

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**3870** *Sala Primera. Sentencia 29/2017, de 27 de febrero de 2017. Recurso de amparo 3279-2014. Promovido por doña Osatohanmwén Imafidon respecto de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona y un Juzgado de lo Penal de Manresa que le condenaron por un delito de falsedad en documento público. Vulneración del derecho a la tutela judicial (motivación): resoluciones judiciales que no ponderan la existencia de arraigo familiar al acordar la sustitución de una pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.*

ECLI:ES:TC:2017:29

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 3279-2014, promovido por doña Osatohanmwén Imafidon, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Guadalupe Moriana Sevillano y bajo la dirección del Letrado don José Ramón Fernández López-Lucendo, contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2014 por la que se desestima el recurso de apelación núm. 53-2014 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa de 19 de abril de 2013 recaída en el procedimiento abreviado núm. 284-2013. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Doña Osatohanmwén Imafidon solicitó la designación de profesionales del turno de oficio para la interposición de una demanda de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia mediante escrito remitido a este Tribunal por correo certificado el 19 de mayo de 2014. Una vez efectuadas las designaciones solicitadas, la Procuradora de los Tribunales doña María Guadalupe Moriana Sevillano interpuso la demanda de amparo bajo la dirección del Letrado don José Ramón Fernández López-Lucendo mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de marzo de 2015.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La recurrente en amparo fue imputada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Vic como supuesta cooperadora necesaria de un delito de falsedad documental, dando lugar a las diligencias previas núm. 828-2012. En su declaración ante el Juzgado de Instrucción celebrada el 14 de marzo de 2013 a preguntas de su Letrada «manifiesta que tiene hijos nacidos en España y su marido tiene los papeles en regla. Que la declarante ha intentado regularizar su situación en España». Por Auto de 26 de marzo de 2013 se acordó la continuación del proceso por los trámites del procedimiento

abreviado. El Ministerio Fiscal solicitó en su escrito de acusación la imposición de una pena de dos años de prisión y diez meses de multa y que, de conformidad con el artículo 89 del Código penal (CP), se sustituyera la pena de prisión por la expulsión de territorio nacional y prohibición de entrada en España durante seis años.

b) La recurrente en amparo formuló escrito de conclusiones provisionales y aportó como medio de prueba entre otros documentos (i) fotocopia del libro de familia (folios 80 a 84); (ii) inscripciones literales de nacimiento de sus dos hijos menores de edad nacidos en España (folios 85 a 88); (iii) su inscripción literal matrimonial en España (folios 89 y 90); (iv) tarjeta de residencia de sus hijos y marido (folios 91 a 93); (v) resolución sobre reconocimiento de alta de su marido en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (folio 94). Solicitó que se declararan pertinentes las pruebas interesadas y se acordara su práctica. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa registró las actuaciones como procedimiento abreviado núm. 284-2013 y por Auto de 22 de octubre de 2013 acordó señalar día para la celebración de juicio oral, admitiendo todas las pruebas solicitadas por las partes al haber sido propuestas legalmente y ser convenientes a la finalidad de la causa.

c) La recurrente en amparo fue condenada por Sentencia de 19 de diciembre de 2013 como autora de un delito de falsedad en documento público (art. 392 CP) a la pena de dos años de prisión y multa de diez meses con accesorias y costas, acordándose la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España durante seis años. Por lo que se refiere a la sustitución de la pena por la expulsión en el fundamento de derecho tercero se expone «que aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o documento similar».

d) La recurrente en amparo, mediante escrito de 21 de enero de 2014, formuló recurso de apelación alegando, entre otros extremos, que no procede la sustitución de la condena por la expulsión del territorio nacional «dado el arraigo social y familiar que ha demostrado tener en España mi representada, no debe olvidarse que es persona casada por la legislación española con residente de larga duración, con quien tiene dos hijos nacidos en España y todos ellos con residencia legal».

e) El recurso de apelación, tramitado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona con el núm. 53-2014, fue desestimado por Sentencia de 10 de abril de 2014, argumentando, en lo que se refiere a la sustitución de la pena por la expulsión, que «basta remitirse a lo expuesto en la sentencia en el sentido de que no hay prueba alguna de la relación familiar que se argumenta como motivo para no realizar tal sustitución».

3. La recurrente invoca su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con fundamento en que, frente a la solicitud del Ministerio Fiscal de que le fuera sustituida la pena de prisión por la expulsión de territorio nacional, alegó y acreditó documentalmente una situación personal de arraigo familiar y social en España consistente en su matrimonio celebrado en España con una persona con un permiso de larga duración que está dado de alta en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos y la existencia de hijos menores de edad también nacidos en España con situación migratoria regularizada. Sin embargo, las resoluciones judiciales impugnadas no se han pronunciado sobre el fondo de esta cuestión bajo el argumento de que no quedaba acreditado documentalmente, sin valorar la existencia de los documentos oficiales españoles que fueron aportados como prueba en el escrito de defensa y admitidos como tales, por lo que el recurso tiene especial transcendencia constitucional, «por cuanto el órgano judicial se aparta claramente de la doctrina del Tribunal Constitucional, a la que viene obligado conforme al art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Por otro lado, la demandante solicitó, de acuerdo con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la suspensión de la decisión de expulsión por el perjuicio irreparable que ello podría producirle.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 24 de junio de 2015, acordó admitir a trámite la demanda de amparo, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]; suspender la ejecución de la expulsión de la recurrente de territorio nacional, al apreciar en este caso la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6 LOTC; y notificar la resolución a las demás partes y al Ministerio Fiscal con la advertencia de que la adopción de la suspensión podría ser impugnada en el plazo de cinco días. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 1 de julio de 2015, manifestó su conformidad con la decisión de suspensión acordada.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 25 de junio de 2015, constando ya recibidas las actuaciones judiciales y siendo la recurrente además del Ministerio Fiscal la única parte en la vía judicial previa, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la recurrente por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 15 de julio de 2015, formuló alegaciones interesando que se otorgara el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente con la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas en lo que se refiere a la sustitución de la pena de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrar en España, así como la retroacción de actuaciones para que se dicte nuevo pronunciamiento sobre el particular respetuoso con el derecho fundamental vulnerado.

El Ministerio Fiscal afirma que la cláusula excepcional de la expulsión para penas inferiores a seis años contemplada en el art. 89.1 CP, en su redacción vigente en el momento de dictarse las resoluciones impugnadas, venía siendo interpretada de forma habitual en clave constitucional por los Tribunales penales «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 (SSTS 901/2004, de 8 de julio; 906/2005, de 17 de mayo; 791/2010, de 28 de septiembre; 853/2010, de 15 de octubre; 1016/2010, de 24 de noviembre, y 738/2013, de 4 de octubre, entre otras)». Igualmente destaca que esa jurisprudencia ha sido acogida por el legislador ya que el actual artículo 89.4 CP, redactado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece que «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».

El Ministerio Fiscal también expone la jurisprudencia establecida en la STC 138/2014, FJ 3, sobre que el canon de razonabilidad constitucional del art. 24.1 CE deviene más exigente cuando se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional como son los referidos al interés superior del menor con proyección constitucional en el art. 39 CE; en la STC 46/2014, FJ 6, referido a la necesidad de ponderar circunstancias personales en materia de denegación de renovación de permisos de trabajo, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto con el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE); o en la STC 140/2009, FJ 6, respecto de una resolución administrativa de expulsión en que se afirmó que la ausencia de motivación resulta especialmente evidente la haberse alegado insistentemente el hecho del arraigo familiar con la existencia de cuatro hijos menores de edad escolarizados.

El Ministerio Fiscal, en atención a ello, considera que las resoluciones judiciales impugnadas «no sólo son arbitrarias sino que no superan el canon de racionalidad constitucional cuando están en juego derechos fundamentales», argumentando que «pese a la completa documental aportada justificativa de su matrimonio, de la existencia de dos hijos menores de edad, de la situación de residencia legal de su marido y de sus hijos, de la realización de un trabajo remunerado por su cónyuge, la sentencia de instancia no tuvo por acreditado que la ahora demandante tuviera dos hijos con ella en España privando de

toda eficacia a la documental aportada sin justificación alguna ... La sentencia dictada en apelación pese a insistir en la afectación de estos derechos constitucionales, sin justificación ni explicación alguna se limitó a afirmar que no había prueba alguna de la relación familiar, y ello pese a que constaba la certificación de matrimonio, Libro de familia, certificados de nacimiento de los hijos, etc., sin explicar ni razonar en modo alguno la causa de que tal documental careciera de valor alguno, actuando, en suma, como si no hubiera sido temporáneamente aportada, no superando tampoco el canon de razonabilidad».

7. La recurrente, en escrito registrado el 27 de julio de 2015, presentó sus alegaciones, ratificándose en las formuladas en la demanda de amparo.

8. Por providencia de 23 de febrero de 2017, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 27 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente, desde la perspectiva del deber de motivación, al no haberse pronunciado sobre el fondo de las alegaciones de la existencia de arraigo familiar en una decisión de sustitución de una pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, a pesar de haber sido admitida como prueba documental diversas certificaciones literales expedidas por registros civiles españoles referidas a la existencia de un matrimonio de la recurrente y el nacimiento de dos hijos, así como diversos documentos públicos de autoridades españolas referidos a la situación de regularidad migratoria del marido e hijos menores de edad de la recurrente y la situación de alta en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos del marido de la recurrente.

2. El presente recurso de amparo ha sido admitido a trámite al apreciar que concurre una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque el recurso planteaba en el momento de la interposición un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)], toda vez que este Tribunal todavía no había tenido la oportunidad de hacer ningún pronunciamiento respecto de la eventual necesidad de que al amparo del art. 24.1 CE, en relación con los artículos 18 y 39 CE, deban ponderarse situaciones de arraigo familiar frente al aparente automatismo en la aplicación del sustitutivo penal de expulsión del territorio nacional tras la reforma en el art. 89 del Código Penal (CP) por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

3. Este Tribunal ha reiterado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), 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 este 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 (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño» (así, STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6, en relación con la denegación de una solicitud de renovación de un permiso de trabajo que

implicaba una situación de irregularidad sobrevenidas; y SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3, en relación con las decisiones administrativas de expulsión y prohibición de entrada impuestas al amparo del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero).

4. En el presente caso, como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, han quedado acreditados los siguientes extremos:

(i) La recurrente declaró ante el Juez de instrucción que tiene hijos nacidos en España, su marido tiene los papeles en regla y ella ha intentado regularizar su situación en España.

(ii) La recurrente, ante la solicitud del Ministerio Fiscal en su escrito de acusación de que, al amparo del art. 89 CP, le fuera sustituida una eventual pena de prisión por la expulsión de territorio nacional y prohibición de entrada en España durante seis años, se opuso en su escrito de defensa y aportó como medio de prueba entre otros documentos (a) fotocopia del libro de familia (folios 80 a 84); (b) inscripciones literales de nacimiento de sus dos hijos menores de edad nacidos en España (folios 85 a 88); (c) su inscripción literal de matrimonial en España (folios 89 y 90); (iv) tarjeta de residencia de sus hijos y marido (folios 91 a 93), y (d) resolución sobre reconocimiento de alta de su marido en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (folio 94). Además solicitó que se declararan pertinentes estas pruebas interesadas y se acordara su práctica.

(iii) El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa, por Auto de 22 de octubre de 2013, admitió todas las pruebas solicitadas por las partes al haber sido propuestas legalmente y ser convenientes a la finalidad de la causa.

(iv) La recurrente fue condenada por Sentencia de 19 de diciembre de 2013 como autora de un delito de falsedad en documento público (art. 392 CP) a la pena de dos años de prisión, acordándose la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España durante seis años, argumentándose, en relación con su alegación de arraigo, «que aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o documento similar».

(v) La recurrente insistió en su recurso de apelación en que no procedía la sustitución de la condena por la expulsión del territorio nacional habida cuenta de la existencia del arraigo social y familiar que había demostrado tener en España al estar casada por la legislación española con residente de larga duración, con quien tiene dos hijos nacidos en España, y todos ellos con residencia legal.

(vi) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, por Sentencia de 10 de abril de 2014, desestimó dicha alegación con la sola mención de que «basta remitirse a lo expuesto en la sentencia en el sentido de que no hay prueba alguna de la relación familiar que se argumenta como motivo para no realizar tal sustitución».

5. En aplicación de la doctrina expuesta, debe concluirse, tal como también interesa el Ministerio Fiscal, que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su concreta dimensión del derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho, en lo que respecta a la decisión de sustitución de la pena de prisión de dos años impuesta a la recurrente por su expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por un plazo de seis años.

Las resoluciones judiciales impugnadas no han hecho cuestión de que en la aplicación del sustitutivo penal de expulsión del art. 89 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, vigente en el momento en que se produjeron los hechos y se decidió sobre la aplicación del sustitutivo penal de expulsión tanto en primera instancia como en apelación, resultaba necesario ponderar la existencia de una situación de arraigo familiar, en los términos en lo que después ha sido impuesto legislativamente en el art. 89.4 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ahora bien, partiendo de esa interpretación del art. 89 CP, las resoluciones impugnadas han utilizado como único argumento para resolver la alegación sobre la existencia de arraigo «que aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o documento similar».

No puede considerarse, tal como también sostiene el Ministerio Fiscal, que esta respuesta satisfaga las exigencias del deber de motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a la valoración probatoria si se toma en consideración que la decisión judicial concernía a una institución en la que, tal como ha reiterado el Tribunal en la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño. En efecto, la afirmación judicial de que no ha quedado demostrado documentalmente la situación de arraigo y la existencia de medios legales de vida contrasta con la realidad incontrovertida y no negada por las resoluciones judiciales de que se hizo efectiva entrega, se propusieron y se admitieron como prueba en el proceso penal, al menos, la fotocopia del libro de familia de la recurrente, las inscripciones literales del Registro Civil del nacimiento de sus dos hijos menores de edad nacidos en España y de su matrimonio en España, las tarjetas de residencia de sus hijos y marido, y la resolución sobre reconocimiento de alta de su marido en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. En ese sentido, la mera afirmación de que no existe acreditación documental, por resultar apodíctica, no satisface las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE de que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este discurso permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión.

Procede, en consecuencia, otorgar el amparo que se interesa por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), declarando la nulidad de las dos resoluciones impugnadas en el exclusivo extremo referido a la decisión de sustituir a la recurrente la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por aplicación del art. 89 CP, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia de instancia, con el fin de que haya un nuevo pronunciamiento sobre ese particular respetuoso con el derecho fundamental de la recurrente que ha sido declarado.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Osatohanmwun Imafidon y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa de 19 de abril de 2013 recaída en el procedimiento abreviado núm. 284-2013 y de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2014 recaída en el recurso de apelación núm. 53-2014, en el extremo relativo a la decisión de sustituir la pena de dos años de prisión por la de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España durante seis años.

3.º Retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil diecisiete. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.