



AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
GIPUZKOA KO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 1ª

Tfno.: 943-000711
Fax: 943 00 07 01

N.I.G.: 20.05.1-04/002550
ROLLO APE. ABREV 1355 /05

O.Judicial Origen: Jdo. de lo Penal nº 4 Donostia-San
Sebastián

Procedimiento: Ejecutoria 1844/04

A U T O N ° 158/05

ILMOS. SRES.

Dña. MARIA VICTORIA CINTO LAPUENTE
D. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI
D. AUGUSTO MAESO VENTUREIRA

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a quince de diciembre de
dos mil cinco .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Noval en representación de
D. FOUAD HASSANAINE y defendido por la Letrada Sra. Zugasti
se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 27
de octubre de 2005, dictado por el Juzgado de lo Penal nº 4,
de los de Donostia-San Sebastián. Admitido que fue el mismo
a trámite se impugnó por el Ministerio Fiscal, se elevaron a
esta Audiencia las actuaciones, teniendo entrada en la

Oficina de Registro y Reparto el día 24 de noviembre de 2005, siendo turnados a la sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal 1355/05. La fecha para la celebración de DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO se fijó para el día 12 de diciembre de 2005, a las 9,30 horas de su mañana.

SEGUNDO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

TERCERO.- Siendo ponente en esta segunda instancia el Magistrado D. IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate en esta instancia

I.- El Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia-San Sebastián pronunció sendos autos, en fecha 3 y 27 de octubre de 2005, por la que se acuerda sustituir la pena privativa de libertad impuesta a D. Fouad Hassanaine en sentencia firme por la expulsión del territorio nacional al que no podrá retornar en el plazo de diez años. La decisión jurisdiccional adoptada se fundamenta en el artículo 89 CP.

II.- La defensa técnica de D. Fouad Hassanaine interpone recurso de apelación, instando la revocación de los autos pronunciados por el Juzgado de lo Penal. Aduce que los documentos aportados con el recurso de reforma denota que el recurrente ha residido durante varios años en Irún, desempeñando diversos trabajos amparados en contratos laborales, conviviendo, antes de su ingreso en prisión con Dña Fátima Lertxundi Manzano, teniendo en común una hija llamada Nayra.

SEGUNDO.- Artículo 89 CP: la sustitución de la pena
privativa de libertad por la medida de expulsión

I.- El artículo 89.1 CP estipula que las penas privativas de libertad inferiores a seis 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. Es un mecanismo jurídico, de naturaleza discutida (exoneración específica de la pena, sustitución de la pena, medida de seguridad agravada) que obedece a estrictas razones político-criminales.

La STS de 8 de julio de 2004 realiza una exégesis del precepto en clave constitucional explicitando que su aplicación debe ser compatible con dos derechos básicos del acusado: el derecho de defensa (artículo 24.2 CE) y el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8.1 CEDH). En concreto señala que "(...) Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona --sea o no inmigrante, ilegal o no-- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado (...)" . Por ello concluye que "(...) para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al

penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad".

La exégesis constitucional del artículo 89.1 CP viene impuesta por la línea jurisprudencial marcada por el TEDH y el TC.

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente y así:

a.- La sentencia de 18 de febrero de 1991 --caso Moustaquim vs. Bélgica -- declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatar que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b.- La sentencia de 24 de enero de 1993 --caso Boncheski vs. Francia-- se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c.- La sentencia de 26 de abril de 1997 --caso Mehemin vs. Francia -- consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia --casado con francesa--, y la relativa gravedad del delito cometido --tráfico de drogas--;

d.- La sentencia de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 --Dallia vs. Francia -- ó la de 8 de diciembre de 1998.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal

Constitucional --SSTC 99/85 de 3 de septiembre, 242/94 y 203/97 --, exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones --tal vez la esencial-- es "vivir juntos" --SSTEDH de 24 de marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

II.- A la luz de las exigencias legales y jurisprudenciales reseñadas cabe concluir que la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, prevista en el artículo 89.1 CP, exige el cumplimiento de un elenco de requisitos materiales y procesales.

En el plano material es preciso que:

-; la persona condenada sea un extranjero no residente legalmente en España (situación jurídica que debe ser evaluada de conformidad con la normativa administrativa vigente) y que carezca de arraigo personal o familiar;

-; que la condena se cifre en una pena privativa de libertad inferior a seis años;

-; que la naturaleza del delito no justifique el cumplimiento de la pena privativa de libertad en un centro penitenciario; es decir, que la satisfacción de las finalidades preventivas que el ordenamiento jurídico asigna a la sanción penal precise el cumplimiento de la pena privativa de libertad (por todas, STS 21 de diciembre de 2004).

En el plano procesal es necesario que:

-; la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión se suscite en el proceso antes del pronunciamiento de la sentencia en términos idóneos para que el acusado pueda formular alegaciones y proponer prueba

respecto a todos o alguno de los siguientes extremos:

- * su condición de nacional;
- * su residencia legal en España;
- * su arraigo personal y familiar en territorio español;
- * las razones de prevención general que justifican el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

-; la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión se acuerde en la sentencia previa ponderación de los derechos en conflicto.

III.- Las resoluciones judiciales recurridas constituyen una grosera infracción del marco jurídico disciplinado por el artículo 89.1 CP. Razonemos esta conclusión.

En la sentencia que pone fin al proceso penal se condenó a D. Fouad Hassanaine, como autor de un delito de lesiones, a la pena de dos años y seis meses de prisión, entre otras, sin acordarse la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la medida de expulsión. Tras denegarse la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (auto de 7 de febrero de 2005), D. Fouad Hassanaine ingresó el día 7 de marzo de 2005 en el Centro Penitenciario de Martutene, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, estableciéndose, en la liquidación de condena, aprobada el día 13 de abril de 2005, que la pena de prisión se extinguiría el día 2 de septiembre de 2007.

De forma incomprensible (si tomamos como parámetro axiológico de las decisiones judiciales el principio de legalidad), el Juzgado de lo Penal (con competencia exclusiva en materia de ejecución penal) acuerda, mediante auto de 3 de octubre de 2005, la sustitución de la pena de prisión por la medida de expulsión, escudando su decisión en el artículo 89.1 CP, siendo así que, tal y como se infiere del sentido literal posible asignable a los términos empleados por la norma referida, la sustitución de la pena de prisión, inferior a seis años de duración, por la medida de expulsión debe ser acordada en la sentencia. Para mayor aprobio del

principio de legalidad, la decisión jurisdiccional responde a una petición de la autoridad gubernativa que la normativa vigente preve para supuestos distintos a los pergeñados en el artículo 89.1 CP y se adopta haciendo caso omiso de las circunstancias personales y familiares del penado. En concreto, el auto:

a.- constituye una línea de respuesta a una petición escrita del Jefe de la Unidad Provincial de Extranjería y Documentación de la Comisaría Provincial de San Sebastián en la que solicita autorización para dar cumplimiento a la orden de expulsión de D. Fouad Hassanaine adoptada en el acuerdo, de 4 de agosto de 2005, pronunciado por el Subdelegado del Gobierno en el seno de un expediente administrativo, siendo así que artículo 57.7.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, explicita que la autoridad gubernativa someterá al juez su expulsión, cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza (el subrayado es nuestro), precepto inaplicable, por tanto, cuando el imputado ha adquirido la condición jurídica de condenado, supuesto en el que rige exclusivamente lo dispuesto en el artículo 89.1 CP;

b.- acuerda la expulsión de una persona que documenta un arraigo en territorio español dado que reside en Irún desde el año 1993, cursando sus estudios y trabajando en la mentada localidad (contando para ello con el pertinente permiso de residencia y el aval del contrato de trabajo) durante períodos significativos de tiempo, y mantiene una relación afectiva con una ciudadana de nacionalidad española, fruto de la cual ha nacido una hija llamada Nayra.

La resolución judicial recurrida da vida, por lo tanto, a una situación jurídica que no encuentra amparo en la legislación penal, a pesar de lo cual se ha procedido a su materilización: por mandato de la autoridad judicial se procedió, el día 7 de noviembre de 2005, a la excarcelación de D. Fouad Hassanaine y, el día 8 de noviembre del mismo año, a su expulsión del territorio nacional mediante su entrega a las autoridades marroquíes en el Puesto fronterizo de Ceuta.

Una actuación jurisdiccional vulneradora del marco normativo pergeñado por los artículos 89.1 CP y 57.7 a) LO 4/2000 ha generado una lesión del derecho a la vida privada y

familiar de D. Fouad Hassaine (artículo 8.1 CEDH). La tutela efectiva del derecho injustificadamente ablacionado (artículo 24.1 CE y 7.1 y 2 LOPJ) precisa la revocación de los autos, de 3 y 27 de octubre de 2005, con restablecimiento de la situación jurídica existente cuando se adoptaron las decisiones judiciales anuladas (cumplimiento de la pena de prisión en un Centro Penitenciario) mediante la imperativa adopción por el juez de ejecución de las medidas precisas para que los órganos competentes del Estado posibiliten, sin merma económica del afectado por la expulsión, el regreso del penado a territorio español.

En razón de lo expuesto

LA SALA DISPONE

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Fouad Hassanaine revocamos los autos, de 3 y 27 de octubre de 2005, pronunciados por el Juzgado de lo Penal n° 4 de Donostia-San Sebastián y, en su lugar, emitimos una resolución por la que acordamos el restablecimiento de la situación jurídica existente cuando se emitieron las decisiones judiciales anuladas, ordenando al juez de ejecución que adopte las medidas precisas para que los órganos competentes del Estado posibiliten, a costa del erario público, el regreso del penado a territorio español para continuar con el cumplimiento de la pena de prisión de dos años y seis meses de duración impuesta en la sentencia firme pronunciada en el procedimiento abreviado 24/2004.

Se declaran de oficio las costas devengadas en este recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es FIRME.

Así por éste, nuestro Auto, lo pronunciamos mandamos y firmamos.