



Roj: **STS 3811/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3811**

Id Cendoj: **28079120012020100638**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2020**

Nº de Recurso: **579/2019**

Nº de Resolución: **622/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 622/2020

Fecha de sentencia: 19/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 579/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/11/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 15 DE MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 579/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 622/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.



Esta sala ha visto con el número 579/2019, el recurso de casación interpuesto por infracción de Ley por **D. Romeo**, representado por la procuradora D.ª Virginia Camacho Villar y bajo la dirección letrada de D. Daniel Montes Sequera, contra la sentencia n.º 730/2018, del 12 de noviembre, dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo n.º 1874/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado 42/2016 del Juzgado de Instrucción número 49 de Madrid, que le condenó por delito de pertenencia a organización criminal, delito leve de lesiones y delito de daños. Es parte el Ministerio Fiscal. y como parte recurrida, D. Sebastián y D. Severino, representados por el Procurador Don Mariano Cristobal López y bajo la dirección letrada de Doña Virginia María Alonso Álvarez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 49 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 42/2016, por delito de pertenencia a banda armada u organización terrorista, contra los acusados: D. Sebastián, D. Severino, D. Jose Daniel, D. Carlos Alberto y D. Romeo, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Decimoquinta dictó, en el Rollo de Procedimiento Abreviado n.º 1874/2017, sentencia el 12 de noviembre de 2018, con los siguientes hechos probados:

<<Los acusados Sebastián, cubano con NIE n.º NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM001 de 1992, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Severino, con DNI n.º NUM002, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM003 de 1994, con antecedentes penales cancelables y no computables a efectos de reincidencia, Jose Daniel, ecuatoriano, con NIE n.º NUM004 mayor de edad en cuanto nacido el día NUM005 de 1993, sin que le consten antecedentes penales, Romeo, ecuatoriano con NIE n.º NUM006, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM007 de 1991, sin que le consten antecedente penales, en situación irregular en territorio español y Carlos Alberto, con pasaporte no NUM008, con DNI NUM009, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM010 de 1995, sin que le consten antecedentes penales realizaron los siguientes hechos:

La asociación DIRECCION001 es una banda originaria de Puerto Rico que junto con los " DIRECCION000 " son las mayoritarias en Latinoamérica. Su nombre originario es Asociación Pro derechos del confinado " DIRECCION001 ".

Se consideran una Asociación que fue fundada en 1979 en el comedor del cuadrante D4 de la Penitenciaría Estatal del Oso Blanco en Río Piedras (Puerto Rico) por Samuel (preso de Bayamón y campesino), conocido como DIRECCION002 " que fue asesinado a la edad de 35 años, creando la Carta de Derechos al Confinado, que es su declaración de objetivos y de los derechos que aspiran alcanzar como asociación y que en principio se basaban en la defensa de los presos y contra los abusos cometidos en las penitenciarias.

La denominación " DIRECCION001 " fue elegida por su fundador, proviniendo de un libro titulado La cultura Puertorriqueña y según se explica en el libro, DIRECCION001 es una palabra que brota de las entrañas de la montaña donde nacieron los indios.

La asociación Pro derecho del Confinado, DIRECCION001, cuya filosofía original está basada en las relaciones de organización, convivencia y respeto establecidas entre internos de centros penitenciarios para su defensa y evitar abusos en los mismos, posteriormente es exportada a la calle, para la defensa, promoción y supremacía de la raza latina, empleando para ello la violencia contra todos aquellos que se consideren sus enemigos y pugnando con otras bandas rivales para no perder "influencia territorial ni prestigio social". El carácter agresivo y xenófobo se extiende contra todos los ciudadanos de la misma procedencia, pero no integrados en esta agrupación, llegando en muchos casos a convertirse los agresores en meros ejecutores de la voluntad de sus jefes.

Sus miembros subordinados deben pagar "la cuota" siendo sancionados con "castigos" cuando no pueden satisfacerlas sin causa muy justificada. Para hacer frente a las cuotas recurren a las acciones delictivas, especialmente aquellas que son contra la propiedad, para autofinanciarse.

El ingreso es voluntario tras su periodo de captación, pero el abandono de sus filas es prácticamente imposible hasta que las detenciones policiales y el paso del tiempo hacen a los más mayores perder influencia en el grupo y se produce un relevo generacional en la cúpula. Estos en la edad adulta de forma mayoritaria, engrosan las filas de la delincuencia común.

Sus rasgos característicos son la vestimenta con ropa ancha, el empleo de colores blanco, azul y rojo (coincidentes con la bandera de Puerto Rico), uso de pendientes, collares y rosarios (son creyentes en Dios) y un saludo consistente en entrelazar los dedos corazón e índice, totalmente estirados en la mano derecha



(conocido como 150 confinado). Es habitual que se tatúen diversas partes del cuerpo, pecho, brazos, piernas, con los diseños en los que se incluyen pistolas y machetes cruzados, banderas de Puerto Rico y letras tipos gótico. Suelen portar armas blancas y no dudan en utilizarlas.

En la Comunidad de Madrid, esta banda la conforman en torno a varios capítulos localizados en los barrios de DIRECCION003 , DIRECCION004 y DIRECCION005 , así como en las localidades del cinturón de Madrid de DIRECCION006 , DIRECCION007 y DIRECCION008 . Sus miembros también se han detectado en menor número en otras zonas de la capital y localidades limítrofes, principalmente lugares de ocio y transporte público.

En la actualidad forman parte de la banda aproximadamente 125 jóvenes de diversas nacionalidades latinoamericanas y algunos españoles, aunque el grueso está formado por adolescentes de origen ecuatoriano.

Por lo que se refiere a la estructura y organigrama, en la Asociación, es importante el grado de estructura y jerarquía, con un líder que marca las pautas y comportamientos a seguir por el resto de los miembros, estableciendo sus propios símbolos y títulos de adhesión a la organización. Su grado de organización es más difusa que la de los DIRECCION000 que están mucho más jerarquizados.

Los miembros de dicha Asociación pasan por las siguientes fases: observación probatoria, norma y DIRECCION001 juramentado.

Los integrantes de la banda DIRECCION001 se rigen por el documento titulado "Liderato Máximo" con los anexos "Las normas de la Asociación y las sanciones a aplicarse" "Mensaje creando conciencia sobre las normas" "Carta de derechos de los confinados" y oras (54 páginas) que contienen las normas de actuación, así como comentarios sobre las penas que conlleva en caso de incumplimiento y otras normas, comentarios y mensajes.

Los miembros de la Banda DIRECCION001 se encuentran involucrados en delitos de homicidio lesiones, robos con violencia e intimidación, amenazas, coacciones, riñas tumultuarias, desórdenes Públicos, tenencia ilícita de armas, fundamentalmente.

La banda " DIRECCION001 " ha sido considerada asociación ilícita/ organización criminal y sus miembros condenados por su pertenencia a la misma, por la comisión de diferentes delitos graves contra la vida e integridad física en las siguientes sentencias:

1) Sentencia núm. 453/2006 de la Sección 3 a de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 28-11-06, dictada en el rollo de Sala 2/20065, juicio del Tribunal de Jurado 1/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 39 de Madrid, en la que se condenó por asociación ilícita y asesinato a miembros de la banda " DIRECCION001 ", sentencia confirmada en apelación por sentencia del T.S.J. de Madrid núm. 16/ 2007 de fecha 26-09-07 y por el T.S en la S.T.S. núm 41/ 09 de fecha 20-01-2009.

2) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Y, núm 381/2007 de fecha 25-07-2007, por delito de asociación ilícita y lesiones.

3) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2, núm. 560/2011, de 2312-11, por delito de asociación ilícita y lesiones.

4) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30ª , núm. 39/2013 de fecha 25-01-2013, por delito de asociación ilícita y homicidio en grado de tentativa.

5) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 3ª, núm. 272 de fecha 27-abril-2015, por delitos de asociación ilícita, homicidio en grado de tentativa, lesiones y tenencia ilícita de armas prohibidas, resolución confirmada por el Tribunal Supremo Sala 2ª, Sentencia 23-10-2015. Nº 616/2015.

6) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, 04-noviembre-2015. Por delitos de homicidio consumado y asociación ilícita.

7) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, 05-febrero-2015, por delitos de pertenencia a grupo criminal y dos asesinatos en grado de tentativa, resolución confirmada por Auto del T.S. de 14 -enero-2016.

En cuanto a la participación de los acusados en la banda DIRECCION001 , el acusado Sebastián es miembro activo de los DIRECCION001 , habiendo sido identificado ya desde el año 2010 con otro miembro de la organización en la c/ DIRECCION009 de Madrid, sobre las 18:30 horas del día 27 de Enero de 2011 en el PARQUE000 de Madrid el 23 de noviembre de 2012 en el mismo parque, así como el 1 1 de Marzo de 2013, constándole las siguientes detenciones:



- . 14 de junio de 2008 por robo con violencia cuando todavía era menor de edad.
- . 27 de abril de 201 por tentativa de robo con violencia con arma blanca.
- . 20 de febrero de 2011 por reyerta con robo violento.
- . 29 de abril de 2011, por apuñalamiento de DIRECCION001 a un joven dominicano, aquí los testigos dicen que ha sido " Claudio ", apodo con el que se conoce en la banda.
- . 8 de mayo de 2011 por la participación en riña tumultuaria.
- . 1 de noviembre de 2011 por lesiones con arma blanca.
- . 9 de noviembre de 2012 por agresión de DIRECCION001 , de nuevo los testigos le identifican como el " Claudio " y el propio investigado en su declaración policial reconoce que le conocen como " Claudio ".
- . 21 de noviembre de 2012 lo detienen por participar en una reyerta y de nuevo lo identifican los testigos como " Claudio ".
- . 23 de febrero de 2013, por agresión de un grupo de DIRECCION001 entre los se encuentra el investigado, en donde le amputan parcialmente un pie con un machete a un joven.
- . 31 de mayo de 2013 por robo con fuerza en interior de vehículo.
- . 26 de mayo de 2014 por amenaza del conocido como " Claudio ".
- . 6 de septiembre de 2014 por agresión en discoteca.
- . 25 de octubre de 2014 por amenazas.
- . 11 de abril de 2015 por lesiones.
- . 16 de septiembre de 2015 por robo.
- . El día 2 de noviembre de 2013 el investigado denunció que un trinitario al que conoce como " Bigotes ", le había agredido.

Al acusado Severino le constan las siguientes detenciones por hechos relacionados con la banda " DIRECCION001 ":

- . 29 de Abril de 011, cuando todavía era menor de edad por apuñalamiento de " DIRECCION001 " a un joven.
- . 17 de noviembre de 2012 por agresión a un grupo de " DIRECCION001 " en el metro a dos jóvenes, con semiamputación de nariz a uno de ellos.
- . 5 de Junio de 2 13 por reyerta en la participan los " DIRECCION001 ".
- . 30 de noviembre de 2013 por amenazas a un grupo de 30 personas de la banda " DIRECCION001 "
- . Asimismo ha sido varias veces identificado por la policía con " DIRECCION001 ", entre ellas el 15 de Mayo de 2011 por disputa en un convoy con DIRECCION001 "

Al acusado Romeo le constan las siguientes detenciones por hechos relacionados con la banda " DIRECCION001 ":

- . 7 de marzo de 2015 por intento de agresión y amenazas con bates de béisbol, machetes y pistola laser, los testigos le identifican como " Bucanero ", va con otros de los acusados Carlos Alberto .
- . 17 de Junio de 2011 por agresión a un trinitario por parte de jóvenes pertenecientes a los " DIRECCION001 " entre los que se encuentra el acusado.

Asimismo resultó herido en dos ocasiones el 15 de febrero de 2014 en una pelea a la salida de una discoteca y el 15 de Abril de 2014 en donde aparece como víctima de agresión por arma y machete por supuestos miembros de la banda DIRECCION000 .

Ha sido identificado en las operaciones DIRECCION010 desde agosto de 2008 en el PARQUE001 , el 2 de septiembre de 2008 en la CALLE000 en donde había un grupo de encapuchados con palos, el 27 de septiembre de 2008 de nuevo en el PARQUE001 y el 8 de febrero de 2009 en la CALLE001 de Madrid.

El acusado Carlos Alberto , ha sido identificado dentro de las operaciones DIRECCION010 desde el día 4 de octubre de 2011 en el PARQUE000 , el día 21 de Octubre de 2 11 le pararon por llevar un arma blanca dentro de un rollo de papel de periódico, el 2 de noviembre de 2012 lo identifican en el Parque de la PARQUE000 , el 24 de Julio de 2014 por pelea entre miembros de bandas latinas en el Parque en la CALLE002 .

Le constan las siguientes detenciones en relación con hechos pertenecientes a los " DIRECCION001 ":

-19 de noviembre de 2010, cuando todavía era menor de edad por riña tumultuaria cerca del estadio DIRECCION011 en la PARQUE000 , en donde dos grupos se tiran piedras, en uno está el acusado.

-26 de mayo de 2013 en DIRECCION012 por pelea cuando todavía era menor de edad, lleva un arma.

-21 de Octubre de 2013 por azuzar con un perro peligroso a una persona que le dijo que no se podía llevar al perro suelto. Le causó lesiones.

-15 de Diciembre de 2014 por robo con violencia

-17 de noviembre de 2014 por llevar un machete y portar un móvil sustraído.

- 29 de Octubre de 2015 por reyerta en un piso con machetes y armas, en su casa hay armas y un pit bull.

-12 de Julio de 2015 por robo violento.

-30 de Septiembre de 2014 por agresión a un trinitario que le idéntica como Gotico ". Ese día va con Sebastián que es identificado como el " Claudio " .

-7 de marzo de 2015 por intento de agresión a los miembros de una misma familia, le reconocen como " Gotico " va con Romeo a quien le identifican las víctimas como el "Trompa".

Al acusado Severino , le constan las siguientes detenciones por hechos relacionados con su pertenencia a la banda de los " DIRECCION001 ":

-29 de Abril de 2011, cuando todavía es menor de edad, por agresión con arma blanca a un joven que le identifica como DIRECCION001 .

-17 de Noviembre de 2012, por agresión a un grupo de chicos en el metro, en él se identifican como NETA y lleva un bolo machete.

-5 de Junio de 2013 por riña tumultuaria entre dos grupos de DIRECCION001 entre los que está el acusado. Llevan palos bates, se tiran botellas.

-30 de Noviembre de 2013, por amenazas de un grupo de DIRECCION001 a un grupo de jóvenes a los que le decía NETAS, que esto se respeta, os vamos a matar, llevaban armas.

Ha sido identificado en ocasiones con otros miembros de la banda como el día 15 de Mayo de 2015 al ir en un convoy en el que se mantuvo una disputa. Le identifican como DIRECCION001 .

Al acusado Jose Daniel le han detenido por hechos relacionados con los DIRECCION001 el día 23 de Febrero de 2013 por agresión con arma a una persona, en el que un grupo vociferaba DIRECCION003 se respeta como DIRECCION001 en el Barrial. Ese día va con Sebastián al que identifican como el " DIRECCION013 " .

Los acusados Sebastián , Romeo . Carlos Alberto , Severino Y Jose Daniel , puestos de común acuerdo fueron armados con cuchillos sobre las 16:30 horas del día 19 de noviembre de 2015 al Salón de Juegos sito en la AVENIDA000 en DIRECCION003 , propiedad de Bienvenido , en donde con intención de causar un quebranto físico, golpearon a Candido , conocido como Bigotes , que fue miembro de la banda de los "Trinitarios", quien logró repeler parcialmente la agresión al subirse encima de una mesa con una silla con la que se defendió Los acusados gritaban mátenlo, mátenlo.

Así mismo causaron daños en el local que han sido tasados pericialmente en la cuantía de 820 euros.

Consecuencia de lo expuesto Candido sufrió contusión en región frontal derecha, necesitando para curar primera asistencia facultativa, tardando en hacerlo 7 días no improductivos.

El acusado Romeo no ha aportado documentación alguna que le permita permanecer en España. Tampoco consta la existencia de razón alguna que justifique su permanencia en España.

Todos los acusados salvo Carlos Alberto , estuvieron en prisión por estos hechos, desde el día 21 de Noviembre de 2015 al 18 de Febrero de 2016 (los acusados Severino , Hilario Y Sebastián) y al 23 de Febrero de 2016 (los Romeo Y Jose Daniel).>>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados Sebastián , Severino , Jose Daniel , Romeo y Jose Daniel como responsables en concepto de autores de los siguientes delitos:



A) Delito de organización criminal del artículo 570 bis, apartado primero, en su modalidad de comisión de delitos menos graves, inciso 2º formar parte de ella como miembro activo, apartado 3º, delitos contra la integridad de las personas.

B) Delito leve de lesiones del artículo 147.3 del CP

C) Delito de daños del artículo 263.1 del CP

Con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad en el delito de lesiones, a las penas de:

A) Para el delito de organización criminal, la pena de dos años y un día de prisión, inhabilitación especial para actividades económicas y jurídicas relacionadas con la organización por 8 años

B) Por el delito leve de lesiones la pena de 20 meses de multa a razón de 4 euros diarios con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP.

C) Por el delito de daños la pena de veinte meses de multa a razón de 12 euros al día con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del CP en caso de impago;

Y al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de prisión abónese a los penados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Por último, se dispone la sustitución de la pena de prisión impuesta a Romeo por la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante 6 años.>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el acusado D. Romeo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Las representaciones procesales del recurrente, basa sus recursos de casación en un único motivo:

Único.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal. En lo referente al delito de lesiones indebida aplicación del art. 89.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, solicita la inadmisión de todos los motivos, y subsidiariamente la desestimación; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de noviembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, D. Romeo, ha sido condenado en sentencia núm. 730/2018, de 12 de noviembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado núm. 1874/2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 42/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 49 de Madrid, como autor de un delito de organización criminal a la pena de dos años y un día de prisión, de un delito leve de lesiones a la pena de veinte meses de multa a razón de 4 euros diarios con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal y de un delito de daños a la pena de veinte meses de multa a razón de 12 euros al día con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, con imposición de las costas procesales proporcionalmente devengadas. Igualmente se ha acordado la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante seis años.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 89 del Código Penal.

En contra de lo que se afirma en la sentencia recurrida, estima que sí está acreditado que tiene un profundo arraigo en España, habiendo justificado que tiene familia en España donde lleva residiendo más de 10 años. Al efecto señala que en la pieza de situación personal consta numerosa documentación que atestigua su arraigo en España.



Indica que su expulsión del territorio español no fue objeto del acuerdo alcanzado entre el Ministerio Fiscal y su Defensa. Ello se puede observar en la grabación de la vista en la que el Ministerio Fiscal en ningún momento solicitó la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

Añade que la sustitución acordada es contraria a lo dispuesto en el artículo 89.4 del Código Penal, ya que la pena impuesta es de dos años y un día de prisión, reconoció su culpabilidad así como haber abandonado su actividad delictiva y además, a preguntas del fiscal, prestó su consentimiento a someterse a cursos para su reinserción social, como así hizo en diciembre de 2018. Insiste en su profundo arraigo en España. Por todo ello entiende que existen suficientes razones objetivas que deben llevar a la anulación del pronunciamiento consistente en su expulsión del territorio nacional y su prohibición de entrada en España durante seis años.

Dos son pues las cuestiones suscitadas por el recurrente. La primera se refiere a si la conformidad alcanzada entre el Ministerio Fiscal y el acusado, asistido de su Letrado, sobre los hechos, su calificación jurídica y penas correspondientes, comprende también la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del acusado del territorio español. La segunda cuestión versa sobre la procedencia de la sustitución y su adecuación a lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal.

1. En relación a la primera cuestión, el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en su apartado primero que "antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes." El apartado segundo señala que "si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias."

El tenor literal de los dos citados preceptos es claro: la conformidad que puede alcanzarse entre el Ministerio Fiscal y el acusado asistido de su Letrado alcanza únicamente a la descripción de los hechos, su calificación jurídica y la pena correspondiente a dicha calificación. Nada expresan sobre la posibilidad de alcanzar otros acuerdos.

La sustitución de la pena por expulsión no es una pena y por tanto no forma parte del acuerdo de conformidad. No se encuentra incluida en la relación de penas recogida en el artículo 33 del Código Penal. La posibilidad de sustitución de la pena por expulsión del territorio español está contemplada en el artículo 89 comprendido como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad dentro del Capítulo III del Título III del Código Penal. No es propiamente una pena impuesta sino una conmutación en su forma de ejecución.

Tampoco el artículo 89 del Código Penal, que regula la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero del territorio español, contempla posibilidad alguna de acuerdo sobre esta materia. Cuestión distinta es que, bien en el acto del juicio, bien en la audiencia del penado prevista en el apartado 3 del citado precepto sobre este concreto particular, éste muestre su conformidad con la sustitución. Audiencia que bien puede celebrarse en el mismo acto del Juicio Oral tras el acuerdo de conformidad. Ello no obstante, el apartado 3 del artículo 89 admite la posibilidad de ejecutar este trámite tras la firmeza de la sentencia, en ejecución de la misma si no fuera posible resolver sobre la sustitución en la propia sentencia.

Pero esta audiencia no es un trámite meramente formal. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 242/1994, de 20 de julio, "es preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del artículo 24 de la Constitución Española (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto).

Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 de la Constitución Española para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del artículo 19 de la Constitución Española, en conexión con el artículo 13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP))."

En el mismo sentido nos pronunciábamos en la sentencia núm. 6/2018, de 10 de enero, en la que con remisión a reiteradas resoluciones de esta Sala (SSTS de 8 de Julio de 2004, 24 de Octubre de 2005, 24 de Julio de 2006, 25 de enero y 18 de Julio de 2007; 531/2010, de 04/06, entre otras) recordábamos que "no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a



los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva, prevista en el artículo 89.1 del Código Penal, sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso."

2. El apartado 1 del artículo 89 del Código Penal en su redacción actual, conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dispone que "Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español."

El precepto impone por tanto al Juez, con carácter general, la obligación de sustituir la pena de prisión impuesta superior al año e inferior a cinco años por la expulsión del territorio español.

Sin embargo, a continuación, en los apartados siguientes recoge una serie de supuestos que suponen una excepción a la regla general.

Así, en el mismo apartado prevé de forma excepcional la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, 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 apartado 2 exige la ejecución de todo o parte de la pena para penas superiores a cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, en la medida que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, disponiendo la sustitución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

El apartado 4 excluye la sustitución de la pena por expulsión cuando esta aparezca desproporcionada. Se prevé también la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y de extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores, únicamente cuando concurren determinadas circunstancias.

Igualmente, el precepto comentado exige que la resolución se adopte, bien en sentencia tras la celebración del juicio, bien en un trámite posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes del proceso. Así, el apartado 3 dispone que "el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena."

Tal previsión es acorde con los requisitos que esta Sala ha venido estableciendo, atendiendo a su vez a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, matizando el pretendido automatismo del legislador, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los derechos fundamentales del condenado. Ello exige que, para resolver sobre la sustitución, se cumplan los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación (STC 203/97, de 25 de noviembre y SSTS 588/2012, de 29 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 165/09, de 19 de febrero; 35/07, de 25 de enero; 832/06, de 24 de julio; 274/06, de 3 de marzo; 710/2005, de 7 de junio; 514/05, de 22 de abril; y 901/04, de 8 de julio).

Como ya hemos expresado en el apartado anterior, el derecho de audiencia o derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas. Íntimamente ligado al mismo, el principio de contradicción implica que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

La audiencia al penado y el respeto al principio de contradicción en la decisión sobre expulsión del territorio nacional, ya se considere ésta como consecuencia jurídica del delito o como forma de ejecución de la pena, forman parte del derecho de defensa del penado.

Señala el Tribunal Constitucional (STC 242/1994, de 20 de julio) que, para lograr la adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental. Sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita.

La proporcionalidad de la medida es exigida en el apartado 4 del artículo 89 del Código Penal. Como antes se expresaba, el mismo establece la necesidad de que el juez realice un juicio de proporcionalidad, disponiendo que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada.



Prevé también los criterios de valoración de la proporcionalidad de la medida, debiéndose estar a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular a su arraigo en España.

Ello coincide con los factores que venían siendo exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para resolver sobre la procedencia de la sustitución. Entre estos factores resulta esencial el arraigo del penado. Para que pueda ser sustituida la pena de prisión por la expulsión, el ciudadano extranjero debe de carecer de arraigo en España. Junto a él deben ser contemplados otros factores tales como las circunstancias personales, familiares y laborales del penado, la duración de la pena y tipo de delito por el que ha sido condenado, necesidad de cumplimiento para impedir generar situaciones de impunidad, la posibilidad de reinserción del penado mediante la suspensión con imposición de obligaciones o prestaciones comunitarias en el caso de delitos menos graves o penas de corta duración, y la situación político/social del país de origen del penado y posibles riesgos para su persona en caso de regreso al mismo.

Por último, en relación a la motivación de la resolución sobre expulsión, el Tribunal Constitucional destaca (STC 29/2017, de 27 de febrero) que "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurso en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Por otra parte, también el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso "al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (artículo 18 de la Constitución Española), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39 de la Constitución Española) en relación al mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño".

3. En el caso de autos, tras modificar el Ministerio Fiscal sus conclusiones provisionales, el acusado asistido de su defensa se conformó con los hechos que se le imputaban, su calificación jurídica y penas solicitadas.

Es cierto que la petición de sustitución por expulsión había sido interesada por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales que no fue modificado en este extremo. Ahora bien, de lo actuado no consta que la conformidad prestada por el acusado abarcara abarcaba su aquiescencia para ser expulsado del territorio español.

Tras la conformidad alcanzada, no aparece que se ofreciera a las partes la posibilidad de realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, a efectos de que el órgano judicial pudiera efectuar la ponderación de los valores en juego y cuál de ellos debía primar en el supuesto de conflicto entre los intereses generales estatales y los del sujeto extranjero que se hallaba sometido a un proceso penal y a la ejecución de una pena. En efecto, el acusado no fue oído en relación su expulsión. Después de mostrar su conformidad el acusado con la calificación jurídica y con la pena, el Ministerio Fiscal se limitó a preguntarle si reconocía que había formado parte de la organización " DIRECCION001 ", si estaba decidido a abandonarla, y si estaba dispuesto a someterse a algún curso psicopedagógico para no recaer en la actividad delictiva, a lo que el recurrente contestó afirmativamente. Se trataba básicamente de las mismas preguntas que fueron realizadas a los otros cinco acusados respecto de los cuales el Ministerio Fiscal no había solicitado su expulsión. También se le preguntó si tenía antecedentes penales, si tenía trabajo y con quien vivía, a lo que respondió que no tenía antecedentes penales, que trabajaba y que vivía con su madre. Sin embargo, no se le preguntó y por tanto no pudo expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal y tampoco su Defensa tuvo la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba. De esta forma no se respetaron los principios de audiencia y contradicción.

Tampoco se ha cumplido el deber de motivación. El Tribunal no ha reflejado en la sentencia el examen ponderado de los intereses en conflicto y los motivos por los cuales deberían primar unos sobre otros. Tampoco se expresa porqué en este caso es preferible que la expulsión del acusado extranjero prevalezca sobre la ejecución en España de la pena de prisión que le ha sido impuesta.

Ello no solo ha impedido al afectado conocer las razones que justifican su expulsión, sino que imposibilita la revisión casacional de los parámetros legales de su adopción.

En consecuencia, la omisión de los principios de audiencia, contradicción y motivación, deben producir la anulación del pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena de prisión impuesta al recurrente por su



expulsión del territorio nacional, debiendo el Tribunal pronunciarse nuevamente sobre este extremo de forma contradictoria y motivada.

Con ello se acoge parcialmente el recurso de casación de D. Romeo , con declaración de oficio de las costas de esta instancia (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar en parte el recurso de casación interpuesto, por la representación procesal de **D. Romeo** , contra la sentencia núm. 730/2018, de 12 de noviembre, dictada por la Sección Quince de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado n.º 1874/2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 42/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 49 de Madrid, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) Declarar de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por D. Romeo .

3º) Comunicar esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 579/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto la causa Procedimiento Abreviado número 1874/2017, seguida por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 42/2016 del Juzgado de Instrucción n.º 49 de Madrid, por delito de pertenencia a organización criminal, delito leve de lesiones y delito de daños, contra, entre otros, el acusado D. Romeo , con N.I.E n.º NUM006 , nacido el NUM007 de 1991, en Ecuador, en la que se dictó sentencia condenatoria por la mencionada Audiencia Provincial de Madrid el 12 de noviembre de 2018, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados en el segundo fundamento jurídico de los de la resolución que precede, procede anular el pronunciamiento contenido en la sentencia núm. 730/2018, de 12 de noviembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, relativo a la sustitución de la pena de prisión impuesta al recurrente por su expulsión del territorio nacional, debiendo el Tribunal pronunciarse nuevamente sobre este extremo de forma contradictoria y motivada.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ANULAR el pronunciamiento contenido en la sentencia núm. 730/2018, de 12 de noviembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, relativo a la sustitución de la pena de prisión impuesta D. Romeo por su expulsión del territorio nacional, debiendo el Tribunal pronunciarse nuevamente sobre este extremo de forma contradictoria y motivada.

CONFIRMAR, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 730/2018, de 12 de noviembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 1874/2017.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina