

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16714 *Sala Segunda. Sentencia 113/2018, de 29 de octubre de 2018. Recurso de amparo 3648-2017. Promovido por don Hamadi Sedibeh en relación con las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenaron por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes. Vulneración de los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías: resoluciones judiciales que acuerdan, sin dar audiencia a las partes, el cumplimiento parcial de la pena de prisión y posterior expulsión del territorio nacional.*

ECLI:ES:TC:2018:113

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Encarnación Roca Trías, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3648-2017, promovido por don Hamadi Sedibeh, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Olmos Gilsanz y asistido por el abogado don José Luis Galán Martín, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2017, dictada en el recurso de casación núm. 1862-2016, que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, de 30 de junio de 2016, recaída en el rollo de Sala núm. 39-2016, dimanante del procedimiento abreviado núm. 118-2015. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 12 de julio de 2017, doña María del Carmen Olmos Gilsanz, procuradora de los Tribunales y de don Hamadi Sedibeh, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para resolver el recurso de amparo interpuesto, son los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona, instruyó diligencias previas por un delito contra la salud pública contra el hoy demandante de amparo Hamadi Sedibeh, nacional de Gambia y en situación irregular en España. Tras la apertura del juicio oral, dichas diligencias fueron remitidas a la Audiencia Provincial de Barcelona, correspondiendo su conocimiento a la Sección Décima.

b) En el procedimiento abreviado núm. 118-2015, el Ministerio Fiscal formuló acusación por un delito del artículo 368.1 del Código penal (en adelante, CP) contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño, con la

conurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, solicitando se impusiera al acusado la pena de cinco años de prisión, multa de 320 € con quince días de responsabilidad subsidiaria caso de impago, comiso de la sustancia y dinero intervenidos, y costas. Asimismo, en aplicación del artículo 89.1 CP, se solicitó que en la sentencia se sustituyera la pena de prisión por expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de siete años. El Fiscal elevó a definitivas las conclusiones provisionales del escrito de acusación. Por su parte, la defensa del acusado solicitó su libre absolución.

c) La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha de 30 de junio de 2016, por la que condenaba a Hamadi Sedibeh como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, imponiéndole la pena de dos años y seis meses de prisión con multa de 60 €, accesorias legales y responsabilidad personal subsidiaria de seis días en caso de impago, así como al abono de las costas procesales causadas. En relación con la solicitud formulada por el Fiscal de sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, la Audiencia Provincial consideró, en su fundamento jurídico quinto, que:

«El Ministerio Fiscal solicita la sustitución por expulsión del territorio nacional. Sin embargo, el hecho de que el acusado sea reincidente y según la hoja del histórico penal tenga varios antecedentes penales previos, entre ellos del delito de salud pública, aconseja aplicar lo dispuesto en el art. 89.1 CP, al considerarse que para restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por delito cometido —salud pública— sea necesario que cumpla una parte de la pena, en concreto dos tercios, en centro penitenciario español. Y, teniendo en cuenta que el art. 89.1 CP de forma imperativa exige que el último tercio de la pena necesariamente deba ser sustituida, procede acordar su sustitución, sin perjuicio de que si no puede materializarse, al constar en el f. 23 “no ser expulsable por no ser documentado en su país Gambia”, se ejecute el resto de la pena que le queda por cumplir de conformidad con el art. 89.8 CP.

No es de aplicación el apartado cuarto del art. 89 CP al no haberse acreditado por ningún medio probatorio —ni por testigos ni documentos— que tenga ninguna situación de arraigo social y familiar. Sus manifestaciones en plenario respecto a los familiares que tenía en España carece de valor probatorio alguno al no haber sido corroboradas.»

d) Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el demandante de amparo interpuso recurso de casación en el que se alegaron distintos motivos, siendo, uno de ellos, el de violación de precepto constitucional en relación con el principio acusatorio y el derecho de defensa de los artículos 24.1 y 2 CE.

e) La Sala Penal del Tribunal Supremo dictó Sentencia, con fecha de 1 de junio de 2017, estimando el recurso solo en lo relativo a la indebida determinación de la pena de multa que correspondía imponer al acusado, que fue fijada en ocho euros. En relación con la queja que ante este Tribunal ahora se denuncia, es decir, la de violación de los derechos constitucionales relativos al principio acusatorio y de la proscripción de la indefensión (art. 24.1 y 2 CE), la citada Sala motivó lo siguiente:

«Es cierto que la Sala de instancia acabó imponiendo al recurrente tanto el cumplimiento parcial de la pena como la expulsión del territorio nacional al llegar al último tercio de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, ello aparece previsto en el art. 89.1 del C. Penal, por lo que no se trata de una decisión discrecional del Tribunal Sentenciador sino de una previsión específica de la norma que regula la expulsión.

De otra parte, la Audiencia expone en el fundamento quinto de su sentencia las razones de prevención general por las que considera que ha de ejecutarse parcialmente la pena privativa de libertad, después de reducirla de forma sustancial en su sentencia, ya que aminoró la petición de cinco años formulada por el Ministerio Fiscal hasta dos años de privación de libertad.

Así pues, el Tribunal se movió dentro de los parámetros normativos que prevé el art. 89 del C. Penal, motivó su decisión y también respetó el principio de audiencia de las partes, quedando así excluidas las infracciones que se señalan en el recurso.»

3. La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración del derecho a ser informado de la acusación y a no sufrir indefensión (arts. 24.1 y 2 CE) al desviarse la Audiencia Provincial de Barcelona de la solicitud punitiva realizada por el Fiscal. Aduce, en síntesis, que mientras se solicitaba la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad por expulsión, la Sala decidió hacer uso de la previsión excepcional que contempla el artículo 89.1 CP, de que una parte de la pena de prisión impuesta se cumpla, efectivamente, en centro penitenciario y además el resto se sustituya por expulsión, sin que la Audiencia abriera trámite alguno para hacer alegaciones sobre la citada posibilidad. Por lo expuesto, el recurrente solicita el reconocimiento del citado derecho, la anulación de las sentencias impugnadas y la retroacción de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona para que dicte una resolución respetuosa con el derecho invocado, de forma tal que no pueda dictarse una sentencia «que, acumulativamente, contemple, sin petición al respecto del Ministerio Fiscal, el cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad y, además, la expulsión del territorio nacional».

Finalmente, el recurrente considera, en síntesis, que el recurso cuenta con especial trascendencia constitucional porque plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina constitucional. Entiende que, además de ser una cuestión novedosa, es de relevante y amplia repercusión por el número de ciudadanos extranjeros sujetos a procedimientos penales y la tendencia expansiva de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

4. Mediante providencia de 28 de noviembre de 2017, la Sección Tercera de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]». Además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó también dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Barcelona a fin de que, en el plazo de diez días, remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 1862-2016 y del procedimiento abreviado núm. 118-2015, respectivamente; así como también se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la parte recurrente en amparo, para que pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 12 de febrero de 2018, acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de 20 días, para que pudieran formular alegaciones conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 26 de febrero de 2018, la Fiscal ante el Tribunal Constitucional solicitó que, con suspensión del trámite de alegaciones que ha sido conferido, y de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 88 LOTC, se acordara por este Tribunal recabar, nuevamente, de la Sección Décima de la Audiencia Provincial copia adverada de la grabación audiovisual del juicio oral que no fue remitida con las actuaciones, dándose nueva vista de la misma una vez se remitan al Tribunal con nuevo traslado para alegaciones conforme el artículo 52.1 LOTC. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, acordó, por diligencia de 27 de febrero de 2018, dirigir oficio a la Sección Décima de la Audiencia Provincial solicitando la citada copia y, por diligencia de ordenación de 23 de marzo de 2018, dar vista de las

actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por un plazo de 20 días para que pudieran formular alegaciones conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 11 de abril de 2018, la Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó alegaciones interesando el otorgamiento del amparo.

Comienza su escrito con la exposición de los hechos, el objeto del recurso y la mención y transcripción de la jurisprudencia constitucional acerca del contenido constitucional del principio acusatorio como garantía del proceso debido (SSTC 123/2005, de 12 de mayo y 155/2009, de 25 de junio), tras lo cual concluye que procede la estimación de la demanda de amparo. La Fiscal constata que, en el presente caso, «tras elevar el Fiscal y la defensa del acusado sus conclusiones a definitivas no se abrió por el Tribunal ningún trámite de alegaciones a las partes para que pudieran manifestarse sobre la oportunidad de hacer uso de la previsión que excepcionalmente contempla el artículo 89.1 CP de hacer cumplir una parte de la pena de prisión impuesta y además acordar la sustitución del resto de la pena pendiente por expulsión», por lo que considera que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional a la que previamente había hecho referencia, la Audiencia Provincial de Barcelona se apartó de la concreta pretensión punitiva de la Fiscalía, «apreciando de oficio que concurría la circunstancia de la necesidad de garantizar la confianza en el precepto legal infringido por el delito, por razón de los antecedentes del penado, sin haber oído al respecto de manera contradictoria a la acusación y al acusado sobre la concurrencia de esa necesidad y la procedencia de aplicar la excepción a la sustitución íntegra de la pena de prisión no superior a cinco años por expulsión que contempla el art. 89.1 tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015». Dicha decisión vulneró, a su juicio, el principio acusatorio, como una de las garantías del proceso debido, junto con el derecho a un juez imparcial, al no haber podido prever el recurrente que le fuera impuesta una pena más gravosa que la solicitada por el Fiscal y, por tanto, no poder alegar en su defensa ni tomar, en su caso, pleno conocimiento del alcance de la decisión de conformidad con lo solicitado.

Añade, al respecto, que en la redacción del artículo 89.1 CP anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 se contemplaba, expresamente, que el Tribunal debía dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, cuando consideraba que concurrían razones que justificaban el cumplimiento de la pena en centro penitenciario, en lugar de sustituir la pena de prisión inferior a seis años por expulsión. Y advierte, a renglón seguido, que el hecho de que no se encuentre contemplada la audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal en la redacción actual del artículo 89.1 CP para poder apreciar la concurrencia de circunstancias de interés general que, excepcionalmente, determinen la necesidad de acordar el cumplimiento efectivo de una parte de la pena de prisión superior a un año impuesta al acusado extranjero, no puede interpretarse como una habilitación legal para no llevar a cabo dicho trámite. Menciona al respecto la STC 180/2015, de 3 de noviembre, al pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 89 CP en la redacción anterior a la reforma de 2015.

La Fiscal finaliza el escrito de alegaciones solicitando la declaración de la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, en relación con el principio acusatorio, producida por la Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, y no reparada en casación, estimando que para el restablecimiento de la lesión del derecho fundamental, procede declarar la nulidad de las Sentencias impugnadas en lo relativo a que dos tercios de la pena de prisión de dos años y seis meses que impuso la citada Audiencia debería ser cumplida en centro penitenciario español y el tercio restante sustituirla por expulsión.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 11 de abril de 2018, la representación procesal de don Hamadi Sedibeh, formuló alegaciones.

En él se remite a lo expuesto en el apartado tercero del escrito de defensa respecto del motivo de la especial trascendencia constitucional alegado por el demandante de amparo y trae a colación el «Protocolo sobre presos extranjeros», publicado por el Consejo General de la Abogacía Española, sobre diversos aspectos relativos a la

defensa de los derechos de dichas personas y, entre ellos, la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión. En concreto, subraya lo afirmado al final de la página tres del citado escrito: «Cobra vital importancia el principio acusatorio. Se sugiere a los Letrados que si por las partes acusadoras no se solicita en la conclusión relativa a la pena de aplicación del art. 89 y el Tribunal aplica de oficio la expulsión de acuerdo a la redacción, por imperativo legal, se interpongan los correspondientes recursos de apelación o casación para poder avanzar en la interpretación y obtener sentencias que aclaren la situación, tanto por las Audiencias Provinciales como por el Tribunal Supremo».

Dicho esto, hace alusión a la naturaleza jurídica de la expulsión haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y vuelve a reiterar argumentos sostenidos en la demanda de amparo.

9. Por providencia de 25 de octubre de 2018 se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, impuso al recurrente, por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes del artículo 368 párrafo segundo del Código penal (CP), una pena de prisión de efectivo cumplimiento en centro penitenciario (los dos tercios de la pena de dos años y seis meses) y, además, la expulsión en sustitución del tercio restante de la pena de prisión. Con esta decisión el juez se apartó de la solicitud del Fiscal que interesaba la total sustitución de la pena de prisión por expulsión. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si ello supuso una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el principio acusatorio, y el derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE) del demandante de amparo. Dicha decisión se adoptó en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.1 CP que establece que «las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional».

La Fiscal ante el Tribunal Constitucional considera que procede estimar el recurso y declarar que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), puesto en relación con el principio acusatorio, ha sido vulnerado por los motivos ya expuestos en los antecedentes de esta Sentencia.

2. El presente recurso de amparo fue admitido por su especial trascendencia constitucional por cuanto da ocasión a este Tribunal para aclarar nuestra doctrina conforme a lo previsto en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b), por tratarse de un supuesto que, en relación con la queja esgrimida por el recurrente de vulneración del principio acusatorio (art. 24.2 CE), no coincide en todos su extremos con los que anteriormente han sido objeto de conocimiento por este Tribunal. Como ya advirtió el Pleno en la citada STC 155/2009 de 25 de junio, «[l]a cuestión de los límites constitucionales a la potestad judicial de imponer penas ... ya ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en ocasiones precedentes, habiendo elaborado al respecto ... una doctrina constitucional que aparece recogida de manera uniforme en la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia, pero que no está exenta, sin embargo, de inflexiones en algunas otras decisiones, al menos en su enunciado y formulación, dando así lugar a una exposición de dicha doctrina no siempre lo suficientemente nítida que, en

cuanto susceptible, por lo tanto, de inducir a confusión, requiere de alguna precisión o clarificación» (FJ 6).

El presente recurso presenta peculiaridades que merecen un pronunciamiento específico en relación con la posibilidad de aplicación de la doctrina revisada y clarificada por el Tribunal en la STC 155/2009, de 25 de junio, sobre el alcance del principio acusatorio. En este caso, nos encontramos ante un supuesto específico, cual es el del sustitutivo penal, y, en concreto, parcial, de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, con connotaciones y consecuencias propias que han de ser valoradas por este Tribunal desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

3. El principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal. Ello no ha sido óbice, sin embargo, para «reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales» (STC 155/2009, FJ 4). En este sentido se ha resaltado «tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación, como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial» (STC 155/2009, FJ 4).

Respecto del derecho a ser informado de la acusación en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria, este Tribunal ha dicho que «se convierte en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3)» (STC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). Pero, también se ha reiterado que «la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden» (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4 y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4)» (STC 75/2013, de 8 de abril, FJ 2).

4. Nos encontramos aquí ante un supuesto en el que el órgano judicial decide aplicar la posibilidad que le ofrece la ley, ex artículo 89.1 CP, de sustituir parcialmente la pena de prisión por expulsión. En él únicamente se encuentra concernido el primero de los derechos mencionados, es decir, el derecho de defensa —aunque no lo sea, en puridad, como consecuencia del derecho a ser informado de la acusación—; pero no se ha afectado el principio de congruencia con la pretensión punitiva de las acusaciones. Ello es así por dos razones:

(i) En primer lugar, porque las diferentes posibilidades de sustitución de la pena contempladas en el artículo 89.1 CP no pueden ser consideradas más que como una forma de ejecución de la misma. Es por ello que en supuestos de sustitución de la pena no se puede hablar, en rigor, de pretensión punitiva y, por ende, de falta de congruencia con lo solicitado por el Fiscal, como así consideran el recurrente y el Ministerio Fiscal.

(ii) En segundo lugar, porque, en estos casos, el juez o tribunal no invade ni asume facultades reservadas a las partes y al Ministerio Fiscal, ya que, por un lado, la sustitución de la pena de prisión superior a un año por la expulsión del penado extranjero, se muestra como una medida de alcance general, y, por otro, la posibilidad excepcional de acordar la ejecución de una parte de la pena y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español, se configura por el propio precepto como una facultad del juez o tribunal respecto de una pena ya impuesta, que decidirá, excepcionalmente, cuando, a su juicio, resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Así pues, no nos hallamos, en contra de lo que consideran el recurrente y el Ministerio Fiscal, ante una posible vulneración del principio acusatorio al faltar uno de los «elementos estructurales» que lo informan: la vulneración del derecho de defensa como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

5. A pesar de las peculiaridades expuestas en el fundamento jurídico anterior, no se puede desconocer que, en el presente caso, nos encontramos ante una incidencia ejecutiva sobre un título de condena ya conformado, que se impone en una sentencia condenatoria, y que, por tanto, debe ser debatida para evitar la conculcación del derecho de defensa del penado. En la STEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión y prohibición de volver a territorio español, sin haber sido escuchado el afectado y sin que se tuvieran en cuenta otras circunstancias distintas de la aplicación cuasi automática de la redacción del artículo 89 CP tras la reforma operada en 2003, «debe analizarse como si esta fuera una pena similar a la fijada en el momento de la condena del interesado» (§ 40), a los efectos del derecho de defensa.

El Pleno de este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender necesaria la audiencia previa en casos en los que procediera la sustitución de la pena de prisión por expulsión. Y ello como consecuencia del conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 89.1 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por posible vulneración de los artículos 18, 25 y 9 CE. En concreto, en el ATC 180/2015, FJ 4 se afirmó que «para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego siempre se debe dar audiencia al penado (aunque la redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 no la recogiera) para valorar de manera correcta las concretas circunstancias del penado, laborales, arraigo y situación familiar». Añadía el citado Auto que la Sala que promovió la cuestión «podía haber acomodado por vía interpretativa el precepto aplicable con tan sólo entender que la audiencia prevista legalmente para decidir sobre la expulsión permite dar cauce a las circunstancias personales y de arraigo del condenado que, conforme a la norma cuestionada, deben tener efectos excluyentes de la expulsión en tanto supongan 'razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España'».

De la misma manera que la decisión de expulsión del territorio nacional debe ponderar las circunstancias personales del expulsado, al estar en juego una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1, en relación con el art. 10.2 CE), en supuestos como el presente también el órgano judicial debe ponderar a través de una evaluación individualizada si, aunque proceda la expulsión, resulta necesario tomar la decisión excepcional de hacer cumplir una parte de la pena de prisión impuesta «para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito» (art. 89.1 CP). Para ello será necesario, con carácter previo a la toma de tal decisión, abrir un nuevo trámite de alegaciones en el caso de que las partes y el Ministerio Fiscal sólo se hubieran pronunciado acerca de la medida de expulsión obligatoria para penas superiores de un año de prisión. De esta manera posibilita que el acusado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa sobre la concreta forma de cumplimiento de la pena que se le va a imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que

estime conveniente. En este caso, el hecho de que el acusado fuera reincidente y según la hoja del histórico penal tuviera varios antecedentes penales previos, entre ellos del delito contra la salud pública, fue lo que llevó a la Audiencia Provincial a considerar que era aconsejable aplicar lo dispuesto en el artículo 89.1 CP, con el fin de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por delito cometido.

Hay que añadir que el argumento que refiere la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de que no se trata de una decisión discrecional del Tribunal sentenciador, sino de una previsión específica de la norma que regula la expulsión, no es óbice para llegar a tal conclusión, pues como, en paralelo a lo que hemos dicho respecto de las penas, «en modo alguno le es exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles situaciones que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación» (STC 155/2009, FJ 6). Tampoco puede ser acogido el razonamiento esgrimido por la Audiencia Provincial según el cual «el art. 89.1 CP de forma imperativa exige que el último tercio de la pena necesariamente deba ser sustituida», pues de lo que se trata, en última instancia, es de determinar si el recurrente debió contar con la oportunidad de defenderse de la posible aplicación excepcional de la medida sustitutiva parcial de la pena de prisión, cuando ésta no estuvo presente en el debate.

6. La Audiencia Provincial de Barcelona debió, por tanto, dar audiencia a las partes dentro del propio Plenario para que se pronunciaran sobre la posibilidad de aplicar la excepción a la regla obligatoria de sustitución total de cualquier pena de prisión superior a un año por la expulsión del territorio nacional. Al no proceder así, su falta supuso, de hecho, una vulneración del derecho de defensa y, por ende, a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), sin que el hecho de que dicho trámite no estuviera previsto en la norma impida al órgano judicial realizar una interpretación más conciliadora con los principios que deben regir el proceso penal en circunstancias como la presente, en la que el Fiscal, tal y como así se relata en la Sentencia de la Audiencia, interesó la sustitución total del cumplimiento de la pena de prisión por expulsión y el penado mostró su disconformidad con la acusación pública, reiterando la petición de la libre absolución del acusado.

En el presente caso, el Ministerio Fiscal, tras la celebración del acto del juicio, elevó a definitivas sus conclusiones, al igual que lo hizo la defensa, y tras otorgar la última palabra al acusado, quedó el juicio visto para sentencia, sin que previamente se hubiera abierto trámite alguno de audiencia para que las partes y el Ministerio Fiscal pudieran haber alegado nada acerca la posibilidad de la sustitución parcial de la pena de prisión por expulsión. En efecto, las manifestaciones del recurrente acerca de la expulsión, realizadas en el plenario, sólo versaron sobre la existencia de familiares que tenía en España, pero que, según la Audiencia, carecían de valor al no haber sido corroboradas por medio probatorio alguno; razón por la cual el órgano judicial no consideró de aplicación lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 89 CP; es decir, la posibilidad de no sustituir de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional por motivos de arraigo social y familiar.

7. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de amparo, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Décima de Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de junio de 2016 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017, en lo relativo a la forma de cumplimiento de la pena de prisión, y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de las Sentencias citadas para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Aunque el recurrente alega también la vulneración del artículo 24.1 CE en relación con la indefensión sufrida, ésta queja autónoma debe entenderse conectada, como pone de manifiesto la Fiscal, con la garantía de defensa comprendida dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo y en su virtud:

1.º Declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecer al recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de junio de 2016, dictada en el rollo de Sala núm. 39-2016, dimanante del procedimiento abreviado núm. 118-2015 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017, dictada en el recurso de casación núm. 1862-2016, en lo relativo a la forma de cumplimiento de la pena prisión, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de las Sentencias citadas, para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.