

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIAS

ASUNTO GURGUCHIANI C. ESPAÑA (DEMANDA Nº 16012/06)

SENTENCIA
ESTRASBURGO

15 de diciembre de 2009

Esta sentencia será definitiva en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el caso Gurguchiani c. España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tercera sección), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra,

Ann Power, *jueces*,

y Santiago Quesada, *secretario de sección*,

Después de haber deliberado en la sala del consejo el 24 de noviembre de 2009,

Dicta aquí la sentencia, aprobada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (nº. 16012/06) dirigida contra el Reino de España, en la que un natural de Georgia, el señor Giorgi Gurguchiani («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 19 de abril de 2006 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por el señor M. Nadal Borrás, abogado en Barcelona. El Gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente,

Don I. Blasco Lozano, Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Ministerio de Justicia.

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

4. El 15 de septiembre de 2008, el Presidente de la tercera Sección decidió comunicarle la demanda al Gobierno. Tal como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, decidió, además, 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 ejercer 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 Barcelona, en el momento de los hechos.

A. Procedimiento penal

7. El 18 de septiembre de 2002, el demandante fue detenido por la policía en Barcelona. Al día siguiente, fue puesto en detención provisional por una decisión del Juez de instrucción núm. 24 de Barcelona.

8. Por sentencia del 7 de octubre de 2002, dictada después de la celebración de una audiencia pública, el Juez de lo penal núm. 20 de Barcelona, condenó al demandante a una pena de dieciocho meses de prisión por un delito de robo en

una casa habitada en grado de tentativa, cometido en septiembre de 2002. El mismo día, el demandante fue puesto en libertad provisional.

9. Por sentencia del 31 de enero de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona, fue confirmado el juicio impugnado en apelación.

10. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por una resolución del 21 de julio de 2004, por carecer de contenido constitucional.

B. Procedimiento de ejecución

11. El 8 de julio de 2003, la Dirección General de la Policía solicitó del Juez de lo penal núm. 21 de Barcelona, juez responsable del procedimiento de ejecución de la sentencia condenatoria dictada contra el demandante, «la autorización para proceder a la expulsión del demandante fuera del territorio nacional debido al [procedimiento de ejecución en causa]». A la solicitud se adjuntaba una resolución dictada el 5 de diciembre de 2002 por la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, decretando la expulsión administrativa del demandante, el ciudadano georgiano que residía ilegalmente en España, en virtud de la ley orgánica del 22 de diciembre de 2000, sobre los derechos y las libertades de los extranjeros en España.

12. A la vista de esta demanda, el Juez de lo penal núm. 21 citó al abogado del demandante y a la fiscalía a comparecer el 11 de julio de 2003 para que el condenado fuera oído con el fin de una eventual sustitución de la condena de prisión por una medida de expulsión, en virtud del artículo 89 del Código Penal.

13. El 11 de julio de 2003, en el momento de la comparecencia, la fiscalía pidió «la sustitución de la pena privativa de libertad» impuesta al demandante en el marco del procedimiento penal ini-

ciado contra él, «por la expulsión fuera del territorio nacional con la condición de que el interesado no volviera antes de cuatro años», según los términos de la resolución de la Subdelegación del gobierno remitida por la Dirección General de la Policía. El demandante, asistido por su abogado, se opuso a la expulsión. Por una resolución dictada el mismo día, el juez de lo penal decidió no proceder a la expulsión, considerando más adecuado proceder a la ejecución de la pena impuesta por la sentencia del 7 de octubre de 2002. Tuvo en cuenta el hecho, de que el recurso de amparo interpuesto por el demandante se encontraba pendiente en ese momento, así como el certificado del censo aportado por el demandante, que probaba que residía en Barcelona.

14. Contra esta resolución, la fiscalía presentó un recurso de reforma, en el cual precisaba lo que sigue:

«En el presente caso se cumplen todas las condiciones exigidas por el artículo 89 del Código Penal para proceder a la sustitución de la pena de privación de libertad infligida [al demandante] por la expulsión. No puede ser aceptado de ninguna manera, que porque esté pendiente un recurso de amparo contra la sentencia condenatoria, no pueda efectuarse la expulsión. Tampoco puede ser aceptada la inscripción posterior del condenado en el registro del censo de Barcelona. Todas las condiciones de la sustitución concurren con vistas a la ejecución de la decisión administrativa [de expulsión] del 5 de diciembre de 2002, notificada a la persona condenada, por la cual se ha ordenado su expulsión debido a la infracción de la ley relativa a los derechos y las libertades de los extranjeros. La circunstancia de estar comprometido en un procedimiento todavía pendiente o, como en este caso, de haber sido condenado ya por haber cometido un delito, no debería tener un efecto beneficioso para el ciudadano extranjero que cumple uno de los criterios que justifican su expulsión. Sería en

efecto paradójico, que, en ausencia de comisión de delito, no existiera ningún obstáculo a la expulsión [del demandante] ya que en este caso, la autoridad administrativa no tendría que pedir autorización a la autoridad judicial para ejecutar tal decisión de expulsión¹»

15. Por resolución del 19 de septiembre de 2003 del Juez de lo penal núm. 21, se rechazó el recurso. El juez precisó en su decisión, que la sustitución de la pena infligida por una medida de expulsión, dependía del Juez de la ejecución, que podía considerar diversos criterios no fijados por la ley, tales como la peligrosidad del sujeto o sus vínculos con España. Subrayó que el artículo 89 del Código Penal indicaba que «las penas [podían] ser reemplazadas por la expulsión», según el criterio discrecional del juez. Se refirió a la discusión doctrinal existente en cuanto a la naturaleza de la expulsión como sustitución de la pena de privación de libertad (esta expulsión puede ser considerada como una medida de seguridad, como una pena de sustitución o como una medida mixta entre pena y medida de seguridad). El juez confirmó en su decisión «la denegación de la autorización pedida por el Ministerio del Interior [para proceder a la expulsión], la denegación de la sustitución de la pena y la continuación de la ejecución ordinaria de esta pena».

16. La fiscalía formuló recurso de apelación. Por resolución del 6 de abril de 2004, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y ordenó la expulsión del demandante fuera del territorio español y la prohibición de regresar durante diez años. La Audiencia Provincial consideró que, tras la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal (en vigor desde el 1 de octubre de 2003), una pena de prisión inferior a seis años impuesta a un extranjero residente ilegal-

¹ Al no disponer del original en español de la resolución judicial, este texto es traducción de la versión en francés reproducida por la Sentencia del Tribunal.

mente en España debía, obligatoriamente salvo excepción, ser reemplazada por la expulsión del interesado. Precisó, que esta nueva redacción de la disposición penal era aplicable en este caso, ya que era la legislación vigente en el momento en que se resuelve el recurso de apelación. También consideró, que el certificado del censo proporcionado por el demandante no impedía su expulsión, pues la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal no tiene en cuenta las circunstancias personales y el demandante había declarado además que residía en una vivienda de ocupa. Añadió que la modificación del Código Penal realizada en 2003 a este respecto, pretendía dar mayor eficacia a la medida de expulsión que de todas formas, sería aplicable por la vía administrativa en la medida en que se trata de personas que residen ilegalmente en España y han cometido una infracción. Esta modificación tenía también como objetivo, evitar que la pena y su cumplimiento se tradujeran en un medio para quedarse en España.

17. Invocando los artículos 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 25 (presunción de inocencia) de la Constitución, el demandante interpuso de nuevo un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una resolución notificada el 25 de octubre de 2005, el Alto Tribunal inadmitió el recurso por carente de contenido constitucional. Consideró que la Audiencia Provincial no había aplicado de modo retroactivo una ley penal desfavorable y observa que había basado su decisión en motivos que concernían a las circunstancias personales del demandante en España que incluso eran válidas, 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 en este caso, ya que el objeto del procedimiento en cuestión no

era el establecimiento de la culpabilidad o de la inocencia del demandante, sino las condiciones de la ejecución de la condena que le había sido impuesta. Además, el Alto Tribunal señaló que la interpretación de la disposición penal había sido motivada y que no podía ser considerada como irrazonable o arbitraria.

II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

18. La Constitución, en sus artículos pertinentes en este caso, dispone:

Artículo 25

«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 sobre la modificación del Código Penal) dispone:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente ilegalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio nacional. (...) En ambos casos 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 núm. 11/2003 de 29 de septiembre de 2003 sobre las medidas concretas relativas a la seguridad, la violencia doméstica y a la integración social de los extranjeros), que entró en vigor el 1 de octubre de 2003, dispone:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años infringidas a un extranjero que resida ilegalmente en España, serán reemplazadas en la sentencia por su expulsión del territorio nacional, salvo que el juez o el tribunal, después de haber escuchado a la fiscalía, estime excepcionalmente y de manera motivada que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la pena 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 VIOLATION ALEGADA DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DEL CONVENIO*

21. El demandante se queja de la ausencia de una audiencia pública en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que le habría permitido ser oído en persona, para oponerse a su expulsión. Considera además, que en el momento en el que la infracción había sido cometida, la legislación penal vigente era más favorable que la que luego ha sido aplicada por la jurisdicción de apelación en el marco de la ejecución de la pena. Se queja por añadidura, de la

aplicación retroactiva del artículo 89 del Código Penal. Invoca los artículos 6 y 7 del Convenio, así redactados:

Artículo 6

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa (...)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 en relación con el demandante se dictó, en diciembre de 2002, una medida administrativa de expulsión. Según él, la expulsión ha sido decretada por la autoridad administrativa en aplicación del artículo 53 a) de la ley orgánica sobre los derechos y las libertades de los extranjeros en España, y no por el juez. No se trataría entonces de «sustituir» una pena sino una autorización judicial para proceder a una expulsión.

23. El demandante considera que el artículo 6 del Convenio es aplicable en este caso en la medida en que la fiscalía pidió la sustitución de la condena por su expulsión fuera del territorio nacional, «penas» que estarían previstas ambas en el Código Penal.

24. El Tribunal recuerda que el artículo 6 del Convenio no es aplicable, en principio, a procedimientos que se refieren a cuestiones atinentes a la ejecución de las penas (*Grava c. Italia* (dec.), núm. 43522/98, 5 de diciembre de 2002, *Montcornet de Caumont c. Francia* (dec.), núm. 59290/00, CEDH 2003-VII, y *Sannino c. Italia* (dec.), núm. 30961/03, 24 de febrero de 2005). En cambio, el artículo 6 § 1 incluye, en su aspecto penal, el conjunto del procedimiento en cuestión, incluidas las vías de recurso y la determinación de la pena (*Eckle c. Alemania*, 15 de julio de 1982, §§ 76-77, serie A núm. 51, *T. c. Reino Unido* [GC], núm. 24724/94, § 108 16 de diciembre de 1999, *Phillips c. Reino Unido*, núm. 41087/98, §§ 32 y 39, CEDH 2001-VII, y *Saccoccia c. Austria* (dec.), núm. 69917/01, 5 de julio de 2007). El Tribunal debe examinar, por una parte, si la medida de expulsión litigiosa constituye una pena en la medida en que se aplica en lugar de la pena impuesta y se incluirá, por consiguiente, en el ámbito de aplicación del artículo 7 del Convenio (ver, a contrario, *Maaouia c. Francia* [GC], núm. 39652/98, § 39, CEDH 2000-X, donde la prohibición de entrada al territorio constituía una medida complementaria y no substitutiva, como en este caso, de la pena de privación de libertad) y, por otra parte, si el procedimiento de ejecución de la sentencia condenatoria pronunciada contra el demandante, equivale a determinar una pena y se incluye en el contenido del artículo 6§1.

25. En este caso, el Tribunal considera que el Juez de lo penal núm. 21 de Barcelona, encargado de la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por el Juez de lo penal núm. 20, no fue instado, en principio, a establecer una pena por la infracción cometida por el demandante, sino simplemente, a aplicar las reglas de derecho nacional sobre el cumplimiento de dicha pena. Habida cuenta, sin embargo, de la aplicación del artículo 89 del

Código Penal en este caso y, particularmente, la modificación introducida por la ley orgánica núm. 11/2003 del 29 de septiembre de 2003, que obliga al juez de la ejecución a ordenar la expulsión del extranjero condenado a una pena inferior a seis años de prisión en sustitución de esta última, sin tener en cuenta –salvo caso excepcional– las circunstancias personales de la persona condenada, el Tribunal considera que esta cuestión está estrechamente vinculada a la fundamental de las quejas enunciadas por el demandante en el ámbito de los artículos 6 y 7 del Convenio, que están íntimamente vinculados entre ellos, por lo que deben ser examinadas. El Tribunal considera que estas quejas no están manifiestamente mal fundadas en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio y que, por otro lado, no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Procede, por tanto, declararlas admisibles.

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

26. El demandante alega que en el momento de la comisión de la infracción, la legislación penal vigente era más favorable que la que luego ha sido aplicada por la Audiencia Provincial en el marco de la ejecución de la pena, a saber la expulsión fuera del territorio español y la prohibición de volver antes de diez años, tal como lo prevé el artículo 89 del Código Penal. Alega que la Ley 11/2003 que modifica el artículo 89 del Código Penal no estaba vigente en el momento de la comisión de la infracción por la cual ha sido condenado. Según él, la disposición citada ha sido, por tanto, aplicada retroactivamente.

27. El Gobierno impugna esta tesis. Se refiere a la decisión del Tribunal Constitucional dictada en este caso y considera que el Tribunal de apelación no aplicó retroactivamente una ley penal desfavorable, la expulsión decretada no

constituía según él una pena, sino una medida administrativa no impugnada 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 preeminencia del derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como lo atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación incluso en tiempos de guerra u otro peligro público. Tal como se deduce de su objeto y finalidad, debe ser interpretado y aplicado de manera que garantice una protección efectiva contra las investigaciones, las condenas y las sanciones arbitrarias (*S.W.c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, § 35, serie A núm. 335-B).

29. El Tribunal recuerda, además, que, según 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 manera más general, el principio de la 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 núm. 260-A) y, por lo tanto, la prohibición de aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del acusado, por ejemplo por analogía (*Coëme y otros c. Bélgica*, núm. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII, y *Kafkaris c. Chipre* [GC], núm. 21906/04, § 138, CEDH 2008-...). Resulta así que tanto la infracción como la pena que ésta comporta deben estar claramente definidas por la ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y en caso de necesidad con la ayuda de su interpretación por los tribunales, qué actos y omisiones comprometen su responsabilidad penal y qué

pena será dictada para el acto cometido y/o la omisión (*Cantoni c. Francia*, 15 de noviembre de 1996, § 29, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-V, y *Kafkaris*, ya citada, § 140).

30. La tarea que incumbe al Tribunal es pues asegurarse, de que en el momento en el que un acusado ha cometido el acto que dio lugar a las persecuciones y a la condena, existía una disposición legal que califique el acto como punible y que la pena impuesta no excede los límites fijados por esa disposición (*Murphy c. Reino Unido*, núm. 4681/70, decisión de la Comisión del 3 y 4 de octubre 1972, *Repertorio de decisiones* 43 ; *Coëme y otros*, ya citada, § 145).

31. En cuanto a la noción de «pena» en el sentido del artículo 7, ésta posee, como las de «derechos y obligaciones de carácter civil» y de «acusación en materia penal» en el artículo 6 § 1 del Convenio, un alcance autónomo. Para hacer efectiva la protección ofrecida por el artículo 7, el Tribunal debe disponer de margen para ir más allá de las apariencias y para apreciar si una medida particular constituye analizada materialmente en una «pena» en el sentido de esta disposición (*Welch c. Reino Unido*, 9 de febrero de 1995, § 27, serie A núm. 307-A, y *Jamil c. Francia*, 8 de junio de 1995, § 30, serie A núm. 317-B). La redacción del artículo 7 § 1, segunda frase, indica que el punto de partida de toda apreciación de la existencia de una «pena» consiste en determinar si la medida en cuestión ha sido impuesta como consecuencia de una condena por una infracción penal. Otros elementos pueden ser considerados pertinentes a este respecto, la naturaleza y el fin de la medida en cuestión, su calificación en el derecho interno, los procedimientos asociados a su adopción y a su ejecución, así como su gravedad (*Welch*, ya citada, § 28 y *Jamil*, ya citada, § 31). Con este fin, tanto la Comisión como el Tribunal, establecieron en su jurisprudencia una distinción entre una medida

que constituye en sustancia una «pena» y una medida relativa a la «ejecución» o a la «aplicación» de la «pena». En consecuencia, cuando la naturaleza y el fin de una medida conciernen a la remisión de una pena o un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la «pena» en el sentido del artículo 7 (ver, entre otras, *Hosein c. Reino Unido*, núm. 262, decisión de la Comisión del 28 de febrero de 1996, y *Grava*, decisión ya citada, § 51). Sin embargo, posiblemente, la distinción entre las dos no siempre puede ser clara en la práctica.

2. *Aplicación de estos principios en este caso*

32. En este caso, el Tribunal considera, de entrada, que el reconocimiento de la culpabilidad del demandante y la pena a la cual ha sido condenado tenían como base legal el derecho penal aplicable en el momento 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 vigente relativa a la ejecución de la pena impuesta, el Tribunal observa que el artículo 89 del Código Penal efectivamente preveía la facultad del juez de lo penal responsable de la ejecución de la sentencia condenatoria, en este caso el juez núm. 21, de reemplazar la pena de dieciocho meses de prisión por la expulsión del demandante fuera del territorio nacional y la prohibición de volver a entrar durante un período de entre tres a diez años, en función de la pena impuesta. El juez de la ejecución tenía pues la facultad, que utilizó, de decidir, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, denegando la expulsión del demandante o de autorizar la expulsión en función de la gravedad de la pena. Disponía pues del margen de apreciación necesario para decidir caso por caso lo que le pareciera más justo.

33. Es verdad, como subraya el Gobierno, que la Dirección general de la policía le pidió al juez de lo penal núm. 21 la autorización para proceder a la expulsión del demandante, ciudadano georgiano que residía ilegalmente en España, fuera del territorio nacional, expulsión que había sido decidida por la Subdelegación del gobierno central en Barcelona el 5 de diciembre de 2002. El Tribunal observa, no obstante, que tal solicitud ante el juez estaba vinculada al procedimiento de ejecución de la pena en cuestión. Tras la comparecencia prevista por el artículo 89 del Código Penal, el juez núm. 21 decidió no autorizar la expulsión del demandante, considerando más adecuado proceder a la ejecución de la pena impuesta por la sentencia del 7 de octubre de 2002, teniendo en cuenta entre otras cosas, el certificado del censo de población proporcionado por el interesado. En su resolución del 19 de septiembre de 2003, dictada sobre el recurso de la fiscalía, el juez núm. 21 subrayó entre otras cosas, que según el artículo 89 del Código Penal, las penas podían ser reemplazadas por la expulsión según el criterio discrecional del juez; a este respecto, se refirió a la discusión doctrinal en cuanto a la naturaleza de la expulsión como sustitución de la pena de privación de libertad.

34. El Tribunal constata, sin embargo, que la expulsión del demandante y la prohibición de regresar al territorio español durante diez años, ha sido autorizada por una decisión del 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 condena inferior a seis años impuesta a un extranjero que resida ilegalmente en España debía ser reemplazada por la expulsión del condenado, salvo en caso excepcional. El Tribunal observa que, a través de esta modificación legislativa, la

expulsión se convirtió en regla y que no se concede margen de apreciación al juez, salvo circunstancias excepcionales, que el demandante no puede ya hacer valer en el momento de su comparecencia ante el tribunal.

35. El Tribunal está llamado pues, a investigar que implicaba la «pena» de prisión impuesta al demandante en 2002, en función del derecho interno en el momento de su imposición. Debe en particular preguntarse, si el texto de la ley, en combinación con la jurisprudencia interpretativa de la que se acompañaba, satisfacía las condiciones de accesibilidad y de previsión. Haciendo esto, debe tener a la vista el derecho interno en su conjunto y la manera en la que fue aplicado en aquel momento.

36. Ciertamente, cuando el demandante, extranjero que residía ilegalmente en España cometió la infracción en septiembre de 2002, el Código Penal preveía claramente la posibilidad de sustituir una condena inferior a seis años por la expulsión fuera del territorio. La pena de prisión podía pues equivaler a la expulsión, según la estimación del juez de la ejecución.

37. El 1 de octubre de 2003 entró en vigor el nuevo artículo 89 del Código Penal, según la redacción de la ley orgánica núm. 11/2003 del 29 de septiembre de 2003. Más tarde, el 6 de abril de 2004, cuando decidió expulsar al demandante y prohibir la entrada en el territorio durante diez años, la Audiencia provincial de Barcelona aplicó este nuevo texto legal que dictaba la expulsión casi automática del condenado, en la medida en que el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario en España se volvía excepcional y procedía sólo si la naturaleza de la infracción lo justificaba, y esto después de que sólo hubiera sido oída la fiscalía.

38. El Tribunal toma nota del argumento del Gobierno según el cual el de-

mandante había sido objeto, en diciembre de 2002, es decir después del juicio de condena dictado por el juez de lo penal núm. 20, de una medida de expulsión decretada por la autoridad administrativa y no por el juez. Señala no obstante, que hasta la fiscalía insistió ante las jurisdicciones internas en el carácter de sustitución de la pena que revestía la expulsión en causa. Considera que se trata pues de dos cosas diferentes y que en este caso, únicamente está en juego la cuestión de la sustitución de la pena en virtud del artículo 89 del Código Penal vigente en 2003.

39. El Tribunal observa, que el nuevo artículo 89 del Código Penal disponía que la sustitución de la pena por la expulsión debía figurar en la sentencia, lo que no ha sido considerado por la Audiencia provincial de Barcelona, responsable en apelación de la ejecución de la pena impuesta en octubre de 2002, cuya sentencia condenatoria no preveía en ningún modo tal sustitución. El texto del artículo 89 del Código Penal en su redacción aplicable en 2002 únicamente establecía para el juez la facultad –pero no la obligación– de tal sustitución. Por otro lado, mientras que la fiscalía había pedido la expulsión del demandante y la prohibición de entrada al territorio durante cuatro años, la Audiencia provincial decidió una prohibición de entrada al territorio durante diez años, tal como lo preveía dicho texto legal, según la redacción dada por la Ley orgánica núm. 11/2003.

40. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal no puede sino concluir que la sustitución de la pena de diecicho meses impuesta al demandante por la su expulsión del deterritorio nacional con prohibición de entrada durante diez años, sin haber sido oído y sin haber tenido en cuenta otras circunstancias que la práctica aplicación automática de la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal en vigor desde el 1 de octubre

de 2009, debe ser considerada como una pena del mismo carácter que la impuesta con ocasión de la condena del interesado (ver, *a contrario*, *Guizani c. Francia*, núm. 15393/89, decisión de la Comisión del 9 de marzo de 1990).

41. En opinión del demandante, teniendo en cuenta las disposiciones sustantivas del Código Penal, no cabe sostener que en el momento en el que la infracción fue cometida estaba prevista la sustitución de una pena de prisión por una expulsión y una prohibición de entrada al territorio durante diez años. El interesado alega por tanto, que le ha sido impuesta una pena más grave con carácter retroactivo.

42. El Tribunal señala a este respecto, que el juez de la ejecución (el juez de lo penal núm. 21) se había negado a autorizar la expulsión del demandante en sustitución de la pena de prisión que le había sido impuesta, negativa que confirmó el 19 de septiembre de 2003, en aplicación del artículo 89 del Código Penal vigente en el momento de los hechos. Cuando la fiscalía apeló, 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 constata a este respecto, que el nuevo artículo 89 del Código Penal (párrafo 19 más arriba) priva al juez de la ejecución de la posibilidad de elegir entre autorizar, a la vista de las circunstancias de este caso, la expulsión del extranjero condenado, o mantener la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria. Observa que la nueva disposición también impidió al demandante comparecer ante el juez con el mismo título que la fiscalía, para oponerse eventualmente a la expulsión. Señala por fin, que la disposición en cuestión impone, en su versión de 2003, la expulsión de la persona condenada y la prohibición a volver durante diez años,

pena mucho más severa que la prevista por la antigua versión de la misma disposición del Código Penal, que preveía la expulsión y una prohibición de entrada al territorio de tres a diez años, según el criterio del juez.

44. A la vista de lo que precede, el Tribunal considera que hubo violación del artículo 7 del Convenio en la medida en que al demandante se ha visto sometido a una pena más grave que la prevista para la infracción por la que ha sido declarado culpable.

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

1. Argumentos de las partes

45. En la medida en que se trata de una resolución judicial tomada por la Audiencia provincial de Barcelona en el marco de la ejecución de la sentencia condenatoria, que revocó otra decisión judicial dictada antes en el marco del mismo procedimiento, el demandante considera que habría debido efectuarse una audiencia pública, lo que no fue el caso.

46. Para el Gobierno, no se trataba de ninguna sustitución de la pena por una medida de expulsión, toda vez que ésta había sido ya ordenada antes por la autoridad administrativa. Por otro lado, el demandante no habría impugnado de ningún modo esta medida de expulsión ni presentado a la jurisdicción contencioso administrativa un recurso contra la orden de expulsión pronunciada en su contra. El Gobierno considera paradójico que la expulsión no hubiera sido autorizada por el juez y que de no haber sido condenado penalmente hubiera sido expulsado.

2. Apreciación del Tribunal

47. El Tribunal ya concluyó, en el párrafo 40 precedente, que la sustitución de

la pena impuesta al demandante por su expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada durante diez años, constituía una pena en el sentido del artículo 7 del Convenio. Recuerda por otro lado, que en caso de condena no hay decisión «sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal», en el sentido del artículo 6 §1 del Convenio, en tanto la pena no esté fijada definitivamente» (*Eckle*, ya citada, § 77).

48. Estos elementos bastan al Tribunal para concluir la aplicabilidad del artículo 6 § 1 en el presente caso.

49. El Tribunal considera, no obstante, que teniendo en cuenta los motivos que le llevaron a concluir que la existencia de una violación del artículo 7 del Convenio, no ha lugar a examinar separadamente esta presente.

II. SOBRE LA VIOLACION ALEGADA DEL ARTICULO 13 DEL CONVENIO

50. El demandante se queja de una violación de su derecho a un proceso equitativo y alega que se vio sometido a una pena de expulsión sin haber sido oído a este respecto. Invoca el artículo 13 del Convenio, que prevé lo que sigue:

«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 esta queja debe ser declarada admisible. No obstante, teniendo en cuenta la conclusión a la que llegó bajo la perspectiva del artículo 6 § 1 del Convenio, es del parecer de que no se plantea ninguna cuestión distinta en lo que concierne al artículo 13.

III. SOBRE LA APLICACION DEL ARTICULO 41 DEL CONVENIO

52. En los 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 por perjuicio moral.

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

55. El Tribunal considera que el demandante probablemente sufrió una frustración debido a la violación comprobada. Resolviendo en equidad, tal como prevé el artículo 41 del Convenio, le reconoce 5.000 EUR por daño moral.

B. Costas y gastos

56. El demandante reclama también 6.000 EUR por costas y gastos, sin aportar justificantes que apoyen su petición.

57. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante sólo puede obtener el reembolso de sus gastos y costas en la medida en que se encuentra acreditada su existencia, su necesidad y el carácter razonable de su valoración. Teniendo en cuenta la ausencia de justificantes y de los criterios mencionados, el tribunal rechaza la petición del demandante.

C. Intereses moratorios

58. El Tribunal considera apropiado calcular los intereses moratorios con base

en el tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos de porcentaje.

M.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1. Une al fondo, por unanimidad, las cuestiones sobre la aplicabilidad de los artículos 6 § 1 y 7 del Convenio;

2. Declara, por unanimidad, la demanda admisible;

3. Dice, por unanimidad, que hubo violación del artículo 7 del Convenio;

4. Dice, por unanimidad, que no ha lugar examinar en cuanto al fondo la queja derivada del artículo 6 § 1 del Convenio;

5. Dice, por unanimidad, que no se plantea ninguna cuestión distinta bajo la perspectiva del artículo 13 del Convenio;

6. Dice, por cuatro votos contra tres,

a) que el Estado demandado debe pagar al demandante, en los tres meses a partir del día en que la sentencia sea definitiva en virtud del artículo 44 § 2 del Convenio, 5.000 EUR (cinco mil euros) por daño moral, más todo importe que pueda ser debido a título de impuesto;

b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el pago, este importe será incrementado por un interés simple calculado conforme al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos de porcentaje;

7. *Rechaza*, por unanimidad, la demanda de satisfacción equitativa en todo lo demás.

SANTIAGO QUESADA

Secretario

JOSEP CASADEVALL

Presidente

A la presente sentencia, se encuentra unida conforme a los artículos 45 § 2 del

Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de las siguientes opiniones disidentes:

– opinión en parte disidente del juez Zupančič ;

– opinión en parte concordante y en parte disidente del juez Myjer, a la cuál se une la juez Fura por la parte disidente.

OPINION EN PARTE DISIDENTE DEL JUEZ ZUPANČIČ

Siento no poder suscribir las conclusiones de la mayoría en cuanto a los puntos 6a y 6b de lo dispuesto en la sentencia. Tengo una opinión divergente en cuanto al carácter apropiado de la reparación concedida por el perjuicio moral, en este caso una suma de 5.000 euros en una situación en la cual, la única reparación adecuada habría sido la reapertura del proceso.

Una violación del artículo 7, es decir del principio de legalidad, es un asunto serio.

En el derecho penal continental, la protección contra la arbitrariedad de una condena, valora esencialmente la aplicación estricta de este principio. No es por azar que si la totalidad del derecho penal material en el Convenio europeo de los derechos humanos está cubierta en el primer párrafo de su artículo 7, en realidad sólo remita al principio de legalidad. El célebre teórico alemán Franz von Liszt designó el principio de legalidad como la *Magna Carta Libertatum* del defensor en una acción penal. En los derechos continentales, la protección contra la arbitrariedad en un procedimiento penal, emana en amplia medida, de la aplicación escrupulosa, lógica, coherente y concisa del principio de legalidad.

Está claro que en este caso es justamente la mayoría la que ha considerado que hay violación de este principio. Por

consiguiente, suscribo totalmente los párrafos 28 – 42 de la sentencia. No me adhiero al razonamiento a partir del párrafo 55, donde la mayoría recurre a la fórmula acostumbrada según la cual, el demandante probablemente experimentó un sentimiento de frustración a causa del incumplimiento de los derechos que le garantiza el artículo 7 del Convenio. Sin más precisión, la mayoría otorga luego 5.000 euros por daño moral que procedería de un estrés por lo menos abstracto, por no decir imaginario, causado por la violación. Entonces, en abstracto, dudo que una violación del principio de legalidad pueda engendrar en sí misma sentimientos de estrés y de frustración, incluso para el profesor de derecho penal material más doctrinalmente comprometido. Parto del principio que expuse hace muchos años en el asunto *Luca c. Italia* según el cual, no hay absolutamente ningún vínculo entre estos ficticios sentimientos de estrés y de frustración por una parte, y la violación del principio de legalidad por otra. Ciertamente, este género de fórmula mágica según la cual esta abstracción que es la «violación de los derechos garantizados por el artículo 7 del Convenio» provocó en el seno del demandante los sentimientos de estrés, ha sido utilizada por el antiguo Tribunal durante numerosos años, pero su absurdo ha sido ampliamente denunciado en nuestra propia jurisprudencia, por ejemplo en los asuntos *Scozzari y Giunta c. Italia* y *Luca c. Italia*. La interpretación simplista del artículo 41, es decir, la concesión de daños y perjuicios en compensación a los sentimientos de estrés y de frustración, se considera que ha sido superada; el Tribunal reconoció, que el *restitutio in integrum* formaba parte integrante del artículo 41 y podía ser aplicado de manera adecuada en los asuntos que lo demandan.

Además, el Tribunal comenzó hace ya muchos años, a utilizar la «fórmula *Gençel*», por la cual invita a Turquía a

prever la reapertura de los procedimientos litigiosos. Turquía acabó por cumplir la orden, de modo que la utilización de la fórmula ya no es útil. Es importante subrayar, que el Tribunal recurrió a la fórmula *Gençel* antes de que Turquía previera efectivamente, como en tantos otros Estados, la posibilidad de reabrir el procedimiento. En otros términos, el hecho de que España no contemple esta posibilidad apela a *fortiori* al mismo enfoque que el que ha sido adoptado en el pasado con respecto a Turquía.

Evidentemente, el derecho y la reparación deberían ser interdependientes. De hecho, en un plano estrictamente jurídico, ¿qué es un derecho sino el equivalente de la reparación, que el ordenamiento jurídico puede ofrecer bajo la forma de un restablecimiento del *statu quo ante*, siempre que sea posible en un caso particular? Dado que el Tribunal cesó hace ya mucho tiempo de ofrecer reparaciones inapropiadas en asuntos donde el Estado demandado era culpable de injusticias procesales o materiales, el debate doctrinal que concierne a la interdependencia del derecho y de la reparación no tiene razón de ser.

Sin embargo, lo mismo que en el asunto *Luca c. Italia*, es absurdo ofrecer 5.000 euros por una violación del principio de legalidad bajo el ángulo del artículo 7 de una parte, y dejar perdurar los efectos de la violación por otra.

El buen remedio –aunque España sea uno de los raros Estados contratantes que todavía no ofrecen la posibilidad de reabrir un procedimiento penal a partir de la constatación de violación por el Tribunal– consistiría por lo menos en incitar, a falta de obligar a España, a que introduzca este recurso por sentido común. Suiza, por ejemplo, fue uno de los primeros Estados contratantes en ofrecer este tipo de recurso contra las decisiones judiciales y administrativas no definitivas, prácticamente en todos los ámbitos.

En igual situación, se plantea entonces la cuestión de saber en qué medida el Estado demandado valora seguir la opinión del Tribunal. Hubo unos asuntos de la Gran Sala que concernían a Suiza, en los cuales el demandante no estaba satisfecho –al final del procedimiento de reapertura en Suiza–, con el modo en el que las jurisdicciones helvéticas habían comprendido, interpretado y seguido la integridad de la sentencia dictada por el Tribunal. Manifiestamente, esto son cuestiones nuevas y efectivas, que abordan el problema más general del carácter apremiante de las sentencias del Tribunal en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, estas interesantes cuestiones nunca habrían sido señaladas sin el viraje de jurisprudencia, a menudo ignorada, a la cual la sentencia *Scozzari y Ciunta c. Italia* dio lugar.

Por lo anteriormente expuesto, considero que es completamente posible que el demandante en este caso sufriera realmente una forma de daño moral aunque el párrafo 55 de la sentencia de la mayoría sea excesivamente afirmativo para explicitar el vínculo de causalidad entre la violación y el daño moral alegado. En cuanto a mí, sólo subrayo que no se puede tener en cuenta un perjuicio moral imaginario en este tipo de asuntos. Una verdadera reparación sólo puede tener la forma de un nuevo examen procesal de la falta lógica que ha supuesto la violación del artículo 25 de la Constitución de una parte y del artículo 7 § 1 del Convenio europeo de los derechos humanos por otra.

OPINION EN PARTE CONCORDANTE Y EN PARTE DISIDENTE DEL JUEZ MYJER, A LA CUAL SE UNE LA JUEZ FURA POR LA PARTE DISIDENTE

1. Concluyo, como la mayoría, en la existencia de violación en este caso del artículo 7 del Convenio. Aunque el razonamiento que ha conducido a esta con-

clusión se ha expuesto de manera rigurosa y detallada, desearía formular algunas observaciones complementarias con el fin también, de distinguir este asunto español de otros casos de expulsiones consecutivas a condenas penales.

El Tribunal examinó recientemente asuntos en los cuales, un condenado que no poseía la nacionalidad del Estado demandado, que reside o no en el territorio de este Estado, significó, al término de su pena, una orden de expulsión.

Estos asuntos se apoyaban en cuestiones tales como la aplicabilidad del artículo 6 § 1 a procedimientos de expulsión de extranjeros (*Maaouia c. Francia* [GC], sentencia del 5 de octubre de 2000), la relación entre una orden de expulsión y el artículo 8 (asunto *Üner c. Países Bajos* [GC], sentencia del 18 de octubre de 2006) o el punto de saber si una orden de expulsión dictada después de una pena constituye una doble pena en el sentido del artículo 4 del Protocolo núm. 7 (hubo opiniones disidentes en estos dos asuntos). En otros asuntos, la postura se refería al hecho de saber si la ejecución de una orden de expulsión podía dar lugar a un riesgo real para la vida del demandante, y por tanto a una violación del artículo 3 (*Saadi c. Italia* [GC], sentencia del 28 de febrero de 2008).

En su sentencia del caso *Maaouia c. Francia*, el Tribunal se expresa así (§ 39):

(...) El Tribunal considera además, que la medida de prohibición de entrada al territorio francés, no se refiere al fundamento de una acusación en materia penal. A este respecto, comprueba que la calificación de tal medida en el ordenamiento jurídico interno, se presta a interpretaciones divergentes. A fin de cuentas, la calificación de una sanción en el ordenamiento jurídico interno no habría de ser decisiva para concluir su carácter penal. En efecto, conviene tener en cuenta otros elementos y particularmente, la naturaleza de la sanción incurrida

(*Tyler c. Reino Unido*, demanda núm. 21283/93, decisión de la Comisión del 5 de abril de 1994, DR 77). Por tanto, sobre este punto, el Tribunal comprueba que la prohibición de entrada al territorio no reviste en general carácter penal en los Estados miembros del Consejo de Europa. Esta medida que, en la inmensa mayoría de los Estados también puede ser tomada por la autoridad administrativa, constituye por su naturaleza una medida de prevención específica en materia de policía de extranjeros y no se refiere a la procedencia de una acusación penal dirigida contra el demandante, en el sentido del artículo 6 § 1. El hecho de que sea dictada en el marco de un procedimiento penal, no habría de cambiar su carácter esencialmente preventivo. De lo que se concluye que el procedimiento de rehabilitación de esta medida no forma parte del ámbito penal (ver, *mutatis mutandis*, *Renna c. Francia*, demanda núm. 32809/96, decisión de la Comisión del 26 de febrero de 1997, no publicada).

En su sentencia del caso *Üner c. Países Bajos*, el Tribunal formuló las siguientes consideraciones en el parágrafo 54:

El Tribunal señala de entrada, según un principio de derecho internacional bien establecido, que los Estados tienen el derecho sin perjuicio de los compromisos que emanan de tratados, a controlar la entrada de los no nacionales en su suelo (ver, entre muchas otras, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, sentencia del 28 de mayo de 1985, § 67, serie A núm. 94, *Boujlifa c. Francia*, sentencia del 21 de octubre de 1997, § 42, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1997-VI). El Convenio no garantiza a un extranjero el derecho a entrar o a residir en un país particular y, cuando asumen su misión de mantener el orden público, los Estados contratantes tienen la facultad de expulsar a un extranjero delincuente. No obstante, sus decisiones en la materia, en la medida en que aten-

tarían contra un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8, deben ser necesarias en una sociedad democrática, es decir justificadas por una necesidad social imperiosa y particularmente, proporcionadas al fin legítimo perseguido (*Dalia c. Francia*, sentencia del 19 de febrero de 1998, § 52, *Repertorio* 1998-I, *Mehemi c. Francia*, sentencia del 26 de septiembre de 1997, § 34, *Repertorio* 1997-VI, *Boultif c. Suiza*, ya citada, § 46, y *Slivenko c. Letonia* [GC], núm. 48321/99, § 113, CEDH 2003-X).

Por fin, en la sentencia *Saadi c. Italia* (§ 125), el Tribunal estimó que:

Sin embargo, la expulsión por un Estado contratante puede plantear un problema respecto al artículo 3 y entonces, comprometer la responsabilidad del Estado en cuestión en relación con el Convenio, cuando hay motivos serios y probados para creer que el interesado, si se le expulsa hacia el país de destino, correrá allí un riesgo real de estar sometido a un trato contrario al artículo 3. En este caso, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar al implicado hacia este país (*Soering c. Reino Unido*, sentencia del 7 de julio de 1989, §§ 90-91, serie A núm. 161, *Vilvarajah y otros* ya citada, § 103, *Ahmed* ya citada, § 39, *H.L.R. c. Francia*, sentencia del 29 de abril de 1997, § 34, *Repertorio* 1997-III, *Jabari c. Turquía*, núm. 40035/98, § 38, CEDH 2000-VIII, y *Salah Sheekh c. Países Bajos*, núm. 1948/04, § 135, 11 de enero de 2007).

El Tribunal admite, por tanto, en su jurisprudencia que, incluso al término de una pena de encarcelamiento, se pueda imponer y ejecutar una orden de expulsión siempre que los efectos de ésta no son contrarios a los artículos 8 o 3 del Convenio.

El razonamiento en este caso, no colisiona con la jurisprudencia existente.

En el sistema español, una orden de expulsión puede ser dictada en sustitui-

ción de una pena de prisión (parágrafo 19-20 de la sentencia). En este caso, parece que la persona condenada es simplemente devuelta a su país de origen sin haber acabado su pena. Es sólo si vuelve a España antes del plazo fijado por la orden, cuando debe entonces purgar el resto de su pena.

Por tanto, que yo sepa, una orden de expulsión no puede ser emitida en calidad de pena accesoria en el sistema español.

Resaltan las observaciones del Gobierno español que también es posible que una orden de expulsión sea impuesta por las autoridades españolas conforme al artículo 53 a) de la ley orgánica sobre los derechos y las libertades de los extranjeros en España. Sin embargo, suscribo plenamente el razonamiento expuesto en el párrafo 38 de la sentencia, según el cual, lo que estaba en juego en este caso no era una medida administrativa de expulsión sino una orden de expulsión que sustituía la pena de prisión. Aunque esta orden de expulsión es solamente concebida como una medida de sustitución de una condena –y no es concebida como una pena en sí–, puedo también suponer que, a los fines del artículo 7 pueda ser vista como una pena. Suscribo pues la conclusión según la cual, en las circunstancias particulares de este caso, se vio sometido a una pena más grave que aquella que había sido impuesta.

2. El hecho de que haya votado a favor de constatar una violación, no significa que esté de acuerdo con la concesión de 5.000 euros en calidad de reparación al demandante. Muy al contrario. Respecto a los hechos particulares de la causa, no veo ninguna razón para conceder una reparación. Examinemos los hechos: el demandante, el natural georgiano, residía ilegalmente en España. Ha sido reconocido culpable de una infracción grave y condenado a dieciocho meses de prisión. Ha sido privado de libertad entre la fecha de su detención (18 de septiembre de 2002) y la fecha del pronunciamiento de su pena (7 de octubre de 2002) o sea, diecinueve días en total. No debió purgar su pena de dieciocho meses sino, en calidad de sustitución, se vio sometido a una orden de prohibición de entrada al territorio durante diez años. El Convenio no garantiza a un extranjero el derecho a entrar o a permanecer en un país particular y en el marco de su función de mantenimiento del orden público, todo Estado contratante – como España –tiene el poder de expulsar a un extranjero condenado por infracciones penales. Como residente ilegal en España, el demandante habría podido también ser objeto de una orden de expulsión administrativa. En atención a las circunstancias de la causa, considero que la constatación de la violación habría constituido una reparación más que suficiente.