

**Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 72/2009 de 23
Mar. 2009, rec. 7200/2005**

Ponente: Rodríguez Arribas, Ramón.

Nº de Sentencia: 72/2009

Nº de Recurso: 7200/2005

Diario La Ley, Nº 7175, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 May. 2009, Año XXX, Editorial **LA LEY**

LA LEY 14339/2009

Cabecera

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Derecho a obtener una resolución motivada que resuelva sobre el fondo de la pretensión. Vulneración. Auto judicial que acuerda no entrar a conocer del fondo del recurso de apelación interpuesto contra la resolución en la que se decretaba la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional por un período de diez años. Irrazonabilidad del argumento empleado por el órgano jurisdiccional que entendió que el cumplimiento y la expulsión resultaban medidas recíprocamente excluyentes. No resulta admisible que el tribunal invoque la carencia de objeto de un recurso en el que se reclama la alternatividad entre cumplimiento de pena y expulsión, por el hecho de que al tiempo de resolver se haya materializado dicha expulsión. El órgano de apelación debió entrar a conocer del recurso interpuesto aunque dicha expulsión ya se hubiera ejecutado.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, anulando el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que desestimó el recurso interpuesto contra la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional del condenado, por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Texto

ANTECEDENTES DE HECHO Y PERSPECTIVA JURIDICA

Como consecuencia del seguimiento de causa penal por razón de la presunta comisión de un delito de agresión sexual, se dictó por el Juzgado de lo Penal nº 14 de los de Madrid, sentencia de conformidad de fecha 15 de diciembre de 2004, condenándose al acusado como autor del referido delito a las penas de un año de prisión, privación del derecho de sufragio y prohibición de acercamiento a la víctima por tiempo de un año. El acusado había sido ingresado en calidad de preso preventivo el anterior día 5 de diciembre, por lo que tras la celebración del juicio y el dictado de la sentencia en la que, dada la conformidad del acusado se acordó su firmeza, se le mantuvo en prisión.

En fecha 28 de enero de 2005 se practicó por el Juzgado de Ejecuciones Penales nº 4 de Madrid liquidación de condena, referida exclusivamente a la

pena de alejamiento, sin hacerse mención a la privativa de libertad y sin acordarse tampoco la concesión de los beneficios de la suspensión de condena. El penado siguió ingresado en el centro penitenciario, dictándose auto de fecha 14 de marzo de 2005 por el que se le denegó la suspensión de condena.

Por auto de 24 de mayo de 2005 del mismo Juzgado de Ejecuciones se resolvió sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional al hallarse el penado residiendo ilegalmente en España. El siguiente día 25 de mayo se dictó auto aprobando la liquidación de condena de la pena privativa de libertad, situando como fecha de cumplimiento la de 5 de diciembre de 2005.

El actor interpuso recurso de reforma contra el auto de 24 de mayo por el que se le sustituía la pena privativa por la expulsión, siendo tal impugnación desestimada por auto de 11 de julio de 2005. Contra la anterior resolución el demandante interpuso recurso de apelación, siendo el mismo desestimado por auto de fecha 14 de septiembre de 2005 dictado por la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, aduciéndose que el recurso carecía de contenido, ya que a la fecha de la resolución el recurrente había sido expulsado de España.

El recurso de amparo planteaba la hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, e implícitamente, aunque no desarrollado en forma debida, la lesión del derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, ya que estimaba improcedente la expulsión del territorio español al haber cumplido en prisión más de la mitad de la pena impuesta, entendiéndose que el cumplimiento y la expulsión resultaban medidas recíprocamente excluyentes.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

La postura mantenida por el Tribunal Constitucional, —entre otras en la STC 145/2006 en la que se resuelve un supuesto similar al que aquí se estudia—, enfoca la solución desde la perspectiva exclusiva del derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE, haciéndose hincapié, en dicho caso, en la «irrazonabilidad» del argumento empleado por el órgano jurisdiccional, que en fase de ejecución de sentencia procede a aplicar la nueva medida introducida en una posterior redacción del artículo 89.1 del Código Penal, no teniendo en cuenta que con anterioridad a tal reforma legal y siendo la medida potestativa, no se había siquiera planteado la hipótesis de la sustitución de la prisión por la expulsión. Tanto en ese caso como en el que ahora se analiza, falta la ponderación del valor libertad, no obstante lo cual, el TC estima lesionado exclusivamente el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

Así, en la sentencia ahora dictada se argumenta que la determinación de la Audiencia Provincial se fundamentaba en una causa que aparece desprovista de apoyo legal, pues dicho órgano judicial, en opinión del TC, elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado con base en una motivación

que reputa ajena al derecho a la tutela judicial efectiva. Se añade a tal inicial punto de partida, que no puede considerarse como causa legal de inadmisión el hecho de que la situación denunciada en fase de recurso de apelación, no tuviera, en el momento de resolver sobre ella, persistencia en el tiempo, pues la eventualidad de que en el momento de resolverse la apelación por el órgano ad quem la resolución recurrida ya hubiera sido ejecutada (expulsión), no eximiría al Tribunal de apelación de pronunciarse, por ésta causa, sobre el fondo de la cuestión que se somete a su conocimiento. Finalmente, el TC agrega que en cualquier caso resultaba irrazonable la apreciación misma de que el recurso había quedado vacío de contenido por el hecho de haberse llevado a efecto la expulsión del demandante de amparo, justificando tal afirmación el TC, en que la expulsión no es necesariamente irreversible; en que la expulsión conllevaba la prohibición de regresar a España en un plazo de diez años; y finalmente, en que en la apelación se argüía de forma principal que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión comportaba, en realidad, una doble condena, habida cuenta de que el recurrente había cumplido ya una gran parte de aquella, y ello requería una respuesta sobre el fondo.

COMENTARIO

Como se señala en el último inciso anteriormente transcrito de la sentencia del TC que aquí se comenta, la resolución de la Audiencia Provincial se fija exclusivamente en uno de los aspectos de la cuestión sometida a su conocimiento, cual es, el de la imposibilidad material de reconsiderar la expulsión del territorio nacional, habida cuenta de que al tiempo de adoptarse dicha disposición, el súbdito extranjero ha abandonado ya el territorio español. Sin embargo, el mentado auto de la Audiencia Provincial no repara en otro de los aspectos que la cuestión ofrece y que resulta trascendental, en tanto la pretensión que el actor deduce se justifica por el hecho de haber sufrido una prolongada situación de privación de libertad que llega, prácticamente, a la mitad de la duración de la pena impuesta.

Esa falta de referencia o valoración del tiempo sufrido en prisión, cual si de un simple elemento accidental o intrascendente se tratara, es lo que cabe reprochar a la decisión de la Audiencia, pues hallándose concernido un derecho fundamental de carácter sustantivo, no se pondera su posible lesión, limitándose el auto a dar repuesta a una cuestión derivada como es la de la posibilidad material de suspender o no la expulsión, obviando que las dos medidas: cumplimiento de la pena y expulsión, se presentan en el código penal como alternativas y recíprocamente condicionantes.

Desde ésta perspectiva, cabría afirmar que lo que hace el auto de la AP es omitir el canon de motivación reforzada de la resolución, afectándose así, cuando menos, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en razón de la conexión del objeto analizado (alteridad prisión-expulsión) con el valor libertad. Sin embargo, un paso más en éste análisis, nos lleva a plantear si esa falta de ponderación del valor de la libertad, no supondría ya por sí

misma una quiebra del derecho fundamental sustantivo contenido en el artículo 17.1 CE. En nuestra opinión, la cuestión no ofrece duda, pues del mismo modo que cuando se adopta una medida privativa de libertad, la lesión del derecho es posible si es que no se han ponderado y exteriorizado las razones de la medida aunque ésta fuese objetivamente procedente por autorizarla la ley (Vr. Gr. art. 503 LECrim); en el caso presente, también se produciría la lesión directa del derecho sustantivo a la libertad ex artículo 17.1 CE, por no haberse ponderado al aplicar el artículo 89.1 del Código Penal, la circunstancia del previo cumplimiento de seis meses en prisión, aún cuando el artículo 990 párrafo 2º de la LECrim. imponga el deber de adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en establecimiento penal.

No obstante lo anterior, no es exactamente ésta la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia ahora analizada, ya que como más arriba se ha expuesto, se hace hincapié en la «irrazonabilidad» del argumento empleado por el órgano jurisdiccional, reconduciendo entonces la cuestión al ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, aunque no se olvida por completo la especial naturaleza del objeto sobre el que ha de recaer el pronunciamiento, —que no es otro que el de la libertad personal—, y cuya relevancia lleva al TC a exigir una plena y razonada respuesta sobre el fondo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 7200-2005, promovido por don Carlos, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lucía Gloria Sánchez Nieto y asistido por el Abogado don Juan Luis Ydoate Flaquer, contra el Auto de 14 de septiembre de 2005 de la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid (dictado en rollo de apelación 34-2005). Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de octubre de 2005 doña Lucía Gloria Sánchez Nieto, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Carlos, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial citada en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 14 de Madrid dictó Sentencia de conformidad el 15 de diciembre de 2004, condenando al recurrente como autor de un delito de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la prohibición de acercamiento a menos de 500 metros de la víctima y de comunicarse con ella por cualquier medio, incluido el telefónico, todo ello por tiempo de un año. Y como autor de una falta de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de un mes de multa a razón de 3 euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria establecida legalmente en caso de impago, y al pago de las costas así como al de una indemnización de 4.000 euros por daños morales. En el fallo se decreta asimismo la firmeza de la Sentencia.

b) Solicitada por la defensa del demandante la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el Juzgado de Ejecuciones Penales núm. 4 de Madrid dicta Auto el 14 de marzo de 2005 en el que deniega dicha suspensión. En la misma resolución se requiere al penado para que se manifieste sobre su expulsión del territorio nacional, lo que lleva a cabo el día 15 de marzo de 2005, oponiéndose a la misma, oposición que reitera en escrito fechado el 28 de marzo de 2005, alegando que hace ya tiempo que reside en España, al igual que su hermana --que tiene, además, residencia legal en territorio español--, por lo que cuenta con arraigo en nuestro país en orden a evitar la expulsión. Finalmente solicita la sustitución de la parte aún no liquidada de la ejecución de la pena de un año de prisión por la de multa o por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

c) Por Auto de 24 de mayo de 2005 del Juzgado de Ejecuciones Penales núm. 4 de Madrid se dispone la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a don Carlos por su expulsión del territorio nacional durante un período de diez años, señalando que concurren en este caso todos los requisitos previstos en el art. 89.1 CP, al constar en la ejecutoria que es nacional de Colombia y la pena impuesta no supera el límite legalmente establecido. Igualmente se indica que, pese a que el penado ha manifestado que no desea ser expulsado, no ha justificado circunstancia alguna que pueda acreditar su arraigo en este país, a lo que se une que cuenta con la incoación de un expediente administrativo sancionador para su expulsión del territorio nacional.

d) Contra dicho Auto se formuló recurso de reforma en el que, entre otras alegaciones, se hacía notar que el penado había ya cumplido la mitad de la pena, y reiteraba el arraigo que en España tenía su hermana, solicitando, en suma, que se dejara sin efecto la expulsión acordada. El Juzgado dictó Auto el 1 de julio de 2005 desestimando dicho recurso.

e) Seguidamente se interpuso recurso de apelación, alegándose, en esencia, la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con base en que la determinación de la sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión resulta, en realidad, la imposición de una duplicidad de penas, puesto que el recurrente tiene ya cumplidas alrededor de las tres cuartas partes de la primera, a lo que añade que tal sustitución no se acordó en Sentencia.

f) La Audiencia Provincial dictó Auto el 14 de septiembre de 2005, acordando no entrar a conocer del fondo del recurso de apelación. Tal decisión se asentó en la siguiente motivación:

«Habida cuenta de haberse materializado la expulsión de Carlos, ha de partirse de la consideración de que en el momento en que se entra a conocer del recurso interpuesto ha dejado de existir la situación que lo motivó.

En tales condiciones, por haber dejado de tener lugar la situación que afectaba a Carlos, presupuesto del recurso, deja de tener fundamento pronunciarse sobre la misma por lo que, al quedar vacío de contenido, por causas sobrevenidas con posterioridad, el recurso en su momento interpuesto, no procede sino el archivo del rollo; y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en la substanciación del mismo».

3. En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por considerar, de un lado, que al haber sido expulsado del territorio español cuando ya había cumplido gran parte de la pena privativa de libertad en realidad ha sufrido una duplicidad de condenas; y, de otro lado, se estima asimismo lesionado aquel derecho por no haber entrado la Audiencia a conocer del fondo del recurso de apelación.

4. Por providencia de 22 de julio de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, según lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, conocer del presente recurso de amparo, admitir a trámite la demanda y, habiéndose interesado ya la remisión de certificación de las actuaciones judiciales en aplicación del art. 51 LOTC, requerir al Juzgado a fin de que procediera al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por diligencia de ordenación de 6 de noviembre de 2008, y conforme a lo previsto en el art. 52.1 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que, dentro de dicho período, presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. Con fecha de 5 de diciembre de 2008 se registró la entrada del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, en el que, en primer término, refiere la necesidad de identificar correctamente la pretensión deducida en la demanda de amparo, pues en la misma se introducen elementos que conciernen al derecho a la libertad (art. 17 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), considerando finalmente que, no siendo tarea de este Tribunal la

reconstrucción de la demanda, la concreta quiebra constitucional que se denuncia se centra de modo exclusivo en una hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Fijado así el objeto del recurso, razona el Fiscal que la resolución impugnada aprecia exclusivamente uno de los aspectos que se somete a su conocimiento, esto es, la imposibilidad material de reconsiderar la medida de expulsión por haberse ejecutado la misma, pero no atiende a que la pretensión del actor se justifica en que ha sufrido ya una prolongada situación de privación de libertad; se obvia, pues, que las dos medidas, el cumplimiento de la pena y la expulsión, se prevén en el Código penal como alternativas. Con esta perspectiva se habría omitido el canon de motivación reforzada de la resolución, quedando afectado el derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con el valor libertad, por lo que el Ministerio Fiscal concluye interesando que se otorgue el amparo y se reconozca al actor su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o, en su caso, el derecho a la libertad del art. 17.1 CE.

7. El día 11 de diciembre de 2008 se registró la entrada del escrito de alegaciones del demandante de amparo, en el que ratifica las ya formuladas, solicitando de nuevo el otorgamiento del amparo instado y, por consiguiente, el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva.

8. Por providencia de 18 de marzo de 2009, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se recurre en esta vía de amparo contra el Auto de 14 de septiembre de 2005 de la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictado en rollo de apelación 34-2005, que acordó no entrar a conocer del fondo del recurso de apelación interpuesto por el demandante de amparo contra la resolución en la que se decretaba la sustitución de la pena privativa de libertad por su expulsión del territorio nacional por un período de diez años.

El solicitante de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con una doble perspectiva: de un lado considera que, al haber sido expulsado del territorio español cuando ya había cumplido la mayor parte de la pena privativa de libertad, en realidad ha soportado una duplicidad de condenas; y, de otro lado, el mismo derecho se habría lesionado por no haber entrado la Audiencia a conocer el fondo del recurso de apelación, siendo por esta última infracción constitucional por la que explícitamente insta el restablecimiento de aquel derecho.

El Fiscal interesa de igual forma el otorgamiento del amparo por la infracción del mencionado derecho fundamental, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva exigía, en este supuesto, un pronunciamiento diferente y atento al valor libertad que subyacía en las alegaciones formuladas por el recurrente en el recurso de apelación.

2. Para el examen de la queja formulada es preciso recordar, siquiera sea sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 144/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 243/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 185/2006, de 19 de junio, FJ 4, y 17/2008, de 31 de enero, FJ 3) relativa a que constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones tempestivamente deducidas por las partes, satisfaciéndose asimismo aquel derecho, no obstante, con la obtención de una resolución de inadmisión, que imposibilita entrar en el fondo de la cuestión si existe una causa legal que así lo justifique y, además, es razonablemente apreciada por el órgano judicial. Y ello porque, siendo el derecho fundamental aquí invocado un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y satisfacción se hallan sujetos a la observancia de los presupuestos y requisitos que haya determinado el legislador, quien no puede, con todo, fijar óbices arbitrarios que impidan la efectividad de la tutela constitucionalmente garantizada (SSTC 201/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 108/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 30/2003, de 13 de febrero, FJ 3; 58/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 243/2005, de 10 de octubre, FJ 3, y 267/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

Por otra parte, también hemos declarado repetidamente que el derecho a obtener una resolución sobre el fondo es reclamable tanto en la primera instancia como en la fase de recurso, si bien en este último ámbito tal exigencia aparece atenuada, porque el derecho al recurso, salvo en materia penal, nace de lo dispuesto en las leyes procesales, de manera que las decisiones judiciales que excluyen un pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso no son, en principio, revisables en esta vía de amparo, salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que sucederá cuando plasmen una interpretación de la legalidad que sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, estén faltas de la exigible motivación, incurran en un error patente o, en fin, se basen en una causa que no esté contemplada legalmente (por todas, SSTC 120/2002, de 20 de mayo, FJ 2, y 58/2003, de 24 de marzo, FJ 2).

3. En el supuesto que aquí se analiza *la Audiencia acordó no entrar a conocer del fondo del recurso de apelación porque estimó que había quedado vacío de contenido, dejando sin resolver, en consecuencia, la pretensión impugnativa ejercitada frente a la resolución de instancia.*

El razonamiento jurídico del órgano de apelación, como se ha expuesto detalladamente en los antecedentes, estriba en que al tiempo de entrar a conocer del recurso interpuesto se había consumado ya la expulsión del recurrente, de manera que, a juicio de aquel órgano, la situación que lo motivó habría dejado de existir por causas sobrevenidas, careciendo así de fundamento el pronunciamiento sobre la misma.

Pues bien, *dicho razonamiento es rechazable desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.*

Y ello porque meridianamente se advierte que la determinación de la Audiencia se fundamenta en una causa que aparece desprovista de apoyo legal; esto es, aunque la resolución impugnada no contiene, propiamente, una decisión de inadmisión, lo cierto es que, de forma equivalente, elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado con base en una motivación que ha de reputarse, por aquel motivo, ajena al derecho a la tutela judicial efectiva. Así, de un lado, no puede considerarse como causa legal de inadmisión el hecho de que la situación denunciada en fase de recurso no tenga, en el momento de resolver sobre ella, persistencia en el tiempo, pues la eventualidad de que en el momento de resolverse la apelación por el órgano ad quem la resolución recurrida ya haya sido ejecutada no exime al Tribunal de apelación de su obligación de pronunciarse, por esta causa, sobre el fondo de la cuestión que se somete a su conocimiento. En cualquier caso resulta irrazonable la apreciación misma de que el recurso había quedado vacío de contenido por el hecho de haberse llevado a efecto la expulsión del demandante de amparo, ante todo si se repara en que la expulsión no es necesariamente irreversible; en que la expulsión conllevaba la prohibición de regresar a España en un plazo de diez años; y finalmente, en que en la apelación se argüía de forma principal que la sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión comportaba, en realidad, una doble condena, habida cuenta de que el recurrente había cumplido ya una gran parte de aquélla, alegación ésta que requería asimismo, como nota el Ministerio Fiscal, una respuesta de fondo, con independencia de que fuera o no posible materialmente suspender la expulsión.

4. Así pues la situación que el recurrente denunció al interponer el recurso de apelación no se extinguió por la circunstancia de que se hubiera materializado, precisamente, la medida objeto de impugnación, ni aquél obtuvo, por lo demás, la respuesta judicial exigible sobre el fondo de sus alegaciones. En suma, al haberse dejado imprejuizada la pretensión del demandante de amparo sin que concurriera causa legal que excluyese esta obligación del órgano ad quem, se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, lo que conduce a otorgar el amparo solicitado, sin que sea posible, en cambio, que este Tribunal se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo que quedó imprejuizada -esto es, la alegada existencia de una duplicidad de condenas, al haberse acordado la expulsión del territorio nacional cuando la pena privativa de libertad se hallaba parcialmente cumplida- ya que, en otro caso, y justamente por no haberse obtenido respuesta judicial sobre ello en el recurso de apelación, no se respetaría la subsidiariedad propia de esta vía de amparo.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Carlos y, en consecuencia:

1º Declarar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante.

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular el Auto de 14 de septiembre de 2005 de la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictado en rollo de apelación 34-2005, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la citada resolución a fin de que la Sala resuelva el recurso de apelación en términos respetuosos del derecho fundamental.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil nueve.

Doble condena: cumplimiento de pena y expulsión del territorio español

No resulta admisible que el órgano judicial invoque la carencia de objeto de un recurso en el que se reclama la alternatividad entre cumplimiento de pena y expulsión, por el hecho de que al tiempo de resolver se haya materializado dicha expulsión.

José M.^a CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO

Fiscal ante el Tribunal Constitucional

Diario La Ley, Nº 7175, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 May. 2009, Año XXX, Editorial **LA LEY**

LA LEY 665/2009

ANTECEDENTES DE HECHO Y PERSPECTIVA JURIDICA

Como consecuencia del seguimiento de causa penal por razón de la presunta comisión de un delito de agresión sexual, se dictó por el Juzgado de lo Penal nº 14 de los de Madrid, sentencia de conformidad de fecha 15 de diciembre de 2004, condenándose al acusado como autor del referido delito a las penas de un año de prisión, privación del derecho de sufragio y prohibición de acercamiento a la víctima por tiempo de un año. El acusado había sido ingresado en calidad de preso preventivo el anterior día 5 de diciembre, por lo que tras la celebración del juicio y el dictado de la sentencia en la que, dada la conformidad del acusado se acordó su firmeza, se le mantuvo en prisión.

En fecha 28 de enero de 2005 se practicó por el Juzgado de Ejecuciones Penales nº 4 de Madrid liquidación de condena, referida exclusivamente a la pena de alejamiento, sin hacerse mención a la privativa de libertad y sin acordarse tampoco la concesión de los beneficios de la suspensión de condena. El penado siguió ingresado en el centro penitenciario, dictándose auto de fecha 14 de marzo de 2005 por el que se le denegó la suspensión de condena.

Por auto de 24 de mayo de 2005 del mismo Juzgado de Ejecuciones se resolvió sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional al hallarse el penado residiendo ilegalmente en España. El siguiente día 25 de mayo se dictó auto aprobando la liquidación de condena de la pena privativa de libertad, situando como fecha de cumplimiento la de 5 de diciembre de 2005.

El actor interpuso recurso de reforma contra el auto de 24 de mayo por el que se le sustituía la pena privativa por la expulsión, siendo tal impugnación desestimada por auto de 11 de julio de 2005. Contra la anterior resolución el demandante interpuso recurso de apelación, siendo el mismo desestimado por auto de fecha 14 de septiembre de 2005 dictado por la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, aduciéndose que el recurso carecía de contenido, ya que a la fecha de la resolución el recurrente había sido expulsado de España.

El recurso de amparo planteaba la hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, e implícitamente, aunque no desarrollado en forma debida, la lesión del derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, ya que estimaba improcedente la expulsión del territorio español al haber cumplido en prisión más de la mitad de la pena impuesta, entendiéndose que el cumplimiento y la expulsión resultaban medidas recíprocamente excluyentes.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

La postura mantenida por el Tribunal Constitucional, —entre otras en la STC 145/2006 en la que se resuelve un supuesto similar al que aquí se estudia—, enfoca la solución desde la perspectiva exclusiva del derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE, haciéndose hincapié, en dicho caso, en la «irrazonabilidad» del argumento empleado por el órgano jurisdiccional, que en fase de ejecución de sentencia procede a aplicar la nueva medida introducida en una posterior redacción del artículo 89.1 del Código Penal, no teniendo en cuenta que con anterioridad a tal reforma legal y siendo la medida potestativa, no se había siquiera planteado la hipótesis de la sustitución de la prisión por la expulsión. Tanto en ese caso como en el que ahora se analiza, falta la ponderación del valor libertad, no obstante lo cual, el TC estima lesionado exclusivamente el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

Así, en la sentencia ahora dictada se argumenta que la determinación de la Audiencia Provincial se fundamentaba en una causa que aparece desprovista

de apoyo legal, pues dicho órgano judicial, en opinión del TC, elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado con base en una motivación que reputa ajena al derecho a la tutela judicial efectiva. Se añade a tal inicial punto de partida, que no puede considerarse como causa legal de inadmisión el hecho de que la situación denunciada en fase de recurso de apelación, no tuviera, en el momento de resolver sobre ella, persistencia en el tiempo, pues la eventualidad de que en el momento de resolverse la apelación por el órgano *ad quem* la resolución recurrida ya hubiera sido ejecutada (expulsión), no eximiría al Tribunal de apelación de pronunciarse, por ésta causa, sobre el fondo de la cuestión que se somete a su conocimiento. Finalmente, el TC agrega que en cualquier caso resultaba irrazonable la apreciación misma de que el recurso había quedado vacío de contenido por el hecho de haberse llevado a efecto la expulsión del demandante de amparo, justificando tal afirmación el TC, en que la expulsión no es necesariamente irreversible; en que la expulsión conllevaba la prohibición de regresar a España en un plazo de diez años; y finalmente, en que en la apelación se argüía de forma principal que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión comportaba, en realidad, una doble condena, habida cuenta de que el recurrente había cumplido ya una gran parte de aquella, y ello requería una respuesta sobre el fondo.

COMENTARIO

Como se señala en el último inciso anteriormente transcrito de la sentencia del TC que aquí se comenta, la resolución de la Audiencia Provincial se fija exclusivamente en uno de los aspectos de la cuestión sometida a su conocimiento, cual es, el de la imposibilidad material de reconsiderar la expulsión del territorio nacional, habida cuenta de que al tiempo de adoptarse dicha disposición, el súbdito extranjero ha abandonado ya el territorio español. Sin embargo, el mentado auto de la Audiencia Provincial no repara en otro de los aspectos que la cuestión ofrece y que resulta trascendental, en tanto la pretensión que el actor deduce se justifica por el hecho de haber sufrido una prolongada situación de privación de libertad que llega, prácticamente, a la mitad de la duración de la pena impuesta.

Esa falta de referencia o valoración del tiempo sufrido en prisión, cual si de un simple elemento accidental o intrascendente se tratara, es lo que cabe reprochar a la decisión de la Audiencia, pues hallándose concernido un derecho fundamental de carácter sustantivo, no se pondera su posible lesión, limitándose el auto a dar respuesta a una cuestión derivada como es la de la posibilidad material de suspender o no la expulsión, obviando que las dos medidas: cumplimiento de la pena y expulsión, se presentan en el código penal como alternativas y recíprocamente condicionantes.

Desde ésta perspectiva, cabría afirmar que lo que hace el auto de la AP es omitir el canon de motivación reforzada de la resolución, afectándose así, cuando menos, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en razón de la conexión del objeto analizado (alteridad prisión-expulsión) con el

valor libertad. Sin embargo, un paso más en éste análisis, nos lleva a plantear si esa falta de ponderación del valor de la libertad, no supondría ya por sí misma una quiebra del derecho fundamental sustantivo contenido en el artículo 17.1 CE. En nuestra opinión, la cuestión no ofrece duda, pues del mismo modo que cuando se adopta una medida privativa de libertad, la lesión del derecho es posible si es que no se han ponderado y exteriorizado las razones de la medida aunque ésta fuese objetivamente procedente por autorizarla la ley (*Vr. Gr. art. 503 LECrim*); en el caso presente, también se produciría la lesión directa del derecho sustantivo a la libertad *ex artículo 17.1 CE*, por no haberse ponderado al aplicar el artículo 89.1 del Código Penal, la circunstancia del previo cumplimiento de seis meses en prisión, aún cuando el artículo 990 párrafo 2º de la LECrim. imponga el deber de adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en establecimiento penal.

No obstante lo anterior, no es exactamente ésta la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia ahora analizada, ya que como más arriba se ha expuesto, se hace hincapié en la «irrazonabilidad» del argumento empleado por el órgano jurisdiccional, reconduciendo entonces la cuestión al ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, aunque no se olvida por completo la especial naturaleza del objeto sobre el que ha de recaer el pronunciamiento, —que no es otro que el de la libertad personal—, y cuya relevancia lleva al TC a exigir una plena y razonada respuesta sobre el fondo.