|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 335/1982 |
| Fecha | de 3 de noviembre de 1982 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral. |
| Núm. de registro | 244-1982 |
| Asunto | Recurso de amparo 244/1982 |
| Fallo | Por lo expuesto, la Sección acuerda admitir el recurso de amparo formulado por don T. A. P. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de enero de 1981 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982. Requiérase  atentamente, con carácter urgente, al Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Oviedo, para que remitan las actuaciones correspondientes a las Sentencias, o testimonio de dichas actuaciones, en el plazo no superior a diez días, emplazando a  quienes fueron parte en dichos procedimientos, con excepción del solicitante del amparo y el Ministerio Fiscal, para que en el plazo aludido puedan comparecer ante este Tribunal en el mencionado recurso de amparo. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. En 30 de enero de 1981, la Audiencia Provincial de Oviedo dicta Sentencia por la que condena al recurrente -según expone- como autor de un delito de estafa, con la concurrencia de la agravante genérica de reincidencia simple, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor, accesorias, y a que abone en concepto de indemnización civil al perjudicado la suma de 300.000 pesetas. Sentencia que fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982, dictada al resolver el recurso de casación interpuesto por el solicitante del amparo.

En el resultando de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia, según señala la demanda, consta que el actor había sido condenado por Sentencia de 9 de marzo de 1974 por un delito de cheque en descubierto a la pena de multa de 5.000 pesetas. Y, asimismo, que en el mes de septiembre de 1976 adeudaba a la empresa Jorge Fernández, S. A., la suma de 672.210,90 pesetas para cuyo pago propuso endosar y entregó una letra de 1.000.000 de pesetas de valor nominal, con conocimiento de que tenía alteradas o imitadas las firmas de su «acepto», recibiendo a cambio por la diferencia de saldos dos letras por valor nominal de 300.000 pesetas -que hizo efectivasy de 27.789,10 pesetas. La mencionada letra de cambio de 1.000.000 de pesetas quedó impagada por no corresponder las firmas de acepto a las originales, quedando perjudicada por estos hechos la empresa Jorge Fernández, S. A., en la cifra de 300.000 pesetas.

2. En 25 de junio de 1982, el Procurador don Cesáreo Hidalgo Senén, formula recurso de amparo en representación de don T. A. P. contra las dos Sentencias ya indicadas, con la pretensión de que se declare su nulidad y se le conmute la pena impuesta por la de seis meses y un día de presidio menor u otra ajustada a Derecho.

La parte actora sostiene que han sido vulnerados los arts. 15 y 25.3, de la Constitución. El primero de ellos, tanto al aplicar la Sentencia una pena desproporcionada con la gravedad del hecho cometido, como por la interpretación dada por el Tribunal Supremo al art. 118 del Código Penal para apreciar o no la existencia de antecedentes penales del procesado a fin de determinar si concurre la agravante de reincidencia simple o no. Y el art. 25.3, al entender que faltando el requisito administrativo de la concesión de la cancelación formal en el Registro Central de Penados y Rebeldes no puede estimarse ha sido cancelado conforme a la lege data, aunque concurran los requisitos materiales exigidos legalmente para la cancelación, lo que ha dado lugar a la aplicación de la agravante de reincidencia simple; por lo que a su juicio la Administración Civil, en este caso el Ministerio de Justicia, subsidiariamente al menos, ha sancionado una conducta humana, con una sanción que conlleva la de pérdida de libertad.

3. En 22 de iulio de 1982, la Sección acordó otorgar un plazo común de diez días a la representación del actor y al Ministerio Fiscal para que efectuaran las alegaciones que estimaran pertinentes acerca de la posible concurrencia del motivo de inadmisión de carácter insubsanable consistente en carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional. Y en cuanto a la suspensión solicitada por el recurrente en el otrosí segundo de su escrito de demanda, se indicaba que una vez se decidiera sobre la admisión se acordaría lo procedente.

4. Por escrito de 31 de agosto de 1982, el Fiscal General del Estado manifiesta que, a su juicio, concurre el motivo de inadmisión del art. 50.2, b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -LOTC-. El Fiscal entiende, en primer lugar, que el art. 15 de la Constitución no tiene el alcance que pretende el actor; en segundo término, afirma que la no estimación de la agravante de reincidencia no operaría necesariamente la disminución de la pena -art. 64, regla 4.ª, del Código Penal-, y por otra parte la no cancelación de los antecedentes no es algo sustraído a la disponibilidad del interesado sino esencialmente dependiente de su voluntad, que debe expresarse formalmente a través de la correspondiente solicitud y supuesta concurrencia de los demás requisitos legales de carácter objetivo para operar la cancelación; por último, estima que si las resoluciones impugnadas de las que deriva la supuesta vulneración del derecho fundamental son las Sentencias antes indicadas, resulta incongruente que en la alegación de los preceptos infringidos se personalice el hecho infractor en la Administración Civil del Estado, y que se relacionen sus potestades y actuaciones en el caso concreto con la efectividad de la cuantía de la pena impuesta.

A lo largo de su escrito, el Ministerio Fiscal pone de relieve que todo se reduce a un problema de política legislativa en que la solución más progresiva tal vez coincida con la que propone el demandante, pero tal cuestión no admite su transferencia al proceso constitucional que tiene un contenido y una finalidad cuyos límites están claramente definidos. Las razones de equidad que pudieran aconsejar una moderación de la pena tienen cauce procesal preestablecido para su examen, como es el expediente de indulto para una eventual conmutación.

5. Por escrito de 13 de septiembre de 1982, el recurrente formula escrito de alegaciones, en el que, insistiendo en los razonamientos de la demanda, se apunta que ni el otorgamiento de la cancelación puede quedar al arbitrio del poder ejecutivo, ni menos aún, tratándose de una potestad reglada que opera ante la Administración por la mera concurrencia de los requisitos objetivos, puede dejar de operar del mismo modo ante los Tribunales, pues, de lo contrario, quedaría en manos del Ministerio de Justicia la determinación de la aplicabilidad de la circunstancia de reincidencia, lo que infringe los principios inspiradores de la Constitución Española, según la cual tal determinación ha de corresponder a los Jueces y Tribunales.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Unico. El contenido de la demanda de amparo y la invocación efectuada en ella de los arts. 15 y 25.3 de la Constitución Española, diseñaban un recurso en el que prima facie cabía estimar carencia manifiesta de contenido constitucional.

En efecto, la pena impuesta no constituye, de suyo, un trato «inhumano o degradante», sino que se trata de una privación de libertad de una duración a la que no cabe asignar tal carácter. De otra parte, tampoco puede considerarse infringido el art. 25.3 de la Constitución Española, pues dicho precepto atañe al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, y parece claro que el otorgamiento de la cancelación de antecedentes nada tiene que ver con dicha potestad, discutiéndose en el presente recurso sanciones impuestas por los Tribunales, no por órganos del ejecutivo.

No obstante se apunta ulteriormente una problemática a la que, cualquiera que sea la resolución que en definitiva se adopte, no cabe negar contenido constitucional, cual es la relativa a la apreciación por los Tribunales de los presupuestos de hecho que determinan la existencia de una circunstancia agravante de un delito.

En consecuencia, procede admitir el recurso de amparo y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, debe requerirse atentamente a la Audiencia Provincial de Oviedo y al Tribunal Supremo para que remitan las actuaciones correspondientes a las Sentencias impugnadas, o testimonio de dichas actuaciones, y emplacen a quienes fueran parte en el procedimiento antecedente.

ACUERDA

Por lo expuesto, la Sección acuerda admitir el recurso de amparo formulado por don T. A. P. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de enero de 1981 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982. Requiérase

atentamente, con carácter urgente, al Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Oviedo, para que remitan las actuaciones correspondientes a las Sentencias, o testimonio de dichas actuaciones, en el plazo no superior a diez días, emplazando a

quienes fueron parte en dichos procedimientos, con excepción del solicitante del amparo y el Ministerio Fiscal, para que en el plazo aludido puedan comparecer ante este Tribunal en el mencionado recurso de amparo.

Madrid, a tres de noviembre de mil novecientos ochenta y dos.