|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 180/2015 |
| Fecha | de 3 de noviembre de 2015 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 7231-2014 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 7231-2014 |
| Fallo | Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7231-2014 planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 1 de diciembre de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, al que se acompaña, junto con las actuaciones originales del correspondiente procedimiento, el Auto de 24 de septiembre de 2014 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 89.1 del Código penal (CP), en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por posible vulneración de los arts. 18, 25 y 9 CE.

2. Los antecedentes de hecho de la cuestión son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Tarragona de 2 de noviembre de 2012, en el procedimiento abreviado 282-2009, se condenó al acusado como autor de un delito de falsedad en documento oficial con la concurrencia de la atenuante cualificada de dilaciones indebidas a la pena de cinco meses de prisión y cinco meses de multa con una cuota diaria de cuatro euros, con responsabilidad personal subsidiaria en su caso. En el fallo se ordenaba la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el plazo de cinco años conforme a lo dispuesto en el art. 89 CP, pues no existió acreditación del arraigo en territorio español.

b) La Sentencia fue recurrida en apelación —rollo 1155-2012-EV— exclusivamente en lo relativo a la sustitución de la pena por la expulsión, acompañando al recurso prueba documental, que se aceptó por Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 11 de febrero de 2013, en tanto que referida a la decisión sustitutiva de la pena por expulsión y al amparo de la previsión de audiencia diferida del art. 89.1, inciso 2 CP. En el Auto se acordó asimismo celebrar vista, que tuvo lugar el 28 de febrero de 2013.

c) Celebrada la vista, donde quedó acreditado el sólido arraigo en España del condenado, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona dictó providencia 1 de marzo de 2013 por la que acordó dar trámite de alegaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal acerca de la pertinencia de promover cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 89.1 CP, en la redacción operada por la Ley Orgánica 5/2010, por si “al establecer como único criterio para la denegación de la expulsión sustitutiva que se identifiquen ‘razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España’ podría vulnerar el artículo 18 CE —en su dimensión de derecho a la vida privada y familiar—; el artículo 25 CE —en cuanto garantiza el respeto de la pena al principio de resocialización—; el artículo 9 CE —en la medida en que previene el principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder púbico y del correlativo sometimiento de todos los agentes públicos a la Constitución y, per relationem, a los Tratados internacionales que en materia de derechos fundamentales hayan sido ratificados por España—; y el artículo 10.1 y 2 CE en relación, por un lado, con el derecho a la dignidad personal y, por otro, el derecho a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8 CEDH a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta el contenido reaccional del referido derecho convencional”.

d) El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 7 de marzo de 2013, alegó que no se oponía al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, tras limitar su informe al análisis del cumplimiento de los requisitos formales y reservarse el pronunciamiento sobre el fondo para el momento procesal adecuado.

e) La representación procesal del condenado formuló alegaciones en escrito de 20 de marzo de 2013, donde manifestó su adhesión a la oportunidad de promover la cuestión de inconstitucionalidad por entender que se cumplen las condiciones procesales y materiales para su interposición. Sostiene que el precepto cuestionado, además de los derechos reseñados en la providencia, vulnera el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE en relación directa con el art. 17.1 CE al otorgar a los extranjeros en situación irregular un tratamiento discriminatorio en el modo de ejecutar las sentencias condenatorias en el ámbito penal.

f) Tras celebrarse vista el 8 de abril en el que las partes ratificaron el contenido de sus escritos, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, por Auto de 24 de septiembre de 2014, planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 89.1 CP en lo referido a la previsión como único criterio para denegar la expulsión de extranjero en situación irregular en España condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años que se identifiquen “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

El Auto comienza justificando la decisión de plantear la cuestión a pesar de haber constatado que el arraigo del condenado hacía absolutamente desproporcionada la expulsión y que lo indicado era sustituir o suspender la pena de prisión así como de conocer que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aboga por atender a las circunstancias personales del penado de conformidad con las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). La razón que se aduce es que, en la reforma del art. 89.1 CP introducida por la Ley Orgánica 5/2010, el legislador “hace caso omiso al Tribunal Supremo, al Tribunal Constitucional, al menos a su sentencia 146/2009, y a una reiterada doctrina del TEDH” y patentiza una voluntad expresa contraria a incluir las consideraciones exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para acordar la expulsión del territorio nacional.

La Sala parte de que la aplicación del art. 89.1 CP conduce a la expulsión, pues se dan los dos requisitos legales que contempla: (i) que la pena de prisión sea inferior a seis años y (ii) que no hay razones para su cumplimiento en centro penitenciario en España, sin que el nivel de arraigo se considere una razón justificativa para el cumplimiento en centro penitenciario, pues la pena debe ser suspendida o sustituida por medidas menos aflictivas. Esa consecuencia —sigue diciendo el órgano judicial— resulta constitucionalmente inaceptable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el estándar de adecuación de la medida de expulsión con el derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar, que entiende recibida de forma expresa en la STC 140/2009, citando además la STC 236/2007, el Voto particular a la STC 186/2013 y la STC 46/2014. Y ello porque el precepto impide toda valoración de las circunstancias personales, sociales, familiares de la persona condenada cuando no concurren razones que justifiquen cumplir la pena en centro penitenciario en España al ordenar la consecuencia de expulsión del condenado.

Sentado lo anterior, la Sala plantea si, como jueces ordinarios, pueden “reparar dicha disfunción prescriptiva mediante una interpretación constitucionalmente adecuadora” y, tras un extenso estudio del espacio de libertad del legislador, las condiciones que impone la Constitución a la intervención legislativa jurídico-penal y los límites que el principio democrático impone a la interpretación judicial de la norma penal conforme y orientada a la Constitución, concluye que esa tarea desborda su papel en tanto la interpretación reductora del precepto penal elude el texto normativo y es en realidad reconfiguradora o alternativa. La razón que aduce es que, en la reforma del art. 89.1 CP introducida por la Ley Orgánica 5/2010, el legislador “hace caso omiso al Tribunal Supremo, al Tribunal Constitucional, al menos a su sentencia 146/2009, y a una reiterada doctrina del TEDH” y patentiza una voluntad expresa contraria a incluir las consideraciones exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para acordar la expulsión del territorio nacional.

A partir de ambas aseveraciones, la Sala estima que las exigencias de protección constitucional (arts. 18, 25 y 9 CE en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) reclaman introducir como elementos valorativos de la decisión de expulsar los marcadores de arraigo en el país de la persona y que, en la medida en que el art. 89.1 CP no lo permite por renuncia expresa del legislador de 2010, es inconstitucional, sin que “la reparación normativa” que evite esa contrariedad a la Constitución esté a disposición de los jueces ordinarios.

El Auto de planteamiento termina con una referencia al juicio de relevancia procesal, donde el órgano judicial se limita a señalar la oportunidad del momento procesal en el que se plantea conforme al art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

3. Por providencia de 23 de junio de 2015, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuera notoriamente infundada.

4. La Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 7 de septiembre de 2015, interesando su inadmisión desde dos alternativas. Bien de conformidad con los arts. 37.1 y 35.2 LOTC, ya que, como consecuencia de la modificación operada en la norma cuestionada por la Ley Orgánica 1/2015, ha decaído el objeto de la cuestión porque la norma vigente no vulnera ninguno de los preceptos constitucionales que se invocan en el Auto de planteamiento. Bien por tratarse de una cuestión notoriamente infundada en aplicación de lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC.

La Fiscal General expone que, conforme a la redacción dada al art. 89 CP por la Ley Orgánica 1/2015, sólo son sustituibles por la expulsión del territorio nacional las penas de prisión superiores a un año y siempre que no resulte desproporcionada, para lo que debe atenderse a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, previéndose una Audiencia específica con objeto de determinar tales circunstancias si no pudo hacerse en el proceso. A la luz de tales elementos concluye que ha decaído el objeto de la presente cuestión, pues, en el momento de dictarse la Sentencia que resuelva el recurso de apelación, “no puede mantenerse la sustitución acordada en la primera instancia, porque las penas impuestas, por razón de su naturaleza y duración, no son susceptibles de sustitución por la expulsión y, en el caso de que la misma pudiera acordarse, únicamente podría adoptarse dicha decisión si, tras la audiencia celebrada, la expulsión no resultara desproporcionada tomando en consideración las circunstancias del hecho y las personales del recurrente, entre las que debe atenderse especialmente al arraigo que el mismo tuviera en España”.

Con independencia de lo anterior, la Fiscal General del Estado defiende que la cuestión carece de fundamento también en relación con el precepto cuestionado en su redacción procedente de la Ley Orgánica 5/2010 con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el carácter notoriamente infundado de las cuestiones que se apoyan en interpretaciones arbitrarias, irrazonables o apartadas de las comúnmente realizadas por los Tribunales de Justicia o las que el Tribunal considere a limine inviables. A su entender, es posible una interpretación del art. 89.1 CP que, con respeto a su tenor literal, le otorgue un significado compatible con la Constitución, tal y como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han alumbrado. En particular aduce dos razones en apoyo de tal comprensión. De un lado y por mor del principio de legalidad penal, al interpretar la alusión del art. 89.1 CP a “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”, habrá de tenerse en cuenta todo el régimen legal de cumplimiento de las penas privativas de libertad, incluida la previsión de suspensión de la ejecución, que es de aplicación también cuando el penado sea extranjero y que impide la expulsión cuando dicha forma de cumplimiento sea de aplicación por efecto del art. 25.2 CE. De otro lado y desde la consideración de la expulsión de extranjeros condenados por la comisión de un delito como medida de seguridad (art. 96.3.2 CP), rechaza una aplicación automática de la expulsión si no procede cumplir condena en un centro penitenciario español, pues deben respetarse los presupuestos legales de las medidas de seguridad (art. 95.1 CP: comisión de un delito y pronóstico de reincidencia) y la exigencia de que a la hora de sustituir una medida de seguridad por expulsión se atienda a si está justificada la procedencia del cumplimiento de la medida en España en general, y no sólo en un centro penitenciario.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 89.1 del Código penal (CP), en su redacción conforme a la Ley Orgánica 5/2010, por posible vulneración de los arts. 18, 25 y 9 CE. Dicho precepto establecía que “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

El órgano judicial considera que esa norma obliga a sustituir la pena de prisión impuesta a un extranjero sin residencia legal siempre que la pena no exceda de los seis años y no existan razones que justifiquen su cumplimiento en un centro penitenciario en España, sin atender al arraigo que pudiera tener en España como exigiría el respeto a los derechos invocados.

La Fiscal General del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), considera que la cuestión no debería ser admitida a trámite, pues ha decaído el objeto de la cuestión y, en todo caso, se asienta en una interpretación insostenible del precepto que atiende sólo a su tenor literal.

2. El art. 37.1 LOTC contempla la posibilidad de que el Tribunal rechace, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Ambas circunstancias concurren en el presente caso.

3. Como advierte la Fiscal General del Estado, la entrada en vigor el 1 de julio de 2015 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto la modificación de la redacción cuestionada del art. 89.1 CP proveniente de la Ley Orgánica 5/2010. Ello obliga a analizar si esa modificación legal sufrida por el precepto con posterioridad a plantearse la cuestión puede dar lugar a la desaparición sobrevenida del objeto de este procedimiento. El vigente art. 89 CP, en lo que aquí interesa, dispone:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español.

…

3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.”

Al respecto este Tribunal ha insistido en que, “a diferencia de lo que sucede en los recursos de inconstitucionalidad, en los que, como regla general y salvo que se trate de una controversia competencial, la derogación de la norma legal impugnada supone la pérdida de objeto del proceso (por todas, SSTC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3), en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 3; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, entre otras muchas)” (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 2).

Habrá de examinarse entonces la aplicabilidad del derogado y aquí cuestionado art. 89.1 CP en relación con la vigente redacción del precepto, teniendo en cuenta del principio de retroactividad de la ley penal más favorable acogido en el art. 2.2 CP con carácter general y en las disposiciones transitorias primera y tercera de la propia Ley Orgánica 1/2015 con carácter particular. Conforme a estas últimas, se aplicará la nueva Ley “una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor” y “en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo”.

Ya una primera lectura de los números uno, tres y cuatro del actual art. 89 CP más arriba transcritos evidencia, sin ulterior esfuerzo, que la nueva regulación no contempla la sustitución por expulsión de las penas de prisión inferiores a un año y obliga en todo caso a analizar la proporcionalidad de la medida, para lo que se señala como criterio preferente el arraigo del condenado, sobre el que deberá discutirse en el procedimiento. A tenor de tales pronunciamientos, hay que dar la razón a la Fiscal General del Estado cuando opone a la admisión de la presente cuestión el hecho de que el actual art. 89 CP impedirá que, en el momento de dictarse sentencia para resolver el recurso de apelación se mantenga la sustitución por expulsión de la pena de cinco meses de prisión y multa acordada en la instancia e impugnada por el apelante. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, esas penas no son susceptibles de sustitución por la expulsión por razón de su naturaleza y duración y, en todo caso, dicha decisión está condicionada a que no resulte desproporcionada en atención a las circunstancias del hecho y personales del autor, entre las que se atenderá especialmente al arraigo del autor, que en el presente caso se consideró probado por el órgano judicial proponente.

En definitiva, sería improcedente que la Audiencia Provincial pueda resolver el recurso de apelación mediante la aplicación del art. 89.1 CP en la redacción vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, lo que implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional, que determina su extinción, pues plantea, en su caso, un juicio de constitucionalidad sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 6/2010, de 7 de mayo, FJ 3, con ulteriores referencias).

4. Al margen de la falta de relevancia sobrevenida del precepto cuestionado, también la falta de fundamento de la cuestión conduce a su rechazo. Subraya la doctrina constitucional que “el concepto de ‘cuestión notoriamente infundada’ no es concebido como un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad que traslada el órgano judicial, sino que esta expresión legal encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar a este Tribunal un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulta aplicable la norma cuestionada (AATC 180/2011, de 13 de diciembre, FJ 5; 119/2012, de 5 de junio, FJ 3;162/2012, de 13 de septiembre, FJ 2; y 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 2)” (ATC 43/2014, de 12 de febrero). Esta falta notoria de fundamento concurrirá “cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada … es manifiestamente constitucional” (STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 3; AATC 206/2009, de 30 de junio, 250/2014, de 21 de octubre, y 60/2015, de 17 de marzo, entre otros muchos). Expresamente este Tribunal ha considerado notoriamente infundadas, “no sólo las cuestiones de inconstitucionalidad que carecen de toda motivación, sino también aquellas en las que el órgano judicial ha efectuado una interpretación del precepto legal cuestionado arbitraria o irrazonable o simplemente que se aparta de la comúnmente realizada por los Tribunales de Justicia y las que el Tribunal considera a limine inviables” (AATC 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 3, y 84/2013, de 23 de abril, FJ 2).

La puesta en relación de esta doctrina con el planteamiento adoptado al proponer la cuestión revela que nos encontramos ante una cuestión notoriamente infundada, pues el precepto controvertido es susceptible de una evidente interpretación conforme a la Constitución, generalizada en la práctica judicial y en la doctrina, que no desborda el tenor literal del precepto, como reconoce el propio órgano proponente. De hecho, la Audiencia no duda acerca de cuál es la interpretación conforme y orientada a la Constitución y es consciente, además, de que es la interpretación auspiciada por este Tribunal en materia de expulsión en general (SSTC 242/1994, de 20 de julio, FFJJ 6 y 7; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4, y 140/2009, de 15 de junio, FJ 6) y por el Tribunal Supremo sobre la expulsión penal sustitutiva en particular. Cabe apuntar que la doctrina de este último Tribunal al respecto arranca ya de 2004 (así ya en la STS 8 de julio de 2004) y establece que para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego siempre se debe dar audiencia al penado (aunque la redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 no la recogiera) para valorar de manera correcta las concretas circunstancias del penado, laborales, arraigo y situación familiar, lo que condujo a que la inmensa mayoría de juzgados y tribunales no aplicaran de manera automática la medida. La Sala podía haber acomodado por vía interpretativa el precepto aplicable con tan sólo entender que la audiencia prevista legalmente para decidir sobre la expulsión permite dar cauce a las circunstancias personales y de arraigo del condenado que, conforme a la norma cuestionada, deben tener efectos excluyentes de la expulsión en tanto supongan “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”. La finalidad de los procesos de inconstitucionalidad es la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que se hallen en franca contradicción con la Constitución, y no la anulación de un determinado modo de interpretarlas, incluso por muy sólido que éste sea, cuando aquéllas ofrecen otras significaciones posibles; en este caso la interpretación prácticamente unánime, que, a partir de los mismos elementos normativos, permite llegar a conclusiones opuestas a las que sustenta el órgano judicial proponente.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7231-2014 planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil quince.