|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 106/1997 |
| Fecha | de 17 de abril de 1997 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don José Vicente Gimeno Sendra, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Pablo García Manzano. |
| Núm. de registro | 4614-1996 |
| Asunto | Recurso de amparo 4.614/1996 |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 16 de diciembre de 1996 y registrado en este Tribunal el día 19 de ese mismo mes y año, la Procuradora de los Tribunales doña Irene Cuevas Aranda, en nombre y representación de don Alexander Bustos Luján, interpuesto recurso de amparo contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento, la última de las cuales le había sido notificada con fecha 21 de noviembre de 1996.

2. El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) El señor Bustos Luján fue condenado como autor responsable de un delito de contrabando y de un delito contra la salud pública a la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor y multa de 1.000.000 de pesetas por el primero de esos delitos, y a la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor y multa de 2.000.000 de pesetas por el segundo. Todo ello por Sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 1996.

b) Con fecha de 4 de octubre de 1996, la representación del solicitante de amparo dirigió un escrito a la Sala en el que, no obstante de haberse conformado con el fallo antes descrito, sostenía que debía aplicársele el nuevo Código Penal, en tanto que ley más favorable, en lo relativo a la sustitución de las penas privativas de libertad que le habían sido impuestas por la expulsión del penado del territorio nacional, según lo dispuesto en el art. 21.2.2.º de la L.O. 7/1985, de 1 de julio (Ley de Extranjería), y en el art. 106.1 del R.D. 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobó su reglamento de desarrollo.

c) Por providencia de 11 de noviembre de 1996, la Sala declaró no haber lugar a lo solicitado. Presentado contra dicha providencia recurso de súplica, en el que ya se invocaba la vulneración de los arts. 24.1 y 25.2 C.E., fue desestimado por Auto de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 1996, notificado a la representación del recurrente el día 21 de ese mismo mes y año.

3. Se aduce en la demanda que las resoluciones recurridas han vulnerado los derechos del actor a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la resocialización y rehabilitación social, al no haber concedido al señor Bustos Luján la expulsión del territorio nacional solicitada en sustitución de las penas privativas de libertad a las que fue condenado, basándose para dicha negativa en una motivación que, a juicio del demandante, no puede considerarse fundada en Derecho dado que la alusión a la «alarma social» provocada por los delitos por él cometidos y a la gravedad de los mismos, si bien pudiera tener algún sentido en el momento de decretar la prisión provisional a que fue sometido, carecería por completo de justificación una vez dictada condena; y la referencia a la discriminación que padecerían los súbditos españoles condenados por esos mismos delitos a lo que conduciría es a vaciar de contenido el art. 89 del nuevo C.P. sin haber planteado previamente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 14 C.E.

En consecuencia, se pide a este Tribunal que anule las resoluciones recurridas.

4. Por providencia de 5 de marzo de 1997, la Sección tuvo por recibido el precedente escrito y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, acordó conceder al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo un plazo de diez días para que formulasen cuantas alegaciones estimaran convenientes en relación con la posible existencia del siguiente motivo de inadmisión: carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal Constitucional, de conformidad con lo prevenido en el art. 50.1 c) de la LOTC.

5. La representación del demandante de amparo evacuó dicho trámite por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 18 de marzo de 1997 y registrado en este Tribunal el día 21 de ese mismo mes y ano, en él sustancialmente reproducía las alegaciones ya formuladas en la demanda.

6. Por su parte, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional concluía su escrito de fecha 25 de marzo de 1997 interesando la inadmisión del presente recurso por falta de contenido constitucional de las cuestiones propuestas en el mismo, ya que, a su juicio, la efectiva carencia de motivación de la primera resolución recaída en forma de providencia no causó al actor indefensión alguna al haber sido subsanada por el posterior Auto de la Sala de 19 de noviembre de 1996, cuya fundamentación estima el Ministerio Fiscal ajustada a Derecho tanto desde el punto de vista formal como desde una perspectiva de justicia material.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 89.1 del nuevo Código Penal de 1995 establece lo siguiente: «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oir previamente al penado».

Este precepto ha venido a derogar la disposición contenida en el art. 21.2.2.º de la L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades del extranjero en España, a cuyo tenor «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta». Así se desprende de la previsión contenida en el apartado 2 de la Disposición derogatoria única del Código Penal de 1995 -«quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código»-, toda vez que el art. 89 del nuevo C.P. viene de un lado a ampliar las posibilidades de sustitución de la pena de hasta seis años de privación de libertad impuesta a un extranjero por la medida de expulsión del mismo del territorio nacional, ya que no se exige para ello que se asegure el cumplimiento de las responsabilidades civiles, y de otro lado la restringe, en comparación con el modelo anterior de la L.O. 7/1985, a los extranjeros no residentes legalmente en España.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de amparo debe, pues, ceñirse -no obstante la alusión en la demanda al art. 21.2.2.º de la L.O. 7/1985- a determinar si las resoluciones recurridas han vulnerado o no los derechos del actor a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la reeducación y reinserción social al no haber sustituido la pena privativa de libertad que le fue impuesta por Sentencia firme dictada de conformidad por su expulsión del territorio nacional.

2. Planteado en los indicados términos el objeto del presente recurso, ha de comenzarse por rechazar la pretensión del recurrente de que la negativa del órgano judicial a sustituir la pena privativa de libertad que le fue impuesta por su expulsión del territorio nacional haya supuesto la lesión de su derecho a la reeducación y reinserción social. Y ello no sólo debido a la constante jurisprudencia dictada por este Tribunal en el sentido de que el art. 25.2 C.E. no establece un derecho susceptible de ser invocado en vía de amparo constitucionalmente sino, simplemente, una orientación dirigida al legislador penal (SSTC 2/1987 y 28/1988 y AATC 15/1984, 486/1985, 1.112/1988 y 360/1990, entre otras muchas), sino, más precisamente, porque la medida de suspensión solicitada por el demandante de amparo no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena -lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el art. 33 del Código Penal de 1995-, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Por último, aunque no en último lugar, debe recordarse que la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas (por todas, SSTC 19/1988 y 119/1996 y ATC 360/1990) y que, en particular, debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reafirmación del ordenamiento jurídico. Lo que, por otra parte, no es evidente que haya sucedido en el caso de autos, toda vez que no hay base suficiente para sostener que la expulsión del recurrente del territorio nacional hubiera sido más adecuada, desde el punto de vista preventivo-especial, que su mantenimiento en prisión con la consiguiente posibilidad de acceso a los efectos del tratamiento penitenciario.

3. Una vez descartada la aducida lesión del art. 25.2 C.E., procede examinar la supuesta quiebra del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que ha de entenderse relacionada en la demanda con la también alegada vulneración de su derecho a la libertad, por falta de motivación fundada en Derecho del Auto de la Audiencia por el que se le denegó la sustitución de la pena privativa de libertad que le había sido impuesta por la medida de expulsión del territorio nacional.

Por más que en alguna otra ocasión haya declarado este Tribunal (por todas, STC 2/1987) que el condenado por Sentencia firme a pena de prisión no puede razonablemente invocar como lesionado su derecho a la libertad por la simple razón de que el contenido esencial de tal derecho se ha visto negado por el fallo condenatorio, resulta innegable que, en el caso de autos, la oposición manifestada por el órgano judicial respecto de la sustitución de la pena de esa índole, recaída sobre el recurrente, por la medida de expulsión del territorio nacional a que se refiere el art. 89.1 del nuevo C.P., afecta a su libertad personal en el medida en que, de haberle sido concedida dicha expulsión, su excarcelación habría sido inmediata.

Debe, por consiguiente, reiterarse en este punto la doctrina sentada por este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que afectan a derechos fundamentales y, más concretamente al contenido en el art. 17.1 C.E., en el sentido de que toda denegación de acceso a la libertad debe ir acompañada de una precisión de las razones legales conducentes a dicha negativa, a fin de que el afectado pueda conocerlas «so pena de incurrir el órgano judicial... en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada» (por todas, STC 154/1995, fundamento jurídico 4.º).

Frente a ello no cabe aducir que el art. 89.1 del nuevo C.P. confiere a los Jueces y Tribunales la facultad discrecional de sustituir o no -siempre y cuando concurran los requisitos objetivos establecidos en esa norma respecto de la duración máxima de la pena privativa de libertad impuesta al extranjero y de su no residencia legal en España- la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional. Pues, como también ha dicho este Tribunal en relación con un caso semejante aunque no idéntico -ya que se trataba de una resolución denegatoria de la remisión condicional de la pena-, lo que no quita para que tal afirmación sea perfectamente trasladable al presente asunto, «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionada estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad» (STC 224/1992, fundamento jurídico 3.º).

4. Lo que en verdad aduce el recurrente no es falta de motivación por parte del Auto recurrido en amparo, sino que lo que discute es la fundamentación que en el mismo se ofrece para explicar la decisión judicial contraria a la aplicación de lo prevenido en el art. 89.1 C.E., por considerarla no fundada en Derecho.

5. Incumbe a este Tribunal, en lo tocante a la motivación contenida en el Auto de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 1996, tan sólo examinar si la misma es manifiestamente irrazonable o arbitraria.

En el razonamiento jurídico primero del referido Auto, tras señalarse que tanto el art. 21.2 de la L.O. 7/1985 como el art. 89.1 del nuevo Código Penal dejan «a la discrecionalidad del Juez o Tribunal la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional», no obstante lo cual esa facultad dispositiva, desprovista de todo carácter preceptivo, «debe ser ejercitada con ponderación de cuantas circunstancias concurren en el caso de autos», se dice textualmente lo siguiente: es «precisamente esa valoración particular de las circunstancias de este procedimiento, el de la naturaleza y gravedad de los delitos objeto de condena, salud pública y contrabando, de la alarma social que los mismos comportan, así como de la discriminación que, para los numerosos españoles que sufren prisión precisamente por estos tipos delictivos, representa que se dé a los extranjeros un trato de favor con la sustitución de las penas por la expulsión del territorio nacional, las que llevan a este Tribunal a no considerar pertinente tal sustitución de penas, las cuales, además, representan la posibilidad de someter al penado a un proceso de rehabilitación y reeducación que le preparen para su vida en libertad».

Ante tal motivación no puede sino concluirse que el órgano judicial basó su decisión de no aplicar al recurrente el art. 89.1 del nuevo C.P. en el resultado de una correcta ponderación de las necesidades preventivo-generales -en las que, frente a lo que se mantiene en la demanda de amparo, es perfectamente encuadrable el criterio de «alarma social», entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave- y preventivo-especiales concurrentes en el caso de autos, sin que, por ello mismo, quepa calificarla de manifiestamente irrazonable o de arbitraria. Ni siquiera la alusión a la «discriminación» que la expulsión del recurrente supondría respecto de otros presos condenados por delitos de la misma índole que, por su condición de españoles, no pueden ser expulsados del territorio nacional, merece la lectura que le ha dado el solicitante de amparo. Ciertamente que, desvinculada de su contexto, tal afirmación vendría a vaciar de contenido al art. 89.1 del nuevo C.P., toda vez que dicho precepto permite establecer un trato punitivo desigual -de carácter favorable- para los extranjeros no residentes legalmente en España, en comparación con los españoles que cometieren esos mismos delitos. Mas, leída en relación con el resto del razonamiento, lo que viene a indicar es que tal situación no estaría legalmente justificada de procederse a una aplicación «indiscriminada» de la medida de expulsión, por el simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero no residente legalmente en España, lo que no cabe predicar el Auto recurrido.

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo.

Madrid, a diecisiete de abril de mil novecientos noventa y siete.