

**4205** *Sala Primera. STC 24/2000, de 31 de enero de 2000. Recurso de amparo 1543/97. Promovido por don Jianquin Ye frente a los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid, que autorizaron su expulsión del territorio español. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial, a ser informado de la acusación, a un proceso con todas las garantías, a la prueba y a la presunción de inocencia: la autorización del Juez penal para que la Administración expulse a un extranjero, acusado de haber cometido un delito, antes de celebrar el juicio oral, no es una sanción ni le priva de sus derechos de defensa ante el Juez contencioso-administrativo.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.543/97, promovido por don Jianquin Ye, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Rabadán Chaves, asistida del Letrado don Luis Ignacio Parra Muniesa, contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid de 4 de abril de 1997, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el Auto del mismo Juzgado de 17 de marzo de 1997, por el que se autorizó la expulsión del recurrente del territorio español. Han comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Garrido Falla, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de abril de 1997, el Letrado don Luis Ignacio Parra Muniesa, actuando en defensa de don Jianquin Ye, de nacionalidad china, interpuso recurso de amparo contra el Auto de 4 de abril de 1997 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid en las diligencias previas núm. 5929/96, que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el Auto del mismo Juzgado, de 17 de marzo de 1997, por el que se autorizó la expulsión del recurrente del territorio español. Con fecha 22 de abril de 1997, doña Paloma Rabadán Canales, Procuradora de los Tribunales, se personó en el presente recurso de amparo, en nombre y representación de don Jianquin Ye.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son los que a continuación se expresan:

a) El 22 de diciembre de 1996, el hoy recurrente en amparo fue detenido en el aeropuerto de Barajas por funcionarios de la Policía Judicial de la Comisaría del aeropuerto, junto con un ciudadano portugués, de origen chino, por la presunta participación de ambos en unos delitos de falsificación de documentos e inmigración ilegal (al proceder a la detención la Policía se incautó de cuatro pasaportes, al parecer falsos, con los que supuestamente se pretendía hacer entrar en España a otros tantos nacionales chinos, que quedaron detenidos en la Sala de rechazados del aeropuerto).

b) El 23 de diciembre de 1996 le fue incoado al recurrente expediente de expulsión del territorio nacional con fundamento en el supuesto previsto en el art. 26.1 c) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España («estar implicado en actividades contrarias al orden público»), expediente que fue tramitado por el procedimiento de urgencia previsto en el art. 30 de la citada Ley.

c) El 24 de diciembre de 1996 el demandante de amparo fue puesto a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid, que acordó la apertura de diligencias previas núm. 5928/96 por un presunto delito de falsificación de documentos oficiales (pasaportes), castigado en el art. 392 del Código Penal vigente con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, decretando el Juzgado su puesta en libertad ese mismo día, tras tomarle declaración en presencia de su Letrado.

d) El 31 de enero de 1997, la Comisaría de Policía del aeropuerto solicitó del Juzgado de Instrucción autorización para proceder a la expulsión del recurrente del territorio español, acompañando a esta petición la propuesta de resolución de expulsión recaída en el procedimiento administrativo de expulsión a que antes se ha hecho referencia.

e) El indicado Juzgado concedió la autorización solicitada, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, por Auto de 17 de marzo de 1997, con fundamento en los arts. 21.2 y 26.3 de la indicada Ley Orgánica 7/1985.

f) Interpuesto recurso de reforma contra dicho Auto, fue desestimado por Auto de 4 de abril de 1997 (notificado al recurrente el 8 de abril siguiente), que, a su vez, inadmitió el subsidiario de apelación, declarando la firmeza del mismo.

3. El recurrente en amparo considera que la autorización judicial para su expulsión vulnera los siguientes derechos fundamentales del art. 24.2 C.E.:

a) Principio acusatorio, al imponerse al extranjero una sanción sustitutiva de la sanción penal (la expulsión) sin que exista acusación en la causa.

La expulsión del territorio nacional, prevista en el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, supone, a su juicio, una sanción sustitutiva de la sanción penal, por lo que su aplicación cuando, como en su caso, todavía no se ha producido una acusación formal por parte del Ministerio Fiscal, por hallarse el procedimiento penal en fase de diligencias previas, supone una vulneración del principio acusatorio.

b) Derecho a un proceso público con todas las garantías, por cuanto el Auto autorizador de la expulsión se dictó en una fase de la instrucción en la que todavía no había quedado plenamente delimitada la legitimación pasiva del recurrente, al no haberse dado por concluida dicha instrucción.

c) Derecho a la presunción de inocencia, por haberse concedido la autorización de expulsión sin que exista base fáctica suficiente para imputar al recurrente los delitos de falsificación de documento oficial e inmigración ilegal.

A la luz de las actuaciones practicadas por la Policía Judicial de la Comisaría del aeropuerto no ha quedado demostrado que el recurrente haya sido autor de las supuestas falsificaciones, ni siquiera que haya hecho uso de los pasaportes supuestamente falsos. Por lo demás, en el caso del uso, se trata de una conducta despenalizada (salvo que se presente en juicio o sea para perjudicar a otro, art. 393 del Código Penal vigente). Y tampoco ha quedado demostrada la comisión del segundo de los delitos imputados, el de inmigración ilegal, que sólo es punible en la forma de promover o favorecer la inmigración de trabajadores clandestinos (art. 313 CP),

cuando lo cierto es que los demás nacionales chinos retenidos solicitaron asilo y refugio en España el 25 de diciembre de 1996. Los hechos aportados por la Policía judicial del aeropuerto serían, a lo sumo, constitutivos de una infracción administrativa de las tipificadas en los arts. 98.10 (promover, mediar o amparar la situación ilegal de extranjeros...) o 98.7 del nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996 (la entrada en España careciendo de documentación...); aunque tampoco, pues no llegaron a entrar en España, sino que permanecen retenidos en la terminal del aeropuerto, y las infracciones administrativas no son castigables en grado de frustración (art. 4.1 del Real Decreto 1398/1993, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora). Por lo demás, el Juzgado de Instrucción no realizó, antes de conceder la autorización de expulsión, ninguna diligencia probatoria adicional destinada al esclarecimiento de los hechos.

d) Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la propia defensa. El hoy demandante de amparo presentó ante el Juzgado de Instrucción el 27 de diciembre de 1996 un escrito solicitando el sobreseimiento libre de la causa, así como la práctica de una diligencia consistente en requerir de la Oficina de Asilo y Refugio de Madrid la expedición de certificación acerca de la solicitud de asilo efectuada el día 25 de diciembre de 1996 por los súbditos chinos retenidos en el aeropuerto, con objeto de demostrar que ésta era la finalidad de la entrada y no una finalidad laboral, por lo que la conducta era atípica. Se alega que la práctica de dicha diligencia fue admitida por el Juzgado, sin que hasta la fecha haya sido cumplimentado el requerimiento. (De las actuaciones recibidas resulta, por el contrario, que por providencia de 11 de enero de 1997 el Juzgado acordó no haber lugar de momento a lo solicitado, sin perjuicio de lo que resulte en otro momento procesal).

Asimismo considera que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 C.E., porque la razón esgrimida por el Juzgado de Instrucción para rechazar el recurso de reforma (que ello supondría añadir unos supuestos condicionamientos no previstos por la Ley) constituye una interpretación excesivamente legalista y vulneradora del indicado derecho fundamental, al no respetar los derechos antes indicados del art. 24.2 C.E.

Por todo ello, solicita la anulación de los Autos recurridos. Por otro sí solicita asimismo la suspensión de los mismos, dado que de procederse a su ejecución el amparo carecería de efecto.

4. Por providencia de 9 de junio de 1997 de la Sección Segunda de este Tribunal se acordó requerir al Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid para que remitiese testimonio de las diligencias previas núm. 5928/96. Recibidas y examinadas las actuaciones remitidas por el Juzgado la Sección Segunda, mediante providencia de 8 de febrero de 1999, acordó la apertura del trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, ante la posible concurrencia del motivo de inadmisión consistente en carecer manifiestamente la demanda de contenido que justifique una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal Constitucional [art. 50.1.c) LOTC].

5. Tras la apertura del trámite de alegaciones previsto en el art. 50.3 LOTC, y después de formular las suyas el Ministerio Fiscal y el solicitante de amparo, la Sección Segunda de este Tribunal acordó mediante providencia de 12 de marzo de 1999 formar con los correspondientes testimonios la pieza separada de suspensión que, sustanciada, concluyó mediante Auto de 12 de abril de 1999, por el que se acordó la suspensión solicitada.

6. Por providencia de 12 de abril de 1999, la Sección Primera de este Tribunal acordó dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y al solicitante de amparo, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término formularan las alegaciones que estimasen oportunas.

7. El demandante de amparo, mediante escrito registrado el 10 de mayo de 1997, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, haciendo especial hincapié en la alegación de la vulneración del principio acusatorio.

8. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 7 de mayo de 1999, oponiéndose al recurso de amparo.

En sus alegaciones, la Abogacía del Estado solicita, en primer lugar, la inadmisión del recurso de amparo, por incumplimiento del requisito previsto en el art. 44.1 a) LOTC, esto es, la falta de agotamiento de la vía judicial procedente. El amparo se dirige contra un acto judicial de habilitación que se insta en un procedimiento administrativo de expulsión, de tal suerte que, en sí mismo, dicho acto judicial carece de virtualidad lesiva directa sobre los derechos del extranjero en trance de expulsión. Sólo alcanzaría esa lesividad mediatamente, en cuanto que la autorización es condición inexcusable para que la Administración pueda decretar la expulsión del extranjero, mediante resolución que, en su caso, puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa, por lo que, en tanto no quede agotada esta vía, no cabe acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, dada la subsidiariedad del recurso de amparo.

En cuanto al fondo del asunto, se alega que no se ha producido ninguna de las vulneraciones de derechos fundamentales que invoca el recurrente. No se ha vulnerado el principio acusatorio, porque el recurrente fue judicialmente imputado en la fase de investigación, pues se le tomó declaración en calidad de tal en las diligencias previas núm. 5928/96, el 24 de diciembre de 1996. Tampoco se ha vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías, por la misma razón, ya que al tomársele declaración en calidad de imputado, desde ese momento quedó delimitada su legitimación pasiva.

No se ha vulnerado tampoco el derecho a la presunción de inocencia porque el efecto procesal de la autorización de expulsión en este caso es la clausura de un procedimiento penal. La autorización judicial significa simplemente que desde el punto de vista procesal penal se autoriza la decisión de expulsar que pueda adoptar la autoridad gubernativa en el procedimiento administrativo correspondiente, que será donde pueda operar el referido derecho fundamental. Esta misma argumentación vale para rechazar la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

En fin, rechaza el Abogado del Estado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque lo que el recurrente pretende en realidad es sustituir la interpretación del Juzgado de Instrucción por la suya propia, lo cual carece manifiestamente de contenido constitucional.

9. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 13 de mayo de 1999, interesando el otorgamiento del amparo.

Estima el Ministerio Fiscal que la aplicación al presente caso de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la protección que a los extranjeros legalmente residentes brinda el art. 19 C.E., permite concluir que las resoluciones judiciales, al no haber tenido en cuenta la situación del recurrente como residente legal en España, y que los hechos por los que la Administración decreta la expulsión son los mismos por los que se sigue el procedimiento penal y, por tanto, no están acreditados,

son resoluciones carentes de motivación y en consecuencia vulneran los arts. 19 y 24.1 C.E.

10. Por providencia de 8 de octubre de 1999, se señaló el día 11 del mismo mes y año para deliberación de la presente Sentencia, en que se inició el trámite, que ha finalizado en el día de la fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente supuesto, se impugnan los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid que han autorizado la expulsión del territorio español del súbdito chino que ahora se dirige en amparo ante este Tribunal. Esta autorización ha sido concedida en las diligencias previas abiertas contra el recurrente, como posible autor del delito de la falsificación de documentos oficiales (pasaportes), ante la solicitud de la autoridad gubernativa y como medida sustitutiva del proceso penal. El Auto de 17 de marzo de 1997 por el que se concede la autorización se fundamenta en los artículos 21.1 y 26.3 de la Ley Orgánica 7/1985, habiendo informado en sentido favorable el Ministerio Fiscal y una vez oídas las alegaciones de la defensa, que se rechazan, en primer lugar, porque «es incierto que no se haya puesto en conocimiento de esa parte la solicitud formulada por la Comisaría del Aeropuerto de Barajas», respecto de la cual «esa parte ha tenido la oportunidad de alegar lo conveniente» y, en segundo lugar, que «la notificación al interesado de la propuesta de expulsión de 23 de diciembre de 1996, figura unida a la causa en original por la propia defensa».

La demanda de amparo sostiene que se ha vulnerado el art. 24.2 C.E. en lo que concierne al principio acusatorio, porque se habría ordenado la expulsión del recurrente sin que existiese acusación en la causa abierta contra él; el derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que —según el recurrente— la expulsión se dictó en una fase procesal en la que aún no había quedado delimitada la legitimación pasiva del recurrente; el derecho a la presunción de inocencia, ya que se le expulsó sin que existiese base fáctica suficiente para imputarle los delitos de que era acusado; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, a cuyo efecto alega que no se practicó una prueba admitida por el Juzgado; finalmente, estima que le ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en cuanto que el Juzgado de Instrucción rechazó el recurso de reforma con una interpretación legalista y opuesta al indicado derecho fundamental.

Delimitado así el objeto de la presente demanda de amparo es necesario, antes de entrar a examinar el fondo del asunto, dar respuesta a la alegación de inadmisibilidad del recurso, esgrimida por el Abogado del Estado.

2. Alega, en efecto, la Abogacía del Estado, que el recurso de amparo es inadmisibile, por incumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial previa establecido en el art. 44.1 a) LOTC. Ello sería así en la medida en que la autorización judicial de expulsión no supone directamente la expulsión del recurrente del territorio español, sino simplemente un requisito habilitante para que la Administración pueda dictar la orden de expulsión, resolución administrativa ésta susceptible de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que no cabe entender cumplido el requisito del art. 44.1 a) LOTC hasta que no se haya agotado la vía contencioso-administrativa contra la orden de expulsión que en su día pueda dictarse.

Según doctrina reiterada de este Tribunal, el respeto a la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo implica que esta vía sólo está abierta cuando el proceso judicial previo ha finalizado, pues, aparte de preservarse así la función principal y primaria que tienen los órganos

judiciales ordinarios en la defensa y protección de los derechos fundamentales, sólo una vez agotados los recursos utilizables dentro de la vía judicial podrá apreciarse adecuadamente en sede constitucional si se ha producido o no la infracción de los derechos fundamentales. La razón estriba en asegurar así que no se trae ante el Tribunal Constitucional ninguna lesión de un derecho fundamental mientras sea posible obtener remedio procesal ante los Tribunales ordinarios (SSTC 61/1983, de 11 de julio, 198/1993, de 14 de junio, 337/1993, de 15 de noviembre, 15/1996, de 30 de enero, 205/1997, de 25 de noviembre, y 18/1998, de 26 de enero, entre otras muchas).

Por ello hemos considerado prematuro el recurso de amparo interpuesto contra resoluciones dictadas en un proceso penal en tramitación, porque en tales casos las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales pueden y deben ser planteadas ante la jurisdicción penal en las distintas fases y momentos procesales aún pendientes (por todas, SSTC 174/1994, de 7 de junio, 196/1995, de 19 de diciembre, 63/1996, de 16 de abril, 54/1999, de 12 de abril, y 73/1999, de 26 de abril).

Mas no es éste el caso que no ocupa. En efecto, es cierto que la autorización del Juez penal para que la Administración pueda proceder a decretar la expulsión del extranjero no es óbice para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la ulterior decisión administrativa de expulsión (arts. 35 y 36 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y STC 115/1987), pudiendo incluso el Tribunal Contencioso-Administrativo que conoce de la orden de expulsión acordar la suspensión de la ejecución de la misma en tanto se resuelve el recurso, como indica la Abogacía del Estado. Pero ello no significa que la vía judicial no esté agotada en lo que se refiere a la intervención de la jurisdicción penal, pues el efecto procesal inmediato de la resolución judicial de autorización es precisamente la paralización, respecto al solicitante de amparo, de un procedimiento penal aún en fase de diligencias previas. Por consiguiente, el procedimiento en vía penal que conduce a la resolución judicial que autoriza a la Administración para decretar la expulsión produce para el recurrente el efecto jurídico de agotar la vía previa a efectos del amparo, pues cabalmente su pretensión consiste en que se continúe el procedimiento penal —en cuanto más garantista que el procedimiento administrativo— para la determinación de los hechos presuntamente delictivos que se le imputan.

Por tanto, debe entenderse cumplido en el presente caso el requisito del art. 44.1 a) LOTC, al dirigirse el recurso de amparo contra una resolución judicial definitiva en la vía penal, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid de 4 de abril de 1997 que desestima el recurso de reforma (e inadmite el subsidiario de apelación) interpuesto contra el precedente Auto de 17 de marzo de 1997 que autorizó la expulsión del recurrente del territorio español. Ciertamente es, no obstante (aunque ni el Ministerio Fiscal ni la Abogacía del Estado realizan objeción alguna al respecto), que el recurrente no interpuso recurso de queja contra el Auto de 4 de abril de 1997, como parece legalmente posible de conformidad con el art. 218 LECrim. Ahora bien, no por ello debe apreciarse la inadmisibilidad del recurso de amparo en aplicación del art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC, toda vez que en el referido Auto se señala que el mismo es firme y contra él no cabe recurso alguno. En consecuencia, la no interposición del recurso de queja sería un error excusable del recurrente, determinado por la indicación errónea de la notificación, error del órgano judicial que no puede producir efectos negativos en la esfera del justiciable (SSTC 54/1988, de 24 de marzo,

26/1991, de 11 de febrero, 114/1992, de 14 de septiembre, 169/1992, de 26 de octubre, 376/1993, de 20 de diciembre, 70/1996, de 24 de abril, y 128/1998, de 15 de junio, entre otras muchas).

3. Descartada la existencia de óbices procesales, resulta procedente entrar a examinar las quejas planteadas por el recurrente, para lo cual es conveniente precisar que la demanda parte de una premisa incorrecta, cual es la de calificar como sanción a la resolución judicial impugnada, que autoriza la expulsión del recurrente del territorio español. La autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración, y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional.

En efecto, este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 C.E. (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, 96/1995, de 19 de junio, y 182/1996, de 12 de noviembre).

Sin embargo, en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero «encartado», de conformidad con el primer párrafo del art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una «sanción» sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero «condenado» (prevista en el segundo párrafo de dicho artículo, que ha de entenderse modificado por el art. 89.1 del nuevo Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino «una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 2), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el art. 21.2, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 7/1985 (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y ATC 33/1997, de 10 de febrero), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia.

En primer lugar, el párrafo primero del art. 21.2 contempla el supuesto de que el Juez penal autorice la expulsión del extranjero encartado en un procedimiento penal por delitos menos graves (castigados con penas inferiores a seis años), cuando esté incurso en alguno de los supuestos contemplados en el art. 26.1 de la misma Ley, y ponderando las circunstancias del caso. En este procedimiento, pues, se sustituye la tramitación del proceso penal hasta su conclusión por la autorización judicial de expulsión, que habilita a la autoridad gubernativa para decretar dicha expulsión.

4. Debe finalmente tenerse en cuenta que los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad com-

petente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (arts. 13 y 19 C.E., SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, Berrehab, de 21 de junio de 1988, Moustaqim, de 18 de febrero de 1991, y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre.

Las STC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, han precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los arts. 13, 19 y 24 C.E., interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus arts. 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que «el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

Del referido precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: El primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo «las razones que le asisten en contra de su expulsión».

Si se cumplen esas garantías, cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión puedan ser delictivos (art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de Extranjería), intervención judicial que supone para este extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativa de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 21.2, párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal

en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre).

5. Sentadas las precisiones que anteceden, estamos en condiciones de dar respuesta a las concretas quejas expuestas por el recurrente. La primera cuestión suscitada es la relativa a la vulneración del principio acusatorio en las resoluciones impugnadas, que determinarían la violación del derecho de defensa del recurrente. Esta violación se habría producido al permitir que pueda imponerse al demandante de amparo una sanción (la expulsión del territorio español) sustitutiva de la eventual condena penal, sin que exista acusación formal en la causa por parte del Ministerio Fiscal, al hallarse el procedimiento penal en fase de diligencias previas. Esta queja debe abordarse conjuntamente con la relativa a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), ya que tiene idéntica fundamentación: Que la resolución judicial por la que se autoriza la expulsión se ha dictado en la fase de diligencias previas, en la que aún no ha quedado plenamente delimitada la legitimación pasiva del recurrente.

Dado que la Ley Orgánica 7/1985 condiciona la viabilidad de la solicitud de expulsión en los supuestos de «encartamiento» por delitos menos graves, una vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, nada impide que pueda resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas diligencias previas. En consecuencia, cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, una vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión del extranjero. Pues bien, como se desprende de los antecedentes, el hoy recurrente en amparo fue detenido en el Aeropuerto de Barajas el día 28 de diciembre de 1996 y puesto a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid el siguiente día 24; cuyo Juzgado acordó la apertura de diligencias previas por un presunto delito de falsificación de documentos oficiales (pasaportes), castigado en el art. 392 del Código Penal, decretando el Juzgado su puesta en libertad, con obligación de presentación quincenal, tras tomarle declaración en presencia de su Letrado. Es ésta la situación en que se encontraba cuando posteriormente (31 de enero de 1997) la Comisaría de Policía del Aeropuerto de Barajas solicitó del Juzgado de Instrucción autorización para proceder a su expulsión del territorio español.

6. La segunda de las quejas a examinar es la relativa a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), por haberse concedido la autorización judicial para la expulsión sin que haya existido prueba de cargo suficiente para imputar al recurrente la comisión de los delitos de falsificación de documento oficial e inmigración ilegal. La queja debe ser rechazada porque, como ya se dijo, la demanda de amparo parte de la premisa errónea de considerar como sanción a la autorización judicial de expulsión. El Auto impugnado no contiene una sanción, no es una manifestación

del *ius puniendi* del Estado, por lo que carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia.

El efecto procesal inmediato de la autorización judicial prevista en el art. 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/1985 es la paralización, respecto al demandante de amparo, de un procedimiento penal en fase de diligencias previas. El Juzgado de Instrucción autoriza, en efecto, a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión, y para ello se limita a verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no imputado en un proceso penal por delitos menos graves, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (arts. 21.2 y 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985). Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativa, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 7/1985 y STC 115/1987, de 7 de julio).

7. Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, el recurrente cifra su queja en la falta de práctica de una prueba propuesta en el escrito en el que solicitaba el sobreseimiento libre de la causa, prueba admitida por el Juzgado de Instrucción y consistente en requerir de la Oficina de Asilo y Refugio de Madrid la expedición de certificación relativa a la solicitud de asilo efectuada por los súbditos chinos retenidos en el aeropuerto de Barajas y que tendría —a su juicio— indudable trascendencia para determinar la culpabilidad o inocencia del recurrente, ya que se trata de demostrar que la finalidad de la entrada en España de los referidos súbditos chinos no era laboral, por lo que la conducta sería atípica penalmente.

La queja debe ser rechazada, pues, ante todo, no es cierto, frente a lo que se afirma en la demanda, que la práctica de la mencionada diligencia probatoria fuese admitida por el Juzgado. Por el contrario, de las actuaciones resulta que el Juzgado de Instrucción acordó no haber lugar a la prueba solicitada, sin perjuicio de lo que resultase procedente en otro momento procesal, mediante providencia de 11 de enero de 1997, sin que esta resolución fuese impugnada por el recurrente. Pero, sobre todo, como ya se dijo, la queja adolece de la confusión de la naturaleza jurídica del Auto judicial que se impugna: No es una sanción, sino la autorización para que se acuerde la expulsión.

8. El último motivo de amparo invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 C.E. Esta vulneración se habría producido al fundarse la autorización judicial de expulsión en una interpretación excesivamente legalista de los arts. 21.2 y 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

Así planteada, la queja debe ser rechazada. En efecto, la interpretación dada por el Juzgado de Instrucción a los arts. 21.2, párrafo primero, y 26.1 c) de la Ley Orgánica 7/1985, no puede tildarse de arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, lo que veda su revisión en amparo al Tribunal Constitucional, que no es una segunda instancia, conforme hemos señalado en reiterada doctrina (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, 55/1993, de 15 de febrero, 180/1993, de 31 de mayo, 28/1994, de 27 de enero, 203/1994, de 11 de julio, 301/1994, de 14 de noviembre, 58/1997, de 18 de marzo, y 60/1999, de 12 de abril, entre otras muchas). En definitiva, el recurrente ha obtenido una decisión judicial fundada en Derecho y razonable, aunque fuere contraria a sus pretensiones, lo que satisface el contenido del

derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 C.E. reconoce (por todas, SSTC 213/1990, de diciembre, 120/1993, de 19 de abril, y 17/1999, de 22 de febrero).

Por lo demás, el efecto de tal autorización es el de permitir la continuación o, en su caso, resolución de un expediente administrativo que puede ser fiscalizado mediante el oportuno recurso en vía contencioso-administrativa, como expresamente se advierte en el art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Jianquin Ye.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

**4206** *Sala Primera. STC 25/2000, de 31 de enero de 2000. Recurso de amparo 2768/97. Promovido por don Sabino Dopico Fraguera respecto a los Autos de la Audiencia Provincial de A Coruña que denegaron su petición de que se suspendiera la ejecución de la pena de prisión impuesta por un delito de homicidio frustrado. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: motivación de la resolución que acuerda sobre la ejecución de una pena de prisión, cuando el reo alega padecer una enfermedad muy grave e incurable.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.768/97, promovido por don Sabino Dopico Fraguera representado por el Procurador don Manuel Infante Sánchez, y asistido por el Letrado don Felipe Campos Miranda, contra los Autos de 4 de febrero y 29 de mayo de 1997, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al recurrente. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de junio de 1997, don Manuel Infante Sánchez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Sabino Dopico Fraguera, interpuso recurso de amparo,

turnado con el núm. 2.768/97, contra los Autos referidos en el encabezamiento, que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente.

2. Los hechos más relevantes para la presente demanda son los siguientes.

a) El recurrente fue condenado por la Audiencia Provincial de A Coruña en Sentencia de 14 de enero de 1995 como autor de un delito de homicidio frustrado, del art. 407 en relación con el art. 3 del Código Penal (en adelante C.P.), texto refundido 1973, a la pena de seis años y un día de prisión mayor. Interpuesto recurso de casación, se declaró no haber lugar al mismo por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996. Asimismo el Gobierno denegó el indulto instado por Resolución del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1996.

b) El recurrente solicitó de la Audiencia Provincial de A Coruña la suspensión de la ejecución de la pena conforme al art. 80.4 C.P. de 1995, alegando padecer una enfermedad muy grave e incurable y los efectos negativos que el ingreso en prisión tendría para su enfermedad, avalando todo ello con distintos informes médicos.

c) La Audiencia Provincial denegó la suspensión mediante Auto de 4 de febrero de 1997 con el siguiente fundamento jurídico único: «Dada la entidad del delito (homicidio en grado de frustración) por el que fue condenado Sabino Dopico Fraguera, que el Consejo de Ministros, por resolución de fecha 31 de octubre pasado, deniega el indulto solicitado, y que en el expediente tramitado al efecto ya alega los padecimientos que sufre el penado, no procede acceder a la suspensión de la ejecución de la pena».

d) Interpuesto recurso de súplica, la Audiencia Provincial solicitó informe del médico forense de reconocimiento del condenado, en particular, sobre la enfermedad que padece, tratamiento al que está sometido, en su caso, y tiempo de curación estimado. En el informe forense consta: que el condenado padece una enfermedad crónica e irreversible —artereopatía periférica obliterante en miembros inferiores, insuficiencia venosa crónica y diabetes mellitus— y que su patología puede empeorar por el estrés o ansiedad, siendo el pronóstico sombrío, porque, dado el cuadro ansioso depresivo que padece el sujeto debido a su situación personal, se vislumbra poco éxito en la curación y posibilidad de intervención quirúrgica. En los otros informes médicos aportados consta que la artereopatía le provoca edema en las extremidades, dolores, pérdida de movilidad en articulaciones y heridas al mínimo roce, siendo posible la necesidad de operación quirúrgica para amputación de las zonas afectadas si se produce gangrena, pues existe riesgo de que ésta se genere ya que la enfermedad se ha agravado en los últimos seis años debido a la diabetes.

e) La Audiencia Provincial por Auto de 29 de mayo de 1997, desestimó el recurso de súplica con el siguiente fundamento jurídico único: «Debe ser rechazado el recurso ahora interpuesto, pues resulta evidente que ninguna infracción se ha venido a cometer con la resolución atacada, ya que el penado no se encuentra incurso dentro de los supuestos y requisitos prevenidos en los arts. 80 y 81 C.P. para la concesión de la suspensión de condena, y ninguna infracción de precepto alguno se ha venido a causar con aquella resolución, ni que la referencia genérica a preceptos constitucionales, como hace la parte recurrente, pueda tener virtualidad alguna, máxime cuando de los informes aportados no parece desprenderse circunstancia alguna que pueda hacer merecedor al penado de la inejecución que insta, pues el estrés y la angustia que puede provocar el régimen de prisión forma parte del carácter aflictivo que infunde toda pena,