

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO**

Núm. Registro: 2883/2004

Excmos. Sres:

D^a. María Emilia Casas Baamonde
D. Guillermo Jiménez Sánchez
D. Vicente Conde Martín de Hijas
D. Javier Delgado Barrio
D^a. Elisa Pérez Vera
D. Roberto García-Calvo y Montiel
D. Eugeni Gay Montalvo
D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
D. Ramón Rodríguez Arribas
D. Pascual Sala Sánchez
D. Manuel Aragón Reyes
D. Pablo Pérez Tremps

ASUNTO: Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm.3 de Alicante.

SOBRE: Último párrafo del art. 89.1 CP, en la redacción dada por la LO11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

AUTO

I. Antecedentes

1. El día 6 de mayo de 2004 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante, al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 26 de abril de 2004, dictado en la ejecutoria núm. 111-2004, en el que se acuerda promover ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del apartado primero del art. 89 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

2. Los hechos relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alicante, en las diligencias urgentes núm. 18-2004, dictó Sentencia de 2 de marzo de 2004 condenando al acusado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, entre otras, a la pena de seis meses y diez días de prisión;

acordando, igualmente, la sustitución de esta pena por su expulsión de territorio nacional por un plazo de tres años.

b) El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante, en el marco de la ejecutoria núm. 111-2004 a la que dio lugar la anterior Sentencia, acordó por providencia de 22 de marzo de 2004, con carácter previo a la decisión judicial sobre cómo habría de continuar la ejecución de la pena privativa de libertad por la imposibilidad de ejecutar la expulsión en el plazo legal, dar trámite de alegaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del apartado primero del art. 89 del CP, en la redacción dada al mismo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, por si el mismo pudiera “(...) vulnerar el derecho constitucional a la igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución Española en relación directa con el art. 17.1 del mismo texto legal, al otorgar a los extranjeros en situación irregular un tratamiento discriminatorio en el modo de ejecutar las sentencias condenatorias en el ámbito penal al imponer con carácter imperativo el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad aun en los supuestos en los que la expulsión no pueda llevarse a efecto, haciendo abstracción de las causas que han impedido tal expulsión, y, lo que es más grave, al margen absolutamente de cualquier consideración sobre la gravedad del hecho y las circunstancias personales del recurrente”.

c) El Ministerio Fiscal, por escrito de 30 de marzo de 2004, consideró que resultaba conveniente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si bien no constaba que concurriera el supuesto de hecho previsto en la norma de cuya constitucionalidad dudaba el Juez, toda vez que no había constancia de la efectiva imposibilidad de proceder a la expulsión del condenado.

d) Por providencia de 5 de abril de 2004 se acordó solicitar informe a la Brigada Provincial de Extranjeros y Documentación de la Comisaría de Policía de Alicante sobre las causas que hubieran impedido la expulsión y que una vez verificado se diera nuevo traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones. El informe fue remitido por fax el 5 de abril de 2004 haciendo constar que la expulsión no se había podido llevar a efecto al no haberse logrado la

documentación original del condenado y no poder ser documentado ante las Autoridades de su país. El Ministerio Fiscal, por escrito de 7 de abril de 2004, consideró acreditado el supuesto de hecho de la norma cuestionada dando por reproducido su anterior informe sobre la conveniencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

d) La representación del condenado, por escrito registrado el 6 de abril de 2004, alegó, en primer lugar, que se produce una laguna legal que permite al juzgador interpretar el precepto cuestionado en el sentido más favorable al reo, aplicando la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad si se dan los requisitos legalmente exigidos para ello. Y, en segundo lugar, que de no admitirse esta interpretación y entenderse que la condena impuesta había de ser íntegramente cumplida se daría un verdadero agravio comparativo lesivo del derecho a la igualdad, lo que justificaría el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) La representación de la acusación particular, por escrito registrado el 7 abril de 2004, alegó que no era el momento procesal oportuno para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que el art. 35.2 de la LOTC establece que la misma ha de plantearse dentro del plazo para dictar sentencia, y en el presente caso ya existe sentencia firme.

3. Por Auto de 26 de abril de 2004, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante acordó “plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el último párrafo del apartado primero del art. 89 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, donde dice ‘se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente’ por posible infracción del derecho a la igualdad, art. 14 C.E., en relación con la libertad personal y el sistema de penas de nuestro derecho penal, art. 17 C.E.”. A esos efectos en este Auto, tras descartarse la objeción formal presentada por la acusación particular respecto del carácter no oportuno del momento de su presentación -acudiendo para ello a las declaraciones contenidas en la STC 186/1990, de 15 de noviembre- y dar cuenta de las sucesivas modificaciones legalmente experimentadas por la medida de expulsión de los ciudadanos extranjeros del territorio nacional como alternativa a la imposición a los mismos de una pena de prisión inferior a seis años, se

concluye que la nueva versión dada al art. 89.1 CP por la Ley Orgánica 11/2003 conduce, en el caso de que la medida de expulsión no pudiera llevarse a efecto –como aquí habría sido el caso– a la “imposibilidad absoluta de aplicar cualquier sustitutivo al efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad de los contenidos en los artículos 80 (suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con padecimientos incurables), 87 (suspensión en supuestos de drogadicción) y 88 (sustitución)”.

En opinión del órgano judicial, tal conclusión –que, desde su punto de vista, necesariamente se deriva de las previsiones establecidas en el art. 89.1 CP– constituye una vulneración del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, en el sentido de que, si bien dicho precepto admitiría un trato diferenciado de los extranjeros en el disfrute de determinados derechos, dicho trato diferenciado no estaría justificado en supuestos de ejecución de la pena impuesta por motivo de la comisión de un delito, ya que, de la misma manera que “todos los delincuentes deben poder recibir la misma pena cuando cometan una idéntica infracción criminal”, también “deben potencialmente poder acogerse a las mismas modalidades de extinción de su responsabilidad criminal, sin ser objeto de trato distinto por motivaciones ajenas a los fines de prevención general y especial propios del sistema jurídico-penal”. En consecuencia, la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de las penas privativas de libertad no pueda ser excluida “*a priori* a toda una clase de delincuentes, sin ni siquiera permitir la valoración judicial de las circunstancias concurrentes, pues ahí radica la conversión del trato diferenciado en injustificado”. En suma, para el Juez de lo Penal “el último párrafo del apartado primero del art. 89 sitúa en posición de desigualdad al delincuente no residente legalmente en España, en relación con los delincuentes nacionales o extranjeros residentes legalmente en España..., al permitir a los segundos acceder a todo un amplio elenco de medidas alternativas al efectivo ingreso en prisión que también extinguen su responsabilidad criminal, posibilidad que impide de raíz a los delincuentes no residentes legalmente en España, aun a pesar de que se haya constatado la imposibilidad de llevar a efecto la opción prioritaria de su expulsión por causas ajenas a su voluntad, y con total abstracción de las circunstancias personales del delincuente y objetivas del delito cometido. Como ello va a incidir esencialmente, como en el caso que nos ocupa, sobre delincuentes primarios y penas cortas privativas de libertad, la razonabilidad y proporcionalidad de dicha decisión son aún más difíciles de alcanzar”.

Por último, el Auto de planteamiento de la cuestión se hace eco de la doctrina sentada por este Tribunal en el sentido de que únicamente cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma, señalando que dicha interpretación conforme podría hipotéticamente mantenerse argumentando que el párrafo tercero del art. 89.1 CP, al disponer que “la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88”, únicamente se está refiriendo al primer párrafo de dicho apartado y no al último en el que se establece que “se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente” en el caso de que la expulsión no haya sido posible. Pero el Juez de lo Penal entiende que tal interpretación, no sólo no se compadece con el entendimiento conjunto del precepto, sino que iría en contra del tenor literal de ese último apartado, toda vez que “la expresión cumplimiento de la pena privativa de libertad es algo opuesto e incompatible con la posible aplicación de alguno de los sustitutivos al efectivo cumplimiento”. De manera que, en su opinión, “cualquiera de los criterios de interpretación que utilicemos (literal, sistemático, histórico o teleológico)” conducen “a una misma conclusión: la norma quiere, en aras a lograr a ultranza la eficacia de una determinada política criminal en materia de inmigración ilegal, excluir a todo extranjero en situación irregular de la posible aplicación de cualquier sustitutivo al efectivo ingreso en prisión..., colocando al extranjero en situación irregular en una posición distinta, y [...] discriminatoria, con el resto de posibles condenados (nacionales y extranjeros con residencia legal) frente al sistema de penas previsto en nuestro Código penal”.

4. Por providencia de 8 de noviembre de 2005 la Sección Segunda de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, conforme a lo previsto en el art. 37.1 LOTC, expusiera lo que considerara conveniente sobre la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuera notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 2 de diciembre de 2005, interesando su inadmisión por considerar que la misma resultaba notoriamente infundada. La totalidad de la argumentación desarrollada en el Auto de

planteamiento se basa en la literalidad del precepto, a la que se anuda una pretendidamente pacífica e incuestionable interpretación de su sentido último, por lo que lo planteado no es tanto el hipotético desajuste entre una norma y la Constitución sino el apreciable entre una determinada interpretación de una norma y la Constitución. A partir de ello, recuerda el Fiscal General del Estado que la finalidad de los procesos de inconstitucionalidad no es otra que la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que se hallen en franca contradicción con la Constitución, y no la anulación de un determinado modo de interpretarlas, por muy sólido que éste sea, cuando aquéllas ofrecen otras significaciones posibles que, a partir de los mismos elementos interpretativos, permiten llegar a conclusiones diametralmente opuestas a las que en este caso sustenta el Juzgado proponente. Así, en el presente caso, considera que el órgano judicial podía haber acomodado por vía interpretativa el precepto a aplicar con tan sólo entender que el término “cumplimiento” no es necesariamente sinónimo de ingreso en prisión, de suerte que una vez establecida la pena a cumplir cabe todavía un ulterior pronunciamiento sobre la posibilidad de su remisión condicional de conformidad con lo establecido en el art. 80 del CP. Pero incluso admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que la interpretación que del precepto cuestionado sugiere el Juzgado proponente es posible, no cabría entender que su contenido lesiona el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, ya que el término de comparación que se aporta no es el adecuado, dado que no se trata de comparar a españoles y extranjeros en idéntica situación de residentes en España, sino de comparar a ambos con extranjeros ilegalmente residentes en España sobre los que, además, pesa un orden de expulsión que posteriormente se revela imposible de cumplimentar.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el último párrafo del apartado primero del art. 89 CP, en la redacción dada al mismo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, por posible vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Dicho párrafo establece que “[e]n el supuesto de que, acordada la sustitución de la penal privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente”.

El art. 37.1 LOTC establece que podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuera notoriamente infundada la cuestión suscitada. A esos efectos, este Tribunal ha reiterado que el concepto de "cuestión notoriamente infundada" encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de tal modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (por todos, AATC 269/2003, de 15 de junio, FJ 2 y 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2).

2. En el presente caso, estamos ante uno de esos supuestos en que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas, al ser susceptible el precepto cuestionado de una interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, compatible con el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

El órgano judicial proponente considera que el precepto cuestionado ha introducido un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad personal, para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, cuya expulsión del territorio nacional hubiese sido decretada como alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando dicha expulsión no hubiese podido ser llevada a efecto, pues en tal caso el cumplimiento de la pena de prisión resultaría indefectible al no poder serles aplicados, aun cuando se dieran los requisitos legales para ello, los arts. 80 -suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con padecimientos incurables-, 87 -suspensión en supuestos de drogadicción- y 88 -sustitución por multa o trabajos en beneficio de

la comunidad-, ya que en el párrafo tercero del art. 89.1 CP se establece que “[l]a expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal”.

Tal conclusión no es, sin embargo, en modo alguno obligada, ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica. Por el contrario, tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión. Esta previsión, en sí misma considerada, resulta plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutoria de expulsión del penado, es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano. De hecho, la duda de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Penal no se refiere a esta lógica consecuencia, sino al hecho de que, puesta en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de ese mismo art. 89.1 CP, pudiera concluirse que, en el caso de que finalmente fuera imposible expulsar al penado extranjero no residente legal en España, tampoco podrían serle aplicadas las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad reguladas en los arts. 80, 87 y 88 CP.

Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del art. 89.1 CP no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los art. 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término “cumplimiento”, puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término

en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que “la expulsión se llevará a efecto”, lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto.

La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales.

En definitiva, la posibilidad de interpretar la norma cuestionada en forma compatible con el art. 14 CE puesto en relación con el art. 17 CE determina que la presente cuestión de inconstitucionalidad esté incurso en la causa de inadmisión señalada.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Dado en Madrid, a cuatro de abril de dos mil seis.