

la Oficina de Registro y Reparto el día 10 de junio de 2015, siendo turnados a la Sección 1ª y quedando registrados con el número de rollo de apelación penal 1..... La fecha para la celebración de la DELIBERACION VOTACION Y FALLO se fijó para el día 18 de junio de 2015 a las 9 horas.

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

TERCERO.- Siendo ponente en esta segunda instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª MARIA JOSE BARBARIN URQUIAGA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico.-

1.- Con fecha 20 de Mayo del 2015, el Ilmo Magistrado-Juez que sirve el Juzgado de Ejecución Penal nº4 de Donostia- San Sebastián, dictó auto declarando no haber lugar a dejar sin efecto la expulsión del penado del territorio nacional, y la ulterior excarcelación acordada para llevar a efecto la expulsión.

2.- El referido pronunciamiento ha sido objeto de recurso directo de apelación interpuesto por la defensa técnica del penado.

Se argumenta, en síntesis, que al mismo se le ha aplicado retroactivamente el art. 89.5 del CP, que contempla la sustitución de la pena de prisión por expulsión, ya en ejecución, cuando el mismo se hallare en tercer grado penitenciario.

Esta opción legal no estaba prevista cuando el penado fue sentenciado por la causa que trae origen en esta ejecutoria, la sentencia no le impuso pena de expulsión en sustitución de la pena de prisión, y no puede, por consiguiente, aplicarsele una reforma legal retroactivamente, en perjuicio del reo.

Se solicita, por consiguiente, que la referida medida quede sin efecto, adoptándose, a tal efecto, las medidas que legalmente sean oportunas para su retorno al territorio español.

3.- Evacuado el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, por éste se ha procedido a impugnar el recurso interpuesto de contrario, manifestando su total conformidad con la medida adoptada.

SEGUNDO.- Exámen del caso de autos.-

1.- El penado ahora recurrente, [REDACTED], fue condenado en virtud de sentencia dictada en fecha 28 de Enero del 2009, como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, a pena de cuatro años de prisión, sin que en la meritada resolución se adoptara ningún pronunciamiento en torno a la posible sustitución de esta pena de prisión por expulsión del penado del territorio nacional.

Esta resolución quedó firme en fecha 12 de Mayo del 2010.

2.- El problema, ulteriormente, se ha planteado en ejecución, donde es la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras quién pone de manifiesto que este penado tiene pendiente de ejecución una resolución administrativa de expulsión del territorio nacional, por plazo de diez años, por lo que vía art. 57.2 de la LO 4/2000 de 11 de Enero, se solicita autorización para su expulsión del territorio nacional.

Esta petición fue denegada en virtud de resolución de fecha 17 de Octubre del 2014, en la que el Juzgado ponía de manifiesto que no procedía la expulsión gubernativa por esta causa, acordando abrir el trámite para oír al mismo, a su representación procesal y al Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de expulsión, vía art. 89.5 del C.P.

En dicho trámite, el penado manifestó su expresa oposición con dicha expulsión, que sin embargo fue acordada por auto de fecha 17 de Abril del 2015, contra el cual la parte manifestó su expresa oposición, poniendo de manifiesto, de forma específica, el arraigo del penado en territorio nacional y aportando documentación justificativa en este sentido.

Tal petición fue rechazada en virtud de auto de fecha 20 de Mayo del 2015, contra el cual la parte recurre directamente en apelación en invocación no ya del arraigo del penado, sino del principio de irretroactividad de la norma penal más desfavorable para el reo en su aplicación al caso de autos.

3.- Es evidente que, como hemos expuesto, la sentencia firme que inició la presente ejecutoria se dictó el día 28 de Enero del 2009, firme el 12 de mayo del 2010, por hechos cometidos el día 13 de Agosto del 2007; es decir, con anterioridad a promulgarse y a entrar en vigor la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, que modificó el artículo 89 del Código Penal.

La actual redacción de dicho precepto permite que los órganos judiciales sustituyan, bien en sentencia, bien en auto posterior dictado en fase de ejecución de sentencia, determinadas penas de prisión impuestas, por la expulsión del territorio nacional de penados que sean extranjeros no residentes legalmente en España.

Pero la anterior redacción del artículo, vigente en la fecha en la que el penado cometió el hecho ilícito por el que fue condenado en la causa, disponía que dicha sustitución sólo podía acordarse en sentencia. Lo hacía así tanto en el párrafo 1º de su apartado 1, como en el párrafo 2º del mismo apartado, en el que se refería específicamente a los referidos penados que accedieran al tercer grado penitenciario al señalar que : *"los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en **sentencia** la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. "*

En el presente caso, es evidente que el Juzgado ha procedido a aplicar retroactivamente la actual regulación, puesto que ha acordado la expulsión no en sentencia, sino en un auto posterior. Y dicha actual regulación es contraria al reo, que ha manifestado personalmente, al igual que mediante su representación procesal, su oposición a la expulsión.

La nueva regulación se le ha aplicado retroactivamente al penado, en quiebra del principio de legalidad penal, y a la fecha del dictado de la presente resolución, ya se ha materializado su expulsión.

Se ha producido, por consiguiente, un claro error en esta aplicación normativa determinando, que deba revocarse la resolución dictada en la instancia, adoptandose las medidas oportunas por parte del Juez que sirve el Juzgado de Ejecución Penal para la reposición al penado a su estado pre-existente, esto es, para su retorno al territorio español.

Por la pluralidad de consideraciones expuestas, procede:

PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por [redacted] contra el auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Donostia de fecha 20 de Mayo del 2015 el cual debemos revocar y revocamos, dejando sin efecto la expulsión del penado Walter Caredda, también llamado Elmahjou Maadouri, en relación a la presente causa, debiendo adoptarse por el Ilmo Magistrado que sirve el Juzgado de Ejecución Penal las medidas necesarias para su retorno al territorio español.

Se declaran de oficio las costas de esta apelación.

Comuníquese esta resolución al juzgado de procedencia por medio de certificación, devuélvanse los autos originales y archívese el rollo

Contra esta resolución no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que componen la Sala. Doy fe.