



**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION CUARTA (PENAL)
GIRONA**

**APELACION PENAL
ROLLO Nº 114/06
EJECUTORIA Nº 429/04
JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 DE FIGUERES**

AUTO Nº 55/06.-

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCIA MORALES

MAGISTRADOS:

D. JAVIER MARCA MATUTE

Dª. MARIA TERESA IGLESIAS CARRERA

En Girona a 2 de Febrero de 2.006.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Figueres en la Ejecutoria nº 429/04, se dictó auto en fecha 12-7-05, por el que se acordaba la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio español; frente a dicha resolución se presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación por ABDELHAMID [REDACTED], representado por la procuradora Dª. IRENE [REDACTED] y asistido por el letrado D. [REDACTED], al que se opuso expresamente el MINISTERIO FISCAL, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar al correspondiente resolución a la vista de la desestimación del primero de ellos mediante auto de fecha 15-9-05.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de la indebida aplicación de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad a que fue condenado en sentencia dictada de conformidad. El recurso merece prosperar.



En sus alegaciones el recurrente refiere diversos argumentos que considera de aplicación como son, en primer lugar, que su patrocinado no esta en situación de ilegalidad sino de irregularidad administrativa con grandes posibilidades de obtener la documentación, en segundo lugar, que no se han tenido en cuenta sus circunstancias personales, y, en tercer lugar, que ha permanecido provisoriamente privado de libertad por razón de esta causa habiendo cumplido una parte de la pena impuesta y viene satisfaciendo con regularidad las sanciones de orden pecuniario, que su situación es legal en nuestro país, no siendo posible el aventurar pronosticos acerca del triunfo futuro de los recursos que frente a tal decisión pueda interponer, de otro, porque las circunstancias personales del recurrente si se han tomado en consideración no pudiendo estimarse que sea excepcional para dejar de lado la expulsión obligatoria el que este empadronado en España y el que haya tenido anteriormente permiso de residencia, y, por ultimo, porque el cumplimiento de parte de la pena esta contemplado incluso por la ley al prever la Disposición Adicional Decimoséptima de la última reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hasta que la medida de expulsión pueda llevarse a efecto por la autoridad gubernativa el Juez o Tribunal dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad.

Sin embargo decimos que el recurso mercede prosperar porque el argumento ha de ser otro, cual es que la medida sustitutiva se ha acordado en un momento en que la misma no era ya posible, cual es con posterioridad a la sentencia condenatoria. Efectivamente, el art. 89 del Código Penal dispone que las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Por lo tanto esta especificando con claridad el momento en el que debe adoptarse la medida, que no es otro que la sentencia.

No podemos hacer una interpretación extensiva de dicho precepto entendiendo que cabe acordar la sustitución con posterioridad, mediante auto dictado tras la celebración de una comparecencia en la que se pueda alegar lo que se considere oportuno así como proponer y practicar la prueba que se estime necesaria, pues la inclusión del momento de la sentencia por parte del legislador no es baladí; si comparamos la actual legislación con la anterior, aparte de otros matices, comprobaremos como la expulsión no tenía un momento preciso para ser acordada, de suerte y manera que simplemente se dejaba estipulado que tales penas podían ser sustituidas por la expulsión; así, si el legislador al reformar dicho precepto transformándolo en una obligación establece claramente el momento en que la resolución ha de adoptarse no podemos los Jueces y Tribunales sino interpretarlo de esta manera.

En el caso que nos ocupa sucede además que el recurrente se conformó con los hechos y con la pena que se le imponía, modificándose sustancialmente el pacto al que su representación letrada llegó con el MINISTERIO FISCAL si con posterioridad se modifica la pena privativa de libertad impuesta por la medida de expulsión del territorio

Administración de Justicia Cartuja - Administración de Justicia en Aragón



nacional que, aunque pueda parecer menos perjudicial, lo es mucho más. Los defectos con que el escrito de acusación provisional pueda haber sido elaborado no pueden ser posteriormente remediados sino, en su caso, mediante la modificación de las conclusiones en el trámite de elevarlas o no a definitivas, y, aun en este caso, entendemos que el derecho de audiencia al acusado haría precisa la suspensión del acto del plenario para que la defensa pudiera articular los mecanismos de prueba que tuviera por conveniente, todo ello en virtud de lo prevenido en el art. 788. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la STS de 8-7-04.

Por último queremos recordar que esta Sala ya ha tenido la ocasión de dar la razón al MINISTERIO FISCAL cuando ha recurrido con éxito una sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal solicitando su nulidad porque la Juzgadora, pese a que le era pedido explícitamente en el escrito de conclusiones de la acusación, no se habla pronunciado en sentencia sobre la sustitución de la pena por la medida de expulsión presente alzada.

En virtud de los hechos y principios citados y demás disposiciones de general y representación de ABDELHAMID [REDACTED] contra el auto dictado en fecha 12-7-05 y su posterior confirmación por el de 15-9-05 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Figueras en la Ejecutoria nº 429/04, del que este rollo dimana, **REVOCANDO** la meritada resolución y dejando sin efecto el pronunciamiento consistente en la sustitución de las penas privativas de libertad dictadas por la medida de expulsión del territorio español, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la presente alzada.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumplió lo acordado; doy fe.