

32265 Pleno. Recurso de amparo número 338/1985. Sentencia núm. 140/1986, de 11 de noviembre.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y doña Gloria Begué Cantón, don Angel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 338/1985, promovido por don Francisco Cobos Picado, representado por el Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, y bajo la dirección del Letrado don Carlos García de Ceca, contra las Sentencias de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 1983, y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1985, en causa seguida contra el actual solicitante del amparo por un delito monetario previsto y penado en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre. Ha comparecido el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Magistrado don Luis López Guerra, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de abril de 1983 la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a don Francisco Cobos Picado a la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 24.000.000 de pesetas, accesorias y costas como autor de un delito monetario tipificado en el art. 6.A.1.º y penado en el 7.1.2.º, de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, adquiriendo firmeza dicha Sentencia al declarar la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la suya de 21 de marzo de 1985, no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el condenado.

2. El 19 de abril de 1985, el Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta presentó, en nombre y representación de don Francisco Cobos Picado, demanda de amparo contra las citadas Sentencias por violación del derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, solicitando que se estime el amparo, debiendo elevarse la cuestión de inconstitucionalidad que se suscita respecto a la Ley aplicada al Pleno del Tribunal.

Los hechos sustanciales de la demanda son los siguientes: Con fecha 25 de abril de 1983, la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia núm. 57, en la causa núm. 1/1982, procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, por la que se condenó al hoy recurrente como autor de un delito monetario de carácter continuado a la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 24.000.000 de pesetas, accesorias y costas.

En efecto, la meritada resolución, en su primer considerando, señala: «Que los hechos declarados expresamente probados son legalmente constitutivos de un delito monetario en perjuicio de la economía nacional, previsto y penado en el art. 6, letra A), apartado primero, de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, y sancionado en el art. 7.1.2.º de la misma Ley, pues en clara contravención al sistema legal de control de cambios, y con el objetivo de disponer en el extranjero de un capital para inversiones particulares, en seis ocasiones se extraen cantidades de dinero en moneda nacional o extranjera, sin autorización alguna, por un importe total de 24.650.000 pesetas. La unidad de propósito, de medio empleado, de bien afectado, de titularidad de las partidas, y la sucesión meramente temporal de los actos, permiten calificar los hechos como un solo delito continuado en el tiempo, y no dividir los actos, para beneficiar al acusado en detrimento de la tipificación delictiva.»

Y en su fallo dispone: «Que debemos condenar y condenamos al procesado Francisco Cobos Picado, cuyas restantes circunstancias personales anteriormente constan, como responsable penalmente en concepto de autor de un delito monetario, anteriormente definido, y concurriendo las circunstancias de atenuación anteriormente indicadas, a las penas de seis meses de arresto mayor y multa de veinticuatro millones de pesetas, con arresto sustitutorio de noventa días, en caso de impago, y al pago de las costas procesales, así como a la suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la pena de arresto mayor.»

Contra la citada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el que expresamente invocó la inconstitucionalidad de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, acogiéndose a la resultancia de

la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo para en su día y en relación con la Sentencia impugnada por cuanto, en cualquier caso, afecta de manera directa su contenido al derecho del recurrente, de tal forma que, no habiendo prosperado la citada cuestión núm. 333/1983, por las razones y fundamentos que la correspondiente resolución del Tribunal Constitucional contiene, se vio en la necesidad jurídica de plantear particularmente la mencionada inconstitucionalidad de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, aplicada al hoy recurrente, toda vez que se trata de una Ley ordinaria en base a la que no puede aplicarse pena alguna que afecte a la libertad o seguridad de los españoles por suponer ello violación de los derechos que reconoce el art. 17 de la Constitución.

En íntima relación con lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la Sentencia ya mencionada que confirma la del Tribunal de instancia, en su segundo considerando pone de relieve que la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, ha resultado actualizada por la vigente norma o Ley Orgánica 10/1983, de 20 de agosto, que confirió carácter y naturaleza de Ley Orgánica al Capítulo II de la anterior Ley, arts. 6 al 9 relativos a los delitos monetarios, en aras a una mayor seguridad jurídica, de acuerdo con el orden constitucional (art. 81.1 de la Constitución) y por resultar afectado, por esos concretos artículos, el derecho a la libertad personal; estado actual o sistema vigente al que se llegó no sin controversias importantes, que incluso dieron lugar, en su día, a un recurso de inconstitucionalidad que la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo interpuso contra la referida Ley 40/1979, precisamente por tratarse de una Ley ordinaria y no orgánica que sin duda causalizó la última reforma también indicada».

3. Fundamenta el recurrente su demanda en que el art. 81.1 de la Constitución establece que son Leyes Orgánicas, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución; no obstante, la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, que en sus arts. 6 y 7 tipifica y sanciona los delitos monetarios con penas conjuntas de privación de libertad y multa, es una ley ordinaria en la que se contienen normas atinentes a los derechos fundamentales de libertad y seguridad de la persona que consagra el art. 17 de la Constitución. Se trata, por tanto, de una Ley cuya aplicación concreta deviene de forma necesaria un claro supuesto de inconstitucionalidad por no revestir el carácter de Ley Orgánica; y su aplicación concreta al hoy recurrente lleva aparejada la violación de su derecho fundamental tanto a la libertad como a la seguridad, proclamados constitucionalmente.

El propio legislador, de un lado, y nuestro Tribunal Supremo, de otro, se han manifestado clara y contundentemente sobre el tema de que se trata. Así, el preámbulo de la Ley 10/1983, de 16 de agosto, que viene a conferir naturaleza de Ley Orgánica a la regulación contenida en el Capítulo II de la Ley 40/1979, explica que ello se lleva a cabo, «en aras de una mayor seguridad jurídica de los ciudadanos, de acuerdo con nuestro orden constitucional y por resultar afectado el derecho a la libertad personal».

De otro lado, la propia Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se acompaña al escrito, interpreta la publicación de la citada Ley 10/1983, por supuesto posterior a los hechos imputados al demandante de amparo, como una actualización de la Ley 40/1979, por la que se confiere «carácter y naturaleza de Ley Orgánica al Capítulo II de la anterior Ley, arts. 6 al 9, relativos a los delitos monetarios, en aras a una mayor seguridad jurídica, de acuerdo con el orden constitucional (art. 81.1 de la Constitución), y por resultar afectado, por esos concretos artículos, el derecho a la libertad personal».

Resultado de todo ello el que nuestra Constitución ha implantado, siguiendo la inspiración francesa, la reserva absoluta de Ley Orgánica en cuanto se refiere al Derecho penal, a los delitos y a las penas, sin distinción entre delitos comunes o especiales, como muestra clara de la correlación existente entre los derechos fundamentales de la persona y el desarrollo normativo de los mismos, así como de que la legislación penal supone tan importante limitación de tales derechos que ha de guardar los requisitos y formalidades reservados para las Leyes Orgánicas. En este sentido, huelga mencionar que todas las disposiciones posteriores a la Constitución que afectan al Derecho penal o procesal penal, han tenido el carácter de orgánicas, por lo que su cita resulta innecesaria.

Pues bien, si inconstitucional era el contenido del Capítulo II de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios, hasta la publicación de la Ley 10/1983, igualmente puede predicarse el que la aplicación de la Ley de Control de Cambios a hechos anteriores a la entrada en vigor de esta última Ley Orgánica, supone una clara y evidente violación del derecho fundamental a la libertad y seguridad de la persona.

Y este es el caso del recurrente, al que se aplica la Ley 40/1979, por hechos ocurridos entre 1980 y 1982, y se le condena como autor de un delito monetario del art. 6.A.1.º, de dicha Ley, a las penas

de seis meses de arresto mayor y multa de 24.000.000 de pesetas, con lo que se concreta un supuesto de violación de un derecho fundamental por aplicación de una norma inconstitucional y cuya preservación obliga a la interposición y admisión del presente recurso de amparo.

La propia doctrina del Tribunal Constitucional así lo pone de manifiesto, entre otras, en la Sentencia de 18 de diciembre de 1981, en la que se admite la pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, en aplicación del art. 55.2.º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, cuando concurren los requisitos de lesión y norma inconstitucional que en dicha resolución se contemplan en relación con los arts. 14 al 30 de la Constitución.

4. La Sección, en providencia de 5 de junio de 1985, puso de manifiesto las causas de inadmisibilidad previstas en los arts. 50.1 b), en relación con el 44.1 c), y 50.2 b) de la LOTC y, después de presentarse las respectivas alegaciones por el demandante y el Ministerio Fiscal, dictó providencia de 17 de julio, por la cual acordó admitir a trámite la demanda y reclamar las actuaciones a la Audiencia Nacional, previo emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento.

5. Recibidas las actuaciones judiciales el 6 de agosto y presentado escrito del demandante solicitando vista oral, la Sección acordó, por providencia de 25 de septiembre, seguir el procedimiento por el trámite de alegaciones escritas y, en consecuencia, dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días, al recurrente y al Ministerio Fiscal, para presentación de alegaciones.

6. El recurrente presentó su escrito el 28 de octubre, suplicando la nulidad de las Sentencias impugnadas y el reconocimiento y restablecimiento del derecho cuyo amparo solicita, con declaración de su derecho a no ser condenado a las penas y costas impuestas.

Las alegaciones fueron sustancialmente las siguientes: Recurrida en casación la Sentencia de la Audiencia Nacional y por estar ya admitida a trámite por este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad núm. 333/1983, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es por lo que, el demandante, en su correspondiente escrito impugnatorio de la resolución de instancia citada, hizo constar expresamente que, por afectar dicha cuestión de inconstitucionalidad de forma directa a su derecho, se acogía plenamente a la resultancia de la misma para en su día.

Rechazada la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo, en virtud de Sentencia núm. 25/1984, de 23 de febrero, del Pleno del Tribunal Constitucional, una vez confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal *a quo*, no queda otra vía que la de recurrir al amparo ante ese alto Tribunal.

Según el art. 17.1 de nuestra Norma fundamental, «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley». Los casos y la forma previstos en la Ley, son expresiones que deben ser interpretadas teniendo en cuenta, en primer y principal lugar, lo que resulta de la propia Constitución. Así, v. gr., las palabras «la Ley» del art. 17.1, deben ser concretadas atendiendo a las prescripciones constitucionales, entre ellas, la que resulta del art. 81.1 de la Constitución. La «Ley» que describa «dos casos» y «la forma» de las privaciones de libertad, debe ser Ley Orgánica, puesto que el núcleo sustancial, la médula del desarrollo del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad personales, es justamente la determinación de los supuestos y las formas de privación de este derecho fundamental, las principales de las cuales se actualizan en un Estado de Derecho mediante resolución judicial, cuyo ejemplo más patente es la Sentencia penal de condena dictada por el Tribunal competente.

Es manifiesto, por tanto, que el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad personales, implica, entre otros, el derecho a que las privaciones de libertad, en virtud de Sentencia penal (firme) se produzcan dando aplicación a tipos (es decir: «Casos» de privación de libertad) determinantes de penas (es decir: Una «forma» de la privación de libertad) establecidos los unos y conminados las otras en la forma que la Constitución prevé, a saber, mediante Ley Orgánica.

Con lo anterior no se trata de afirmar que el particular tenga un abstracto derecho al rango, el carácter o al tipo de Ley. Nada de eso. A lo que tiene patente derecho constitucional es a que la privación de libertad se produzca en virtud justamente de aquel tipo de Ley al que el constituyente ha reservado el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, en virtud de Ley Orgánica.

Consecuencia inmediata de todo ello, es el planteamiento de qué ocurrirá ante el error del legislador que regula mediante una Ley ordinaria una de las materias reservadas por el art. 81.1 a la Ley Orgánica. La doctrina es concluyente en el sentido de estimar que bien por la vía directa del recurso de inconstitucionalidad como a través de los conflictos de competencia o de los recursos individuales de amparo, es posible obtener la declaración de

inconstitucionalidad de la Ley en cuestión. Y ello con base, tanto en la infracción del principio de reserva de la Ley Orgánica que consagra el art. 81.1 como por haber prescindido de los rigores y garantías con que la Constitución ha querido proteger estas normas.

Este último es precisamente el caso de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre. La Sentencia que se recurre, aplica una Ley ordinaria, no Orgánica, en sus arts. 6.A.1 (que define el tipo delictivo de exportación no autorizada) y 7.1.2.º (que conmina una pena privativa de libertad, atenuada, en nuestro caso, con arreglo al art. 7.1.4.º). Por el juego de los tres preceptos se ha impuesto al señor Cobos Picado una pena de seis meses de arresto mayor. Como la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, es ordinaria y carece del carácter de Orgánica que exige el art. 81.1 de la C.E., es patente que ha sido violado el derecho fundamental del art. 17.1 de la Constitución.

Se extiende a continuación el recurrente respecto de dos cuestiones que a su juicio merecen un tratamiento especial, en relación con el caso concreto que nos ocupa: La multa penal y la cláusula derogatoria de la Ley 40/1979.

La sanción de multa puede ser administrativa o penal. La propia Constitución abre esa doble posibilidad (cfr. arts. 25.1 y 3; 45.3, etcétera). Uno de los criterios de distinción entre ambos tipos de multa tiene base constitucional precisa: Resulta constitucionalmente prohibido por el art. 25.3 de la Constitución que las multas administrativas puedan aparejar, caso de impago, «responsabilidad personal (privación de libertad) subsidiaria». No está, en cambio, constitucionalmente prohibido que el legislador penal prevea una privación de libertad «subsidiaria», en caso de impago de multa.

La descripción de injustos penales castigados con multa y la conminación de las multas penales deben entenderse reservadas a la Ley Orgánica, precisamente, y por de pronto, porque implican «responsabilidad personal subsidiaria», es decir, una subsidiaria privación de libertad. Por tanto, la descripción de injustos penales castigados con multa y la conminación de éstos por una Ley ordinaria, como sucede, justamente, con los arts. 6 y 7 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, violan el art. 17.1 de la Constitución por similares razonamientos a los expuestos en la alegación anterior.

Todo el sistema de penas (privativas de libertad, pecuniarias, accesorias) establecido respecto de un determinado y único injusto, está relacionado íntimamente en todas sus partes; no cabría una declaración de nulidad parcial de una categoría entera de penas, sin que quedasen afectadas las restantes necesariamente, que perderían su lugar propio en el sistema punitivo general establecido. La nulidad parcial no podría fundarse aquí en el clásico principio *uti valeat* puesto que ello implicaría una ruptura arbitraria del propio sistema legal unitario y su sustitución por una parte del mismo elevada casualmente a única en contra de la voluntad expresa del legislador.

En cuanto a la cláusula derogatoria, ha sido discutido en la doctrina penal qué sucedería si la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, cuya inconstitucionalidad es unánimemente proclamada por la doctrina penalista, fuera, en fin, declarada inconstitucional por este Tribunal. Se ha apuntado alguna vez que la inconstitucionalidad de la Ley de 1979, haría «revivir» la Ley de 24 de noviembre de 1938, al efecto de la represión de las conductas desarrolladas entre la entrada en vigor de la Ley 40/1979, y la de la Ley Orgánica 10/1983. Pero esta «resurrección» es jurídicamente imposible, ya que es evidente la radical incompatibilidad de la Ley de 1938 con la Constitución, en tal grado que ninguna interpretación «constitucionalmente conforme» puede sanar, y hay razones todavía más contundentes que se añaden a las aludidas, para impedir la vuelta a la vida de cadáver legislativo de la Ley de 1938. Esta Ley fue derogada por la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, Disposición derogatoria 1.ª. Pues bien, la materia de esta Disposición derogatoria como tal no está dentro de la reserva de Ley Orgánica y así lo consideró el legislador de 1983 que no la reprodujo (como hizo con los arts. 6, 7, 8 y 9 en su mayor parte). Por tanto, la inconstitucionalidad de la Ley de 1979 que aquí se postula no alcanza a dicha cláusula derogatoria, como no alcanza a las partes no penales de la Ley.

La inconstitucionalidad de la Ley de 1979 no es, por tanto, total. Conciérne a su Capítulo II o parte de él (desde luego a los arts. 6, 7 y 8), pero no al resto de la Ley 40/1979. Y en este «restos», ajustado a la Constitución, se halla la cláusula derogatoria de la Ley de 24 de noviembre de 1938 (Disposición derogatoria Primera de la Ley 40/1979). La inconstitucionalidad de los arts. 6, 7 y 8 de la Ley 40/1979, junto con la «irrevivificabilidad» de la Ley de 1938, no dejarían impunes las conductas infractoras del control de cambios cumplidas durante el período que va desde la entrada en vigor de la Ley 40/1979, hasta la de la Ley Orgánica 10/1983. Sucedería, sin embargo, que los injustos del art. 6 de la Ley de 1979 dejarían de ser penales para convertirse en meros injustos administrativos. Repárese que el art. 10.1.a) de la Ley 40/1979, declara infracciones administrativas las conductas previstas en el art. 6, cuando su cuantía supere las 20.000 pesetas, sin exceder de

2.000.000 de pesetas. Bastaría con entender que, como consecuencia de la inconstitucionalidad de la «parte penal» de la Ley 40/1979, el límite superior que a las infracciones administrativas señala el citado art. 10.1.a, quedaba sin validez. Todas las conductas consideradas (inconstitucionalmente) delictivas con arreglo a la Ley 40/1979, pasarían a ser injustos administrativos sancionables con la multa —nada suave— de la mitad al tanto (art. 10.3 de la Ley 40/1979) y la accesorio de comiso (art. 10.4 de la misma).

7. El Ministerio Fiscal presentó su escrito el 24 de octubre, suplicando la denegación del amparo. En el presente caso, mantiene el Ministerio Fiscal, el recurso de amparo se plantea por estimar que la aplicación de la Ley 40/1979 causa al recurrente la lesión concreta de su derecho a la libertad (art. 17.1 de la Constitución). Ello requiere analizar, previamente, si el derecho que se estima lesionado se invocó formalmente en la vía judicial previa (art. 44.1 c) de la LOTC). Y esto, no por volver sobre una causa de inadmisión ya resuelta por el Tribunal, sino porque su apreciación ahora, se convertiría en causa de desestimación del recurso.

La lesión del derecho a la libertad que indica el recurrente, de producirse, hubo de serlo en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 1983. La invocación del derecho violado debió hacerse, por tanto, en el recurso de casación. Sin embargo, en este recurso únicamente se alude a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 333/1983, resuelta en sentido negativo por la Sentencia de 23 de febrero de 1984 (STC 25/1984), precisamente porque en ella la cuestión planteada se centró en el principio de legalidad (art. 25.1 de la Constitución), en relación con el art. 81.1 de la Constitución, y no en el derecho a la libertad, artículo 17.1 de la Constitución, que es el que ahora se aduce. Y si esta invocación no se hizo en su momento, no parece tampoco que se enjuiciara y discutiera en la Sentencia de 21 de marzo de 1985, que dictó el Tribunal Supremo, porque éste, en su segundo considerando, se limita a relacionar la historia legislativa de los delitos monetarios, sin otorgar una respuesta concreta al problema de la posible lesión del derecho a la libertad por la aplicación de la Ley 40/1979, como no podía hacerlo ya que no le fue suscitado por el recurrente ni el Tribunal entró, por sí, a conocer de ese punto.

De otro lado, parece conveniente analizar el origen y razón de la hipotética lesión del derecho a la libertad (art. 17.1 de la Constitución). Y ello quiere tener su apoyo en la relación de dicho precepto con el art. 81.1 de la Constitución. Es decir, se produce la lesión del derecho fundamental porque la Ley que se aplica y que se supone desarrolla derechos fundamentales, debe ser Orgánica pero es ordinaria, y por ello inconstitucional. La lesión, en consecuencia, deriva directamente de la vigencia del art. 81.1 de la Constitución, sin el cual aquella lesión no sería posible.

Hace referencia a continuación el Ministerio Fiscal al Auto 87/1984, de 15 de febrero, de este Tribunal, así como al dictado el 25 de octubre de 1982, en el recurso de amparo 203/1982, señalando que, según la doctrina que de ellos resulta, el presente recurso de amparo podría haber incurrido en la causa de inadmisión comprendida en el art. 50.2 a) de la LOTC que, en este momento, se convertiría en causa de desestimación.

El defecto formal que se imputa a la Ley 40/1979, no parece tener, además, la transcendencia que quiere darle la parte demandante. Por de pronto, la Ley 40/1979, no es la única Ley ordinaria que ha regulado, después de la Constitución, materias relacionadas con el derecho a la libertad. Así, tuvieron el carácter de ordinarias la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre prisión provisional, comentada en la STC 41/1982, fundamento jurídico 3.º y el Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

En otro orden de cosas, habría de insistirse en la falta de vacío legal en el caso controvertido, porque en el hipotético supuesto de que se declarara inválida la Ley 40/1979, recobraría todo su vigor la Ley anterior, de 24 de noviembre de 1938, como reconoce el Auto del Tribunal Constitucional citado 87/1984, y también el Auto del Tribunal Constitucional 62/1984, teniendo además en cuenta que el delito monetario por el que se condena la Sentencia impugnada se encuentra previsto tanto en la Ley 40/1979 (art. 6.A.1), como en la de 1938 (art. 1.12) y las penas impuestas por la resolución podrían mantenerse de acuerdo con la Ley de 1938. Desde luego, las Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1984 y 25/1984 no se enfrentaron directamente con la cuestión o punto que ahora se suscita. En la 32/1984, porque el Tribunal estimó que no era necesario pronunciarse sobre la Ley 40/1979, al resultar justificada la resolución judicial por otras razones, y, en la 25/1984, porque el planteamiento se hizo con base exclusivamente en la relación entre el art. 81.1 y 25.1 de la C.E., sin que se sometiera a controversia el desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en el art. 17.1 C.E. Al hilo de esta argumentación cabe preguntar si las figuras delictivas y las sanciones penales establecidas en una Ley, y, concretamente, en la Ley 40/1979 pueden estimarse como normas que desarrollan o limitan el derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 C.E., o no lo son. A este respecto,

es de ver que el art. 17 se refiere, a lo largo de su texto, a momentos de privación de libertad anteriores a la imposición de una condena: Detención preventiva, prisión provisional, mientras que las normas establecidas en la Ley 40/1979 son sancionadoras de conductas punibles y su imposición al recurrente de amparo supone una condena penal, no una privación de libertad en los términos recogidos en el art. 17 citado de la C.E. De modo que el desarrollo de las sanciones penales se adentra de lleno en el principio de legalidad comprendido en el art. 25.1 C.E., pero no supone por sí mismo limitación ni desarrollo del derecho de libertad —art. 17.1 de la Constitución—. Si se entendiera ésto así, se llegaría a la conclusión de que ni el recurrente en amparo invocó en vía judicial el derecho fundamental que ahora aduce, ni de un defecto formal como es el carácter no orgánico de una Ley derivan derechos fundamentales que puedan hacerse valer en un recurso de amparo, ni, aunque lo anterior no se tuviera en cuenta, podría entenderse que la falta de naturaleza orgánica de la Ley 40/1979 determina sin más la lesión del derecho a la libertad (art. 17.1 C.E.) porque lo comprendido en esa Ley son sanciones penales que como tales se insertan en el contenido del art. 25.1 C.E. —legalidad— y, con respecto a ella ya tiene dicho el Tribunal Constitucional, Sentencia 25/1984 citada, que los arts. 6 y 7 de la Ley 40/1979 no se oponen a su exigencia (se entiende a las exigencias del art. 25.1 de la Constitución).

8. En providencia de 6 de noviembre de 1985, se señaló para deliberación y votación el día 18 de diciembre, acordando la Sala, en su reunión de este día, proponer al Pleno que recabe para sí el conocimiento del recurso, lo cual fue aceptado por dicho Pleno en su reunión celebrada al día siguiente, 19 de diciembre, con el acuerdo de dejar pendiente la deliberación y votación para cuando correspondiera.

Iniciadas las deliberaciones, y no habiendo prosperado el texto propuesto por el Magistrado Ponente, señor Díaz Eimil, el Presidente del Tribunal Constitucional, en uso de las facultades que le confiere el art. 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, designó al Magistrado señor López Guerra como Ponente para la redacción de la Sentencia.

Por providencia de 6 de noviembre de 1986, se señaló el día 11 del mismo mes y año para deliberación y votación.

9. En pieza separada abierta, a petición del demandante, formulada en escrito presentado el 3 de mayo de 1985, y después de hacerse las correspondientes alegaciones por el mismo y el Ministerio Fiscal, que se opuso a ella, se dictó Auto de 7 del mismo mes, acordándose la suspensión de la ejecución de la Sentencia impugnada en tanto se tramite el recurso de amparo.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. En el presente recurso se pide amparo del derecho a la libertad personal garantizado por el art. 17.1 de la Constitución, el cual se afirma haber sido vulnerado por Sentencia que condena al demandante como autor de un delito previsto en el art. 6 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, a penas de privación de libertad y multa con arresto sustitutorio establecidas en el art. 7 de la misma Ley.

2. Antes de abordar dicha cuestión de fondo es preciso pronunciarse sobre la alegación del Ministerio Fiscal, relativa al incumplimiento del art. 44.1 c) de la LOTC y que aduce como causa de desestimación al no haber sido acogido como causa de inadmisibilidad en el trámite abierto por la Sección a tal efecto.

La aplicación rigurosa del citado precepto legal conduciría sin duda a conceder la razón al Ministerio Fiscal, pues el demandante no invocó formalmente en el proceso el derecho constitucional que se dice vulnerado, dado que se limitó a estar a resultados de la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley 40/1979, suscitada por el Tribunal Supremo en distinto proceso, sin advertir que esa cuestión se planteó desde la perspectiva del art. 25.1, en conexión con el art. 81.1 de la Constitución, mientras que aquí se invoca el art. 17.1 en conexión con este último. De ello resulta que la cuestión de inconstitucionalidad versó sobre el derecho a la legalidad penal y este amparo tiene por objeto el derecho a la libertad personal, el cual resulta por ello, en puridad, no invocado en el proceso.

Sin embargo debe tenerse presente que en el segundo considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo, que confirma la recurrida en amparo, al exponer la evolución histórica de nuestra legislación sobre delitos monetarios, hace mención expresa del orden constitucional y del derecho a la libertad personal y ello permite, siguiendo el criterio constantemente aplicado por este Tribunal en materia de formalidades procesales, considerar que el Tribunal Supremo, aunque de manera implícita, contempló el tema de la constitucionalidad de la Ley 40/1979, en relación con el artículo 17.1 de la Constitución, que es el planteado en este recurso, y por tanto se cumplió suficientemente el requisito del art. 44.1 c)

citado, cuya finalidad consiste en dar oportunidad a la jurisdicción para que se pronuncie sobre la vulneración del derecho fundamental que se invoca en el amparo.

3. La cuestión de fondo viene apoyada en la demanda en el argumento de que el art. 81.1 de la Constitución establece una reserva de Ley Orgánica para las leyes que desarrollan o limitan los derechos fundamentales y las libertades públicas, entre las cuales se incluyen las leyes penales que definen los delitos y establecen las penas correspondientes, pues las mismas limitan el derecho fundamental a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 de la misma Constitución, siendo por ello inconstitucionales cuando no revistan la forma de Ley Orgánica, como ocurre con la Ley 40/1979, de Control de Cambios; y por tanto vulneran el referido derecho las Sentencias condenatorias que se dictan en aplicación de las mismas, ya que mediante ellas se impone privación de libertad al margen de la garantía de reserva de Ley Orgánica que dicho artículo 81.1 establece.

Esta cuestión de la inconstitucionalidad de los preceptos penales limitativos de la libertad de la Ley de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979, profusamente debatida por la doctrina científica en el marco general de la reserva de Ley Orgánica en materia de legalidad penal, ha accedido al conocimiento de este Tribunal en diversos procesos que han dado lugar al menos a las Sentencias 25/1984 y 32/1984, ambas desestimatorias, y al Auto de inadmisión 87/1984, recaída la primera en la anteriormente aludida cuestión de inconstitucionalidad y los segundos en recursos de amparo.

La existencia de estas resoluciones pudiera hacer creer que el citado problema de la inconstitucionalidad de la Ley mencionada es cosa juzgada y que este proceso puede encontrar fácil solución en el art. 50.2 c) de la LOTC; pero la realidad es bien distinta porque, aparte de que dichas resoluciones no han resuelto definitivamente dicho problema, concurren en los procesos en que se dictaron y en el presente, elementos de diferencia significativa que obligan a pronunciarse aquí con fundamentación propia que sea adecuada a los términos específicos en que se plantea el debate procesal. Esas diferencias consisten en que la cuestión de inconstitucionalidad se planteó, según se deja dicho, en relación con el artículo 25.1, y en este recurso el art. invocado es el 17.1 y los citados procesos de amparo se promovieron contra Autos de procesamiento y prisión y aquí se impugna una Sentencia condenatoria firme.

4. Hechas las precedentes consideraciones, procede entrar en el examen de la cuestión de fondo que, como ya se indicó, se centra en la pretensión de que se ampare al recurrente frente a la violación del derecho, reconocido en el art. 17.1 de la Constitución, a no ser privado de su libertad sino «en los casos y en la forma previstos en la Ley», violación que derivaría de la aplicación, por resoluciones judiciales, de una norma penal contenida en una Ley ordinaria, y no en una Ley Orgánica como correspondería de acuerdo con lo previsto en el art. 81.1 de la Constitución.

El primer aspecto de la cuestión que debe examinarse —y a este punto hace referencia en su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal— es si el derecho a la libertad recogido en el art. 17.1 del Texto constitucional protege a sus titulares frente a toda privación de libertad por parte de los poderes públicos, o si, por el contrario, se refiere únicamente a las situaciones de privación de libertad anteriores a la imposición de una condena penal, esto es, a las situaciones de detención preventiva y prisión provisional. Si así fuera, la protección derivada de las previsiones y garantías del art. 17.1 no se extendería a casos como el presente en que la privación de libertad viene determinada —con carácter definitivo y no provisional o cautelar— por una condena penal en Sentencia firme.

Esta posición no puede ser admitida, a la luz de la misma literalidad del Texto constitucional. El art. 17.1, al hacer mención del derecho a la libertad y seguridad, lo hace en términos generales, sin limitar su alcance a situaciones anteriores a la condena penal y, en consecuencia, sin excluir ninguna privación de libertad —anterior o posterior a la Sentencia condenatoria— de la necesidad de que se lleve a cabo con las garantías previstas en el mismo artículo y apartado, esto es, que se realice «en los casos y en la forma previstos en la Ley». Lo que supone que la protección alcanza tanto a las detenciones preventivas y las situaciones de prisión provisional anteriores a la Sentencia, como a la privación de libertad, consecuencia de ésta, y a la forma en que tal privación se lleva a cabo en la práctica. Abona esta conclusión, resultante de la letra del art. 17.1, el que, en apartados distintos del mismo art. se regule específicamente la detención preventiva y se remita a la Ley la fijación del plazo máximo de duración de la prisión provisional. Debe entenderse pues que la privación de libertad a que se refiere el art. 17.1 se refiere tanto a supuestos de privación anteriores a la condena penal, como a aquellos determinados por la misma, y que se han de llevar a cabo en su virtud. En otras palabras, el mandato del tantas veces citado artículo constitucional comprende también

el derecho a no ser privado de libertad por Sentencia firme sino en los casos y en la forma previstos en la Ley.

5. El segundo aspecto a considerar es si el derecho a la libertad reconocido por el art. 17.1, se extiende, en los supuestos de privación de esta libertad, no sólo a que se respeten los casos y la forma previstos en la Ley, sino también a que la norma legal, que fija tales casos y formas reúna a su vez ciertas características, derivadas de los mandatos constitucionales, y relativas a su tipo, rango y modo de aprobación. El recurrente mantiene, en efecto, que su derecho a no ser privado de la libertad más que en los casos y en la forma previstos por la Ley comprende también el de que esa Ley sea una Ley Orgánica, conforme a lo que estima dispone el artículo 81.1 de la C.E.

Es preciso, para resolver sobre este punto, tener en cuenta primeramente las exigencias constitucionales relativas al tipo y rango formal de las normas que prevén penas de privación de libertad, a efectos de determinar si efectivamente han de revestir el carácter de Leyes Orgánicas. El art. 17.1 invocado por el recurrente, hace referencia a los casos y formas previstos «en la ley», expresión que por sí sola no es suficiente para fijar con precisión todas las características que han de asumir las normas en virtud de cuya aplicación puede producirse una privación de libertad y, en concreto, y por lo que aquí interesa, las normas penales. Se hace por ello necesario, para llevar a cabo esa determinación, acudir a otros preceptos constitucionales; no sólo los referidos a la protección de derechos y libertades, sino también a aquellos específicamente definidores de los diversos tipos de normas, sus requisitos y características.

Primeramente, a la luz de la literalidad del art. 17.1 (que hace referencia a «la Ley»), y ante lo previsto en los arts. 25.1 y 53.1 de la Constitución, procede concluir sin duda que las normas penales han de revestir el rango de Ley como este mismo Tribunal ha señalado. El principio general de legalidad recogido en el art. 25.1 de la C.E. respecto de toda norma sancionatoria, se traduce, en lo que se refiere a las normas sancionatorias que implican privación de libertad (o de alguno de los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I), en la exigencia de que asuman rango legal, como resulta de la reserva explícita que lleva a cabo el art. 53.1 de la C.E. al disponer que solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. En este sentido, este Tribunal ha podido afirmar que, al decir el art. 25 de la C.E. que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento», este precepto constitucional de expresión general al principio de legalidad en materia sancionadora del que se deriva: que una sanción de privación de libertad u otra, sólo procedería en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas en dichas normas; y la «legislación» en materia penal y punitiva se traduce en «reserva absoluta» de Ley (STC 25/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico 3.º).

Como ya señaló este Tribunal en la mencionada Sentencia, la formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el art. 25.1 de la C.E., supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí solo, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas previstas en el art. 81.1 del Texto constitucional. Ahora bien, en el presente caso nos encontramos ante un recurso de amparo en que se plantea, principalmente, la protección de un derecho fundamental, el recogido en el art. 17.1 de la Constitución; con lo que varían respecto de la mencionada Sentencia, los parámetros constitucionales a tener en cuenta por el Tribunal. Lo que ahora se plantea es si, aparte de la exigencia del rango de Ley formal, se requiere también, a la luz de lo dispuesto en el art. 81.1 de la C.E., en relación con el art. 17.1 de la misma, que las normas penales sancionadoras estén contenidas en Leyes Orgánicas.

La respuesta ha de ser afirmativa. El art. 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas». Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este

sentido el Código penal y en general las normas penales, están en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C.E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas.

6. Precisada así la necesidad constitucional de que las normas penales que regulan los casos y formas en que procede la privación de libertad revistan el carácter de Ley Orgánica, resulta necesario ahora dilucidar si dentro del derecho reconocido en el art. 17.1 de la Constitución, protegible en vía de amparo, se encuentra comprendido el derecho a que la norma en virtud de la cual se impone una condena concreta de privación de libertad revista tal carácter.

La contestación a esta cuestión ha de ser también afirmativa, a la vista de los preceptos constitucionales. Pues es claro que a la hora de establecer garantías para los diversos derechos enunciados en la Constitución, el rango de la norma aplicable —es decir, que se trate de una norma con rango de Ley o con rango inferior— y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de un derecho —Ley Orgánica u ordinaria— representan un importante papel por cuanto las características «formales» de la norma (como son la determinación de su autor y el procedimiento para su elaboración y aprobación), suponen evidentemente límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos que son otras tantas garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos. El que se requiera que la norma penal se contenga en una Ley Orgánica, que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía —frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. No puede hablarse por ello de un «derecho al rango» de Ley Orgánica, como contenido en el art. 17.1, sino más bien, de que el derecho en ese artículo reconocido a la libertad y seguridad, incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 2, y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho. La remisión a la Ley que lleva a cabo ese artículo ha de entenderse, como dijimos, como remisión a la Ley Orgánica; de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter, viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la C.E. y, por ello, una violación de ese derecho protegible en la vía de amparo.

7. En la Sentencia que se impugna de la Audiencia Nacional, confirmada por la del Tribunal Supremo, se ha condenado al recurrente como autor de un delito monetario previsto en el art. 6, letra A), apartado 1.º de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, a las penas previstas en el art. 7.1.2.º de la misma Ley, de seis meses de arresto mayor y multa (de 24.000.000 de pesetas), respecto de la cual la Sentencia dispone un arresto sustitutorio de noventa días en caso de impago. Se impone también al recurrente, el pago de las costas y la suspensión de todo cargo público, profesión u oficio, y del derecho del sufragio durante el tiempo de la pena de arresto mayor. A la luz de lo indicado en los fundamentos jurídicos precedentes, es necesario concluir que tales Sentencias, en cuanto imponen una pena de privación de libertad contenida en una norma que no reúne las condiciones constitucionalmente exigidas para ello —esto es, el carácter de Ley Orgánica— representan efectivamente la vulneración del derecho reconocido en el art. 17.1 de la Constitución española; vulneración que se concreta en la imposición de la pena de arresto mayor por aplicación de lo dispuesto en el art. 7.1.2.º de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre. No puede, sin embargo, extenderse al resto del contenido de las Sentencias impugnadas la apreciación de que lesione por la misma causa, es decir, por aplicación de una norma sin carácter de Ley Orgánica, el derecho que reconoce el art. 17.1 de la Constitución. Pues las demás penas impuestas, o no suponen una restricción por sí mismas de ese derecho, o, si pueden suponer subsidiariamente, una privación de libertad (como es el caso de la multa) ello se debe a la aplicación de otras normas cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada y que quedan, en consecuencia, fuera del ámbito en que se plantea el presente recurso.

8. Determinado así el alcance y naturaleza de la lesión producida al derecho del recurrente, procede plantearse en qué debe consistir el remedio que ha de acordarse por este Tribunal, para que tal lesión quede reparada, y el derecho lesionado sea restablecido en su integridad. Pues bien, dado el carácter de la vulneración producida —la privación ilegítima del derecho a la libertad— ese remedio debe consistir en la declaración de nulidad, y la consiguiente eliminación de todo efecto jurídico, de la condena penal impuesta en aquellos aspectos de la misma que supongan una privación de libertad por aplicación de lo dispuesto en la Ley 40/1979. Debe extenderse, pues, la declaración de nulidad a la sanción de arresto mayor que se ha impuesto como causa directa de la vulneración del derecho de que se trata; y, como consecuencia forzosa, al tratarse de penas accesorias que se contraen al tiempo

de cumplimiento de la pena de arresto mayor, a las de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho del sufragio, aun cuando, como se dijo más arriba, tales penas no afecten directamente al derecho lesionado. Por el contrario, deben quedar subsistentes, las sanciones contenidas en la condena que no representen una privación de libertad en aplicación de la Ley 40/1979, por lo que la declaración de nulidad no se extiende a la multa impuesta ni a sus efectos subsidiarios, ni a la imposición al recurrente de las costas del proceso. Finalmente, al ser suficiente esta declaración parcial de la nulidad de las Sentencias condenatorias para restituir al recurrente en la integridad de su derecho, y reparar la lesión en él producida, no es necesario retroceder a momento alguno anterior las actuaciones ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, ni que éstos se pronuncien de nuevo sobre los mismos hechos.

9. Esta resolución, producida con ocasión de un recurso de amparo, se dirige a reparar la vulneración en sus derechos constitucionales que ha sufrido el recurrente, circunscribiéndose así al caso concreto planteado. No hay que olvidar, no obstante, que esa vulneración se ha producido, como se indicó, por la aplicación de una Ley que, por las razones ya señaladas, ha lesionado el derecho fundamental a la libertad, reconocido en el art. 17.1 de la C.E., y alegado por el recurrente, de manera que sería a las previsiones legales que imponen penas de privación de libertad a quienes habría de imputarse la vulneración producida. Si bien el recurso de amparo no es la vía procedente para declarar, con los efectos generales previstos en el art. 38 de la LOTC, la inconstitucionalidad de normas con rango de Ley (razón por la cual no es necesario entrar ahora a considerar, como propone el Ministerio Fiscal, la posible «reviviscencia» de normas anteriores en el caso de una eventual declaración de inconstitucionalidad), el art. 55.2 de la Ley Orgánica, prevé que el Pleno, en nueva Sentencia, se pronuncie sobre este extremo en el supuesto de que se estimase un recurso de amparo porque la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas. En tal caso, y mediante el procedimiento establecido en los arts. 37 y concordantes de la LOTC, referidos a la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, corresponderá al Pleno pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la Ley cuya aplicación supuso una vulneración de derechos protegibles en la vía de amparo.

Tal es la situación en el presente caso al estimarse parcialmente el amparo solicitado por haberse producido una lesión de derechos fundamentales como consecuencia directa de la aplicación de una Ley, en los términos en ésta previstos. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 55.2 de la LOTC, y al objeto de emitir un pronunciamiento que vincule con efectos generales a todos los poderes públicos respecto de la inconstitucionalidad de los mandatos legales cuya aplicación ha dado lugar a la vulneración apreciada en el presente recurso —es decir, respecto a la inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, en cuanto que impone una sanción de privación de libertad— corresponde al Pleno de este Tribunal, que ha conocido de ese recurso, iniciar el procedimiento previsto en el art. 37 y concordantes de la LOTC. Sin que sea óbice para ello el que la Ley 40/1979 fuera formalmente derogada y sustituida, en sus arts. 6 a 9, por la Ley Orgánica 10/1983, de 10 de agosto; pues en este caso, la sustitución de una norma penal por otra no supone, si no se declara expresamente su inconstitucionalidad, la desaparición de los efectos de la primera respecto de los hechos producidos durante su vigencia.

FALLO

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Francisco Cobos Picado, y, en consecuencia:

- 1.º Declarar la nulidad parcial de las Sentencias de 25 de abril de 1983, de la Audiencia Nacional, y de 21 de marzo de 1985, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en cuanto imponen una pena de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio, y derecho de sufragio.
- 2.º Reconocer el derecho del recurrente a no ser condenado a pena de privación de libertad en aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 7.1.2.º de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre.
- 3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.
- 4.º Levantar la suspensión que se acordó en su día, respecto de la ejecución de las resoluciones impugnadas.

Y, en cumplimiento de lo previsto en el art. 55.2 de la LOTC, iniciase la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a once de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begué Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Francisco Rubio Llorente.—Luiz Díez-Picazo y Ponce de Leon.—Antonio Truyol Serra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Eugenio Díaz Eimil a la Sentencia dictada en el recurso de amparo registrado con el núm. 338/1985

Primero. Acepto los antecedentes de hecho y los tres primeros fundamentos jurídicos de la Sentencia, discrepando de todos los siguientes y del fallo.

Antes de exponer las razones de este voto particular, creo necesario hacer una aclaración previa sobre cuáles son, a mi juicio, los términos en que se plantea el debate procesal, pues su correcto establecimiento puede impedir argumentaciones que resulten viciadas en su origen.

La esencia del recurso de amparo no consiste en el tema de si las leyes penales sustantivas, en cuanto establecen penas de privación de libertad, son materia reservada a Ley Orgánica conforme a lo dispuesto en el art. 81.1 de la C.E., sino en el de si las condenas de privación de libertad impuestas en aplicación de una ley ordinaria por un Tribunal competente, dentro del procedimiento legalmente previsto, vulneran el derecho a la libertad consagrado en el art. 17 de la C.E.

La diferencia entre ambos planteamientos, a pesar de su aparente identidad, es sustancial, porque condiciona el orden lógico que debe presidir la argumentación, evitando el posible error de entender que la resolución afirmativa del primero de dichos temas conduce ineludiblemente a la resolución también afirmativa del segundo, haciendo así depender éste de aquél, cuando el planteamiento correcto, en mi opinión, es precisamente el contrario, consistente en decidir, primero, si es jurídicamente posible, en el seno de un recurso de amparo, establecer conexión entre el art. 17 y el 81.1, para después, caso de admitirse la posibilidad de esa conexión, resolver si este último artículo impone la reserva de Ley Orgánica que pretenden los recurrentes y, de aceptarse ésta, examinar si esa reserva es exigible dentro del ámbito del art. 17 o, dicho en otras palabras, el núcleo del recurso no estriba en el carácter orgánico de las leyes penales sustantivas, sino en la conexión del derecho a la libertad con este carácter orgánico, que actúa en el debate procesal como condición necesaria, pero no suficiente, de la estimación del amparo solicitado.

Segundo. Hecha la anterior precisión, la respuesta negativa a la posibilidad de conectar el art. 17 con el 81.1, en un recurso de amparo, ha sido ya explicitada por este Tribunal en el Auto 87/1984, de 15 de febrero, donde literalmente se dice que «el derecho al rango de la Ley (si es una diferencia de rango la que media entre la Ley Orgánica y la ordinaria) no figura, en modo alguno, entre los derechos que pueden hacerse valer a través del recurso de amparo constitucional». Tal respuesta negativa debió conducir, de manera ineludible y sin más razonamientos, a la desestimación del recurso de amparo.

A pesar de ello, siendo indiscutiblemente legítimo que el Tribunal, en búsqueda de soluciones más ajustadas a los principios informadores del ordenamiento constitucional, abandone criterios anteriores que considere defectuosamente ajustados a aquellos, especialmente si vienen explicitados en un Auto de inadmisión, dictado por una de sus Salas, no considero obstáculo a la fundamentación de este voto particular el aceptar, aun no participando del mismo, el criterio acogido en la Sentencia y, de conformidad con él, continuar la argumentación bajo el supuesto de que los derechos fundamentales legitiman al recurrente de amparo para exigir el cumplimiento de las reservas de Ley Orgánica que, en relación con ellos, establece el art. 81.1 de la C.E. Procede, en virtud de ello, entrar a examinar si dicho precepto impone reserva de Ley Orgánica a las normas penales que establecen penas privativas de libertad.

Tercero. Es innegable que la doctrina científica, casi con unanimidad, defiende la reserva de Ley Orgánica en materia penal. Pero aquí no se trata de terciar en una discusión teórica, sino de examinar si esta reserva viene o no establecida en la C.E.

Dado que su art. 81.1 declara que son Leyes Orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades políticas» el problema estriba en examinar si las leyes penales son «leyes de desarrollo» de dichos derechos y libertades.

A tal efecto, debe distinguirse entre «leyes de desarrollo» y «leyes limitativas» y señalar que las primeras son aquellas que, de manera específica y a su sólo objeto, establecen la configuración del derecho o libertad, determinando su contenido, forma de ejercicio y garantías procesales, es decir, constituyen el estatuto general del derecho o libertad que desarrollan, mientras que las segundas,

dictadas al margen de todo propósito de regulación de los mismos, son las que inciden en ellos de manera negativa con normas que limitan su ejercicio o incluso lo suprimen temporalmente. Es claro que las leyes penales sustantivas, que establecen delitos y sus penas correspondientes, son leyes que, en relación con el derecho a la libertad personal, no son incluibles entre las primeras, pues su objeto no es definir su contenido, sino que pertenecen a las segundas en cuanto inciden en su ejercicio, al autorizar penas que impiden su ejercicio.

Es por ello muy discutible que el comentado art. 81.1 imponga reserva de Ley Orgánica a las leyes penales, pues, en contra de lo expuesto, resulta difícil de admitir una categoría jurídica tan forzada como es el de «leyes de desarrollo negativo de los derechos fundamentales y libertades políticas». La aceptación de este concepto tiene el evidente peligro de que puede desembocar en la conclusión de que las numerosas leyes que, de una manera y otra, pueden incidir negativamente en el derecho a la libertad personal, están comprendidas en el art. 81.1 de la C.E. y ello llevaría a una proliferación de Leyes Orgánicas, no deseable en un Estado democrático regido, normalmente, por el gobierno de las mayorías simples.

Sin embargo y teniendo en cuenta que los preceptos de la C.E. merecen siempre la interpretación más favorable a la garantía y protección de los derechos fundamentales, no existe tampoco en este aspecto inconveniente en admitir la tesis de la Sentencia a los efectos del presente recurso. En su virtud, procede examinar si el obligado carácter orgánico de las Leyes penales sustantivas forma parte del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la C.E.

Cuarto. Este derecho tuvo, en su origen histórico, la finalidad de proteger al ciudadano de la arbitrariedad en las detenciones y prisiones anteriores a la finalización de un proceso penal por una sentencia judicial, sin que, frente a las privaciones de libertad acordadas en ésta nadie cuestionara su legitimidad, siempre que fueran impuestas por Tribunal competente dentro del procedimiento establecido y en aplicación de una Ley, cuyo rango o tipo podría cuestionarse en el seno del principio de legalidad penal, pero no en el del derecho a la libertad. La interpretación sistemática de la totalidad del art. 17 de la CE, parece confirmar que esta concepción es la acogida en él mismo y, por tanto, que en su ámbito objetivo no se incluyen las privaciones de libertad impuestas en sentencia judicial. Sin embargo, en evitación de polémicas que podrían alargar excesivamente este voto particular, con perjuicio de la concisión deseable en toda resolución, puede admitirse, en hipótesis, la tesis afirmativa que acoge la Sentencia de la cual discrepo y, de esta forma, deja reducido el problema litigioso a determinar cuál es la Ley a que se refiere dicho art. 17.1, cuando declara legítima la privación de libertad que se realiza en «los casos y formas» establecidos en la misma, pues una vez ello resuelto parece obvio que la reserva de Ley Orgánica será, en el contexto del art. 17.1, únicamente exigible a dicha Ley.

La determinación de «los casos» y de la «forma» en que una persona puede ser privada de libertad es propia de las leyes procesales, que son a las que corresponde establecer las garantías formales de los derechos y es totalmente ajena a las Leyes penales sustantivas, que se limitan a definir los tipos delictivos y establecer las penas correspondientes a los mismos; las Sentencias que en aplicación de las mismas impongan condenas privativas de libertad, son un «caso» que deberá estar establecido en la Ley a que se refiere el art. 17.1, pero, en ningún supuesto, la norma legal que autorice esas condenas es confundible con aquélla.

Así lo evidencia con toda claridad el art. 5.1 a) del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

Debe, por tanto, establecerse que si se quiere que el término «Ley», empleado por el repetido art. 17.1, sea equivalente, en conexión con el art. 81.1, a «Ley Orgánica», ello será sólo predicable de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de cualquier otra procesal que regule «los casos y formas» de las detenciones y prisiones; pero no de las Leyes penales sustantivas que se limitan a configurar delitos y penas, sin contener regla alguna que incida en el estatuto jurídico de las detenciones y prisiones, ni, por tanto, en la garantía del derecho que reconoce el art. 17.1 de la CE.

Aplicando la argumentación expuesta al caso aquí debatido, mantengo las siguientes conclusiones: 1.ª) el derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la CE, puesto en conexión con el artículo 81.1 de la misma norma fundamental, no concede al recurrente de amparo acción para exigir que las leyes en aplicación de las cuales se le impone una pena privativa de libertad tengan el carácter de «Leyes Orgánicas»; 2.ª) las Sentencias condenatorias dictadas en aplicación de Leyes ordinarias, y entre ellas la 40/1979, de 10 de diciembre, no vulneran el mencionado derecho a la libertad y, con base en ello, debió denegarse, a mi juicio, el amparo solicitado.

Quinto. Por último, a la discrepancia que dejo fundamentada, debo añadir un disenso sobre la fórmula de anulación parcial de las Sentencias recurridas, en cuanto imponen una pena de arresto mayor, con las accesorias correspondientes.

De estimarse el recurso debió acordar la nulidad total de las Sentencias y retrotraer las actuaciones para que la jurisdicción penal dictase nueva Sentencia en la que no incluyera pena de privación de libertad. Al no haberse hecho así, se ha dictado una Sentencia de amparo manipulativa de la decisión judicial, que sustituye al Tribunal penal en su potestad exclusiva de juzgar, invadiendo la jurisdicción penal, pues a ésta corresponde, en uso de la facultad de graduación de la pena que le concede la Ley aplicada, establecer la que, dentro de los límites legales, considere proporcionada al delito cometido, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas que en él concurren; la imposición conjunta del arresto y de la multa es una respuesta judicial unitaria en la que ambas penas actúan conjuntamente de manera inescindible; si se elimina

una de ellas se rompe la relación de proporcionalidad entre el delito y la pena, pues es evidente que la graduación de la multa viene condicionada por la presencia de la pena de arresto y, por tanto, para evitar este resultado lo procedente era remitir al órgano judicial la función de restablecer esa proporcionalidad, decidiendo libremente el grado que corresponde señalar a la pena pecuniaria, una vez suprimida la de privación de libertad. Al no haberlo hecho así, este Tribunal ha actuado como Juez penal y ha aislado, en la norma, la pena del tipo penal, disgregándola en elementos que constituyen unidad indivisible.

Dejo así fundamentado, en todos sus extremos, mi voto particular, que formulo con el máximo respeto a la opinión mayoritaria del Tribunal, la cual, al convertirse en Sentencia, acato incondicionalmente al margen de mi opinión personal.

Madrid, 13 de noviembre de 1986.—Firmado: Eugenio Díaz Eimil.—Rubricado.

32266 Sala Primera. Recurso de amparo núm. 769/1985. Sentencia núm. 141/1986, de 12 de noviembre.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 769/1985, promovido por el Procurador de los Tribunales don Antonio Rueda Bautista, asistido del Letrado don Enrique Sanz Fernández-Lomana, en nombre de don José del Val Cuesta, impugnando una Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valladolid, que resolvió un recurso de apelación, promovido frente a otra Sentencia del Juzgado de Distrito núm. 5, de dicha capital, por suponer violados los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

En el recurso ha sido parte el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, que ha intervenido en nombre de don Juan José Francia Urbón, asistido por el Letrado don J. I. Pérez Iñiguez. Ha intervenido asimismo el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Sobre las diez treinta horas del día 10 de septiembre de 1984, don José del Val Cuesta conducía por el carril central de la calle Claudio Moyano, de Valladolid una furgoneta de su propiedad matrícula VA-6178-K y, al llegar al cruce de dicha calle con la de Licenciado Vidriera, inició el giro para entrar en la misma. En ese momento el vehículo VA-8906-J, que circulaba por su mano y era conducido por su propietario, Juan José Francia Urbón, colisionó con la antes referida furgoneta. Estos hechos fueron objeto de denuncia que ante el Juzgado presentó Juan José Francia Urbón. Esta denuncia dio lugar a un juicio de faltas seguido en el Juzgado de Distrito núm. 5 de Valladolid. El juicio se celebró en Valladolid el 14 de enero de 1983, sin que compareciera el denunciante don Juan José Francia Urbón. Comparecieron el demandado don José del Val Cuesta, asistido del Letrado señor Lomana, quien alegó en dicho juicio lo que convino a su derecho. El Ministerio Fiscal entendió que el delito constituía una falta, comprendida en el art. 600 del Código Penal, de la que resultaba autor don Juan José Francia Urbón, manifestando la defensa de don José del Val Cuesta su conformidad con tal calificación. El Juzgado de Distrito núm. 5 de Valladolid dictó Sentencia con fecha 14 de enero de 1985 condenando a don Juan José Francia Urbón como autor de una falta simple de imprudencia y con resultado de daños, a una pena de multa, con arresto sustitutorio, y al pago de las costas del juicio.

Notificada dicha Sentencia al condenado, interpuso éste recurso de apelación, que se tramitó y sustanció en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valladolid, el cual con fecha 6 de julio de 1985 dictó Sentencia revocando la apelación y condenando a don José del Val Cuesta como autor responsable de la falta de imprudencia simple con resultado de daños a pena de multa, al pago de las costas y a indemnizar a don Juan José Francia Urbón en la cantidad de 73.096 pesetas. Entendió el Juzgado que procedía revocar la Sentencia apelada toda vez que el conductor denunciante

circulaba correctamente por el carril izquierdo de la calle Claudio Moyano siendo interrumpida su marcha de forma inesperada por el conductor don José del Val, que, aun en el supuesto de que hubiera hecho funcionar al intermitente, no hubiera debido dejar de cerciorarse de la presencia inmediata de otro vehículo dejándole un paso preferente.

2. El procurador de los Tribunales don Antonio Rueda Bautista interpuso, en nombre de don José del Val Cuesta, recurso de amparo, por entender violados los derechos reconocidos en el art. 24.1 y 2, de la Constitución, fundamentalmente por entender que había sido condenado como autor de una falta sin que previamente se hubiera formulado denuncia contra él por persona legitimada para ello, por lo que el Juez con su Sentencia quebrantó el principio acusatorio formal, que informa nuestro proceso penal, lo que ha supuesto vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución, toda vez —dice— que se ha producido indefensión, no había sido informado de la acusación formulada contra él y además no se había tenido en cuenta la presunción de inocencia.

Dice el solicitante del amparo que en el juicio de faltas únicamente compareció él, ejercitando conjuntamente la acción civil y la penal. En el ejercicio de tales acciones, solicitó la condena del señor Francia y esta solicitud coincidió con la del Fiscal. En esta instancia no fue formulada acusación alguna contra el actual solicitante del amparo por lo que de ninguna forma podría ser condenado. Quien podía haber ejercido la acción penal y solicitar condena no lo hizo, al menos en momento hábil, ya que, aunque posteriormente recurrió la Sentencia y solicitó una condena para el actual solicitante del amparo, ello suponía ejercer la acción penal en la segunda instancia, donde ya no puede hacerse. El hacerlo supone introducir en apelación una cuestión no planteada en la instancia lo que igualmente está vetado.

Se ha quebrantado, pues, el principio acusatorio, que requiere una previa acusación para que alguien sea condenado. A pesar de una ajeja jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendía que en el juicio de faltas, excepcionalmente, regía el principio inquisitivo, posteriormente se varió el criterio, al entenderse que en el proceso penal, sin distinción de ningún tipo imperaba el principio acusatorio. Ello es así sin ningún género de duda desde la aprobación de la Constitución, que en su art. 24 rechaza la indefensión e impone la necesidad de que toda persona sea informada de la acusación formulada contra ella, lo que recientemente ha sido recogido en una importante Sentencia de este Tribunal, de fecha 18 de abril de este año, dictada en el recurso de amparo 349/1984.

En el caso que ahora nos ocupa, no hubo acusación en la primera instancia y por ello según se decía en la Sentencia de este Tribunal que acabamos de citar «... aunque la apelación se considere como un *novum iudicium*, la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en ambas instancias...», debiendo interpretarse la cita de ambas instancias de forma que además de haberse ejercitado la pretensión en la primera instancia, para que pueda prosperar debe de haber recurrido la Sentencia quien la mantuvo en principio, sin que el Juez de apelación pueda reformar la Sentencia en aquel sentido si no ha existido tal recurso.

El solicitante del amparo no ha sido informado de la acusación que contra él se formuló, no ha podido defenderse y por ello se ha quebrantado los principios y derechos reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la Constitución.

Finalmente, el solicitante del amparo dice que el Juez acepta en su Sentencia el resultado de hechos probados de la Sentencia de instancia, y sin embargo, olvidando el principio de inmediación informador del proceso penal, da una valoración totalmente