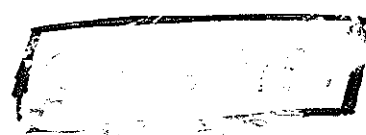


Dolores Calderon

3052



Apelación RP 191/08

Juzgado Penal nº 9 de Madrid

Juicio Rápido nº 430/07

DUD 220/07 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Alcobendas

SENTENCIA Nº 1025/08

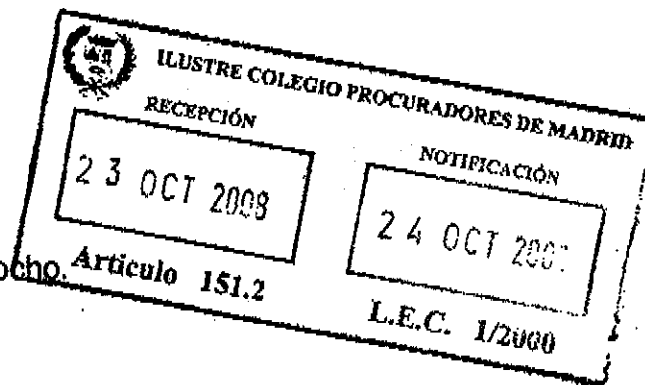
AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS. SRES. DE LA SECCION VIGÉSIMO SÉPTIMA

Dña. MARIA TARDON OLMOS (Ponente)

Don. CARLOS OLLERO BUTLER

Dña. CONSUELO ROMERA VAQUERO



En Madrid, a treinta de septiembre de dos mil ocho.

Vistos por esta Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en Audiencia pública y en grado de apelación, el Juicio Rápido nº 430/07 procedente del Juzgado de lo Penal nº 9 de Madrid y seguido por un delito de maltrato familiar siendo partes en esta alzada como apelante el MINISTERIO FISCAL, habiéndose adherido a dicho recurso ALBA AUXILIADORA, siendo Ponente la Magistrada Sra. Tardón Olmos.



Madrid

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el 18 de septiembre de 2007, que contiene los siguientes Hechos Probados: "UNICO.- probado ya sí se declara que el acusado, [redacted], nacido en Paraguay el 31 de diciembre de 1982, con pasaporte [redacted], en situación de ilegalidad en territorio español y con antecedentes penales no computable a los efectos de reincidencia, el día 15 de agosto de 2007 sobre las 3,30 horas, cuando se encontraba en el pub "El Pulpo" sito en la localidad de Sana Sebastián de los Reyes, se dirigió a su compañera sentimental, [redacted] y la sacó a la fuerza del pub, y una vez en la calle, con el propósito de menoscabar la integridad física de Dña. Alba Auxiliadora, la cogió de los brazos y la tiró sobre unos arbustos, luego le cogió fuertemente de la cara y la dijo "que te pasa". El acusado, perdió el equilibrio y cayó al suelo, momento en el que la Dña Alba Auxiliadora aprovechó para marcharse al domicilio de la pareja, sito en la c/ Padilla 16, 3º de Alcobendas.

El acusado llegó al domicilio minutos después y empezó a lanzar efectos del ajuar doméstico por la ventana mientras le decía "puta, tienes un amante". Dña Alba Auxiliadora, trató de impedir que él continuara lanzando efectos por la ventana, y el acusado, persistiendo en su propósito de menoscabar la integridad física de Dña Alba Auxiliadora, le dio un fuerte empujón en presencia del hijo de la pareja de 4 años de edad.

Como consecuencia de estos hechos Dña Alba Auxiliadora sufrió contractura paravertebral para cuya curación bastó primera asistencia facultativa, tardando 7 días en curar durante los cuales la perjudicada estuvo impedida para sus ocupaciones habituales.

Dña Alba Auxiliadora reclama por las lesiones causadas pero renuncia a cualquier indemnización que pudiera corresponderle por los efectos arrojados desde la ventana.



Madrid

El acusado cuando cometió los hechos se hallaba ebrio."

En la parte dispositiva de la sentencia se establece: "Que debo condenar y condeno al acusado/a, D/O. ~~PELAI ORTEGA ALBA~~, como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153, 1º y 3º del C. Penal, concurriendo la atenuante de embriaguez, a la pena de 9 meses y un día de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y seis meses y prohibición de aproximación a alba Auxiliadora , a su domicilio o centro de trabajo o de comunicarse con ella por cualquier medio durante dos años y seis meses.

El acusado pagará las costas e indemnizará a Alba Auxiliadora en 430 euros por las lesiones que le causó con interés legal del art. 576 de la LEC.

Para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta al acusado, se declara de abono el tiempo de privación de libertad sufrido a resultas de los hechos ahora enjuiciados.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta como pena principal al acusado, se declara de abono el tiempo de privación de libertad sufrido en la presente causa y a resultas de los hechos ahora enjuiciados.

Una vez firme la presente resolución, déjense sin efecto las medidas cautelares adoptadas contra los acusados en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Ministerio Fiscal,, que fue admitido en ambos efectos y del que se confirió traslado por diez días a las demás partes para que pudieran adherirse o impugnarlo.



TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, y se señaló día para la deliberación y resolución del recurso el día 25 de septiembre de 2008.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN los de la sentencia apelada, que se dan aquí por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna el Ministerio Fiscal, con la adhesión de la acusación particular, la sentencia dictada en el presente procedimiento, alegando que incurre en infracción de ley por inaplicación del artículo 89 del Código Penal, al haber declarado acreditado que el acusado, natural de Paraguay, se encuentra en situación de ilegalidad en territorio español, no obstante lo cual, no acuerda la sustitución de la pena de 9 meses de prisión que, entre otras, le impone, por la expulsión del territorio nacional, tal como exige el referido precepto penal.

El artículo 89.1 del Código Penal dispone que «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 de España».



Las diferencias básicas respecto de la regulación anterior son dos. En primer lugar, la configuración de la expulsión como la regla general, aun cuando cabe no acordarla como excepción, ya que en el sistema anteriormente vigente la decisión era facultativa para el Tribunal. En segundo lugar, en la regulación actual no se menciona expresamente la necesidad de oír al penado con carácter previo a acordar la sustitución, lo que podría indicar la posibilidad de prescindir de la audiencia antes prevista expresamente.

Los fines de la expulsión se explican por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 (RJ 2003\2332), refiriéndose a una mayor eficacia en la medida de expulsión que se alcanzaría de todas formas en vía administrativa, y en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Conforme se establece en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 710/2005, de 5 de junio (RJ 2005\4426), siguiendo una línea jurisprudencial ya bien consolidada, expresada, entre otras, en sentencia de fecha 8 de julio de 2004 (RJ 2004\4291) (que ha sido seguida, en el mismo sentido, por otras como las de 28 de octubre [RJ 2004\7050] y 21 de diciembre de 2004 [RJ 2004\8219] y 4 la recientísima de octubre de 2005), no puede entenderse, sin embargo, que la sustitución de la pena por la expulsión en estos casos tenga un carácter automático, solo alterado por la posibilidad de una excepción para determinados casos.

De un lado porque no pueden dejar de considerarse otros aspectos de las penas que resultan trascendentes. Así, en la STS núm. 1249/2004, de 28 de octubre (RJ 2004\7050), se hacía referencia, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo, a la sensación de impunidad que puede provocar la sustitución, pues el delito no va seguido de la pena; al déficit que provoca en la función de prevención general, e incluso a la desaparición de los posibles efectos resocializadores de la pena. Podría añadirse la desorientación y la sensación de impunidad discriminatoria que tal medida puede producir en los



Madrid

casos de varios penados por los mismos hechos siendo unos extranjeros residentes ilegales y otros no. Todos ellos son aspectos que deben ser considerados en todo caso, y no solo cuando no se acuerde la sustitución, pues es la valoración de los mismos lo que determinará, al menos en parte, el sentido de la resolución judicial.

De otro lado, porque en la propia regulación de la expulsión en la redacción actual del precepto se incluyen elementos que requieren una acreditación y valoración previa. Así, en primer lugar, el hecho de que el acusado sea una persona que no reside legalmente en España, lo cual puede ser discutido, o puede estar en discusión en la vía correspondiente. Y en segundo lugar, la referencia que se hace a la naturaleza del delito como elemento que el Tribunal ha de tener en cuenta al adoptar su decisión sobre la sustitución. En este segundo aspecto, no puede interpretarse la mención a la naturaleza del delito como una referencia a la clase de infracción, pues si así fuera el legislador habría establecido una relación de los delitos en los que tal aspecto sería decisivo sin acudir a una cláusula como la vigente. Tampoco la interpretación del precepto permite entender que se ha pretendido excluir solamente los delitos mencionados en el apartado cuarto, pues en ese caso la previsión del apartado primero sería innecesaria.

En consecuencia, no basta que el Juez o Tribunal atienda a la clase de delito cometido, sino que es preciso que examine algún elemento más que le permita valorar la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de proceder al cumplimiento de la pena en España. Y éstos elementos no pueden ser otros que las circunstancias del hecho y del culpable, las cuales, por otra parte, deben ser tenidas en cuenta por imposición expresa de la Ley al individualizar la pena, en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna razón de peso para que tales aspectos no sean valorados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito. En este sentido, en la STS núm. 901/2004, de 8 de junio (RJ



Madrid

2004\4291), se decía que «al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, 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 arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979\2421), como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión"».

Por lo tanto, al no ser automática la sustitución de la pena por la expulsión, en cuanto exige algunos requisitos sobre los que puede y debe practicarse prueba, y en cuanto cabe una excepción basada en las características del hecho criminal, incluyendo en ellas las circunstancias del culpable, es preciso oír al acusado sobre la cuestión; que haya existido la posibilidad de que el acusado proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular, y que en la sentencia se efectúe una motivación suficiente en función de las características del caso que justifique la resolución finalmente adoptada.

Conclusiones que son las adecuadas a la configuración legal de la expulsión como una medida de seguridad para cuya imposición no es posible prescindir de una motivación suficiente.

SEGUNDO.- El recurrente, consciente de que nada se ha actuado a este respecto, por cuanto del examen de la causa se desprende que ni si quiera se habla verificado actuación alguna en relación con su estancia en España, y que es, precisamente cuando, recabado por el Juzgado de



Instrucción informe acerca de la situación administrativa en que se encuentra el acusado, cuando se procede a incoarle un expediente de expulsión, de cuyo curso y resultado se desconocen otras circunstancias, y de que ni se le formuló, siquiera, pregunta alguna ni sobre ello, ni sobre si tiene trabajo, familia o cualquier otra vinculación social, personal o familiar en nuestro país, o el tiempo que lleva residiendo en España, viene a invocar que, dado que no compareció a la celebración del juicio oral, renunció voluntariamente a ser oído sobre la totalidad de los extremos sometidos a debate en el juicio, incluido todo lo relativo a su situación en territorio español.

Sin embargo, y del mismo modo que la ausencia del acusado no exime a las acusaciones de acreditar los hechos que configuran el delito imputado, tampoco les exonera de la prueba de todos aquéllos extremos que deben, a tenor de la jurisprudencia enunciada en el fundamento precedente, resultar igualmente acreditados para determinar las consecuencias penológicas por ellas pretendidas. Y, como ya hemos señalado, la inacción de las acusaciones respecto de la prueba de las circunstancias personales del acusado no puede sino llevar aparejada la desestimación de la procedencia de la sustitución pretendida.

Elo, además, no excluye que las autoridades administrativas competentes puedan instar, en el procedimiento iniciado para la expulsión del acusado, con arreglo a las formalidades previstas en la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la oportuna autorización para proceder a hacer efectiva la expulsión del territorio nacional.

El recurso debe, pues, desestimarse.

TERCERO.- Las costas de esta alzada deben declararse de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.





VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS :

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Madrid, con fecha dieciocho de septiembre de dos mil siete, en el Juicio Rápido nº 430/07, debemos confirmar y **CONFIRMAMOS** íntegramente la expresada resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.

La presente sentencia es firme.

Devuélvase las diligencias originales al Juzgado de procedencia, con certificación de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento, solicitando acuse de recibo y previa su notificación a las partes, con arreglo a las prevenciones contenidas en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

