

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO GURGUCHIANI c. ESPAÑA

(Demanda nº 16012/06)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

15 de diciembre de 2009

Esta sentencia adquirirá firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2 de Convenio. Puede sufrir modificaciones formales.

En el asunto Gurguchiani c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en una sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra,

Ann Power, *jueces*,

y por Santiago Quesada, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado a puerta cerrada el 24 de noviembre de 2009,

Dicta la presente sentencia, adoptada en esta última fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del asunto se encuentra una demanda (nº 16012/06) dirigida contra el Reino de España y mediante la que un ciudadano georgiano, el Sr. Giorgi Gurguchiani (« el demandante »), acudió ante el Tribunal el 19 de abril de 2006 en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (« el Convenio »).

2. El demandante estuvo representado por la Sra. M. Nadal Borrás, abogada de Barcelona. El gobierno español (« el Gobierno ») estuvo representado por su agente, el Sr. I. Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de derechos humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante se quejaba de una violación de los artículos 6, 13 y 7 del Convenio debido a la ausencia de una audiencia pública en la apelación que le habría permitido oponerse a su expulsión y de la aplicación a su respecto de una ley penal menos favorable.

4. El 15 de septiembre de 2008, el presidente de la sección tercera decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, decidió también que la sala se pronunciaría al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

5. El gobierno georgiano, invitado a presentar observaciones escritas sobre el asunto, no manifestó el deseo de ejercitar este derecho (artículos 36 § 1 del Convenio y 44 § 1 del reglamento).

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. El demandante nació en 1975 y residía, en el momento de los hechos, en Barcelona.

A. Procedimiento penal

7. El 18 de septiembre de 2002, el demandante fue detenido por la policía en Barcelona. Al día siguiente fue ingresado en prisión provisional por una decisión del juez de instrucción nº 24 de Barcelona.

8. Por sentencia de 7 de octubre de 2002, dictada tras la celebración de un juicio oral, el juez penal nº 20 de Barcelona condenó al demandante a una pena de dieciocho meses de prisión por un delito de robo en casa habitada en grado de tentativa, cometido en septiembre de 2002. El mismo día el demandante fue puesto en libertad provisional.

9. Mediante sentencia de 31 de enero de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona, la decisión que había sido recurrida, quedó confirmada.

10. El demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que se inadmitió por carecer de trascendencia constitucional, mediante decisión de 21 de julio de 2004.

B. Procedimiento de ejecución

11. El 8 de julio de 2003, la Dirección General de la Policía solicitó al juzgado de lo penal nº 21 de Barcelona, juzgado responsable del procedimiento de ejecución de la sentencia de condena dictada contra el demandante, « la autorización para proceder a la expulsión del demandante fuera del territorio nacional en base al [procedimiento de ejecución dimanante] ». A la solicitud se unía una resolución dictada el 5 de diciembre de 2002 por la sub-delegación del gobierno central de Barcelona, por la que se decretaba la expulsión administrativa del demandante, ciudadano georgiano residente ilegalmente en España, en virtud de la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

12. En vista de esta solicitud, el juzgado de lo penal nº 21 citó a una comparecencia el día 11 de julio de 2003 al abogado del demandante y al ministerio fiscal con la finalidad de oír al demandante sobre la posibilidad de sustituir la pena de prisión por una medida de expulsión, en virtud del artículo 89 del Código Penal.

13. El 11 de julio de 2003, durante la comparecencia, el ministerio fiscal solicitó « la sustitución de la pena privativa de libertad » impuesta al demandante en el marco del proceso penal entablado contra él « por la expulsión del territorio nacional con la condición de que el interesado no regresara antes de cuatro años », según los términos de la resolución de la sub-delegación del Gobierno remitida por la Dirección General de la Policía. El demandante, asistido por su Letrado, se opuso a la expulsión. Por una resolución dictada el mismo día, el juez penal decidió no autorizar la expulsión, estimando más adecuado proceder a la ejecución de la pena impuesta por la sentencia de 7 de octubre de 2002. Tuvo en cuenta el hecho de que el recurso de amparo formulado por el demandante se encontraba pendiente de resolución en ese momento, así como el certificado de empadronamiento aportado por el demandante, acreditativo de que residía en Barcelona.

14. El ministerio fiscal presentó recurso de reforma contra dicha resolución, en el que precisaba lo siguiente:

« En el presente asunto concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 89 del Código penal para proceder a la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta [al demandante] por la expulsión. No puede admitirse que, por estar pendiente de resolución el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia condenatoria, no pueda procederse a la expulsión. La inscripción posterior en el padrón de Barcelona del condenado no puede tampoco aceptarse. Se cumplen todos los requisitos de la sustitución en vista de la ejecución de la resolución administrativa (de expulsión) de 5 de diciembre de 2002, notificada al condenado, por la que se ha acordado su expulsión en razón de la infracción de la ley sobre los derechos y libertades de los extranjeros. El hecho de que el demandante se halle inmerso en un proceso todavía pendiente de resolución o, como en este caso, de haber sido condenado por haber cometido un delito, no debería tener un efecto favorable para el ciudadano extranjero cuando se cumplen los criterios que justifican su expulsión. Sería en efecto paradójico que, en ausencia de la comisión de un delito, ningún obstáculo se opusiera a la expulsión [del demandante] dado que en este caso la autoridad administrativa no tendría siquiera que solicitar autorización a la autoridad judicial para ejecutar tal resolución de expulsión »

15. El recurso fue desestimado por resolución de 19 de septiembre de 2003 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 21. El Juzgado precisó en su resolución que la sustitución de la pena impuesta por una medida de expulsión, corresponde al juzgado de ejecución, que puede tener en cuenta diversos criterios no establecidos por la ley tales como la peligrosidad del sujeto o su arraigo en España. Destacó que el artículo 89 del Código Penal señala que « las penas [podían] ser sustituidas por (la) expulsión », de acuerdo con el criterio discrecional del juez. Se refirió a la discusión doctrinal existente en cuanto a la naturaleza de la expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad (esta expulsión puede ser considerada bien como una medida de seguridad, bien como una pena sustitutoria o como una medida mixta entre la pena y la medida de seguridad). El juez confirmó en su resolución « la denegación de la autorización solicitada por el ministerio fiscal [para proceder a la expulsión], el rechazo de la sustitución de la pena y la continuación de la ejecución ordinaria de esta pena ».

16. El ministerio fiscal apeló. Por resolución de 6 de abril de 2004, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y ordenó la expulsión del demandante del territorio nacional y la prohibición de regresar durante el plazo de diez años. La Audiencia Provincial consideró que, a la luz de la nueva redacción del artículo 89 del código penal (en vigor desde el 1^{er} de octubre de 2003), una pena de prisión inferior a seis años impuesta a un extranjero residente ilegalmente en España debe ser sustituida obligatoriamente, salvo excepciones, por la expulsión del interesado. Precisó que esta nueva redacción de la disposición penal era aplicable al asunto, dado que constituía la legislación vigente en el momento en que se resolvió la apelación. Estimó igualmente que el certificado de empadronamiento aportado por el demandante no impedía su expulsión, ya que la nueva redacción del artículo 89 del código penal no tiene en cuenta las circunstancias personales y el demandante había declarado además que vivía en una casa ocupada. Añadió que la modificación del código penal operada en 2003 a este respecto tendía a dotar de una mayor eficacia a la medida de expulsión, que en todo caso sería aplicable por la vía administrativa en la medida en que se trataba de una persona residente ilegalmente en España y que había cometido un delito. Esta modificación tenía también por objeto evitar que la pena y su cumplimiento se tradujeran en un medio de permanecer en España.

17. Invocando los artículos 24 (derecho a un proceso equitativo) y 25 (presunción de inocencia) de la Constitución, el demandante formuló un nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por resolución notificada el 25 de octubre de 2005, la alta jurisdicción rechazó el recurso como desprovisto de contenido constitucional. Estimó que la Audiencia Provincial no había aplicado de forma retroactiva una ley penal desfavorable y observó que había fundado su resolución sobre motivos relativos a las circunstancias personales del demandante en España, que eran válidos incluso a la luz de la antigua versión de la disposición penal objeto del litigio. Por otro lado, el Tribunal Constitucional consideró que la jurisprudencia constitucional relativa a la celebración de una audiencia pública en segunda instancia no era aplicable a este asunto, dado que el objeto del procedimiento en causa no era la declaración de culpabilidad o inocencia del demandante, sino las condiciones de ejecución de la pena de prisión que le había sido impuesta. Además, la alta jurisdicción observó que la interpretación de la disposición penal estaba motivada y que no podía considerarse irracional o arbitraria.

II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

18. La Constitución, en los artículos que son de aplicación al asunto, dispone:

Artículo 24

« 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. »

(...)

Artículo 25

« 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

(...) »

19. El artículo 89 del código penal (según la redacción de la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 de modificación del código penal), dispone:

« 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional (...) será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

(...) »

20. El artículo 89 del código penal (según la redacción de la ley orgánica nº 11/2003 de 29 de septiembre de 2003 sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), que entró en vigor el 1º de octubre 2003, dispone:

« 1. 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. (...)

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena (...) »

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 7 DEL CONVENIO

21. El demandante se queja de que no se celebró una audiencia pública en la apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que le habría permitido ser oído en persona para oponerse a su expulsión. Estima además que en el momento en que se cometió la infracción, la legislación penal vigente era más favorable que la que se le aplicó después por la jurisdicción de apelación en el marco de la ejecución de la pena. También se queja de la aplicación retroactiva del artículo 89 del código penal. Invoca los artículos 6 y 7 del Convenio, del siguiente tenor:

Artículo 6

« 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...) »

Artículo 7

« 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

(...) »

A. Sobre la admisibilidad

22. El Gobierno alega que el demandante fue objeto, en diciembre de 2002, de una medida administrativa de expulsión. Según él, la expulsión fue decretada por la autoridad administrativa en aplicación del artículo 53 a) de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y no por el juez. No se trataría por lo tanto de la « sustitución » de una pena sino de la autorización judicial para proceder a la expulsión.

23. El demandante estima que el artículo 6 del convenio es de aplicación a este asunto en la medida en que el ministerio fiscal solicitó la sustitución de la pena de prisión por su

expulsión del territorio nacional, ambas « penas » previstas en el código penal.

24. El Tribunal recuerda que el artículo 6 del Convenio no es de aplicación en principio a los procesos sobre las cuestiones relativas a la ejecución de las penas (*Grava c. Italia* (dic.), nº 43522/98, 5 de diciembre de 2002, *Montcornet de Caumont c. Francia* (dic.), nº 59290/00, TEDH 2003-VII, y *Sannino c. Italia* (dic.), nº 30961/03, 24 de febrero de 2005). En cambio, el artículo 6 § 1 cubre, en su rama penal, el conjunto del proceso en causa, incluidas las vías de recurso y la determinación de la pena (*Eckle c. Alemania*, 15 de julio de 1982, §§ 76-77, serie A nº 51, *T. c. Reino-Unido* [GS], nº 24724/94, § 108, 16 de diciembre de 1999, *Phillips c. Reino-Unido*, nº 41087/98, §§ 32 y 39, TEDH 2001-VII, y *Saccoccia c. Austria* (dic.), nº 69917/01, 5 de julio de 2007). El Tribunal debe de examinar, por un lado, si la medida de expulsión litigiosa constituye una pena en la medida en que se impondría en sustitución de la pena impuesta y entraría por lo tanto en el campo de aplicación del artículo 7 del Convenio (vid, *a contrario*, *Maaouia c. Francia* [GS], nº 39652/98, § 39, TEDH 2000-X, en la que la expulsión del territorio constituía una medida complementaria, y no sustitutiva, como en el caso, de la pena privativa de libertad y, por otro lado, si el procedimiento de ejecución de condena pronunciada contra el demandante equivale a fijar una pena y entra en el campo de aplicación del artículo 6 § 1.

25. En el asunto, El Tribunal considera que el juez penal nº 21 de Barcelona, encargado de la ejecución de la sentencia de condena dictada por el juzgado de lo penal nº 20, no estaba llamado en principio a fijar una pena por la infracción cometida por el demandante, sino simplemente a aplicar las reglas internas para el cumplimiento de la citada pena. Teniendo en cuenta sin embargo la aplicación de artículo 89 del código penal en el asunto, y concretamente la modificación introducida por la ley orgánica nº 11/2003 de 29 de septiembre de 2003, que obligaba al juez de la ejecución a ordenar la expulsión del extranjero condenado a una pena inferior a seis años de prisión a la sustitución de esta última, sin tener en cuenta - salvo casos excepcionales - las circunstancias personales de la persona condenada, el Tribunal estima que esta cuestión está estrechamente ligada a la esencia de las quejas formuladas por el demandante en el ámbito de los artículos 6 y 7 del Convenio que están íntimamente conectadas entre sí y decide unir las al fondo. Señala que estas quejas no están manifiestamente mal fundadas en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio y que no incurrir por otro lado en ningún motivo de inadmisión. Conviene por lo tanto declararlas admisibles.

B. Sobre el fondo de la queja extraída del artículo 7 del Convenio

26. El demandante alega que en el momento de la comisión de la infracción, le legislación penal vigente era más favorable que la que aplicó después la Audiencia Provincial en el marco de la ejecución de la pena, esto es, la expulsión del territorio español y la prohibición de regresar durante un periodo de diez años, como prevé el artículo 89 del código penal. Alega que la ley nº 11/2003 que modifica el artículo 89 del código penal no estaba en vigor en el momento de la comisión de la infracción por la que fue condenado. Según él, la citada disposición se aplicó por lo tanto retroactivamente.

27. El Gobierno combate dicha tesis. Se refiere a la resolución del Tribunal Constitucional dictada en el asunto y considera que la jurisdicción de apelación no ha aplicado retroactivamente una ley penal desfavorable, no constituyendo según él la

expulsión acordada una pena sino una medida administrativa, no cuestionada por el demandante.

1. Principios generales

28. El Tribunal recuerda en primer lugar que la garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la primacía del derecho, ocupa una plaza primordial en el sistema de protección del Convenio, como acredita el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación incluso en tiempos de guerra u otro peligro público. Como se desprende de su objeto y de su finalidad, debe de interpretarse y aplicarse de forma que quede garantizada una protección efectiva contra las persecuciones, condenas y sanciones arbitrarias (*S.W. c. Reino-Unido*, 22 de noviembre de 1995, § 35, serie A n° 335-B).

29. El Tribunal recuerda a continuación que, de acuerdo con su jurisprudencia, el artículo 7 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en perjuicio del acusado; consagra también, de forma más general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (*Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993, § 52, serie A n° 260-A) y, por lo tanto, el principio de aplicación restrictiva de las penas en contra del acusado, por ejemplo la prohibición de analogía (*Coëme y otros c. Bélgica*, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, § 145, TEDH 2000-VII, y *Kafkaris c. Chipre* [GS], n° 21906/04, § 138, TEDH 2008-...). Resulta que una infracción y la pena que de ella se derive deben estar claramente determinadas por la ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, en base a la redacción de la disposición pertinente y en caso necesario, ayudándose de la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones implican su responsabilidad penal y qué pena le será impuesta por la acción cometida y/o la omisión (*Cantoni c. Francia*, 15 de noviembre de 1996, § 29, *Repertorio de sentencias y resoluciones* 1996-V, y *Kafkaris*, antes citado, § 140).

30. Incumbe por lo tanto al Tribunal garantizar que, en el momento en que un acusado haya cometido el acto que ha dado lugar a su persecución y a su condena, exista una disposición legal tipificando el acto punible y que la pena impuesta no exceda de los límites fijados por dicha disposición (*Murphy c. Reino-Unido*, n° 4681/70, resolución de la Comisión de 3 y 4 de octubre de 1972, *Repertorio de resoluciones*; *Coëme y otros*, antes citado, § 145).

31. En cuanto a la noción de « pena » en el sentido del artículo 7 tiene, como los « derechos y obligaciones de carácter civil » y de « acusación en materia penal » del artículo 6 § 1 del Convenio, un alcance autónomo. Para hacer efectiva la protección que ofrece el artículo 7, el Tribunal debe de ser libre para ir más allá de las apariencias y apreciar por sí mismo si la medida particular se traduce en el fondo en una « pena » en el sentido de esta cláusula (*Welch c. Reino-Unido*, 9 de febrero de 1995, § 27, serie A n° 307-A, y *Jamil c. Francia*, 8 de junio de 1995, § 30, serie A n° 317-B). La redacción del artículo 7 § 1, segundo apartado, indica que el punto de partida para apreciar la existencia de cualquier « pena » consiste en determinar si la medida en cuestión ha sido impuesta tras una condena por una infracción penal. Pueden tenerse en cuenta otros elementos a este respecto: la naturaleza y la finalidad de la medida en cuestión, su calificación según el derecho interno, los procesos asociados a su adopción y a su ejecución, así como su gravedad (*Welch*, antes citado, § 28, y *Jamil*, antes citado, § 31). A este fin, tanto la Comisión como el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una

medida que constituya en esencia una « pena » y una medida relativa a la « ejecución » o a la « aplicación » de la « pena ». En consecuencia, cuando la naturaleza y finalidad de una medida son relativas a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la « pena » en el sentido del artículo 7 (vid, entre otras, *Hosein c. Reino-Unido*, n° 262, resolución de la Comisión de 28 de febrero de 1996, y *Grava*, resolución antes citada, § 51). Sin embargo, la distinción entre los dos no tiene porqué ser nítida siempre.

2. Aplicación de los principios al asunto

32. En este caso, el Tribunal señala de entrada que el reconocimiento de la culpabilidad del demandante y de la pena de prisión a la que fue condenado se fundaban en el derecho penal aplicable en la época de los hechos y que la pena de prisión correspondía a la que preveían las disposiciones pertinentes del código penal. En cuanto a la disposición penal en vigor relativa a la ejecución de la pena impuesta, el Tribunal observa que el artículo 89 del Código Penal prevé en efecto la posibilidad de que el juez penal de la ejecución de la sentencia de condena, en este caso el juez del juzgado de lo penal n° 21, reemplace la pena de dieciocho meses de prisión por la expulsión del demandante del territorio nacional y la prohibición de regresar durante un periodo de tres a diez años, en función de la pena impuesta. El juez de la ejecución tenía por lo tanto la posibilidad, de la que ha hecho uso, de decidir, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, si no expulsaba al demandante, o sí lo hacía en función de la gravedad de la pena. Disponía por lo tanto del margen de apreciación necesario para decidir en el caso lo que le pareciera más justo.

33. Es cierto, como el Gobierno subrayó, que la Dirección General de la Policía solicitó al Juez del Juzgado de lo Penal n° 21 la autorización para proceder a la expulsión del demandante, un ciudadano georgiano que residía ilegalmente en España, fuera del territorio nacional, expulsión que había sido decidida por la sub-delegación del gobierno central en Barcelona el 5 de diciembre de 2002. El Tribunal observa sin embargo que tal solicitud ante el Juez estaba ligada al proceso de ejecución de la pena en cuestión. Tras la comparecencia prevista por el artículo 89 del código penal, el juez del juzgado n° 21 decidió no autorizar la expulsión del demandante, estimando que era más adecuado proceder a la ejecución de la pena impuesta en la sentencia de 7 de octubre de 2002, teniendo en cuenta, entre otros, el certificado de empadronamiento aportado por el interesado. En su resolución de 19 de septiembre de 2003 dictada tras el recurso del ministerio fiscal, el juez del juzgado n° 21 destacó, entre otros extremos que, según el artículo 89 del código penal, las penas podían reemplazarse por la expulsión según el criterio discrecional del juez; se refirió a este respecto a la discusión doctrinal sobre la naturaleza de la expulsión en tanto que sustitutiva de la pena privativa de libertad.

34. El Tribunal observa sin embargo que la expulsión del demandante y la prohibición de regresar al territorio español durante diez años fue autorizada por resolución de 6 de abril de 2004 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en aplicación de una nueva redacción del artículo 89 del código penal en vigor desde el 1° de octubre de 2003. Según la nueva versión, una pena de prisión inferior a seis años impuesta a un extranjero residente ilegalmente en España debe de ser reemplazada por la expulsión del condenado, salvo casos excepcionales. El Tribunal observa que, a través de esta modificación legislativa, la expulsión se ha convertido en la regla y que la

apreciación del juez ya no entra en juego, salvo en circunstancias excepcionales en las que el demandante no puede ya alegar con ocasión de su comparecencia ante el Tribunal.

35. Compete por lo tanto al Tribunal determinar lo que la «pena» de prisión impuesta al demandante en 2002 implicaba en derecho interno en la época tenida en cuenta. Debe en concreto plantearse si el texto de la ley, relacionado con la jurisprudencia interpretativa de la que se acompañaba, cumplía con las condiciones de accesibilidad y previsibilidad. Por ello, debe de tener en consideración el derecho interno en su conjunto y la forma en que se aplicaba en dicha época.

36. En efecto, cuando el demandante, un extranjero residente ilegalmente en España, cometió la infracción, en septiembre de 2002, el código penal preveía claramente la posibilidad de reemplazar una pena de prisión inferior a seis años por la expulsión del territorio nacional. La pena de prisión podía por lo tanto equivaler a la expulsión, según la estimación del juez de ejecución.

37. El 1º de octubre de 2003 entró en vigor el nuevo artículo 89 del código penal, según la redacción de la ley orgánica nº 11/2003 de 29 de septiembre de 2003. Con posterioridad, el 6 de abril de 2004, cuando decidió expulsar al demandante y prohibirle la entrada en el territorio nacional durante diez años, la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó este nuevo texto legal, que convertía la expulsión del condenado en prácticamente automática en la medida en que el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario en España devino excepcional y solo intervenía en el caso en que la naturaleza de la infracción lo justificara y ello tras oír al ministerio fiscal.

38. El Tribunal tiene en cuenta el argumento del Gobierno según el cual el demandante había sido objeto, en diciembre de 2002, esto es tras la sentencia de condena dictada por el juzgado de lo penal nº 20, de una medida de expulsión decretada por la autoridad administrativa y no por el juez. Señala sin embargo que incluso el ministerio fiscal insistió ante las jurisdicciones internas sobre el carácter sustitutivo de la pena que revestía la expulsión en cuestión. Considera que se trata por lo tanto de dos cuestiones diferentes y que en este caso sólo está en juego la cuestión de la sustitución de la pena en virtud del artículo 89 del código penal en vigor en 2003.

39. El Tribunal observa que el nuevo artículo 89 del código penal indicaba que la sustitución de la pena por la expulsión debía figurar en la sentencia, lo que no se tuvo en cuenta por la Audiencia Provincial de Barcelona, responsable en apelación de la ejecución de la sentencia de condena dictada en octubre de 2002, no previendo en absoluto la sentencia de condena tal sustitución. Tan solo el texto del artículo 89 del código penal en su redacción aplicable en 2002 establecía tal posibilidad - pero no la obligación - para el juez, de tal sustitución. Por otro lado, aún cuando el ministerio público solamente había solicitado la expulsión del demandante y la prohibición de regresar al territorio nacional durante un periodo de cuatro años, la Audiencia Provincial decidió la prohibición durante un periodo de diez años, como fijaba el texto legal antes mencionado en su redacción según la ley orgánica nº 11/2003.

40. En vista de lo que antecede el Tribunal solo puede concluir que la sustitución de la pena de prisión de dieciocho meses impuesta al demandante por su expulsión y prohibición de regreso por una duración de diez años, sin haber sido oído y sin que se hayan tenido en cuenta otras circunstancias que la aplicación casi automática de la nueva redacción del artículo 89 del código penal en vigor desde el 1º de octubre de 2003, debe considerarse como una pena igual que la fijada en el momento en que se procedió a la

condena del interesado (vid, *a contrario*, *Guizani c. Francia*, n° 15393/89, resolución de la Comisión de 9 de marzo de 1990).

41. En opinión del demandante, no puede pretenderse, teniendo en cuenta las disposiciones materiales del código penal, que en el momento en que se cometió la infracción pudiera darse por hecha la sustitución de la pena de prisión por una expulsión e interdicción de regresar al territorio por una duración de diez años. El interesado alega por lo tanto que se le ha impuesto una pena más grave retroactivamente.

42. El Tribunal señala a este respecto que el juez encargado de la ejecución (el juez del juzgado penal n° 21) había rechazado la autorización de expulsión del demandante en sustitución de la pena de prisión que le había sido impuesta, denegación que confirmó el 19 de septiembre de 2003, en aplicación del artículo 89 del código penal en vigor en el momento de los hechos. Cuando el ministerio fiscal recurrió, el 6 de abril de 2004, la Audiencia Provincial decidió sin embargo autorizar la expulsión del demandante en virtud de la nueva redacción del artículo 89 del código penal.

43. El Tribunal debe señalar a este respecto que el nuevo artículo 89 del código penal (párrafo 19 anterior) priva al juez encargado de la ejecución de la posibilidad de elegir entre la autorización, vistas las circunstancias del asunto, para la expulsión del extranjero condenado o el mantenimiento de la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria. El Tribunal observa que la nueva disposición ha impedido también al demandante comparecer ante el juez en las mismas condiciones que el ministerio fiscal, para oponerse eventualmente a la expulsión. Señala finalmente que la disposición en cuestión impone, en su versión de 2003, la expulsión de la persona condenada y la interdicción de retornar durante un periodo de diez años, pena bastante más severa que la prevista en la anterior versión de la misma disposición del código penal, que preveía la expulsión y la interdicción de regresar al territorio durante tres a diez años, según el criterio del juez.

44. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que ha habido violación del artículo 7 del Convenio en tanto que al demandante se le ha impuesto una pena más grave que a la que se exponía por la infracción por la que fue declarado culpable.

C. Sobre el fondo de la queja extraída del artículo 6 § 1 del Convenio

1. Argumentos de las partes

45. En la medida en que se trata de una resolución judicial adoptada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de la ejecución de una sentencia de condena, que ha invalidado otra resolución judicial dictada anteriormente en el marco del mismo procedimiento, el demandante considera que debería de haberse celebrado una audiencia pública, lo que no ha sido el caso.

46. Para el Gobierno, no se ha producido ninguna sustitución de una pena por una medida de expulsión, habiéndose acordado ya anteriormente la expulsión por la autoridad administrativa. Por otro lado, el demandante no se opuso en modo alguno a esta medida de expulsión ni formuló recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa contra la orden de expulsión dictada en su contra. El Gobierno estima paradójico que la expulsión no haya sido autorizada por el juez aún cuando el condenado habría sido expulsado si no

hubiera sido condenado penalmente.

2. *Apreciación del Tribunal*

47. El Tribunal ya concluyó, en el párrafo 40 anterior, que la sustitución de la pena impuesta al demandante por una expulsión e interdicción de entrada en el territorio durante un periodo de diez años constituía una pena en el sentido del artículo 7 del Convenio. Por otro lado recuerda que en caso de condena, no se decide sobre el fondo de la acusación en materia penal, en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio hasta que la pena se encuentra definitivamente determinada » (*Eckle*, mencionada, § 77).

48. Estos elementos son suficientes para que el Tribunal concluya que es de aplicación al presente supuesto el artículo 6 § 1.

49. El Tribunal estima sin embargo que, teniendo en cuenta los motivos que le han llevado a estimar la violación del artículo 7 del Convenio, no procede examinar esta queja por separado.

II. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO

50. El demandante se queja de una violación de su derecho a un proceso equitativo y alega que se le ha impuesto una pena de expulsión sin haber sido oído a este respecto. Invoca el artículo 13 del Convenio, que establece lo siguiente:

« Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales»

51. El Tribunal considera que debe admitirse esta queja. Sin embargo, teniendo en cuenta la conclusión a la que ha llegado al amparo del artículo 6 § 1 del Convenio, considera que no se plantea cuestión distinta en el ámbito del artículo 13.

III. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

52. En términos del artículo 41 del Convenio,

« Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

A. Daños

53. El demandante reclama 50 000 euros (EUR) por daños morales.

54. El Gobierno considera que el perjuicio moral alegado es excesivo y no ha sido probado.

55. El Tribunal considera que el demandante ha sufrido aparentemente

una frustración con motivo de la violación alegada. Resolviendo en equidad, como lo ordena el artículo 41 del Convenio, le concede 5 000 EUR a título de daños morales.

B. Gastos y costas

56. El demandante solicita igualmente 6 000 EUR para gastos y costas, sin aportar documentos justificativos que apoyen su pretensión.

57. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante solo puede obtener el reembolso de sus gastos y costas cuando haya probado su realidad, necesidad y el carácter razonable de su importe. Teniendo en cuenta la ausencia de justificantes y de los criterios mencionados, el Tribunal desestima la solicitud del demandante.

C. Intereses moratorios

58. El Tribunal considera apropiado calcular los intereses moratorios sobre el interés simple a un índice igual al de la facilidad de préstamo marginal del Banco Central Europeo aplicable durante este periodo, incrementado en tres puntos.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

Une al fondo del asunto, por unanimidad, las cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 6 § 1 y 7 del Convenio;

Declara, por unanimidad, admisible la demanda;

Dice, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 7 del Convenio;

Dice, por unanimidad, que no procede examinar el fondo de la queja extraída del artículo 6 § 1 de la Convenio;

Dice, por unanimidad, que no se plantean otras cuestiones distintas a la vista de las quejas extraídas del artículo 6.

Dice, por cuatro votos contra tres,

a) que el Estado demandado debe abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses computado desde el día en que la sentencia adquiera firmeza conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, 5 000 EUR (cinco mil euros) por daños morales, más toda cantidad que pueda ser debida a título de impuesto;

b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta su pago, estas cantidades se incrementarán por un interés simple en un importe igual al de la facilidad de préstamo marginal del Banco Central Europeo aplicable durante el periodo, incrementado en tres puntos de porcentaje;

7. *Rechaza* la solicitud de satisfacción equitativa en cuanto al resto.

Hecha en francés y notificada posteriormente por escrito el 15 de diciembre de 2009, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del reglamento.

Santiago Quesada
Secretario

Josep Casadevall
Presidente

A la presente sentencia se encuentran unidos, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, los informes de las siguientes opiniones separadas:

opinión en parte disidente del juez Zupančič;

opinión en parte concordante y en parte disidente del juez Myjer, a la que se une la juez Fura en lo relativo a la parte disidente.