

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA
Sección 6ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta
Tfno.: 94 401.66.68 Fax: 94 401.69.92

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

18 NOV 2011

BIZKAIA JUSTIZIA
PROKURADOREN BAZKARITZA

RECURSO: Rollo 499/11-6ª

Proc.Origen: pieza ejecución 3579/10

Jdo. de Penal nº 7 (Bilbao)

Apealante:

Apealatu: [REDACTED]

Prokuradore: HAIZE VIZCAYA DE MUERZA

AUTO N° 777/2011

Ilmos. Sres.

Presidente D. JOSE IGNACIO AREVALO LASSA
Magistrada Dª MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE
Magistrada Dª NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE

En Bilbao, a 21 de OCTUBRE de 2011.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora Dª Haize Vizcaya de Muerza en nombre de D. [REDACTED] se interpuso recurso de apelación contra el Auto de fecha 8-6-2011, el cual fue impugnado por el Ministerio Fiscal que interesó la confirmación del auto recurrido.

TERCERO.- Remitidos los autos, previa diligencia de reparto correspondiendo resolver el recurso de apelación a esta Sección de la Audiencia Provincial de Bizkaia y es ponente de

la resolución de la Ilma. Sra. D^a María del Carmen Rodríguez
Puente.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Alega la parte recurrente que el recurrente en el momento de comisión de los hechos tenía permiso de residencia en España, el cual no pudo renovar debido a que cuando caducó se encontraba en situación de prisión preventiva, que el recurrente en la actualidad está regularizando su situación y tiene arraigo suficiente en España toda vez que desde hace cinco años convive con una mujer de nacionalidad española y su padre y su hermano tienen nacionalidad española.

SEGUNDO.- En relación con la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del recurrente del territorio español acordada al amparo de lo dispuesto en el artículo 89 CP, tanto las resoluciones del TEDH como la jurisprudencia del T. S. como la doctrina del T.C. declaran que para la adopción de la expulsión debe realizarse una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal o es de nacionalidad española y incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado extranjero que reside ilegalmente, su arraigo y situación familiar.

En este sentido, el TEDH tiene en cuenta que los criterios para decidir sobre una orden de expulsión son la naturaleza y seriedad del delito, la duración de la permanencia del demandante en el país, el tiempo pasado desde la ofensa cometida y la conducta del demandante, las nacionalidades de las personas involucradas, la situación familiar y otras circunstancias (sentencia del TEDH de fecha 23-6-2008, en el caso *Maslow vs Austria*) y un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15-10-2010 en relación con la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión prevista en el artículo 89 CP declara: "El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, por la

expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, salvo que, excepcionalmente y de norma motivada, el Juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España ha sido -como decíamos en STS. 949/2009 de 28.9 - objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal EDL1995/16395, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2I; 166/2007, de 14-2; 682/2007, de 18-7-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, 439/2010 de 12.5 entre otras) que sintetizan los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión en:

- Extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión el tipo exige dicho presupuesto (STS. 636/2005 de 17.5).

- Condenados con una pena no grave inferior a 6 años prisión.

- Que la expulsión haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada.

- Que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión.

- Que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el

número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (STS 166/2007). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas.

En esta dirección ya se pronunció el Tribunal Constitucional con anterioridad a las últimas reformas, en sentencia 242/94 de 20.7, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentando que "precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE EDL1978/3879), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión".

Y en aquel sentido debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de la LO. 15/2003 de 1.10 EDL2003/127520 , ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba --y así está en la actualidad-- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión. Argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado "...olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigo que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o ser objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión....".

Consecuentemente con esta doctrina lo que pretende

corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique, aún cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado y hoy aún vigente, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación."

Pues bien, en el presente caso ha de señalarse en primer lugar que en la propia sentencia de cuya ejecución se trata se manifestó que el ahora recurrente se halla en España desde el año 2003, por lo que si tenemos en cuenta que nació el día 2-8-1990, cuando llegó a España el recurrente contaba con 12 o 13 años, hecho este que resulta trascendental a la hora de valorar su arraigo social en España o en su país de origen por cuanto es evidente que cuando llegó a España el recurrente era un niño y que es en este país donde se ha madurado y se ha convertido en adulto, por lo que debido a la edad del recurrente y al tiempo que lleva en España su vinculación con este país resulta más evidente que la que pueda tener con su país de origen del que salió siendo un niño. A lo anterior ha de unirse que el recurrente tiene arraigo familiar en España pues su padre y un hermano se encuentran en España y tienen nacionalidad española y el propio recurrente ha tenido permiso de residencia en España, de hecho en el momento de comisión de los hechos su estancia en España era legal, y la caducidad del permiso de residencia coincidió con la situación de prisión provisional del recurrente, por lo que resulta verosímil que por tal motivo no tramitara su renovación. Tales hechos resulta suficientes para acreditar el arraigo del recurrente en España, lo que unido a la duración de las penas impuestas y al abono para su cumplimiento del tiempo que el recurrente haya estado en situación de prisión provisional por esta causa, hace que no proceda acordar la sustitución de las penas de prisión por su expulsión del territorio español.

En consecuencia y por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación y revocar el auto recurrido.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA DISPONE

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por Procuradora D^a Haize Vizcaya de Muerza en nombre de D. [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra el Auto de fecha 8-6-2011, revocamos el auto recurrido y acordamos que no ha lugar a sustituir las penas de prisión impuestas por la expulsión del penado del territorio español, sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. que lo encabezan. Doy fe.