconocido la comisión del delito, ni ha manifestado arrepentimiento alguno por su conducta”, considerando que “el primer paso para la resocialización que indica la Constitución es precisamente asumir el comportamiento incorrecto, antisocial y delictivo. En caso contrario, se refuerza la convicción de ser merecedor de impunidad y de que la conducta fue correcta”, indicándose luego que la resocialización “ha de ser también concebida como compromiso de corrección, enmienda o reparación y dicho adeudo pasa (al menos en su inicio) por realizar actos

63 *Cursivas añadidas.* Como lo hará el AAP Málaga (sec. 2) de 3 de noviembre de 2014, la AP Palma de Mallorca alude a lo dicho en la STS 208/2000, de 18 de febrero, sobre la peligrosidad que deriva del delito cometido. Parece claro que –como se indica más claramente en el auto que resuelve el recurso de súplica, al dar respuesta a la denuncia de contradicciones en este punto del auto recurrido– lo que la AP pretende hacer es, fundamentalmente, mencionar distintos elementos relevantes para determinar y valorar la peligrosidad criminal del penado. No se trata de contraponer dos concepciones sobre la peligrosidad criminal, sino de mencionar una pluralidad de elementos relevantes para determinar y valorar el riesgo de que el penado cometa nuevos delitos en el futuro, sin perjuicio de que algunos de ellos también sean relevantes desde el punto de vista de la función de prevención general. Por otra parte, es oportuno recordar aquí que el art. 80.1 CP establecía que la resolución que decida sobre la ejecución o la suspensión de la ejecución de la pena “atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste”.

de reflexión, de autocrítica y finalmente de asunción de las consecuencias negativas de los propios actos que, en este caso, no se han producido”. Se alude también a la circunstancia de que el penado tiene pendientes otros procedimientos judiciales.

En el AAP Málaga (sec. 2) de 3 de noviembre de 2014 también se rechaza la peligrosidad criminal de M.I. Pantoja (y del otro penado que solicitó la suspensión) “si por tal se entiende como viene siendo criterio mayoritario la probabilidad de comisión por ellos de nuevos hechos delictivos, en especial hechos delictivos de igual o similar naturaleza a los que dieron lugar a esta causa (...) [E]n cuanto a Isabel Pantoja, cesó en su relación con Julián Felipe Muñoz Palomo, el cual se halla actualmente en prisión cumpliendo la condena impuesta en la presente causa; y además fue apartado del cargo que posibilitó la comisión de los delitos de corrupción, de los que procedían las ganancias y flujos monetarios ilícitos que ambos penados introdujeron en el mercado lícito” (FJ 1.1.2). Pero más adelante se alude a la peligrosidad que deriva del contenido de la sentencia condenatoria, “[d]e manera que la peligrosidad del condenado se concreta –más allá del componente de futuro que el propio concepto de peligrosidad lleva ínsito en su naturaleza y que, claro está, este Tribunal no desconoce–, sobre la base de las circunstancias específicas y concurrentes en el delito por el que ha sido sentenciado; *es decir, en la gravedad de la conducta por la que resultó condenado el penado, que de esta manera se objetiva, siempre que los extremos que califiquen tal conducta estén recogidos, de manera expresa, en el cuerpo de la sentencia a ejecutar*”⁶⁴. Al respecto, se dice: “La gravedad de tal conducta, resulta incuestionable para este Tribunal (...). La repercusión y trascendencia de tales actividades en la vida social española es difícil de cuantificar, pero en todo caso, está fuera de la más mínima duda que fue y es enorme; configurándose *como paradigma de ilegalidad criminal en el aprovechamiento privado y torticero del patrimonio público y, en tal sentido, de enorme gravedad social.* [./.] Siendo

64 Cursivas en el original.

común a los dos condenados la negación de los hechos por los que resultaron sentenciados y la no asunción, por tanto, de la ilicitud de su proceder. En este último aspecto, no es dable, en modo alguno, atender o estimar las alegaciones de la Sra. Pantaja de que tal proceder deriva de haber presentado 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 haber mantenido tal proceder prudente y silente, y no exponer, públicamente, que no reconocía la perpetración del delito cometido. [./.] En consecuencia, la Sala entiende que, si bien no existe esa peligrosidad subjetiva –que deriva de que ninguno de los dos penados está en fácil disposición de cometer otros delitos como el que fue objeto de condena, blanqueo de capitales, por las razones ya apuntadas–; sin embargo, sí que existe *una peligrosidad objetiva e intrínseca en los condenados* que deriva [de] los factores también ya dichos, es decir: la entidad de los hechos por los que fueron condenados, sus circunstancias personales y su conducta ulterior y actual de no asunción del delito. [./.] Y, tal peligrosidad, constituye uno de los basamentos en que se sostiene la negativa a la suspensión de la pena de privación de libertad solicitada por los dos condenados ya mencionados” (FJ 1.1.3)⁶⁵.

Al tomar en consideración los efectos que cabe esperar de la suspensión de la ejecución de la pena, en el ATSJ de Cataluña de 29 de julio de 2016 se afirma: “el tribunal valora, por

65 Cursivas en el original. Al rechazar la sustitución de la pena de prisión por multa que había solicitado uno de los penados, la Audiencia señala: “las mismas razones –peligrosidad objetiva derivada de la gravedad extrema, desde una óptica social, de la conducta penada, y fines de prevención general en sus dos vertientes negativa y positiva– que determinaron la negativa a la suspensión de las penas para los otros dos condenados resulta de aplicación, ineludible, al Sr. (...), debiéndose dar aquí por reproducidas”. En el auto que resuelve el recurso de súplica, se afirma que la gravedad, naturaleza y entidad de los hechos, unidas a la negación de los mismos y, por lo tanto, de la ilicitud de su proceder, son suficiente sustento de la peligrosidad criminal que justifica la negativa a la suspensión y sustitución pedidas.

un lado, que los penados han perdido por un tiempo relativamente prolongado (más de cuatro años) sus respectivos cargos públicos a consecuencia de las penas de inhabilitación que les fueron impuestas en nuestra sentencia de 30 de marzo de 2015 y, consecuentemente, se ha visto reducida su eventual capacidad de influencia, pero, por otro lado, que continúan trabajando para determinadas Administraciones públicas y, por tanto, siguen desempeñando, en una u otra medida, funciones públicas. [./.] Por esta razón –además de todas las anteriores–, si bien no se considera necesario ejecutar la pena de prisión en sus propios términos para prevenir la comisión de futuros delitos, sí se estima conveniente la imposición de ciertos deberes u obligaciones que no son excesivos ni desproporcionados ni atentatorios contra la dignidad de los penados y, en cambio, sí se valoran como conducentes a los fines de prevención establecidos en el art. 80.1 CP, a saber, el seguimiento por los penados de una formación específica (master, curso, seminario, etc.) relacionada directamente con los fines que deben guiar la actuación de las Administraciones públicas (art. 103 CE) y con los principios que rigen el acceso de los ciudadanos a los cargos y empleos públicos (art. 23 CE), impartida por un centro oficial de garantías (*Escola d'Administració Pública de Catalunya*, universidad pública u otro organismo similar)⁶⁶.

66 A continuación, el TSJ de Cataluña añade: “Como quiera que la inclusión de esta obligación en la regla de conducta 6ª del art. 83.1 CP pudiera considerarse forzada y, por tanto, habría de fundarse en la regla 9ª del mismo precepto, requiriendo en consecuencia la conformidad de los penados, el tribunal ha decidido poner en conocimiento de estos que, atendiendo al juicio que razonablemente puede hacerse de sus posibilidades de cometer nuevos delitos, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se suspende en esta resolución por el plazo máximo de cinco años. [./.] Ahora bien, si los penados decidieran seguir voluntariamente y con el necesario aprovechamiento un plan de formación sobre la materia y de las características anunciadas *ut supra* que mereciera la aprobación del tribunal, el plazo de suspensión sería reducido a dos años en una nueva resolución”.

IV. Reflexiones finales

1. Como apuntábamos al principio, nuestro planteamiento general sobre el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena conduce a resultados plenamente satisfactorios también en el ámbito de las penas impuestas por delitos relacionados con la corrupción pública. Los elementos a los que acabamos de referirnos no conducen necesariamente a la conclusión de que en este ámbito siempre deberá denegarse la suspensión de la ejecución de la pena. Pero, sin perjuicio de que deban valorarse siempre las circunstancias de cada caso concreto, la mayoría de ellos dicen más a favor que en contra de la ejecución de la pena, pues sugieren que es la opción que proporciona el mejor saldo preventivo global y, además, respeta el principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo: en el ámbito de los delitos relacionados con la corrupción, es frecuente que la ejecución de penas cortas de prisión sí esté justificada: por su mayor capacidad intimidatoria y de prevención general positiva, por la frecuencia y la importancia de la amenaza de la comisión de estos delitos por parte de un sector importante de sus potenciales autores, por el reducido riesgo de que produzca un efecto criminógeno y por la propia gravedad de estos comportamientos, especialmente cuando la penas de prisión impuestas tienen una duración superior a 1 año y no se imponen, además, penas que comportan la pérdida definitiva de un empleo público que el condenado no ocupaba con carácter temporal.

2. Las resoluciones analizadas destacan el carácter facultativo de la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena y que la prevención especial no es la única función del Derecho penal. Está claro que la regulación del Código penal no obliga, ni obligaba, a suspender la ejecución de las penas de hasta 2 años cuando también concurren el resto de los requisitos allí establecidos, de modo que el hecho de que “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos” es un dato insuficiente para justificar aquella decisión. El legislador no dice, ni decía, que aquel pronóstico, ni la peligrosidad crimi-

nal del sujeto –cuya concurrencia es perfectamente compatible con la de aquel requisito, pues la suspensión puede ser suficiente para neutralizar la peligrosidad criminal y, además, aquel pronóstico no debe entenderse en el sentido de que sólo será favorable cuando la comisión de futuros delitos quede excluida por completo– sea el único criterio para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

Es cierto que el art. 25.2 CE establece que “las penas privativas de libertad (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Pero podría entenderse que tal orientación se satisface ya al valorar las circunstancias personales en el momento de determinar la duración de la pena (arts. 66 y 68 CP) o su naturaleza, en el caso de la previsión de penas alternativas (p. ej., en los supuestos previstos en el art. 379 CP), y al determinar, cuando sea procedente su ejecución, la forma de cumplimiento de la pena, conforme a lo previsto en la legislación penitenciaria. Lo dispuesto en el art. 80 CP también responde a tal orientación⁶⁷. Pero, en relación con la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena, puede entenderse que la orientación a la reeducación y reinserción social –y, anteriormente, el mandato de atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto– se satisfacen ya al exigir la ejecución de la pena cuando ello se considere necesario para evitar la comisión por el penado de nuevos delitos. Y, también, al valorar si la ejecución podría producir efectos criminógenos, la capacidad de las respuestas alternativas para neutralizar o disminuir la peligrosidad del penado, así como la relación entre coste y beneficio de todas las alternativas. La propuesta que venimos defendiendo sobre el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena –que justifica esta decisión cuando es la más eficaz desde un punto de vista preventivo global y se respeta el principio de proporcionalidad– pretende, precisamente, articular satisfactoriamente las funciones de prevención general y especial y los principios garantísticos cuya vigencia es, también, una función del Derecho

67 Ver, p. ej., SSTC 120/2000, de 10 mayo, FJ 4; 160/2012, de 20 septiembre.

penal. Si el art. 25.2 CE exigiera suspender la ejecución siempre que sea razonable esperar que esta última no es necesaria para evitar la comisión de nuevos delitos, el legislador no habría configurado esta circunstancia como una mera condición para poder acordar la suspensión. En este sentido, antes de la entrada en vigor del Código penal vigente, se preveían en el art. 94 CP algunos supuestos en los que la suspensión era preceptiva. Y, en el derecho comparado, como hemos indicado ya, el ap. 1º del § 56 CP alemán establece, con carácter *preceptivo*, que la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta 1 año se suspenderá cuando se espere que la condena servirá de advertencia al penado y este no cometerá nuevos delitos aunque no se ejecute, siendo la suspensión potestativa cuando se trata de penas de más de 1 año y no superiores a 2 años y, además, concurren circunstancias especiales, si bien es cierto que el ap. 3º matiza lo anterior, al indicar que se ejecutarán las penas de duración igual o superior a 6 meses cuando lo exija la defensa del Ordenamiento jurídico. Pero el Código penal español sólo impone de forma preceptiva la sustitución de las penas inferiores a tres meses en los casos previstos en el art. 71.2 CP. Ni la muy loable pretensión de evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad, ni el también loable ofrecimiento de instrumentos para ampliar las posibilidades de participación del penado en la vida social, incrementando las alternativas al comportamiento criminal, ni la vigencia del principio de proporcionalidad obligan a –ni son siempre suficientes para– limitar la eficacia preventiva general de la pena acordando la suspensión de su ejecución, otorgando un protagonismo excesivo a la prevención especial al determinar la duración de aquella o concediendo prematuramente el tercer grado de tratamiento penitenciario (cfr., p. ej., art. 36.2 CP, 72 LOGP y 104.2 RP) o la libertad condicional (cfr. art. 90 CP)⁶⁸.

3. Por su evidente relación con el art. 25.2 CE, sorprende que las resoluciones analizadas no hagan ninguna referencia a los posibles efectos criminógenos de la ejecución de la pena ni a

68 Cfr. ATSJ de Cataluña de 29 de julio de 2016, FJ 1.3.

la ausencia de tal posibilidad⁶⁹. Como también resulta sorprendente que ninguna referencia expresa se haga a otra exigencia constitucional, como es la vigencia del principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, si se afirma que no cabe esperar que el penado cometa en el futuro nuevos delitos, para justificar la ejecución de la pena es necesario valorar su idoneidad y necesidad para satisfacer la función de prevención general y su proporcionalidad en sentido estricto. Por ser aquel pronóstico sobre la necesidad preventiva especial de la ejecución de la pena compatible con un cierto grado de peligrosidad criminal –porque difícilmente se podrá excluir la posibilidad de que el penado cometa nuevos delitos–, también se deberá atender a aquellos criterios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para valorar la ejecución de la pena desde el punto de vista de su función preventiva especial, siendo entonces relevante la capacidad de las otras alternativas para neutralizar o disminuir la escasa –pero relevante– peligrosidad criminal que pueda deducirse de las circunstancias del delito cometido y de su autor.

4. En los casos Pallerols, Matas y Pantoja el Tribunal parece otorgar una extraordinaria importancia a la idea de que la ejecución de la pena es la mejor opción para satisfacer su función de prevención general, sin que la corta duración de las penas impuestas impida valorar aquel dato. Esta idea no supone desconocer el efecto preventivo que produce ya la mera imposición de la pena, ni la importancia que la función de prevención general posee al fijar el legislador los marcos penales y al determinar el Juez la duración de la pena. Aquella idea supone rechazar –acertadamente– que, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 80 CP, deba prescindirse de tomar en consideración la eficacia preventiva general de la decisión de ejecutar o suspender la ejecución de la pena. Se admite, así, que también esta decisión debe estar al servicio de las funciones asignadas al Derecho penal. Además de ser idónea para ello, cuando la efi-

69 El ATSJ de Cataluña de 29 de julio de 2016 sí se refiere a esta cuestión, al describir el criterio que considera decisivo para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena (FJ 1.3).

cacia preventiva global de las otras opciones sea inferior, la ejecución de la pena satisfará también el requisito de su necesidad. No hay razones para negar, con carácter absoluto, que, también cuando concurren los requisitos previstos en el art. 80 CP, la ejecución de penas cortas *puede* ser más eficaz desde el punto de vista preventivo global (general y especial) que la suspensión de su ejecución, *y también puede ser más eficaz que la imposición de penas más largas seguida de la suspensión de su ejecución*. Y el legislador no ha excluido con carácter absoluto la elección de aquella opción. La imposición por el juez de una pena inferior a dos años, concurrendo también el resto de los requisitos previstos en el art. 80 CP y pudiendo haber impuesto una pena más grave, no le obliga a suspender su ejecución, dejando de valorar la eficacia preventiva de esta última decisión.

Al mismo tiempo, debe advertirse del riesgo de sobrevalorar la eficacia preventiva general de la ejecución de la pena y la disminución de la misma derivada de la suspensión de la ejecución. Y no puede aceptarse la tesis de que la ejecución de penas cortas es *siempre* la opción más eficaz desde el punto de vista preventivo. Ello explica la necesidad de tomar en consideración la naturaleza y circunstancias del delito cometido y de los que la pena pretende prevenir, ya que pueden ser relevantes, debido a las condiciones y límites de la eficacia preventiva general de las penas y a la pluralidad de circunstancias que son aquí relevantes, entre ellas, desde el punto de vista de la prevención general positiva, la satisfacción efectiva de la responsabilidad civil u otras formas alternativas de reparación a la víctima. Como también deberán valorarse aquellos elementos para garantizar que la ejecución respeta la exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto*. Admitiendo que sea una opción *adecuada* para satisfacer la función preventiva del Derecho penal y la más eficaz (*necesidad*), debe comprobarse que, además, el beneficio que representa el efecto preventivo de la ejecución de la pena es mayor que sus costes. Y esto es muy discutible cuando el delito cometido y que se pretende prevenir se castiga con una pena que no supera el año de duración y la eficacia preventiva de la

ejecución es escasa, o no es muy superior a la que cabe esperar de otras alternativas, como la suspensión de la ejecución acompañada de las prestaciones o medidas ahora previstas en el art. 84 CP. Desde esta perspectiva, es relevante el hecho de que en los casos antes mencionados no se plateara la posibilidad de sustituir la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad. Como también es relevante el hecho de que se tratara de delitos relacionados con la corrupción pública, en los que, con carácter general, puede considerarse significativa la disminución de la eficacia preventiva general derivada de la suspensión de la ejecución de la pena, por ser aquí –como también sucede a menudo en el ámbito de la delincuencia económica– muy limitada la eficacia preventiva general de las alternativas a la imposición y ejecución de penas privativas de libertad, incluida la suspensión de su ejecución y, especialmente, de la pena de multa salvo, quizás, cuando esta se determina con arreglo al sistema de multa proporcional (art. 52 CP) y alcanza una cuantía elevada⁷⁰. Así mismo, es relevante la preocupante frecuencia con la que tales delitos se cometen, que no cabe esperar que la ejecución produzca efectos criminógenos y la elevadísima cuantía de las sumas de dinero a las que se refieren los delitos cometidos. Como tampoco es irrelevante el hecho de que la pena de prisión impuesta a I. Pantoja tuviera una duración de dos años, la muy significativa relevancia otorgada a la reparación del daño y a las dilaciones indebidas al determinar las acusaciones la pena de prisión solicitada y con la que se conformaron los acusados del “caso Pallerols” –una atenuación que impide que las penas impuestas reflejen la gravedad del delito–, así como la existencia de una pluralidad de procesos penales contra J. Matas, la naturaleza y la gravedad de los delitos que en ellos se le atribuyen, y la solidez de los indicios incriminatorios que –sin perjuicio de mantener la presunción de inocencia, entendida como ausencia de una sen-

70 Destacando la necesidad de agilizar los procedimientos y garantizar la integral reintegración de las ganancias de las actuaciones delictivas y la compensación del perjuicio causado, ver, p. ej., DE LA MATA BARRANCO, N.J., en *RECPC*, núm.18-01, 2016, pp. 21-22.

tencia condenatoria firme⁷¹— se mencionan en las resoluciones dictadas en tales procedimientos. A pesar de la imposición conjunta de las penas de multa, inhabilitación especial y prisión, atendiendo a la eficacia preventiva general de la ejecución de esta última frente al resto de las alternativas, al hecho de que no parece que su ejecución pudiera tener efectos criminógenos, al contenido asignado a aquella pena privativa de derechos y a la gravedad de los hechos⁷², en el “caso Mercurio/Montcada” es difícil compartir la decisión del Tribunal.

71 Sobre esto, ver p. ej., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2012, *passim*.

72 Como recuerda el propio TSJ de Cataluña, a diferencia del delito de prevaricación, el de tráfico de influencias no exige que se pretenda una resolución injusta, ni mucho menos delictiva. En su sentencia, aquel Tribunal afirma que “no es cierto que M.E.P. sintiese ninguna predilección espontánea por la candidata recomendada”, que “no era intención ni de D.F. ni de M.B. (...) aconsejar a la alcaldesa o apoyar su espontánea decisión de designar a la mejor candidata posible para el puesto de trabajo ofertado”, que F.B. “se encargó personalmente de abordar a la alcaldesa acusada (...) para presionarla a fin de que accediera a nombrarla en cualquier caso” y que después del primer informe de la empresa de recursos humanos, D.F. habló con M.E.P. “y le comunicó su vivo interés por el nombramiento de la Sra. C.L.L., utilizando la preeminencia que le daba su relevante posición orgánica en el partido político (PSC) en el que los dos militaban para vencer su inicial resistencia”, tras lo cual aquella convocó de forma urgente una reunión con la empresa que debía auxiliar al TTE “como consecuencia directa de dicha conversación y para no contrariar al Secretario de Organización y número dos de su partido”, que en una conversación posterior volvió a advertirle de lo que ya le había dicho anteriormente, tras lo cual se puso luego en contacto con M.B. para darle cuenta puntual de su conversación con la alcaldesa, expresando M.B. “su disgusto por la falta de seguridad ofrecida en cuanto al nombramiento apetecido, así como su intención de perjudicarla utilizando su preeminencia dentro del partido político para apartarla del cargo si no accedía finalmente a lo que le pedían”; también se declaró probado que el mismo día en que se dictó el Decreto con el nombramiento, M.E.P. “comunicó su decisión privadamente al acusado F.B., el cual a su vez se apresuró a comunicárselo a su hermano M.B.”, no siendo notificada oficialmente la candidata escogida hasta el día siguiente.

Todo lo anterior hace que sea sorprendente que —según se desprende de los antecedentes de hecho de la sentencia— ninguna de las partes solicitara la condena de aquellos tres acusados como partícipes en un delito de prevaricación, lo cual hubiera podido suponer que se les impusiera una pena de inhabilitación más

prolongada (pero hubiera impedido la imposición de las penas de prisión y multa) en el caso de que no se hubiera apreciado un concurso con el delito de tráfico de influencias. Pero también hubiera podido suponer que las penas tuvieran una duración superior en el caso de apreciarse el concurso entre la participación en la prevaricación y el delito de tráfico de influencias, atendiendo al hecho de que la participación en la prevaricación no exige el plus de peligrosidad que deriva de prevalerse el partícipe de su relación personal con el autor. Y sorprendente puede resultar también que, en el momento procesal oportuno, no se planteara la posibilidad de que se hubiera cometido un delito de cohecho, si tenemos en cuenta que en la sentencia también se afirma que “la apelación al Secretario de Organización del partido, D.F. supuso un verdadero salto cualitativo en la intensidad de la influencia hasta entonces desplegada por los hermanos B. sobre la alcaldesa”, y a continuación se alude a la importancia de las funciones del Secretario de Organización que le proporcionaban una posición relevante en la estructura del partido. En una de las conversaciones telefónicas entre M.B. y D.F. reproducidas en el acto del juicio, pero que la STSJ no recoge literalmente, se afirmaba: “hay que hacer cambios en Montcada porque esta mujer no tiene las ideas claras”, “hablaré con mi hermano y la cambiamos y ya está”. Aunque en la sentencia nada se dice al respecto, y sin desconocer las importantes consecuencias que derivan de la vigencia del principio acusatorio, también parece oportuno recordar que M.E.P. fue nombrada alcaldesa de Montcada a principios de julio de 2010 tras la renuncia del socialista C. Arrizabalaga –renuncia que algunos medios de comunicación asociaron a su relación con el sumario del llamado “caso Pretoria”– y continuó en el cargo tras las elecciones municipales de 2011. C. Arrizabalaga gobernaba con el apoyo de los 9 concejales del PSC y los 4 de CIU (sobre un total de 21). En el momento de su renuncia, M.E.P. no era regidora del Ayuntamiento. Había concurrido a las elecciones en el número 15 de las listas del PSC. Para que M.E.P. accediera a la condición de regidora tuvo que producirse la renuncia de las 5 personas que estaban delante de ella en la lista electoral de su partido. Y para que fuera elegida alcaldesa fue necesario que ninguno de los otros regidores (muchos de los cuales sí tenían una cierta antigüedad en el cargo) optara a la alcaldía y resultara elegido. Tan singular ascenso a dicho cargo, sumado al vínculo con F.B. de alguno de los cargos de confianza que M.E.P. nombró inmediatamente después, podrían justificar la opinión –expresada por algunos– de que el apoyo de los hermanos B. y de quien entonces era el secretario de organización del PSC fue imprescindible y muy relevante para que fuera precisamente M.E.P. –y no otros compañeros de su partido– quien accediera a la alcaldía tras la renuncia de C. Arrizabalaga y, también, para que se mantuviera en este cargo después de las elecciones municipales de 2011. Las circunstancias en las que M.E.P. accedió a la alcaldía y se mantuvo en ella, así como las opiniones que ello generó, pueden conocerse consultando las noticias aparecidas en los medios de comunicación, así como sus declaraciones y las de M.B., F.B. y D.F. en su comparecencia, ante la *Comissió d’Investigació sobre el Fraus i l’Evasió Fiscal i les Pràctiques de Corrupció Política del Parlament de Catalunya*, el 8 de junio de 2015; esta comparecencia se puede consultar en <http://www.parlament.cat/document/dspcc/150763.pdf>.