

Id Cendoj: 28079120012010201130
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 11467/2009
Nº de Resolución: 902/2010
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

DELITO DE LESIONES.Sustitución de la pena privativa por la de expulsión. Motivación de la denegación de la expulsión.Intoxicación. No acreditada.

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil diez.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), en el Rollo de Sala 20/2009 dimanante del Procedimiento Abreviado 64/2008, procedente del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Castellón, se dictó sentencia, con fecha 15 de octubre de 2009, en la que se condenó a Luis como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones con utilización de instrumento peligroso de los *arts. 147 y 148 CP*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, y a indemnizar a la víctima en la cantidad de 550 euros y en la cantidad que se acredite en ejecución por los gastos derivados de la reparación del incisivo superior.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por Luis mediante la presentación del correspondiente escrito por el Procurador de los Tribunales Dº. Juan Antonio Ortega Sánchez, articulado en dos motivos por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercida por Patricia, representada por la Procuradora Dª Ana María Arauz De Robles Villalón, se opusieron al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Don Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el motivo primero de recurso, formalizado al amparo de los *arts. 852 LECrim., y 5.4 LOPJ*, se invoca la vulneración del derecho a una sentencia motivada del *art. 24 CE*.

A) Considera que la sentencia está insuficientemente motivada en cuanto a la no aplicación de la sustitución de la pena privativa por la expulsión del territorio nacional que prevé el *art. 89 CP*.

B) Basta con la lectura del fundamento de derecho quinto de la sentencia combatida para comprobar lo infundado de la queja, pues en él se justifica y motiva holgadamente que, en el caso, no se aplique la medida de expulsión, señalando que la Audiencia considera que "dada la naturaleza de los hechos, su crueldad y gravedad, el acusado debe cumplir la pena en un Centro Penitenciario en España, no siendo procedente la expulsión del territorio nacional y la sustitución de aquélla, pues en dicho caso el acusado no recibiría la sanción que lleva aparejada los hechos enjuiciados y especialmente los efectos rehabilitadores para dicho tipo de conductas".

La explicación es suficiente y congruente con el criterio de esta Sala Segunda en torno a la cuestión debatida. En efecto hemos dicho, por ejemplo en STS 949/2009 , de 28 de septiembre: En los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal se preceptúa lo siguiente: " Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un **extranjero** no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España ".

" Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del **extranjero** no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España ".

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, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de adecuar su interpretación a los tratados internacionales suscritos 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 , en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados 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 defensoristas, 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 26-2; 166/2007, de 14-2; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4 , entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995 , en la sentencia 242/2004, de 20 de julio , con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentó 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), 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 " .

Por todo lo anterior, no le asiste la razón al recurrente en su queja de que el Tribunal de instancia no motivó la denegación de la expulsión del acusado del territorio nacional. La referencia a los datos individualizadores de la situación personal, familiar y social del acusado permite concluir que la denegación de la expulsión resulta acorde a derecho.

El motivo, por ello, se inadmite de conformidad con lo dispuesto en el art. 885.1º LECrim .

SEGUNDO.- En el motivo segundo, formalizado al amparo del art. 849.1 y 2 LECrim ., se invoca infracción de ley por indebida inaplicación del art. 20.2 y, alternativamente, del art. 21.2 CP .

A) Además de insistir en que se debió aplicar la medida de expulsión que contempla el art. 89 CP , y manifestar, sin desarrollo alguno, que no existe prueba de cargo suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia, se queja de que no se apreciara la eximente referida o al menos la atenuante tal como solicitó la

defensa, puesto que tanto el acusado como la propia víctima manifestaron que en el momento de los hechos el primero se encontraba bajo los efectos de las drogas y el alcohol, teniendo en cuenta, además, que se trata de una persona consumidora habitual de las mencionadas sustancias, añadiendo que se denegó indebidamente la prueba toxicológica.

B) En cuanto a la medida de expulsión nos remitimos a lo ya expuesto en el precedente ordinal.

C) Respecto a la presunción de inocencia, en el caso se dispuso de prueba suficiente para entender válidamente destruida aquélla, pues la declaración coherente, clara, contundente y persistente de la víctima, vino a ser confirmada y corroborada por el parte médico, por el informe médico forense, por el reportaje fotográfico y por la testifical de los agentes.

D) Respecto a las circunstancias modificativas interesadas, la Audiencia razona correctamente por qué rechaza su aplicación en el fundamento de derecho cuarto. En efecto, no existe constancia de que el día en que se producen los hechos (el 7 de junio de 2008), el acusado se encontrara en estado de intoxicación por el consumo de alcohol y de drogas, antes bien la víctima siempre ha mantenido que ese día su pareja no estaba ni borracho ni drogado y que lo que manifestó en su declaración ante el Instructor es que al día siguiente de recibir la paliza, apareció Luis en el domicilio borracho y drogado. La prueba toxicológica que fue finalmente admitida por la Audiencia, no se llegó a practicar en razón a lo informado por la médico forense (folio 191), pues dado el tiempo transcurrido los análisis de sangre y orina no servían para determinar el posible consumo en el momento de los hechos, resultando también inocuo un posible análisis capilar al no presentar suficiente longitud el cabello.

El motivo, por tanto, se inadmite en base al *art. 885.1 LECrim* .

En su consecuencia, procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.