

STC 242/1994, de 20 de julio (Sala 1.ª)

Recurso de amparo núm. 32/1994

Ponente: Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
(*B. O. E.* de 18 de agosto de 1994).

RESUMEN

I. Constitución

Arts. 13.1 (*Derechos de los extranjeros*), 19 (*Libertad de circulación*) y 24.1 (*Prohibición de indefensión*) en relación a expulsión de extranjero condenado por S. firme.

II. Acto impugnado

S. de la Audiencia Provincial de Huesca, que confirmó en apelación la del Juzgado de lo Penal de Huesca, por delitos de robo, utilización ilegítima de vehículo de motor y falta de daños.

III. Decisión del Tribunal Constitucional

Estimar el recurso de amparo.

IV. Fundamentos jurídicos

El problema planteado en este caso trae causa de la aplicación de lo establecido en el artículo 21.2 de la LO 7/1985, según el cual: «Si el extranjero fuera condenado por delito menos grave y en S. firme, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuese impuesta.» Al respecto, la parte sostiene que en el proceso de instancia, en que acordó la medida de expulsión como sustitutiva del cumplimiento de la pena impuesta, no se le concedió audiencia previa [3].

La expulsión no puede ser calificada como pena, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside.

La doctrina de este Tribunal admite que el artículo 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada.

La referencia «los españoles» que abre el artículo 19 CE no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental. Junto al artículo 19 CE deben tenerse en cuenta otros preceptos. El apartado 2 del artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE. Salvada esta única exclusión, puede concluirse que los extranjeros que «por disposición de una Ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE» [4].

Precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, y en estos términos ha de entenderse recogida en el artículo 21.2 de la LO 7/1985. Se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita [6].

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don José Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 32/1994, promovido por don Omar Ras Lograhw, representado por la Procuradora de los Tribunales, designada en turno de oficio, doña María Dorotea Soriano Cerdo y asistido del Letrado don Andrés Funes Monge, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca número 225/260, que confirmó en apelación la recaída en causa seguida por procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo Penal de Huesca, rollo 347/1993, por delitos de robo, utilización ilegítima de vehículos de motor y falta de daños. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Presidente don Miguel Rodrí-

guez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado ante este Tribunal el 5 de enero de 1994, don Omar Ras Lograhw, asistido del Letrado don Andrés Funes Monge, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca número 225/260, que confirmó en apelación la recaída en causa seguida por procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo Penal de Huesca con el número 347/1993, por los delitos de robo, utilización ilegítima de vehículos de motor y falta de daños.

2. El recurso se fundamentaba en los siguientes hechos:

a) Por el Juzgado de Instrucción de Barbastro se siguieron actuaciones, por el procedimiento abreviado, contra el hoy recurrente en amparo, resolviendo el Juzgado de Instrucción de Huesca, condenándole por los delitos de robo con fuerza en las cosas y utilización ilegítima de vehículo de motor, así como por una falta de daños, a las penas de un año de prisión menor, dos meses de arresto mayor y cinco días de arresto menor.

Como medida sustitutiva de las penas impuestas, en el fallo se acordó la expulsión del condenado del territorio nacional, según lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

b) Interpuesto recurso de apelación contra la mencionada Sentencia, dicho recurso fue desestimado por resolución de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 23 de noviembre de 1993, que confirmaba la de instancia en todos sus extremos.

3. El demandante consideraba que las resoluciones impugnadas vulneraban los siguientes derechos fundamentales:

El artículo 19 CE, en cuanto la Constitución reconoce también a los extranjeros el derecho a circular libremente por el territorio nacional y residir en él.

El artículo 24 CE, por varios motivos:

a) La posibilidad de expulsión del extranjero reconocida en el artículo 21.2 de la LO 7/1985 debe ser acordada por el órgano judicial en cuerpo separado del de la Sentencia condenatoria, puesto que para que aquella sea efectiva, la Sentencia ha de ser firme. En cambio, en el presente caso, la expulsión del territorio nacional fue acordada en la propia Sentencia, que por definición aún no era firme, al haber contra ella recurso de apelación.

b) Además, la resolución que acordaba la expulsión debió ser motivada en Derecho, sin que al respecto existiera argumento alguno, lo que equivalía a una vulneración adicional del artículo 24.1 CE.

c) Considera, asimismo, el hoy demandante de amparo que no se ha computado adecuadamente la pena a efectos de aplicar el artículo 21.2 de la mencionada Ley. El conjunto de pronunciamientos condenatorios superan la prisión menor (máxima para poder acordar la expulsión), ya que ésta venía acompañada de las de arresto mayor y menor. En este mismo sentido se había pronunciado ya la Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado. Al no darse la adecuada cobertura legal de la sanción de expulsión, concluye, las resoluciones impugnadas habrían vulnerado también el artículo 25.1 CE.

d) Por último, se habría infringido el principio *non bis in idem*, porque la resolución de expulsión se ejecutó cuando el condenado llevaba ya cinco meses privado de libertad (teniendo en cuenta que la expulsión está concebida como alternativa a penas de esta naturaleza) y que, al haberle sido aplicado el beneficio de reducción de penas por el trabajo, le hubiera restado ya, aproximadamente, un mes para ser puesto en libertad.

Por todo lo expuesto, solicitaba de este Tribunal que dictase Sentencia estimatoria, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas y anulando la medida de expulsión del territorio nacional español.

Por otro sí solicitaba se acordase la suspensión de la medida de expulsión del territorio nacional y le fuera nombrado Procurador de oficio para que pudiera ostentar su representación en el proceso.

4. Por providencia de 17 de enero de 1994, la Sección Primera acordó tener por recibido el escrito y documentos que le acompañaban, así como solicitar del Colegio de Procuradores la designación, por el turno de oficio, de Procurador que le represente.

5. Por providencia de 14 de febrero de 1994, la Sección acordó tener por designada en turno de oficio a

la Procuradora señora Soriano Cerdo, y conceder plazo de veinte días a la misma para que formalizase la correspondiente demanda de amparo, lo que se efectuó con fecha 3 de marzo de 1994.

6. Por providencia de fecha 21 de marzo de 1994, la Sección Primera acordó, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.3 LOTC, conceder un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que dentro del mismo pudieran alegar lo que estimasen conveniente en relación con la posible existencia de los motivos de inadmisión consistentes en ser la demanda extemporánea (art. 44.2 LOTC); no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC]; no haberse invocado formalmente en el proceso el derecho fundamental vulnerado [art. 44.1.c) LOTC], y carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional [art. 50.1.c) LOTC].

7. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado con fecha 15 de abril de 1994, evacuó el traslado conferido, manifestando, en cuanto la extemporaneidad de la demanda, que, aunque en autos no existía testimonio alguno de la fecha de notificación de la Sentencia, en la fotocopia de ésta aparecía como tal la del 28 de diciembre de 1993. Teniendo entrada la demanda el 5 de enero de 1994, no existiría el defecto denunciado.

Se habrían agotado los recursos en la vía ordinaria (pues, frente a la Sentencia de instancia, se interpuso recurso de apelación, sin que cupiera casación), pero no consta que se invocase formalmente el derecho supuestamente infringido, conforme dispone el artículo 44.1.c) LOTC. Para resolver con acierto hacía falta tener a la vista el escrito de interposición del recurso y, en su caso, el acta de la vista.

Se aduce por el recurrente la vulneración de la LO 7/1985 por haberse adoptado la decisión de sustituir las penas impuestas por la expulsión en la misma resolución condenatoria sin que, por tanto, fuera firme el fallo y sin oír al condenado, pese a que la pena impuesta tiene una duración mayor que la menos grave de prisión menor efectivamente impuesta. La falta de audiencia al condenado no es cierta por las razones que expone la Audiencia en la parte final del fundamento jurídico primero.

Por lo demás, el criterio de interpretación del artículo 21.2 de la LO 7/1985 que afirma el demandante que procede en relación a las penas a que se puede aplicar la medida de expulsión es muy discutible que pueda razonablemente mantenerse. Pero en cualquier caso hay que tener presente el criterio también uniforme y reiterado del Tribunal Constitucional que la interpretación de las leyes es una materia que corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, a la jurisdicción ordinaria. En el presente caso no existe una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, que atrajese a este Tribunal competencia alguna para revisar lo resuelto en el caso por los órganos de la jurisdicción *a quo*.

Se aduce además falta de motivación del Acuerdo de expulsión, por lo que se infringía el artículo 24.1 CE en relación con el 120. Es criterio del Tribunal Constitucional, que la motivación no tiene por qué ser extensa, minuciosa o detallada, y por tanto que aun la sucinta, siempre que sea razonable, satisface la exigencia constitucional. El juzgador expone su motivación, que luego será confirmada por la Audiencia en el fundamento

jurídico quinto. Aparece pues infundada esta alegación.

8. La Procuradora señora Soriano Cerdo dejó transcurrir el término concedido, sin que en este Tribunal se reciba escrito evacuando el traslado conferido por providencia de 21 de marzo de 1994.

9. Por providencia de fecha 27 de junio de 1994, la Sección acordó, de conformidad con lo previsto en el artículo 52.2 LOTC, celebrar acto de vista oral, fijándose a tal efecto fecha y hora para la misma, en el día 11 de julio de 1994, a las 13 horas.

10. En el día y hora señalado se constituyó la Sala Primera, siendo defendida en este acto la parte recurrente por el Letrado don Andrés Funes Monge, y representada por la Procuradora doña María Luisa Carretero Herranz, en sustitución de su compañera señora Soriano Cerdo, y compareciendo el Ministerio Fiscal. En sus alegaciones, la parte actora reprodujo, sustancialmente, las expresadas en la demanda de amparo.

11. El Ministerio Fiscal, por su parte, se opuso a la estimación de la demanda de amparo, en primer lugar, por considerar que concurría en el caso el vicio insubsanable de falta de invocación formal del derecho fundamental presuntamente vulnerado [art. 44.1.c) en relación con el art. 50.1.a) LOTC]. Tal defecto —que se manifestaría en la insuficiencia de las vagas referencias al art. 24 CE para entender salvaguardado el carácter subsidiario del recurso de amparo— provocaría, en este momento procesal, la inadmisión de la demanda.

Consideraba asimismo el Ministerio Público, en relación con la primera de las infracciones constitucionales denunciadas, que no se produjo indefensión alguna al actor, ya que, aunque la medida de la expulsión no fuese acordada en un trámite posterior a la Sentencia, la irregularidad formal producida no impidió la efectiva audiencia del actor, que pudo exponer las razones que le asistieran en contra de la medida de expulsión.

Por lo demás, y en relación con los defectos formales que el actor denunciaba, no se produjo infracción del artículo 24.1 CE por falta de motivación de la Sentencia, pues ésta, aunque sucintamente, justificó las razones que llevaron al juzgador a aplicar la medida sustitutiva de expulsión, cumpliendo con ello la exigencia del artículo 24.1 CE. Tampoco se vulneró el principio *non bis in idem*, pues ni la medida de expulsión es una pena, ni tampoco lo es la prisión preventiva. De otro modo, sería de imposible aplicación la expulsión prevista en el artículo 21.2 de la LO 7/1985. Y corresponden al ámbito de la estricta legalidad ordinaria los argumentos del actor en torno a la forma en que habían de computarse las penas impuestas, al efecto de comprobar si se sobrepasaba o no el límite de prisión menor establecido en el citado artículo 21.2 de la LO 7/1985, siendo así que por lo demás, incluso sumadas todas las impuestas, no se excedería del límite de prisión menor establecido en dicho precepto. En suma, la medida de expulsión habría sido acordada en los términos previstos en la Ley, que es el metro de regularidad de la decisión judicial, en tanto la propia norma no fuese declarada contraria a la Constitución, lo que ni siquiera plantea el recurrente.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Antes de examinar el fondo de la cuestión planteada conviene precisar el objeto del presente recurso de amparo. La demanda imputa a las resoluciones impugnadas, en primer lugar, la vulneración del artículo 24.1 CE por haber causado indefensión la medida de expulsión del territorio nacional sin previa audiencia del interesado, sin que fuera efectuada en acto separado de la Sentencia en que se le imponen las penas por las que resultaría expulsado. En segundo lugar, la falta de motivación de la Sentencia de instancia para justificar la medida de expulsión sustitutiva del cumplimiento de la condena. En relación con la medida misma de expulsión, el actor considera que vulnera el principio *non bis in idem* y que en todo caso esta medida es improcedente, dada la naturaleza de las penas que le fueron impuestas, vulnerándose, por ambos conceptos, el artículo 25 CE, en relación con el artículo 19 CE, en cuanto resulta de aplicación a los extranjeros que residan legalmente en España.

2. Procede examinar, primero, las objeciones a la admisibilidad de la demanda opuestas por el Ministerio Público, que, de aceptarse, llevarían indiscutiblemente a la desestimación de los motivos de amparo en que dichas objeciones se concretan. Sostiene el Ministerio Fiscal que en este caso no se ha respetado la exigencia de invocar el derecho fundamental tan pronto como, conocida la pretendida vulneración, fuese posible hacerlo [art. 44.1.c) LOTC]. Y cabe aceptar sus argumentos en relación con las vulneraciones del artículo 25 CE, y con la denunciada falta de motivación de la medida de expulsión. En efecto, en el recurso de apelación la parte planteó, desde el principio, la improcedencia de la medida adoptada, pero con fundamento en la falta de audiencia de la parte, apareciendo los restantes argumentos con eventual relevancia constitucional, únicamente, en el momento de presentar la demanda de amparo. Esta comprobación obliga, por tanto, a desestimar los motivos del recurso afectados por el defecto puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal, único medio de salvaguardar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo (SSTC 391/1981; 203/1987; 262/1988; 90/1989, por todas).

Distinta es la situación por lo que hace a la invocación del artículo 24.1 CE, eventualmente vulnerado por la falta de audiencia del actor acerca de la aplicación de la medida de expulsión. En efecto, la falta de audiencia fue puesta de manifiesto, en el motivo tercero del recurso de apelación, y subrayada la potencial indefensión que con ella podía causarse a la parte, si bien con errónea cita del precepto constitucional invocado. De este modo, respecto de este concreto motivo de amparo, procede considerar cumplida la exigencia impuesta por el artículo 44.1.c) LOTC, ya que, con este fin, no es precisa la invocación exacta del precepto en que se basa la pretensión; ni siquiera la referencia al *nomen iuris* del derecho invocado (STC 95/1984, fundamento jurídico 1.º). Respecto de este solo motivo, pues, procede examinar el fondo de la cuestión.

3. El problema planteado en este caso trae causa de la aplicación de lo establecido en el artículo 21.2 de la LO 7/1985, según el cual:

«Si el extranjero fuera condenado por delitos menos grave y en Sentencia firme, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que

fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuese impuesta.»

Al respecto, la parte sostiene que en el proceso de instancia, en que se acordó la medida de expulsión como sustitutiva del cumplimiento de la pena impuesta, no se le concedió audiencia previa, pues no sería suficiente para entender cumplido el trámite —como, por el contrario, sostiene la Audiencia Provincial en apelación— la pregunta genérica efectuada por el juzgador al procesado, una vez concluidos los informes de la acusación y de la defensa, acerca de si tenía algo que manifestar, en los términos a que se hace referencia en el artículo 739 LECr. Planteada la cuestión en estos términos, es preciso, pues, examinar la finalidad y alcance del requisito de audiencia previa al que hace referencia el artículo 21.2 de la LO 7/1985, así como su eventual relevancia constitucional, todo lo cual requiere, previamente, su encuadramiento en el marco del proceso y de su conclusión, obstativa del derecho del extranjero a permanecer en el territorio nacional.

4. Como primera aproximación, parece evidente que, como afirma el Ministerio Fiscal, la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida 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 la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo de alguna manera 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.

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.

Efectivamente, en esta doctrina, se admite que el artículo 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, ... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español» (STC 99/1985, fundamento jurídico 2.º). Y, adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (SSTC 115/1987, fundamento jurídico 3.º; 107/1984, fundamento jurídico 3.º; o 99/1985, fundamento jurídico 2.º), pues una cosa es «autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (en el mismo sentido, STC 112/1991, fundamento jurídico 2.º).

En concreta relación con el derecho de residencia y desplazamiento de los extranjeros en nuestro país, la referencia «los españoles» que abre el artículo 19 CE no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental. Por el contrario, junto al artículo 19 CE deben tenerse en cuenta «otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España» (STC 94/1993, fundamento jurídico 2.º) y, en los términos establecidos por la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, «el apartado 2 del artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE» (fundamento jurídico 2.º, STC 94/1993, cit.). Salvada esta única exclusión, las condiciones en que un extranjero ha de acceder a los derechos reconocidos en el artículo 19 CE han de ser determinadas por el legislador, pero, una vez que estas condiciones han sido legalmente fijadas y cumplidas, puede concluirse que los extranjeros que «por disposición de una Ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 CE» (STC 94/1993, cit.; en el mismo sentido STC 116/1993, fundamento jurídico 2.º).

5. Dentro de los Tratados suscritos por España, con trascendencia interpretativa a estos efectos se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus artículos 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 PIDCP 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». Y conviene recordar que las exigencias del referido Tratado, en cuanto tutelan el derecho del extranjero a permanecer en el país, «se benefician» de las garantías previstas en el artículo 19 CE en los términos en que antes se ha hablado.

6. Aplicando la doctrina al caso concreto, es claro que no se ha discutido en abstracto la legitimidad constitucional de la medida, puesto que su potencial impacto adverso sobre el derecho del extranjero a permanecer en nuestro país no permite calificarla como intrínsecamente arbitraria o desproporcionada respecto de los fines con ella perseguidos (que ni la Constitución ni los Tratados autorizan a tachar de ilícitos).

Ahora bien, precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos,