AL JUZGADO PENAL Nº3 DE _____

Ejecutoria 249/2016

Dª Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de , según tengo acreditado en el procedimiento de referencia, Ejecutoria nº 249/2016, bajo la dirección de la Letrada Doña REBECA DE BERAZA LAVÍN, nº de colegiala 3070 del ICA de Cantabria, ante este Juzgado comparece y, como mejor proceda en derecho,

DICE,

Que mediante el presente escrito y siguiendo expresas instrucciones de mi mandante SOLICITO QUE SE REVOQUE LA SUTITUCIÓN DE LA PENA POR EXPULSIÓN acordada en el curso del presente procedimiento (Sentencia firme de condena nº178/2016 de fecha 6 de junio de 2016), pues desde la firmeza de la sentencia se han producido **importantes modificaciones en las circunstancias personales del condenado** que afectan directamente al hijo menor de este y su esposa, y que, a continuación, pasamos a desgranar con fundamento en las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERA.- Que la sustitución de la pena de prisión por expulsión del penado se fijó mediante sentencia nº 178/2016 de fecha 16 de junio de 2016.

SEGUNDA.- Que a día de hoy, 5 de febrero de 2020, más de 3 años después del dictado de la sentencia, las circunstancias personales del penado han cambiado de manera sustanciosa, más concretamente, en relación a su hijo menor, **de nacionalidad española**, , nacido en Murcia el 5 de octubre de 2012. Se aportan como

documentos nº 1 y 2 certificado de nacimiento y DNI del referido menor, respectivamente.

Si en el año 2016 el hijo menor del penado contaba con apenas 3 años, actualmente este cuenta con 7 años, por lo que su Grado de Maduración es mucho mayor que cuando se fijó la sustitución de la pena por expulsión, habiendo el niño establecido en este periodo (4 años) fuertes lazos afectivos con el padre, así como con el entorno escolar, de amistades y familiares en España. Aportamos como **documento nº 3 y 4** sendas cartas del menor donde este mismo, de su puño letra, expresa el afecto que tiene por su padre, sus deseos de estar con él y que le acompañe a los partidos de fútbol del colegio.

TERCERA.- Que, así mismo, el estado de salud de la madre del menor (y esposa del penado), , ha empeorado significativamente durante estos cuatros años como consecuencia de las secuelas (atrofia muscular en la pierna, disminución fuerza y dolor crónico) derivadas de la intervención quirúrgica a la que se sometió por tumoración uterina en el año 2014.

Tanto es así que cuya situación es residencia regular en España, no puede trabajar actualmente, y se encuentra a día de hoy en plena tramitación de reconocimiento del grado de discapacidad. Se aporta a este respecto como **documento nº 5, 6, 7 y 8 copia del NIE de la madre del menor, Certificado Médico de las secuelas mencionadas, Informe Clínico, y Solicitud del Grado de Discapacidad,** respectivamente.

CUARTA.- Que, igualmente, durante estos cuatro años desde que fue firme la sustitución de la pena por expulsión, el penado siempre ha estado atento al bienestar de su hijo menor y su esposa y ha aportado dentro de sus posibilidades una mensualidad de los trabajos que desempeña a la cárcel a la economía de la unidad familiar, como acreditan las trasferencias bancarias que aportamos como **documento nº 9 y 10**.

Esto demuestra que su hijo menor y su esposa, forman familia siendo este un importante pilar de la misma. Se aporta como **documento nº 11** carta manuscrita de la esposa del

penado donde esta expresa el gran apoyo que ha supuesto y supone para ella y su hijo, tanto afectiva como económicamente, la figura de en la unidad familiar. Aportamos como **documento nº12** certificado de empadronamiento de la familia.

QUINTA.- Que dada la situación expuesta, si se ejecutara la expulsión fijada en **sentencia la familia al completo se vería obligada a abandonar España y reunirse con el penado en Colombia irremediablemente puesto que con el cambio de moneda no podrían mantenerse con los aportes que realizara desde Colombia el cabeza de familia, y la madre no puede trabajar, lo que perjudicaría el desarrollo social, afectivo y curricular del hijo ESPAÑOL menor, vulnerándose el artículo 21 TFUE (libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en el territorio de los Estados miembros) y de la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004 (cuya finalidad es facilitar el ejercicio de la libertad de circulación y residencia)**. Además, el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales **que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por su estatuto.** En el presente caso, el menor, es español y, por lo tanto, sus derechos como ciudadano de la Unión deberían ser garantizados.

De la misma forma **el art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (SP/LEG/2321),** introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia establece que:

> "*1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*".

Sin duda la ejecución de la orden de expulsión cuya revocación se reclama perjudicaría gravemente el interés del menor español hijo de mi patrocinado por los motivos ya expuestos, y que la unidad familiar refiere en las cartas aportadas.

SEXTA.- Que en la Sentencia por la cual se condenó a mi patrocinado no se acordó la expulsión del mismo, sino que dicha medida se acordó con posterioridad a instancia del penado, y dado que es él mismo el que ahora, una vez cumplido gran parte de la pena y estando próximo al tercer grado, solicita la revocación de la sustitución por expulsión, acordada por Auto de fecha 10 de julio de 2016, se interesa que por parte de la Ilma. Sala se acuerde el cumplimiento total de la pena impuesta en Sentencia.

Es por todo ello que,

SUPLICA AL JUZGADO DE PENAL Nº3 DE GIRONA, que tenga por presentado este escrito, junto con los documentos que lo acompañan, lo admita y en sus méritos, SOLICITO que proceda a ACORDAR LA REVOCACIÓN DE LA EXPULSIÓN acordada por Auto de fecha 16 de junio de 2016, atendidas las circunstancias procesales y personales del penado.

Es de Justicia que pido en Santander a 11 de enero de 2020.

OTROSÍ DICE, que así mismo se solicita se proceda a declarar la suspensión cautelar de ejecución de la orden de expulsión hasta que se resuelva de manera definitiva la petición de revocación contenida en el presente escrito.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICA AL JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 DE GIRONA, para que tenga por realizada la anterior alegación y se acuerde como se pide.

Por ser de Justicia que se pide en el lugar y fecha antedichos.

Jutjat Penal 3
Av. Ramon Folch 4-6
17001

Tel.: 972181723
Fax: 972- 18 17 30

NIG: 17079 - 43 - 2 - 2015 - 0815791
Procediment: executòria 249/2016
Secció C

Contra: ACUSAT/PENAT:
Procurador/a:
Advocat/ada:

RESOLUCIÓ NOTIFICADA: PROVISIÓ
DATA RESOLUCIÓ: 22 d'abril de 2020
DOCUMENTS ADDICIONALS QUE LI SÓN LLIURATS:

NOTIFICACIÓ AL/A LA PROCURADOR/A SR.A/:

Seguidament es notifica en legal forma la resolució més amunt esmentada al/la Procurador/a igualment identificat, dipositant aquest acte de comunicació i la resolució a l'Il.ltre Col.legi de Procuradors de Girona, de conformitat amb el que estableixen el Protocol de Recepció d'actes de comunicació signat el 21 de gener de 2008, i els articles 28.3 i 154.1 de la Llei d'enjudiciament civil, signant el procurador en prova de recepció, o mitjançant el segell vinculant del Col.legi de Procuradors si s'escau. Certifico.

JUZGADO DE LO PENAL / JUTJAT PENAL
Nº 3 DE

EJECUTORIA / EXECUTORIA 249/16

PROVIDENCIA

En Girona a 22 de abril de 2020

Juez que lo dicta:

Vista la solicitud de la defensa de la penada y no existiendo precepto legal que ampare dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, más allá de la imposibilidad de materializar la expulsión, estese a lo acordado en esta causa al respecto.

Contra esta resolución cabe recurso de reforma y/o apelación subsidiariamente o por separado en el plazo de 3 y 5 días respectivamente desde la notificación de esta resolución (art. 766 LECRIM), que se presentarán ante este Juzgado, sin que se suspenda el curso del procedimiento por la interposición del recurso.

El plazo para recurrir se iniciará en el momento en que se alce la suspensión de plazos decretada junto con el estado de alarma.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Así lo mando y firmo

AL JUZGADO PENAL Nº3 DE

Ejecutoria 249/2016

Dª , Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de , según tengo acreditado en el procedimiento de referencia, Ejecutoria nº 249/2016, bajo la dirección de la Letrada Doña REBECA DE BERAZA LAVÍN, nº de colegiala 3070 del ICA de Cantabria, ante este Juzgado comparece y, como mejor proceda en derecho,

DICE,

Que le ha sido notificada Providencia de fecha 22 de abril de los corrientes mediante la que se deniega la revocación de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión solicitada; y estimando la misma gravemente lesivo para los intereses de mi representado, con el debido respeto, mediante el presente escrito, formula RECURSO DE APELACIÓN interpuesto, así como, de acuerdo a lo establecido en los artículos. 216, 217, 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formula las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERA.- Fundamenta su Señoría la denegación de la solicitud de revocación de la sustitución de la pena por expulsión al considerar que -*"no existiendo precepto legal que lo ampare dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, más allá de la imposibilidad de materializar la expulsión, este a lo acordado en la causa al respecto"*-

SEGUNDA.- Cabe recordar que esta representación solicitó la revocación de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión en base **a la modificación sustancial de las circunstancias personales del preso**.

Así mismo, el Sr. no es la primera vez que realiza tal petición por el mismo motivo, en la anterior ocasión su Señoría se lo denegó con el mismo fundamento y finalmente, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto, pero no por considerar que no era posible acordar la revocación de la sustitución de la pena de privación de libertad por expulsión, sino porque consideró que no se había acreditado la existencia de una modificación trascendental de las circunstancias personales de mi patrocinado, literalmente discrepó del criterio del Juzgador de Instancia al considerar que **en materia de sustitución de la pena** -***"(...) la apreciación de las circunstancias personales del penado es una valoración dinámica sujeta a las variaciones del mismo pueda experimentar"***- atendiendo a lo establecido en los art. 89.1 y 89.4 del CP :

-*"4.* ***No procederá la sustitución*** *cuando, a la vista de* ***las circunstancias del hecho y las personales del autor,*** *en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada"*-

Se acompaña como **documento nº 1** Auto nº 628/18 emitido por la Sección Carta de la Sala de lo Penal AP de Girona obrante en las actuaciones.

TERCERA.- Sin embargo el Juzgador a quo no realiza ninguna valoración de la modificación de las circunstancias personales del Sr. alegadas y acreditadas por esta parte y que pasamos a reproducir a continuación.

CUARTA.- Las circunstancias personales del penado han cambiado de manera sustanciosa desde que hace más de tres (3) años se acordara la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, más concretamente, en relación a su hijo menor, **de nacionalidad española**, nacido en el 5 de octubre de 2012. (Constan aportados certificado de nacimiento y DNI del menor)

Si en el año 2016 el hijo menor del penado contaba con apenas 3 años, actualmente este cuenta con 7 años, por lo que su Grado de Maduración es mucho mayor que cuando se fijó la sustitución de la pena por expulsión, habiendo el niño establecido en este periodo (4 años) fuertes lazos afectivos con el padre, así como con el entorno escolar, de amistades y familiares en España. Se ha aportado sendas cartas del menor donde este mismo, de su puño letra, expresa el afecto que tiene por su padre, sus deseos de estar con él y que le acompañe a los partidos de fútbol del colegio.

QUINTA.- Que, así mismo, el estado de salud de la madre del menor (y esposa del penado), , ha empeorado significativamente durante estos cuatros años como consecuencia de las secuelas (atrofia muscular en la pierna, disminución fuerza y dolor crónico) derivadas de la intervención quirúrgica a la que se sometió por tumoración uterina en el año 2014.

Tanto es así que cuya situación es residencia regular en España, no puede trabajar actualmente, y se encuentra a día de hoy en plena tramitación de reconocimiento del grado de discapacidad. Constan aportados al procedimiento la tarjeta de residencia de la madre, certificado médico de las secuelas que padece, informe clínico y solicitud de grado de discapacidad de ésta.

SEXTA.- Que, igualmente, durante estos cuatro años desde que fue firme la sustitución de la pena por expulsión, el penado siempre ha estado atento al bienestar de su hijo menor y su esposa y ha aportado dentro de sus posibilidades una mensualidad de los trabajos que desempeña a la cárcel a la economía de la unidad familiar (constan aportadas las transferencia trasferencias bancarias en tal sentido)

Esto demuestra que Don su hijo menor y su esposa, forman familia siendo este un importante pilar de la misma. Consta aportada carta manuscrita de la esposa del penado donde esta expresa el gran apoyo que ha supuesto y supone para ella y su hijo, tanto afectiva como económicamente, la figura de en la unidad familiar.

SÉPTIMA.- Que dada la situación expuesta, si se ejecutara la expulsión fijada en **sentencia la familia al completo se vería obligada a abandonar España y reunirse con el penado en irremediablemente puesto que con el cambio de moneda no podrían mantenerse con los aportes que realizara desde Colombia el cabeza de familia, y la madre no puede trabajar, lo que perjudicaría el desarrollo social, afectivo y curricular del hijo ESPAÑOL menor, vulnerándose el artículo 21 TFUE (libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en el territorio de los Estados miembros) y de la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004 (cuya finalidad es facilitar el ejercicio de la libertad de circulación y residencia)**. Además, el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales **que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por su estatuto.** En el presente caso, el menor, YERAY BERRIO VALENCIA, es español y, por lo tanto, sus derechos como ciudadano de la Unión deberían ser garantizados.

De la misma forma **el art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (SP/LEG/2321),** introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia establece que:

> *"1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".*

Sin duda la ejecución de la orden de expulsión cuya revocación se reclama perjudicaría gravemente el interés del menor español hijo de mi patrocinado por los motivos ya expuestos, y que la unidad familiar refiere en las cartas aportadas.

OCTAVA.- Que en la Sentencia por la cual se condenó a mi patrocinado no se acordó la expulsión del mismo, sino que dicha medida se acordó con posterioridad a instancia del penado, y dado que es él mismo el que ahora, una vez cumplido gran parte de la pena y estando próximo al tercer grado, solicita la revocación de la sustitución por expulsión, acordada por Auto de fecha 10 de julio de 2016, se interesa que por parte de la Ilma. Sala se acuerde el cumplimiento total de la pena impuesta en Sentencia.

Es por todo ello que,

SUPLICA AL JUZGADO DE PENAL Nº3 DE GIRONA, que tenga por presentado este escrito, lo admita y tenga por formulado en tiempo y forma RECURSO DE APELACIÓN, contra el auto de fecha 22 de abril de 2020, por el que se acuerda denegar la revocación de la expulsión acordada mediante Auto de fecha 16 de junio de 2016, se remita la causa a la Audiencia Provincial para que revoque el mismo dejándolo sin efecto.

Por ser de Justicia que se pide en Santander, a 30 de abril de 2020.

OTROSÍ DICE, que se designan como particulares todos los folios de la causa, y expresamente:

I.- Auto de fecha 16 de junio de 2016 mediante el que se acuerda la expulsión de cuya revocación se solicita.

II.-Solicitud de revocación de expulsión ahora denegada y documentación anexa a la misma.

II.- Providencia de fecha 22 de abril de 2020 que deniega la revocación de la expulsión.

III.- El presente recurso de Apelación.

IV.-Auto 471/2018 de 13 de agosto de 2018 dictado por la Sección Cuarta Sala de lo Penal de Girona aportado junto el recurso de apelación.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICA AL JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 DE GIRONA, que se tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

Por ser de Justicia que se pide en el lugar y fecha antedichos.

DE BERAZA LAVIN REBECA -

Firmado digitalmente por DE BERAZA LAVIN REBECA
Fecha: 2020.04.30 17:17:25 +02'00'

AUDIÈNCIA PROVINCIAL
SECCIÓ QUARTA (PENAL)
GIRONA

APEL·LACIÓ PENAL
ROTLLE Núm. 278/2020
EXECUTÒRIA Núm. 249/2016
JUTJAT PENAL Núm. 3 de

INTERLOCUTÒRIA Núm. 243/2020

PRESIDENT:
Sr.
MAGISTRATS:
Sra. I

Girona, 28 de maig de 2020

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. Per provisió de 22 d'abril de 2020, el Jutjat Penal núm. 3 de Girona, en l'Executòria núm. 249/16, va decidir no revocar la substitució de part de la pena de presó per l'expulsió del territori espanyol del penat adoptada per interlocutòria de 16 de juny de 2016.

Contra aquesta resolució la representació del penat es va interposar recurs d'apel·lació. El Ministeri Fiscal va impugnar l'esmentat recurs.

SEGON. Admès a tràmit el recurs d'apel·lació es van remetre les actuacions a aquesta Sala a fi d'adoptar la pertinent resolució.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. La recurrent al·lega en el seu escrit de recurs un seguit de circumstàncies personals en base a les qual considera que cal revocar la resolució impugnada i deixar sense efecte la substitució de part de la pena de presó per l'expulsió.

Per interlocutòria de 16 de juny de 2016, el Jutjat Penal núm. 3 de Girona va decidir que, del total de les penes de presó imposades en la sentència de 6 de juny de 2016, el penat compliria 1 any i 6 mesos de presó i la resta la substituïa per la pena

d'expulsió quan el penat accedís al tercer grau de compliment.

La resolució impugnada es limita dir que no hi ha cap precepte legal que empari la sol·licitud del penat de deixar sense efecte la substitució de la pena de presó per l'expulsió del territori espanyol.

L'art. 89.4 del CP disposa que: "No procedirà la substitució quan, a la vista de les circumstancies del fet i les personals de l'autor, en particular el seu arrelament a Espanya, l'expulsió resulti desproporcionada".

Aquesta Secció Quarta de l'AP de Girona ve mantenint que l'apreciació de les circumstàncies personals del penat és una valoració dinàmica, que està subjecta a les variacions que la vida del penat pugui experimentar, i d'això se'n desprèn que no podem petrificar l'objecte de la nostra anàlisi. Per tant, cal revisar les valoracions anteriors que s'hagin fet, en el cas que s'apreciï una modificació d'aquelles circumstàncies.

Constava acreditat que el penat va tenir un fill amb la seva parella que va néixer el 5 d'octubre de 2012. S'acredita que el penat està empadronat amb el seu fill a la localitat de . S'aporta informe mèdic de a, esposa del penat, de data 29.11.2017 (foli 263) en el que es fa constar que va ser intervinguda quirúrgicament al juny de 204 per tumoració uterina. Després de la primera intervenció, va ser intervinguda tres vegades més per quadres hemorràgics que no es controlen. Després de la cirurgia, es va produir un pinçament del nervi ciàtic dret que li ha provocat com a seqüela, atrofia muscular en la cama, disminució de la força i dolor. En el moment de l'informe, continua amb seguiment en consulta ginecològica a l'Hospital de Laredo cada 6 mesos.

Relacionat amb aquest informe, s'aporta sol·licitud de reconeixement de grau de discapacitat a l'ICASS de , en data 19.07.19. Així com que, segons els extractes de la compte del "peculio", el penat fa aportacions periòdiques al seu fill des de la presó, ja que la mare, degut a la seva situació medica no pot treballar. També s'acredita una vinculació afectiva entre pare i fill, que s'ha consolidat durant el temps que ha estat ingressat la presó.

Tot plegat, permet afirmar que s'ha produït un canvi en les circumstàncies del penat arran de les seqüeles que pateix la seva esposa que la limiten laboralment i que l'ha dut a sol·licitar el reconeixement d'una discapacitat i que el recurrent contribueix econòmicament, des de la presó, al manteniment de la família, domiciliada a

En definitiva, pel que fa l'arrelament, el recurrent té permís de residencia, consta empadronat juntament amb la seva parella i el seu fill a la localitat de com a mínim des del 8 de juliol de 2015 (foli 90) i en l'actualitat s'ha acreditat documentalment que la família continua vivint a la mateixa localitat, segons volant d'empadronament de 15 de gener de 2020, foli 272.

L'expulsió del penat, davant d'aquest limitació medica de l'esposa per poder treballar i fer-se càrrec del seu fill, quan, a més, resulta que el seu nucli familiar pròxim està ubicat a Espanya, l'expulsió pot resultar desproporcionada en generar un important per judici tant per com pel seu fill, donades les circumstancies en què es troba aquesta.

Davant d'aquestes noves circumstancies que s'han posat de manifest, l'expulsió del recurrent pot resulta desproporcionada.

SEGON. Es declaren d'ofici les costes causades en aquesta alçada.

PART DISPOSITIVA

LA SALA DECIDEIX: Essent ponent la magistrada s i
ESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació de contra la provisió dictada pel Jutjat Penal núm. 3 de Girona, en data 22 d'abril de 2020, en l'executòria 249/16 del que aquesta rotlle dimana i la **REVOQUEM en el sentit de deixar sense efecte la substitució de part de la pena de presó per l'expulsió del territori**, es declaren les costes d'ofici.

Així ho acorden i signen els magistrats anotats al marge.

DILIGENCIA.- Seguidament s'acompleix el que s'ha acordat; en dono fe.