

Id Cendoj: 28079120012009100996
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 572/2009
 Nº de Resolución: 1038/2009
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Auto resolviendo recurso súplica. No cabe recurso casación en autos dictados en ejecución de sentencia sobre sustitución penas. Responsabilidades civiles. Orden prelación art. 126 CP. Pago multa por tercero.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil nueve

En el recurso de Casación por INFRACCIÓN DE LEY e INFRACCION PRECEPTO CONSTITUCIONAL que ante Nos pende, interpuesto por **Olegario** , contra auto dictado por la Audiencia Provincial de Logroño (Sección Primera), con fecha 2 de febrero de 2.009; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Torres Ruiz.

I. ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 2 de febrero de 2.009, la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, dictó auto conteniendo los siguientes:

HECHOS: UNICO.- En las presentes actuaciones se dictó Auto en fecha 24 de noviembre de 2008 estimando en parte el recurso de súplica interpuesto por el Procurador Sr. García Aparicio, en nombre y representación del condenado Olegario , contra el auto de 8 de octubre de 2008 y acordando la sustitución de la pena de un año de prisión impuesta a Olegario en sentencia de 27.5.08 por 730 cuotas de multa, a cinco euros cada una de ellas.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito en fecha 5.12.08 interponiendo recurso de suplica contra dicho auto de fecha 24 de noviembre de 2008 y, dado traslado del mismo a las partes, por los Procuradores Sres. González Molina y García Aparicio, en sus respectivas representaciones, se presentaron sendos escritos de alegaciones pasando las actuaciones al Ilmo. Sr. magistrado Ponente para resolver.

Segundo .- La Audiencia de instancia en el citado Auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el auto de 24 de noviembre de 2008, dictado en la ejecutoria núm. 2/04 , manteniendo la sustitución de la pena de un año de prisión impuesta a Olegario en sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2002, por 730 cuotas de multa, a cinco euros cada una de ellas, pero condicionada al puntual y exacto abono de cuotas de 1000 euros mensuales que se ha ofrecido a entregar. Esta entrega habrá de continuar hasta el total abono de las responsabilidades civiles debiendo destinarse a continuación a la pena de multa".

Tercero .- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por Olegario , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución,

formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto .- El recurso interpuesto por **Olegario** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Motivo Primero.- Al amparo del *art. 849.1º de la LECrim* . por supuesta vulneración de los *arts. 236 LECrim. y 126 CP.* ; Motivo Segundo.- Al amparo del *art. 849.1º de la LECrim* . por supuesta vulneración de los *arts. 236 LECrim. y 126 CP.*; *Motivo Tercero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ.* denuncia vulneración de la tutela judicial efectiva.

Quinto .- Instruidas las partes del recurso interpuesto el Ministerio Fiscal no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y y la inadmisión del recurso de casación por las razones expuestas en su informe, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto .- Hecho el señalamiento para fallo, se celebró la votación prevenida el día veinte de octubre de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se formaliza por la representación procesal del recurrente Olegario , recurso de casación, alegando tres motivos, los dos primeros por infracción de *Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim.* por infracción del *art. 236 y concordantes de la Ley* procesal penal, y por aplicación indebida del *art. 126 CP, respectivamente, y el tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ* . por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El recurrente formula un recurso contra el auto de fecha 2.2.09, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño en la ejecutoria 02/2004 que estimó en parte el recurso de suplica formulado por el Ministerio Fiscal contra auto de fecha 24.11.2008 , y en cuya parte dispositiva se acordaba mantener la sustitución acordada en este auto, de la pena de 1 año prisión impuesta al recurrente por 730 cuotas de 5 euros cada una, pero condicionada al puntual y exacto abono de cuotas de 1000 euros mensuales que se había ofrecido a entregar, entrega que habría de continuar hasta el total abono de las responsabilidades civiles, debiendo destinarse a continuación a la pena de multa.

En el primer motivo se afirma que el recurso de súplica del Ministerio Fiscal debió inadmitirse por cuanto se formulaba contra un auto que a su vez resolvía un recurso de súplica anterior; en el segundo se aduce la indebida aplicación del *art. 126 CP* . sobre imputación de pagos del penado; y en el tercer motivo se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo el Tribunal de instancia ejecutar el pronunciamiento acordado de sustituir la pena de prisión por el pago de multa sin someterlo al previo pago de responsabilidad civil, máxime estando el penado declarado insolvente.

Como necesarios antecedentes fácticos debemos destacar:

1) Que por sentencia de fecha 27.5.2002 la Audiencia Provincial de Logroño, Sección única condenó a Olegario como autor de un delito de desobediencia grave a la pena de 1 año prisión y a indemnizar a su esposa en la cantidad de 5.000.000 Ptas. y a cada uno de sus tres hijos en la cantidad de 3.000.000 Ptas. más los intereses legales. Sentencia que fue declarada firme por auto de 28.1.2004, al ser desestimado por esta Sala Segunda en sentencia de fecha 1.12.2003 , el recurso de casación interpuesto por dicho condenado.

2) Que por auto de 12.3.2004 se suspendió por el plazo de cinco años la ejecución de dicha pena de 1 año prisión. Suspensión que le fue comunicada el 22.4.2004.

3) Que por sentencia de 6.6.2007 el Juzgado de lo Penal nº 1 de Zaragoza condenó a Olegario , por hechos sucedidos entre enero y abril 2005, como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores a las penas de dos años prisión y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros e indemnización de 12.000 euros más intereses legales.

La pena privativa de libertad fue sustituida por la de 4 años multa con cuota diaria de 4 euros por auto de dicho juzgado de 20.10.2008 , constanding que el penado, que habría sido declarado solvente en dicha causa, había ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones la indemnización a que había sido condenado.

4) Que por auto de 9.10.2008 la Audiencia Provincial Sección Primera, teniendo en cuenta la anterior condena, revocó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad concedida al penado

Olegario por auto de 12.3.2004 , procediendo al cumplimiento de la pena que le fue impuesta.

5) Interpuesto por dicho penado recurso de súplica con fecha 24.10.2008, suplicando la reforma de dicho auto y el mantenimiento de la vigencia de la suspensión, y subsidiariamente se conceda al mismo la sustitución de la pena interesada, por auto de 24.11.2008 la Audiencia estimó en parte dicho recurso de súplica y acordó la sustitución de la pena de un año de prisión por 730 cuotas de multa, a 5 euros cada una de ellas.

6) Por el Ministerio Fiscal, con fecha 5.12.2008 se interpuso recurso de súplica por entender que la prelación de créditos que fija el *art. 126 CP* . no puede ser alterada, de forma que se pague antes la multa que las responsabilidades civiles a que fue condenado el penado, por lo que no procede sustituir la pena de prisión por la de multa, pues dicha sustitución requerirá que en todo caso se pague antes la responsabilidad civil.

Recurso de súplica que fue estimado en parte por la Audiencia en auto de 2.2.2009 , que es la resolución objeto del presente recurso de casación y por la que, como ya se ha señalado, se mantiene la sustitución de la pena de 1 año de prisión por 730 cuotas de multa a 5 euros cada una de ellas, pero, condicionada al puntual y exacto abono de cuotas de 1.000 euros mensuales que se ha ofrecido a entregar, entrega que habrá de continuar hasta el total abono de las responsabilidades civiles debiendo destinarse a continuación a la pena de multa.

SEGUNDO: La primera cuestión que procede examinar, en consecuencia, es -como sostiene el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso- si nos encontramos ante una resolución susceptible de ser recurrida en casación, pudiendo ya anticipar que, como se deduce con manifiesta claridad de la normativa procesal vigente y ha declarado con reiteración este Tribunal -STS. 539/2002 de 25.3 - los autos dictados en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena (*art. 80 y ss. CP*) o sustitución de las penas privativas de libertad (*art. 88 y ss. CP* .) no son recurribles en casación.

Establece el *art. 848 de la LECrim* ., que "contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso".

En el vigente Código Penal, la suspensión de condena es exclusiva del Tribunal sentenciador que puede concederla o no, en virtud de resolución motivada, habiendo desaparecido la concesión por imperio de la Ley; coherentemente con ello, el Código Penal ya no prevé el recurso de casación citado. Lo mismo ocurre con la sustitución de la pena pues también se trata de una decisión discrecional ajena al control casacional de sus aspectos reglados.

Es oportuno recordar, en este sentido, la sentencia de 07-05-2002 nº 850 que nos dice: "el *párrafo 10 del art. 848 LECrim* sólo autoriza la casación por infracción de ley contra los autos definitivos de las Audiencias y los dictados en apelación por los Tribunales Superiores de justicia, en los supuestos expresamente establecidos, citándose como tales los relativos a cuestiones de competencia, a que se refieren los *arts. 23, 31, 32, 35, 40 Y 43* de la LECrim, el derivado de la recusación mencionada en el *art. 69 de la Ley* procesal penal, el previsto en el *art. 625 de la misma Ley* , referente a la declaración del hecho falta, los especificados en el *art. 676 de la LECrim* , relativos a los artículos de previo pronunciamiento, declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción y amnistía e indulto y el supuesto de acumulación de penas que contempla el *art. 988 de la Ley* procesal penal. Ninguno de esos supuestos coincide con el caso aquí concernido. (STS 17-10-06).

Los autos resolutorios de un recurso de súplica, no están expresamente autorizados para ser objeto de recurso de casación y así lo tiene establecido esta Sala (SSTS de 13 de Marzo y 24 de Septiembre de 1997), y más recientemente por Auto de 22-10- 0 1.

Este auto no es impugnabile en casación al no existir disposición legal alguna que autorice tal recurso. En efecto, el *art. 848 de la Ley Procesal Penal* exige previsión legal expresa para que sea admisible la recurribilidad en casación de un auto. Y esa previsión no existe en relación con los autos en virtud de los que se deniega la sustitución de penas (*art. 88 y siguientes del Código Penal*), por lo que frente a los mismos solo es posible recurrir en súplica, al tratarse de una ejecutoria de la Audiencia Provincial, recurso que utilizó inicialmente la parte, y que incide en la inadmisibilidad de la casación en la medida en que súplica y casación son recursos alternativos y nunca compatible (*art. 237 LECrim*).

Como dijimos en nuestro Auto de fecha 2-6-08 al igual que la suspensión de condena, la materia de

sustitutivos penales está caracterizada por un gran ámbito de discrecionalidad, situación que la convierte en un campo poco proclive a recursos extraordinarios como la casación. En ese punto insiste justamente la sentencia de esta Sala 330/1998, de 3 de marzo para negarse a entrar a conocer en casación de la queja por la no sustitución de la pena por la expulsión de conformidad con lo establecido en el *art. 89 del Código Penal*. El acuerdo de sustitución puede adoptarse en la sentencia o en auto posterior (*art. 88 del Código Penal*). Si se adoptan a través de un auto posterior -como ha sucedido aquí- el régimen de recursos será el general: reforma y apelación, si la resolución proviene de un órgano unipersonal; súplica, si la dictó un órgano colegiado. Y añadimos que además, en todo caso los aspectos discrecionales de ese tipo de decisiones no son aptos para ser revisados a través del recurso de casación por impedido los motivos tasados establecidos para ese recurso de carácter extraordinario. Y no es aplicable a esta materia la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual cuando un auto en fase de ejecución resuelve una materia que debiera haber sido objeto de la sentencia, frente al mismo serán admisibles los mismos recursos que contra la sentencia. En los pronunciamientos que sostienen tal doctrina esta Sala se refiere a cuestiones que deberían haber sido objeto de la sentencia y no a asuntos que podrían haber sido objeto del fallo. Y en efecto la materia de los sustitutivos penales puede ser abordado en la sentencia, pero el *art. 88* con toda claridad permite que sea resuelta en un auto posterior, como ha sucedido en este caso. (A TS 2-6-08).

La inadmisión a trámite del recurso de casación, en estos supuestos en que no está expresamente autorizado no vulnera, en absoluto, el derecho a la tutela efectiva. Como el Tribunal Constitucional ha declarado el derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*) no significa que para todas las cuestiones esté abierto necesariamente un recurso y que si bien el derecho al proceso incluye el derecho al recurso, tal derecho no lo es a cualquier recurso sino solamente aquél que las normas vigentes en el ordenamiento hayan establecido para el caso (ver Sent. TC 23/92 de 14 de febrero, entre otras).

En efecto, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva -salvo en su manifestación de derecho de acceso al proceso- no es un derecho de libertad, ejercitable, sin más, y directamente a partir de la Constitución, sino un *derecho de prestación*, que sólo puede ejercitarse por los cauces que el legislador establece. En todo caso, es un derecho cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (STC. 177/2003 de 13.10), que es a quien incumbe "crear la configuración de la actividad judicial y más concretamente, del proceso en cuyo seno se ejerció el 99/85 de 30.9).

Ahora bien el Tribunal Constitucional ha precisado la diferente relevancia constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y del derecho de acceso a los recursos, pues es diferente la trascendencia que cabe otorgar, desde la perspectiva constitucional - a los requisitos de acceso al proceso-, en tanto pueden obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto, causar indefensión, y a los requisitos de inadmisión de los recursos legalmente establecidos en que se pretende la revisión de la respuesta judicial ya contenida en la sentencia de instancia, previamente dictada, que ya había satisfecho el núcleo de un derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión (STC. 55/95 de 6.3), de modo que cuando la decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos, el juicio ha de ceñirse a los cánones que se aplican al control de la aplicación del derecho material y su revisión en sede constitucional sólo es posible cuando se deniegue el acceso al recurso de forma inmotivada, basándose en una causa legal inexistente o en una interpretación de la misma manifiestamente arbitraria o infundada; y en cualquier caso la potestad de verificar si se han cumplido los requisitos de los que depende la admisión del recurso ha de inspirarse en el criterio de proporcionalidad que impone su diverso tratamiento para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

En este sentido la STC. 122/2007 de 21.5, FJ. 4º, precisa que "...La lesión constitucional denunciada se enmarca, por consiguiente, en la vertiente del derecho de acceso al recurso, que se integra, como es conocido, en el derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*), si bien es cierto que, a diferencia del acceso a la jurisdicción, que se alza como elemento esencial del mismo, el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que, con excepción de los recursos contra Sentencias penales de condena, se incorpora a aquel derecho en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales".

Esta caracterización tiene su reflejo forzosamente en la función de control atribuida a este Tribunal respecto de las resoluciones que vedan el acceso a dicha fase, pues la decisión sobre la admisión o no del recurso y la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos para ello es una cuestión de legalidad ordinaria que compete, según dispone el *art. 117.3 CE*, exclusivamente a los Jueces y Tribunales. Por ello, el control de estas resoluciones judiciales por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección

jurídica de las mismas (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 26/2001, de 15 de enero, FJ 3; 51/2003, de 17 de marzo, FJ 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3; 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 2; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4).

TERCERO: El recurso, por lo razonado, debió ser inadmitido a trámite, sin que sea aceptable la pretensión del recurrente de que el recurso de súplica que interpuso el Ministerio Fiscal contra el auto de 24.11.2008 , y cuya estimación parcial dio lugar al auto de 2.2.2009 , objeto del presente recurso de casación- debió ser inadmitido al no ser aquella resolución susceptible de recurso alguno.

En efecto es cierto que la interpretación y aplicación del *art. 236 LECrim* . que hace una constante línea jurisprudencial de los tribunales ordinarios, según la cual no cabe recurso de súplica contra autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia, de modo alguno puede calificarse de irrazonable o infundada, pues de lo contrario, habida cuenta la regulación genérica que el precepto antes citado hace del recurso de súplica, la posibilidad de recurrir sería ilimitada, pero tal doctrina no sería de aplicación al caso presente, dado que el auto de 24.11.2008 , no resolvió un recurso de súplica contra otra resolución dictada en segunda instancia, sino que dicho recurso se interpuso directamente contra el auto de 9.10.2008, dictado en primera y única instancia por la Audiencia Provincial , revocando la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad.

CUARTO: En cualquier caso debe señalarse que la resolución de la Audiencia Provincial manteniendo -que no dejando sin efecto- la sustitución, pero supeditada al previo abono de las responsabilidades civiles, no puede entenderse sea arbitraria, ilógica o no ajustada a derecho.

Es importante destacar que si bien el penado en la sentencia de fecha 7.5.2002 cuya pena privativa de libertad se sustituye por la de multa, fue declarado insolvente, en la sentencia posterior de 6.6.2007 , condena que dio lugar a la revocación de la suspensión primeramente acordada -no sólo consta su solvencia sino que incluso hizo efectivas las responsabilidades civiles a que fue condenado-.

Asimismo el *art. 126 CP* . establece un orden de prelación de pago con una evidente finalidad de protección del perjudicado, al disponer que los pagos que se efectúan por el penado se imputarán en primer lugar a "la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios". Orden que no es disponible ni para el obligado al pago ni para quienes han de recibirlo, no introduce trato discriminatorio, ni siquiera diferencia entre los distintos supuestos de hecho. En consecuencia, el condenado a una pena pecuniaria no puede optar por destinar los recursos de que dispone a asegurar su propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o falta (STC. 54/86 de 7.5).

Es cierto que el *art. 111 CP. 1973* , (antecedente inmediato del actual *art. 126 CP* . fue objeto de una cuestión de constitucionalidad. El juez promovente consideraba contrario a la CE. que, ante la insolvencia parcial del condenado, éste no pueda imputar la cantidad dineraria a satisfacer de alguno de los *apartados del art. 111 CP* . con independencia de su ubicación ordinal: dicho con otras palabras, lo que se hacía cuestión es que la prelación misma.

Dicha cuestión fue rechazada por STC. 230/91 de 10.12 , que declaró que: "tal prelación no causa discriminación alguna ni tampoco es contraria a la libertad, por cuanto comenzando por la pretendida contradicción de los *arts. 91 y 111 CP* . (actuales *arts. 53 y 126*) con el *art. 14 CE* . ha de recordarse algo que ya se dijo en STC. 19/88 y es reiterada doctrina de dicho Tribunal Constitucional : la exigencia de que las resoluciones judiciales se cumplan; primero en sus propios términos o, en caso de imposibilidad material o jurídica, acudiendo a expedientes previstos por la Ley para ejecuciones subsidiarias de lo resuelto por sentencia firme. A no otra cosa obliga el *art. 118 CE* , en la medida en que, como ha señalado la STC. 85/91 , la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, sin la cual el mencionado derecho fundamental quedaría, en la práctica, vacío de contenido.

Asimismo destaca referida STS. 230/91 , que la quiebra de este derecho constitucionalmente tendría en el ámbito que nos ocupa un reflejo de no desdeñable importancia. Así es, no puede pasarse por alto que la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y su valor constitucional que el legislador ha ponderado de manera prioritaria. Partiendo, pues, de estos imperativos, no cabe apreciar discriminación alguna de las personas insolventes respecto de las que si poseen medios económicos cuando la cantidad de dinero (ofrecida otras kas nusna exención de bienes) no basta para atender a cubrir las responsabilidades penales y civiles derivadas de la condena.

Igualmente señala la argumentación con que el Juez proponente apoya su duda de constitucionalidad, considerando que la privación de libertad que se impone por virtud del *art. 91 C.P.* , y por el juego del orden de prelación del *art. 111 C.P.* equivale, en resumidas cuentas, a una prisión por deudas proscrita en nuestro Derecho, carece de fundamento. Y no porque dicha interdicción pueda hoy ser discutida sino sencillamente porque tal hipótesis o modalidad de prisión no se produce.

En primer lugar, porque ninguno de los preceptos legales cuestionados ni la combinación resultante de ambos contiene referencia legal explícita a encarcelamiento o arresto por impago de cantidad dineraria alguna, referencia legal explícita que sí se contenía en cuerpos normativos que constituyen su antecedente histórico. En segundo lugar, como recuerda el Fiscal General del Estado, sólo puede hablarse con propiedad de prisión por deudas cuando la insolvencia tiene su base en el incumplimiento de una obligación contractual. Por último, tan sólo por vía de hipótesis podría hablarse de prisión por deudas si el impago de la condena civil derivada del delito originara, ante la insolvencia del reo, que éste debiera ingresar en prisión. La eventual pérdida de libertad del condenado, si ésta ha de llegar a producirse, es consecuencia, no de su incapacidad económica para hacer frente a las responsabilidades civiles y otros gastos derivados del hecho por el que ha sido condenado, sino de su insolvencia y consiguiente imposibilidad de hacer frente al pago de la multa a la que ha sido condenado.

La equiparación que se hace en el Auto carece, pues, de toda base: se confunde el hecho de que la cantidad entregada por el condenado a título de un pretendido ánimo de saldar la multa (ánimo legalmente irrelevante) con el de la asignación que la Ley realiza a partir de las cantidades dinerarias obtenidas del condenado, ya sean éstas consecuencia de su entrega voluntaria, ya sean consecuencia de la ejecución en el patrimonio del condenado, independientemente de que con aquéllas se alcance en parte o en todo a satisfacer los *apartados previstos en el art. 111 C.P.* .

El que como consecuencia de esta asignación ope legis e instrumentada por el órgano judicial ejecutor de la condena, quede por saldar la multa y que en virtud del *art. 91 C.P.* haya de ponerse en práctica la responsabilidad personal y subsidiaria, no cambia en absoluto la diversa naturaleza de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil. Admitir esto, lo que pudiera ser plausible hasta 1932 como pone de manifiesto el Juez proponente, sería tanto como dejar a la voluntad de los particulares la determinación de qué aspectos de su condena tienen carácter penal o carácter civil. Ciertamente, en todo caso para las faltas, no lo es la vista de la regulación facultativa del cumplimiento del arresto menor en el *art. 85 C.P.* , que autoriza su ejecución como arresto domiciliario.

El que por atendibles y acertadas consideraciones de política legislativa y social de la ley disponga que en primer lugar hayan de ser saldadas las indemnizaciones a las víctimas u ofendidos por el delito -declaración de responsabilidad civil integrante de un fallo condenatorio- no impide bajo ningún concepto que la parte esencial del fallo, es decir, aquélla en que se establece la modalidad de responsabilidad criminal que en el caso concreto se exige, resulte de inexcusable cumplimiento, en tanto que, precisamente, resolución judicial firme.

Así es: como ya señalamos en nuestra S.T.C. 54/1.986, fundamento jurídico 1.º, dictada en el recurso de amparo núm. 620/1.985 , el *art. 111 C.P.* "se limita a establecer un orden de prelación entre las distintas responsabilidades pecuniarias que pesan sobre el responsable de un delito o falta y que no es disponible ni para el obligado al pago ni para quienes han de recibirlo. El entendimiento común, aunque no sea el único posible a partir del tenor literal de los correspondientes preceptos, de que el condenado a una pena pecuniaria puede optar libremente entre el pago de ésta o el cumplimiento del arresto sustitutorio, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que es también asunto de libre opción el de destinar los recursos de que se dispone a asegurar la propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o sus bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o falta". Es inadmisibles, pues, que el dinero entregado con ánimo de saldar la multa no se dedique al abono de las responsabilidades civiles.

QUINTO: Por último en cuanto a la alegación de que la multa la pagaría un tercero o familiares del penado, es cierto que parte de la doctrina sostiene que cuando un tercero paga de hecho una multa, no está sometido al orden de pago previsto en el *art. 126 CP* , pero tal interpretación precisa ser matizada. En principio la multa es una pena y como tal sólo puede cumplirla el penalmente responsable: Ahora bien en la práctica el Juez solo podrá verificar que formalmente el pagador sea el condenado y aún esto puede ser a veces difícil, pues puede pagarse por ingreso en la cuenta de consignaciones del juzgado. Cualquier donación anterior escapará de hecho al control jurisdiccional, y el tribunal aun conocida esa conducta, no puede evitar tales actos. No obstante la doctrina más autorizada entiende que como la propiedad se transmite por la donación (*art. 609 C.Civil*) quien pague con dinero que otro le ha abonado, paga con dinero propio, como lo haría si pagara con dinero prestado, pues también en este caso adquiere la propiedad (*art.*

1753 C.Civil).

Por tanto si por pagar un tercero se entiende que dona el dinero al penado, éste adquiere la propiedad y a continuación, es el penado quien paga, y ha hacerlo por el orden previsto en el *art. 126 CP* . si lo que pretende el termino es pagar él la multa, directamente, el Tribunal no debe consentirlo pues estaría ejecutando una pena de forma distinta a lo establecido en sentencia - *art. 3.2 CP* .- y contrariando el principio de personalidad de las penas.

SEXTO: Procede imponer las costas del recurso dada su desestimación (*art. 901 LECrim*).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Olegario** , contra Auto de 2 de febrero de 2009, dictado por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, estimando en parte el recurso de súplica interpuesto; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Julian Sanchez Melgar D. Perfecto Andres Ibañez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Siro Francisco Garcia Perez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.