|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 33/1997 |
| Fecha | de 10 de febrero de 1997 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don Pedro Cruz Villalón y don Enrique Ruiz Vadillo. |
| Núm. de registro | 3183-1995 |
| Asunto | Recurso de amparo 3.183/1995 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir la presente demanda de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito presentado en este Tribunal el día 4 de septiembre de 1995, don Olier Antonio Silva Mendes impugna Auto de 27 de julio 1995 de la Audiencia Provincial de Cáceres, que desestima recurso de súplica contra otro de 17 de junio de 1995 por el que se deniega solicitud de expulsión del territorio nacional.

2. Por providencia de 11 de septiembre de 1995 se requirió al recurrente para que compareciese con Abogado y Procurador o solicitase su designación de oficio. Presentada la correspondiente solicitud, por providencia de 23 de octubre de 1995 se ordenó que se procediese a tal designación. Una vez realizada, por otra de 20 de noviembre de 1995, se concedió un plazo de veinte días para que formulara la correspondiente demanda de amparo, dentro del cual se alegó que, para ello, era necesario contar con la totalidad de las actuaciones judiciales. De conformidad con lo prevenido en el art. 88 LOTC, la Sección requirió, por providencia de 11 de diciembre de 1995, a la Audiencia Provincial de Cáceres y al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Coria, para que, en el plazo de diez días, remitiesen testimonio dei rollo de apelación y procedimiento abreviado correspondientes. Una vez recibidos, el 19 de febrero de 1996, se concedió nuevo plazo de veinte días para formular demanda, lo que se hizo por escrito presentado el 12 de marzo de 1996.

3. El recurso de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes de hecho:

a) El demandante fue juzgado por un delito calificado por el Ministerio Fiscal de tráfico de drogas, por el que se solicitaba una pena de seis años y un día de prisión mayor y multa, sí bien, celebrado el juicio, modificó tales conclusiones, en el sentido de solicitar una pena de cuatro años, dos meses y un día, a lo que el acusado mostró su conformidad.

b) La Sentencia lo condena como autor de un delito sancionado en el inciso final del art. 344 C.P., tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud, penado con arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa. Pero le impuso la pena establecida en el art. 344 bis a) al concurrir la circunstancia de tratarse de una cantidad de notoria importancia, por lo que le corresponde la pena superior en grado, o sea, la de prisión menor en grado máximo a prisión mayor en grado medio. Concretamente, fue condenado a cuatro años, dos meses y un día (prisión menor en grado máximo) y multa, existiendo conformidad entre él y el Ministerio Fiscal.

c) El recurrente solicitó que se le aplicase lo establecido en el art. 21.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (L.O.D.L.E.E.), al haber sido condenado a una pena de prisión menor. La Audiencia, en un primer momento se declaró incompetente, pero, al resolver la súplica, entró a conocer del fondo del asunto, desestimando la petición por considerar que la expulsión es sólo procedente en los casos en que se condena por delitos menos graves, entendiendo por tales «los castigados con pena igual o inferior a prisión menor, siempre partiendo de la pena en abstracto que correspondía al delito por el que han sido condenados con independencia de la pena concretamente impuesta», al no concurrir ello en este caso, en el que la pena procedente por el delito por el que se le condena es la de prisión menor en grado máximo a prisión mayor en grado medio.

4. La demanda de amparo entiende que se ha vulnerado el art. 17 C.E. al hacerse una interpretación de la norma contraria al principio pro libertate que exigiría que se tuviese en consideración la pena realmente impuesta y no la que corresponde en abstracto al tipo delictivo, cuando ello resulte más favorable a la puesta en libertad del penado.

5. Por providencia de 10 de junio de 1996, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, con vista de las actuaciones recibidas, se concedió un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo para que formulasen las alegaciones que estimasen pertinentes acerca de la posible existencia del motivo de inadmisión recogido en el art. 50.1 c), consistente carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal.

6. Mediante escrito presentado el día 24 de junio de 1996, el Fiscal interesó que, de acuerdo con el art. 50.1 c) LOTC, se inadmitiese el presente recurso. Considera que la medida de expulsión prevista en el art. 21.2 L.O.D.L.E.E. como alternativa a la pena de privación de libertad no supone el reconocimiento de un derecho incondicional del extranjero a la expulsión en función del favor libertatis, siendo así que, en este caso, se ha hecho una interpretación de la facultad otorgada por la Ley al Tribunal basada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1994 y se ha motivado suficientemente la decisión adoptada.

7. Tras una nueva designación de Abogado de oficio, motivada por el abandono de la profesión del primeramente designado, finalmente el 5 de octubre de 1996 se presentaron las correspondientes alegaciones en la que se justificaba la vulneración del derecho fundamental en cuestión por cuanto el criterio de tomar en consideración la pena en abstracto, seguido por el órgano judicial no es válido, pues tras la Sentencia toda pena es concreta, una vez tomadas en consideración todas y cada una de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren para su interposición.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Concurre en la presente demanda de amparo el motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1 c) LOTC consistente en la falta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal. La demanda parte de una determinada interpretación del art. 21.2 L.O.D.L.E.E., que establece:

«Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la L.E.Crim., o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos establecidos en el art. 26. 1.

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 fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, sí regresara a España, la pena que le fuere impuesta.»

Sostiene el demandante que debe estarse, como interpretación más favorable a la libertad, para determinar si el delito por el que se le ha condenado es o no menos grave, a la pena realmente impuesta, pudiéndose autorizar la sustitución por la expulsión cuando la condena no sea superior a seis años, aunque, como aquí ocurre, se trate de un tipo delictivo al que corresponda en su grado máximo una pena superior a la de prisión menor.

El Fiscal, por su parte, interesa la inadmisión del recurso, toda vez que entiende que estando privado de libertad en virtud de Sentencia firme no existe un derecho incondicional del extranjero a la expulsión en función del favor libertatis, siendo así que, en este caso, se ha hecho una interpretación de la facultad otorgada por la Ley al Tribunal basada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1994 y se ha motivado suficientemente la decisión adoptada.

2. Ante todo debe distinguirse dentro de esta figura de expulsión, dado que la relevancia constitucional de los problemas que puedan plantearse es bien distinta en uno y otro caso, entre, por una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida; y, por otra, la expulsión de oficio, decretada contra la voluntad del afectado. Respecto a este último supuesto, la STC 242/1994, ha declarado que «no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida que frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar», precisando más adelante que «no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal».

Ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de residencia por el territorio nacional.

3. Desde esta perspectiva debe rechazarse, de conformidad con el alegato del Ministerio Fiscal, que la pretensión que se formula sea protegible por el art. 17 C.E., invocado en la demanda de amparo. Ciertamente, en la resolución que se impugna, se decidía acerca de la libertad del demandante, pero ello no es por sí mismo determinante de la concesión del amparo. No cabe, en efecto, hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 21.2 L.O.D.L.E.E., sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley (condena por delito menos grave, aseguramiento de las responsabilidades civiles), exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución, que ni está obligado a otorgarla ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable en virtud, exclusivamente, del principio pro libertate. El art. 17 C.E., como ya se dijera en relación con la remisión condicional, «no impone a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial una especial obligación de benevolencia ni les otorga facultades para resolver en equidad al margen de la Ley ni, en particular, les obliga a conceder la remisión condicional de la condena cuando se dan los requisitos del art. 93 C.P. No nos corresponde, en consecuencia, porque está al margen del derecho constitucionalmente garantizado, juzgar acerca del rigor o la benignidad de las decisiones judiciales que ni aplican normas contrarias a la Constitución ni las interpretan de modo incompatible con ella» (STC 54/1986).

4. Lo dicho es encuadrable en un planteamiento más general, conforme al cual, «dentro del necesario arbitrio judicial para la aplicación de las previsiones naturalmente abstractas del legislador, cabe admitir, como ejercicio constitucionalmente correcto de la potestad jurisdiccional, el dotar de sentido a una institución legal de impreciso contenido. Si tal interpretación hermenéutica ha sido declarada conforme a la Constitución en la confección de los presupuestos de la pena, v. gr. para el delito continuado (STC 89/1983), más lo será a la hora de salvaguardada la prevención general, ejecutar in concreto una determinada pena» (STC 230/1991). De ello resulta que la función de este Tribunal, ante resoluciones denegatorias de este beneficio, debe limitarse a comprobar que su denegación haya sido motivada y que no se produzca «una privación de libertad en un caso no previsto por la ley» (STC 14/1988).

En este caso, la resolución de la Audiencia está motivada y basada en la aplicación de la Ley, sin que pueda tacharse de arbitraría, pues no es incoherente con el texto de la norma, que toma en consideración el tipo de delito por el que se le condena, lo que le conduce a aplicar el criterio de la pena abstracta, apoyándose además en una Circular de la Fiscalía General del Estado, y si bien pueden aducirse razones en favor de la consideración de la pena concreta, ello no llega al punto de que se pueda tachar de arbitraria la resolución impugnada al basarse en una confusa redacción de la Ley.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir la presente demanda de amparo.

Madrid, a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.