



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

Enero a junio de 2017

INDICE

I.NOTA PREVIA.....	p.4.
II.NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA.....	p.10.
III.RETROACTIVIDAD.....	p.14.
1.PENAS INFERIORES AL AÑO DE PRISIÓN.....	p.14.
2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS.....	p.15.
IV.EXPULSIÓN DE COMUNITARIOS, RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.17.
1. COMUNITARIOS.....	p.17.
2. RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.22.
V.MOMENTO PARA PEDIR LA EXPULSIÓN	
V Bis. COMPUTO DE LA PENA DE PRISIÓN A EFECTOS DE LOS LÍMITES DE LA EXPULSIÓN	

V.Ter. NATUTALEZA DE LA PENA A LA QUE SE APLICA LA EXPULSIÓN..... P.26.

VI.APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN.....p.27.

VII.OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN.....p.34.

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN.....p.35.

1. ARRAIGO.....p.35.

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO.....P.35.

B. ARRAIGO FAMILIAR.....p.36.

C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

D.ARRAIGO LABORAL.....p.39.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA.....p.41.

F. OTROS.....p.43.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO.....p.45.

G.1.REGLAS GENERALES.....p.45.

G.2.MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA A LA EXPULSIÓN..... p.47.

G.3.PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR.p.48.

G.4.PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL.p.49

G.5.PRUEBA DE OTROS ARRAIGOS

2. RAZONES HUMANITARIAS.....p.50.

3. GRAVEDAD DEL DELITO.....p.51.

IX.CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA ANTE LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO Y RESTABLECER LA CONFIANZA EN LA NORMA.....p.54.

[Escriba aquí]

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO.....p.73.

XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO

**XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR
LAEXPULSIÓN.p.75.**

1.PRISIÓN

2. INGRESO EN UN CIE

XIII.BIS.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN...p.79.

XIV.OTRAS CUESTIONES

I.NOTA PREVIA

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico.* En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que *los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la [página fiscal.es](http://fiscal.es) a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo y de algunas resoluciones firmes de Audiencias Provinciales en materia de sustitución judicial de las penas:

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Fines de la reforma introducida por la LO 1/2015. STS nº 221/2017, de 29 de marzo

Aplicación retroactiva de la LO 1/2015 cuando el ciudadano comunitario quiere la expulsión ya que la ley introduce un criterio novedoso como es la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea que sólo procederá cuando represente una grave amenaza para el orden o la seguridad pública. STS nº 237/2017, de 5 de abril.

El penado comunitario podría ser expulsado si representa una amenaza grave para el orden o la seguridad pública. No es suficiente para expulsar que haya sido condenado por un delito de especial gravedad como puede ser una agresión sexual si carece de antecedentes, no consta el riesgo de reincidencia, ni sanciones o expedientes administrativos que puedan suponer una amenaza grave para el orden público. Debe valorarse también el arraigo y el tiempo de la pena de prisión que ha cumplido. ATS nº 696/2017, de 1 de abril.

En la expulsión de comunitarios, la expresión "amenaza grave para el orden público o la seguridad pública", requiere que existan datos, informes o antecedentes que permitan fundamentar que se trata de quien constituye un

[Escriba aquí]

peligro o amenaza real, actual y suficientemente relevante, para la convivencia y el orden social, por su hoja histórico-penal, sus conexiones delictivas o el delito cometido -por ejemplo, contra la seguridad nacional. El delito contra la salud pública exige evitar dar cualquier mensaje de impunidad. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 19/2017, de 30 de mayo.

Se revoca la expulsión por el Supremo porque la Audiencia no concreta si el residente al que expulsa es o no de larga duración. STS nº 358/2017, de 18 de mayo.

Imposibilidad de aplicar la expulsión del 89 CP a la responsabilidad subsidiaria por impago de prisión. Sólo puede aplicarse a la prisión. AAP de Zaragoza, secc.6ª, nº48/2017, de 17 de enero.

El arraigo es la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la expulsión. Pivota sobre dos vectores. 1) Personal: Los perjuicios que para el penado implica la expulsión del país. Ello involucra el esfuerzo vital en años y expectativas de futuro que el penado haya pasado para asentarse en nuestro país y el agravio que la expulsión supone para su familia, trabajo y patrimonio 2) colectiva: que exige valorar si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia. STS nº 221/2017, de 29 de marzo.

En el arraigo se trata de acreditar la vinculación o el sentimiento expreso o tácito de permanencia y de entronque de una persona con un territorio o un país. ATS nº536/2017, de 23 de febrero.

Si se sigue el motivo de casación por infracción de ley del art.849.1 CP no cabe discutir la cuestión fáctica de una situación de arraigo porque hay que alterar los hechos probados por la Audiencia. STS nº 394/2017, de 1 de junio.

No es arraigo tener un hermano con nacionalidad española. ATS nº 759/2017, de 27 de abril.

El arraigo es un concepto que mira no tanto al pasado como al futuro. Un informe de vida laboral acaba en el 2012 no es suficiente para apreciar el arraigo. ATS nº 759/2017, de 27 de abril.

No se aprecia el arraigo. Su residencia ha sido inferior a diez años El penado ha sido condenado por exaltación del terrorismo rechazando la

libertad ideológica que existe en Occidente. El recurrente reconoce problemas familiares. Su madre no vive ahora con él, sino que regresó a Marruecos. Carece de autorización administrativa para residir. STS nº 221/2017, de 29 de marzo.

La defensa alega arraigo familiar en el país de origen para que se acuerde la expulsión. No queda acreditado que la madre esté enferma porque la documentación aportada es del 2012. Tampoco que precise cuidar a su hijo en Paraguay dados los múltiples viajes en los últimos meses incompatible con el cuidado de los hijos. ATS nº720/2016, de 30 de marzo.

Tener amigos no es arraigo. Lo es tener un trabajo o crear o tener una familia. La expulsión, al ser discrecional, no puede censurarse en casación. ATS nº536/2017, de 23 de febrero. Los hermanos se están descartando como vínculos de arraigo familiar para eludir la expulsión. SAP de Gerona, secc.3ª, nº 300/2017, de 29 de mayo.

No se aprecia arraigo. El contrato laboral se formaliza poco antes de cometer el delito. SAP de Barcelona, secc.8ª, nº73/2017, de 9 de febrero.

La trayectoria es un factor en contra de la apreciación del arraigo. SAP de Barcelona, secc.8ª, nº73/2017, de 9 de febrero. SAP de Guipúzcoa, secc.3ª, nº 25/2017, de 27 de febrero.

Un arraigo apreciado con anterioridad por una Sentencia no es válido al tener con posterioridad una trayectoria delictiva de incumplimiento de la ley. SAP de Albacete, secc.2ª, nº 44/2017, de 2 de febrero.

Necesitar un intérprete es expresivo de la falta de arraigo. SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 33/2017, de 19 de enero.

Se acepta la aportación de prueba sobre que vive con su esposa e hija en el domicilio familiar después del juicio oral ya que la expulsión afecta a los derechos fundamentales. SAP de Madrid, secc.1ª, nº 271/2017, de 19 de mayo.

Como criterio que justifica el cumplimiento parcial de la condena deben valorarse dos parámetros: la gravedad de la conducta y sus antecedentes penales. La confianza en la norma es la convicción de que quien comete un delito grave debe tener más sanción que la devolución a su país. AAP de Pontevedra, secc.5ª, nº 508/2017, de 30 de junio.

No se puede denegar en ejecución la expulsión ni por razones que se conocían al dictar Sentencia ni por razones distintas a aquellas (nacionalidad, residencia en territorio comunitario y arraigo) por las que en Sentencia se aplazó a ejecución la decisión sobre la expulsión ya que las deben ejecutarse en sus propios términos. AAP de Barcelona, secc.2ª,nº123/2017.de 22 de febrero.

Hay que motivar porque se avanza en el cumplimiento de la condena. STS nº 317/2017, de 3 de mayo.

El TS en un delito contra la salud pública en que el penado ha sido castigado a seis años y un día de prisión considera correcto el criterio de la Audiencia el penado cumpla las tres cuartas partes de la condena antes de la expulsión, salvo que acceda antes al tercer grado o a la libertad condicional, considerando la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma. El acusado vino a España con la única finalidad de transportar la droga y marcharse. ATS nº 720/2017, de 30 de marzo.

Está justificado que cumpla parte de la condena antes de acordar la expulsión dada la gravedad de los delitos y al estar sujeto a otras causas asegurando así su comparecencia en el juicio oral. AAP de Huesca, secc.1ª, nº 37/2017, de 21 de febrero.

En los delitos de robo con violencia se está denegando la expulsión. SAP de Asturias, secc.2ª, nº 81/2017, de 1 de marzo, AAP de Gerona, secc.3ª, 169/2017, de 16 de marzo y AAP de Pontevedra, secc.5ª, nº 508/2017, de 30 de junio.

Corresponde al acusado acreditar el arraigo. No es preciso preguntar al acusado por si dispone algún tipo de arraigo personal, familiar o laboral. STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal) nº 17, 2017, de 22 de junio,

El Fiscal pide la expulsión en conclusiones. No se debate en juicio y la Sentencia nada dice sobre la expulsión. No cabe entender que el Juzgado de lo Penal ha denegado la expulsión para que entre a conocer la Audiencia ni tampoco que ha existido una incongruencia omisiva determinante de la nulidad de la Sentencia porque la norma completa la posibilidad de que se resuelva la petición de expulsión en comparecencia posterior siempre que no

se haya resuelto en Sentencia. SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 5/2017, de 20 de abril.

Si al cometer un delito se sustituye la prisión por el internamiento, el Auto que acuerda el internamiento no debe justificar tal internamiento en una infracción administrativa sino en el art.89 CP. Lo contrario desenfoca de tal forma la motivación que podría determinar la nulidad. AAP de Cádiz, secc.6ª con sede en Ceuta, nº 72/2017, de 4 de abril.

Si se condena por un delito cuya pena ha sido sustituida parcialmente por la expulsión y otra que no se ha sustituido se empieza a cumplir primero la más grave. Debe tenerse en cuenta que el límite de cumplimiento de la pena antes de ser expulsado que fija la sentencia es de máximos por lo que si por ejemplo se señala en la Sentencia que cumpla dos tercios puede cumplir solo la mitad. AAP de Barcelona, secc.2ª, nº 89/2017, de 6 de febrero.

Si hay responsabilidad civil y se acuerda la expulsión no cabe acordar el archivo provisional del procedimiento una vez conste materializada la expulsión. Debe practicarse la averiguación patrimonial. La ejecución no sólo debe de ser de la expulsión sino también de los demás pronunciamientos. AAP de Cantabria, secc.3ª, nº 51/2017 de 25 de enero.

Por otro lado, las incidencias resultantes de los posibles acuerdos y Convenios migratorios entre Cuba y otros países, puede afectar a la ejecución de la medida, pero no a su procedencia conforme a Derecho. ATS nº536/2017, de 23 de febrero.

No procede discutir en casación la procedencia de la expulsión. El Tribunal de instancia no ha expulsado, sino que ha aplazado su decisión a ejecución. ATS nº472/2017, de 9 de marzo.

Un auto de aclaración por el que se acuerda aplazar a ejecución la expulsión judicial no causa indefensión alguna. ATS nº 600/2017, de 30 de marzo.

No se puede practicar pruebas sobre las razones que impedirían la expulsión si las mismas no están recogidas en el relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia recurrida. STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal), nº12/2017, de 7 de marzo.

[Escriba aquí]

Dos de los criterios para valorar a medida cautelar de internamiento como medio de asegurar la expulsión del 89 CP son la falta de arraigo y su previsible falta de colaboración en la expulsión ya que si no se le expulsa se suspenderá la pena. AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 40/2017, de 2 de marzo.

A la hora de fijar el límite máximo en la acumulación de condenas hay que excluir de la acumulación las penas sustituidas por la expulsión al ser heterogéneas. Si la expulsión se deniega se puede pedir la acumulación al ser la pena de prisión homogénea con las acumuladas. STS nº 237/2017, de 5 de abril.

De la redacción del 89 CP anterior a la reforma se desprende que el plazo de prescripción de la pena es autónomo de los años de expulsión que queden por cumplir. Aunque ante la expulsión se archive provisionalmente el periodo de prescripción de la pena sigue computándose. AAP de Granada, secc.2ª. nº 524/2017, de 26 de junio.

II.NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA

Tribunal Supremo

1.STS nº 221/2017, de 29 de marzo

Elementos de la reforma de la LO 1/2015

Hemos destacado también que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, art. 89.1 CP, ha introducido dos importantes modificaciones para la aplicabilidad de la sustitución: En primer lugar, en cuanto a la extensión que debe tener la pena de prisión impuesta, precisando que debe ser de más de un año; en segundo, eliminándose el requisito de la residencia no legal del extranjero, de suerte que la sustitución puede hoy adoptarse respecto de cualquier extranjero. En todo caso, y con carácter general, se ha destacado que en el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa 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 sustitución resulte desproporcionada (SSTS 667/2016, de 14 de abril o 927/2016, de 14 diciembre).

No obstante, aunque siga dejándose en manos del arbitrio judicial (art. 89.3) que exista una adecuada correlación entre la carga que entraña la expulsión para el condenado y el gravamen que resulta inherente a la pena prevista para el injusto cometido, la libre ponderación se ha visto constreñida por el legislador para dos supuestos concretos:

1. El primero, cuando el extranjero sea ciudadano de la Unión Europea. Y ello porque el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la Unión Europea, constituye la piedra angular de la ciudadanía de la Unión que creó el Tratado de Maastricht de 1992, y quedó reflejado además (tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen), en la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea; artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; títulos IV y V del TFUE; y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Para estos casos, el propio legislador contempla que sólo procederá la expulsión del ciudadano comunitario, cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad

del delito cometido o los antecedentes y circunstancias del culpable, de conformidad con las consideraciones 22 a 24 de la Directiva 2004/38/CE).

2. El segundo supuesto, cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores. En estos supuestos, se constata un asentamiento de tan singular importancia, que lleva al legislador, - precisamente por la regla de proporcionalidad rectora de esta cuestión- a exigir la concurrencia de un marcado interés de seguridad colectiva que lo justifique, bien porque concurra una responsabilidad criminal por delitos contra la vida, la libertad, la integridad física o la libertad e indemnidad sexual y que estén castigados con pena máxima superior a los cinco años de prisión (penalidad en abstracto) y en los que en todo caso (y este es el elemento definitorio de la previsión normativa) se aprecie un riesgo de reiteración delictiva; o bien cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Puede así concluirse que el régimen jurídico de sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros, fijado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, supone:

A. La imposibilidad de aplicar la sustitución por expulsión, a las penas privativas de libertad que no superen el año de duración.

B. Respecto de las penas privativas de libertad impuestas, que tuvieren una duración superior al año de prisión:

a. No podrán sustituirse las que hubieran sido impuestas a ciudadanos de la Unión Europea, salvo cuando represente una amenaza grave para el orden público o para la seguridad pública, en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales; evaluación que agrupará el juicio de proporcionalidad de la medida en función del arraigo.

b. No podrán sustituirse las penas que hubieran sido impuestas a extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores, salvo -y evaluando también el juicio de proporcionalidad con su arraigo-:

i. Que deriven de condenas por delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años, siempre que se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

ii. Que hubiera sido condenado por delito de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Cuestión diferente de la sustitución, son los términos de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando -conforme a los criterios expuestos- se haya entendido oportuno sustituirla por la expulsión. En este aspecto, son tres los supuestos contemplados en la nueva regulación:

1. Cuando las penas privativas de libertad que se sustituyen, sean superiores a un año e -individual o conjuntamente consideradas- no superen los cinco años de prisión.

Para estos casos, el legislador prioriza la expulsión directa, si bien lo compatibiliza con que -excepcionalmente- el juez o tribunal pueda acordar el cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma " cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito".

Una regla de excepcionalidad que entraña además la necesidad reforzada de identificar -de entre los motivos expresados por el legislador- las razones específicas y concretas que justifican la imposición de ese cumplimiento parcial.

2. Cuando se hubieren impuesto penas que sumen más de cinco años de prisión.

En estos supuestos la exigencia de cumplimiento sigue dejándose al arbitrio judicial, pero con dos especificaciones: a) El juez puede llegar a ordenar el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad y añadir la medida de expulsión, y b) El cumplimiento parcial no queda sujeto a la excepcionalidad anteriormente contemplada, sino que la gravedad de los hechos inherente a la pena finalmente impuesta, opera como inicial marcador que puede justificar -en términos de prevención general- una exigencia mínima de cumplimiento de la pena directamente impuesta; lo que no supone que el juez no haya de identificarla en la motivación de su resolución.

3. En los supuestos en los que la pena impuesta, o la suma de las penas impuestas, supere el año de prisión, pero no supere los cinco años de privación de libertad, pero concurren dos singularidades que el propio legislador establece:

a. Si se trata de delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión

de más de cinco años y se aprecia fundadamente un riesgo grave de que el condenado pueda volver a cometer delitos de la misma naturaleza.

b. Cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En esta tercera categoría, la nueva regulación legal vuelve a realizar una evaluación ex lege de la posibilidad de ejecutar íntegramente la pena, o de que pueda resultar conveniente -como criterio general- el cumplimiento parcial de la pena. Esto es, contemplada la prevención especial, una atención general del orden público y la conveniencia de potenciar una confianza en la vigencia de la norma penal, para la protección de determinados bienes jurídicos atacados mediante las acciones de singular significación criminal que hemos descrito, puede justificar el cumplimiento parcial de la pena -y aún el completo-, antes de proceder a la expulsión del territorio nacional del condenado

2.ATS nº 759/2017, de 27 de abril

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, art. 89.1 CP ., ha introducido modificaciones, en cuanto a la extensión que debe tener la pena de prisión impuesta, precisando que debe ser de más de un año, se elimina el requisito de la residencia no legal del extranjero, y se fundamenta la excepción a la **expulsión** en la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito; si bien, en estos casos, el cumplimiento de la pena en el territorio español no podrá ser de un tiempo superior a dos tercios de su extensión, y el resto será sustituido por la **expulsión**. Imponiéndose en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa 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 sustitución resulte desproporcionada.

III.RETROACTIVIDAD

1.PENAS INFERIORES AL AÑO DE PRISIÓN

Aplicación retroactiva

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.7ª, nº 51/2017, de 26 de enero

Pena inferior al año de prisión La estimación del anterior motivo del recurso, implica directamente la aplicación del art. 89 del Código Penal en su redacción otorgada tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, que únicamente permite sustituir por pena de expulsión las penas de prisión superiores a 1 año de duración. De conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la referida LO 1/2015, en los procesos que se encuentran en la fase de recurso de apelación deben aplicarse los preceptos de la nueva ley cuando resulten más favorables al reo. En el presente caso, siendo más favorable la nueva redacción del art. 89 del Código Penal , debe estimarse la pretensión del recurrente y dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión.

Habiendo sido estimado el primer motivo del recurso y con ello la pretensión del recurrente de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, no se analizará el segundo motivo del recurso por pérdida de objeto.

2.SAP de Tarragona, secc.2ª, nº 295/2017, de 12 de junio

La pena de 1 año de prisión va a tener en el presente supuesto una importante repercusión dado que al amparo del artículo 89.1 del Código Penal la sustitución imperativa por la expulsión del territorio español lo es para penas de prisión superiores a 1 año. Como quiera que en el presente supuesto la pena de prisión es de 1 año, no procede la sustitución por expulsión, por lo que se deja sin efecto la misma, lo que tiene que comportar que se proceda por el Juzgado de lo Penal de forma inmediata a valorar la suspensión de la pena privativa de libertad, puesto que tal y como consta en el antecedente de hecho segundo, el Ministerio Fiscal interesó la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, sin que se opusiera a una eventual suspensión de la pena privativa de libertad para el caso de no acordarse la expulsión, condicionándolo a no delinquir en el plazo de 3 años y al cumplimiento de 6 meses de trabajos en beneficio de la comunidad.

2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS

Aplicación retroactiva

Tribunal Supremo

1. STS nº 237/2017, de 5 de abril

Aplicación retroactiva de la LO 1/2015 cuando el ciudadano comunitario quiere la expulsión ya que la ley introduce un criterio novedoso como es la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea que sólo procederá cuando represente una grave amenaza para el orden o la seguridad pública.

Sin perjuicio de ello hemos de constatar que la entrada en vigor del art. 89 del Cp ., tras su reforma operada por la LO 1/2015, ha modificado la regulación del régimen de sustitución del artículo 89 del Cp ., precisamente cuando se trata de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea, previendo en el apartado cuarto un régimen de excepcionalidad a la **expulsión** que debe ser analizada en el caso concreto y considerada, en este supuesto, como norma penal más favorable con los efectos retroactivos propio de la mayor favorabilidad.

El artículo 2 del Código penal prevé el alcance de la retroactividad de la norma penal más favorable "aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena". La resolución objeto de la impugnación no ha sido ejecutada y es susceptible de ser revisada por su consideración de norma más favorable en la medida en que supone una nueva regulación del régimen de sustitución de las penas por **expulsión** de ciudadanos de la Unión Europea que "solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público y la seguridad pública", criterio novedoso respecto de la anterior regulación que hace procedente su revisión.

No aplicación retroactiva

1.SAP de Álava, secc.2ª, nº 89/2017, de 14 de marzo

No cabe la expulsión ya que la ley aplicable a la fecha de los hechos impedía la expulsión de residentes.

Procede seguir aplicando al respecto la normativa vigente al momento de los hechos, por ser más favorable para los acusados (disposición

[Escriba aquí]

transitoria primera de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), ya que la anterior redacción del artículo 89 sólo preveía la expulsión para los ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España y ahora puede expulsarse a cualquier extranjero con independencia de su situación. Aquella previsión favorece a Jesús Carlos y a Jose Enrique, que entonces estaban en nuestro país de manera legal y el segundo, asilado (folios 1971 y 2058 respectivamente) por lo que no procede para ellos la sustitución solicitada, al no concurrir el supuesto previsto en la norma entonces vigente.

IV.EXPULSIÓN DE COMUNITARIOS, RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN

COMUNITARIOS

Tribunal Supremo

1. STS nº 237/2017, de 5 de abril

Aplicación retroactiva de la LO 1/2015 cuando el ciudadano comunitario quiere la expulsión ya que la ley introduce un criterio novedoso como es la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea que sólo procederá cuando represente una grave amenaza para el orden o la seguridad pública.

Sin perjuicio de ello hemos de constatar que la entrada en vigor del art. 89 del Cp ., tras su reforma operada por la LO 1/2015, ha modificado la regulación del régimen de sustitución del artículo 89 del Cp ., precisamente cuando se trata de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea, previendo en el apartado cuarto un régimen de excepcionalidad a la expulsión que debe ser analizada en el caso concreto y considerada, en este supuesto, como norma penal más favorable con los efectos retroactivos propio de la mayor favorabilidad.

El artículo 2 del Código penal prevé el alcance de la retroactividad de la norma penal más favorable "aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena". La resolución objeto de la impugnación no ha sido ejecutada y es susceptible de ser revisada por su consideración de norma más favorable en la medida en que supone una nueva regulación del régimen de sustitución de las penas por expulsión de ciudadanos de la Unión Europea que "solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público y la seguridad pública", criterio novedoso respecto de la anterior regulación que hace procedente su revisión.

2.ATS nº 696/2017, de 1 de abril

El penado, de nacionalidad rumana, podría ser expulsado si representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. En este caso, el penado ha sido condenado por un delito de especial gravedad como es una agresión sexual, pero carece de antecedentes, no consta el riesgo de reincidencia, ni sanciones o expedientes administrativos que puedan suponer una amenaza grave para el orden público. Tiene arraigo en España donde lleva residiendo 10 o 11 años y su principal soporte –ex pareja-también reside en España. Apenas ha cumplido una tercera parte de la condena y no está en tercer grado o libertad condicional.

C) La nacionalidad rumana del recurrente determina, con arreglo al art. 1.3 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo -relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros-, que no pueda serle atribuido carácter de no residente legalmente en España, y, de otro, que la orden de expulsión sólo pueda ser emitida por razones de orden público o seguridad pública, ajustadas al principio de proporcionalidad y basadas exclusivamente en la conducta personal del interesado o de salud pública.

En la vigente redacción del art. 89 CP se permite la expulsión sustitutiva de ciudadanos de un país miembro de la Unión Europea cuando representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Por lo que este precepto legal contempla la medida con carácter excepcional.

Como argumenta la Audiencia, el recurrente ha sido condenado por un delito de especial gravedad, un delito de agresión sexual, pero no supone un riesgo para la seguridad pública ni para el orden público español, porque carece de antecedentes penales anteriores a la condena, no existen informes que refieran un riesgo de reincidencia, y no le constan infracciones administrativas ni expedientes administrativos abiertos que pudieran suponer una amenaza grave contra el orden público y la seguridad; además, presenta arraigo en España, donde lleva residiendo entre 10 y 11 años, y la persona que representa su principal soporte (su expareja) también reside en España. Por otra parte, apenas ha cumplido una tercera parte de la condena, y no consta que el penado esté en tercer grado ni que goce de libertad condicional.

En definitiva, la reacción automática del sistema penal con la expulsión del territorio nacional de autores de delitos de especial gravedad, como en el presente caso, diluirá en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad, ya que debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal, y generaría en el ciudadano cumplidor de la ley pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de conductas delictivas socialmente graves.

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 19/2017, de 30 de mayo

El penado pide la expulsión a Portugal. La regla general de cualquier ejecutoria es que se cumpla la pena. El delito de narcotráfico es un azote para la comunidad internacional, debiendo evitarse cualquier mensaje favorecedor de la impunidad. La expresión "amenaza grave para el orden público o la seguridad pública", requiere que existan datos, informes o antecedentes que permitan fundamentar que se trata de quien constituye un peligro o amenaza real, actual y suficientemente relevante, para la convivencia y el orden social, por su hoja histórico-penal, sus conexiones delictivas o el delito cometido -por ejemplo, contra la seguridad nacional. Y nada de esto, se da, en el presente caso.

En el presente caso, es de aplicación el art. 89 .4 párrafo segundo, que dice:

" La expulsión de un ciudadano de la unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales".

No resulta aplicable, en consecuencia, ni el régimen general para los restantes extranjeros, que se contienen en otros apartados del citado precepto, ni tampoco lo previsto en el art.84 tercer párrafo, para el caso de que se trate de ciudadanos comunitarios que hubieran residido en España durante los diez años anteriores a la comisión del delito.

Es decir, nos encontramos ante una ciudadana de la Unión, al que corresponde el derecho primario e individual a circular y residir libremente en cualquier territorio de un Estado miembro.

(...)

Sin embargo, a la vista de la fundamentación jurídica que hemos expuesto, y teniendo en cuenta la atinada impugnación del recurso efectuada por el Ministerio Fiscal, la regla general en toda sentencia condenatoria, sea el ejecutoriado nacional o extranjero, es el normal cumplimiento de la pena , y cuando se está ante una ciudadana comunitaria -como es el caso- ha de aplicarse la normativa específica que para este caso se establece en el art. 89 .4 y que subordina la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea , "solamente"- se dice- a que " represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública".

Es preciso, por tanto, descartar la idea de que el *art. 89 CP* permita que la expulsión quede a la discrecionalidad o elección del condenado y que basten meras razones humanitarias, para ello.

Pues bien, ni el delito cometido ni las circunstancias personales de la recurrente, abonan que estemos ante un caso de la gravedad que autoriza el mentado precepto, para proceder a la expulsión.

El delito de narcotráfico, constituye un azote para la comunidad internacional, por sus devastadores efectos personales, familiares y sociales, debiendo evitarse, por tanto, todo mensaje que pueda interpretarse como favorecedor de la impunidad y por ello, contrario a las funciones de prevención general y especial de la norma penal.

Por otro lado, la expresión "amenaza grave para el orden público o la seguridad pública", requiere que existan datos, informes o antecedentes que permitan fundamentar que se trata de quien constituye un peligro o amenaza real, actual y suficientemente relevante, para la convivencia y el orden social, por su hoja histórico-penal, sus conexiones delictivas o el delito cometido - por ejemplo, contra la seguridad nacional-. Y nada de esto, se da, en el presente caso.

En efecto, el TJUE (así STJE de 23-11-2010 asunto "Tskouridis -C-145/2009, ha afirmado que para considerar la "seguridad pública" o el "orden público" afectados de modo grave, ha de estarse ante "circunstancias excepcionales" es decir, que se alcance un menoscabo a la seguridad con "un nivel particularmente elevado", ya que suponen una excepción al principio fundamental de la libre circulación de personas, lo que exige una interpretación estricta.

En definitiva, la expulsión de un ciudadano comunitario es legítima cuando constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida.

Por todo ello, si se está ante una ciudadana comunitaria, sin residencia anterior en España, y no se ha acreditado concurran los específicos requisitos que establece el *art. 89 CP*, para acordar su expulsión del territorio nacional, no cabe otra respuesta que desestimar el recurso y confirmar la sentencia, ante el único motivo objeto de esta apelación.

Audiencia Provincial

1.AAP de Pontevedra, secc.5ª, nº 221/2017, de 21 de marzo

El penado pide la expulsión. El peligro para el orden público o la seguridad nacional no se cumple porque el penado tenga numerosos antecedentes penales. El art.89.4 CP habla de terrorismo, crimen organizado y delitos contra la vida. El que haya sido expulsado en otros procedimientos no es relevante. Una cosa son condenas por delitos patrimoniales y otra la aplicación de un subtipo agravado - art. 234 y 235.7 CP - tras haber sido condenado en múltiples ocasiones anteriores. Las valoraciones deben ser distintas

El orden público y la seguridad nacional son conceptos de tipo administrativo para cuya interpretación debemos acudir a lo dispuesto en el RD 240/2007 que regula la situación de los ciudadanos europeos en España y a la propia jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo en que se declara de forma reiterada que la existencia de numerosos antecedentes penales no es equivalente a peligro para la seguridad nacional o para el orden público: (de hecho el propio art. 89.4 CP nos ilustra al hablar de terrorismo, crimen organizado, delitos contra la vida, etc.).

Es cierto pues que el penado no supone un peligro para el orden público ni para la defensa nacional, pero también es cierto que su multirreincidencia indica la pertinencia del cumplimiento de la pena por cuanto tras perpetrar en más de tres ocasiones delitos de la misma naturaleza es preciso dar respuestas punitivas con contenido reeducador y rehabilitador y que eliminen toda idea de impunidad.

Dice el recurrente que otros tribunales han acordado la sustitución de la pena de prisión por expulsión del recurrente y tal hecho es cierto, pero no se puede hacer una comparación con la relevancia y trascendencia de los hechos plasmados en dichas sentencias, con aquellos por los que ha sido condenado en esta causa.

Es decir, una cosa es la condena por meros delitos patrimoniales y otra la condena por un subtipo agravado - art. 234 y 235.7 CP - tras haber sido

condenado en múltiples ocasiones anteriores. Por tanto, la valoración de las circunstancias debe ser forzosamente diferente.

2. RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.

Residencia

Tribunal Supremo

1.STS nº 358/2017, de 18 de mayo

Se revoca la expulsión. La LO 1/2015 permite aplicar el art.89 CP a residentes si no son de larga duración La Sentencia señala que el penado es residente pero no expresa si es de larga duración lo que impediría aplicar la expulsión.

El *artículo 89 del Código Penal*, en la redacción que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, disponía en su apartado quinto que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad

Y ese mismo artículo en la redacción vigente, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone en su apartado cuarto, entre otros extremos, lo siguiente: 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....

También se dispone en ese apartado cuarto que si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal....

El recurrente se opone a la expulsión alegando que tenía residencia legal en España en vigor y un hijo de nacionalidad española.

El Tribunal de instancia al decidir la expulsión sustituyendo a parte

de la pena privativa de libertad, se limita a decir, en relación a sus circunstancias personales, que no se ha acreditado arraigo familiar en España, sin perjuicio de tratarse de un residente legal en nuestro país.

Además de lo escueta motivación en la que se decide sobre la expulsión, se declara probado que es residente legal en España sin precisarse el tiempo que dura esa residencia y por consiguiente no se sabe si ha durado lo diez años a que se refiere el apartado cuarto del vigente artículo 89 para excluir la expulsión, ya que no se trata de ninguno de los delitos que la hubieran permitido a pesar de haber residido diez años ya que no ha sido condenado, como sucede con los otros acusados, por delito de integración en grupo criminal. La redacción del artículo 89 que estaba vigente cuando se produjeron los hechos excluye expresamente la expulsión de los residentes legales e España.

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal), nº12/2017, de 7 de marzo

El penado pide la expulsión inmediata al ser irregular. Se deniega. Consta que el penado estaba en situación administrativa de estancia. En todo caso ese dato es irrelevante tras la reforma de la LO 1/2015.

Además, aunque por el recurrente se alegue que el acusado se encontraba en situación irregular en España, en cuanto al citado extremo, por un lado, consta en los hechos probados que Marco Antonio, de nacionalidad argentina, se encontraba en situación administrativa dentro del periodo regular de estancia en España y, por otro lado, es intrascendente, pues tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal.

Audiencia Provincial

1.SAP de Vizcaya, secc.2ª, de 28 de marzo de 2017 (Recurso nº 2/2017)

El documento que acredita la solicitud de asilo con validez hasta diciembre del 2016 no es una autorización de residencia. Sólo acredita que ha pedido la protección internacional y está en trámite. Es admisible la posición de la Magistrada de instancia de no pronunciarse sobre la expulsión dado el carácter temporal en que el documento está en vigor.

Como último motivo del recurso se dice que el Sr. Bruno se encuentra en España de forma regular, luego conforme con el artº 89 CP procede acordar que no haber lugar a la sustitución de la pena de prisión por expulsión, en contra de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, y ello frente al contenido de la sentencia que no resolvió sobre esta cuestión en tanto el carácter temporal del documento aportado al inicio de la vista oral.

Sostiene el recurrente y frente a lo que se lee en el relato de hechos probados, que su situación es regular pues posee Carta de Refugiado.

Bien, esto no es exactamente así. El recurrente aportó al inicio de la vista oral documento acreditativo de la condición de solicitante, en tramitación, de protección internacional, expedido en septiembre de 2016 y con validez hasta diciembre del mismo año, siendo eso lo que acredita: que ha solicitado aquella protección y que está en trámite, entendiéndose entonces que la decisión de la Magistrada a quo de, dada la (corta) temporalidad de dicho documento, no pronunciarse sobre dicho aspecto, lo que permite el artº 89.1 párrafo 2º del Código Penal vigente a la fecha de los hechos y artº 89.3 CP en su actual redacción.

2.SAP de Barcelona, secc.9ª, nº 38/2017, de 17 de enero

Se solicita en ejecución que se deje sin efecto la expulsión por estar tramitando la autorización de residencia. No consta que, en el momento de cometer los hechos, el acusado tuviera permiso de residencia. Tampoco en sus alegaciones o en juicio manifestó que se había solicitado dicha autorización ni que hubiera promovido medida cautelar alguna. La certificación de la Policía indicó que el penado era irregular por lo que la expulsión es correcta.

SEXTO.-Finalmente, se insta la revocación de la medida sustitutiva de la pena de prisión por expulsión que viene acordada en la dicha sentencia, alegando en pos de esa reivindicada revocación que se halla el recurrente sustanciando su regularización administrativa como ciudadano extranjero extracomunitario y que ,por consiguiente, se sostiene que por mientras no recaiga una resolución en el ámbito administrativo no sería dable proceder a la medida de sustitución de la dicha pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional ,es decir, en tanto no se pronuncie el órgano competente en relación a la petición de regularización.... Resulta que con su verdadera identidad, el acusado no consta que en el momento de cometer los hechos imputados tuviera permiso de residencia, y ni en el escrito de conclusiones provisionales, ni en el plenario, se propuso ni se ha aportado principio alguno de prueba adversativa del aserto conforme al cual se hubiese instado la regularización de la situación administrativa de estancia en el territorio

[Escriba aquí]

español del acusado, ni tampoco que se hayan promovido medidas cautelares en tal sentido ,por lo que el pronunciamiento judicial atañente a la expulsión del territorio nacional ,al tenor de la documentación incorporada a la causa, folio 108 de las actuaciones, consistente en el certificación de la Dirección General de Policía relativa a la situación administrativa del inculpado, según la cual carece de permiso de residencia y se encuentra en situación de estancia irregular, siendo susceptible de expulsión, determinan la corrección de la decisión judicial al amparo de lo dispuesto en el art. 89 del C.Penal , toda vez que la pena impuesta supera el año de prisión

V. Ter. NATURALEZA DE LA PENA A LA QUE SE APLICA LA EXPULSIÓN

Audiencia Provincial

1.AAP de Zaragoza, secc.6ª, nº48/2017, de 17 de enero

Imposibilidad de aplicar la expulsión del 89 CP a la responsabilidad subsidiaria por impago de prisión. Sólo puede aplicarse a la prisión

El artículo 89 del Código Penal regula la sustitución de las penas de prisión por expulsión del territorio nacional, y dentro de este concepto no puede entenderse incluida la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de multa. Conforme al artículo 35 del Código Penal, dentro de las penas privativas de libertad han de distinguirse la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria, y como se ha dicho el artículo 89 tan solo es aplicable a la primera. De lo contrario se podría producir un fraude de ley, pues quedaría a la libre decisión del extranjero cumplir la pena de multa o impagarla para que se derivara a una responsabilidad personal subsidiaria, debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, que el artículo 53 del citado Código permite que la responsabilidad personal subsidiaria puede cumplirse también por trabajos en beneficio de la comunidad. Se rechaza el recurso.

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

Cuestiones generales

Tribunal Supremo

1. ATS n°472/2017, de 9 de marzo

No procede discutir en casación la procedencia de la expulsión. El Tribunal de instancia no ha expulsado, sino que ha aplazado su decisión a ejecución

Por otra parte, se comprueba de la lectura de la sentencia combatida que no se acordó la imposición de la medida de sustitución de la pena por la expulsión del territorio español. No existe razonamiento alguno que así lo indique en el cuerpo de la sentencia. En el fallo, se dice que "una vez firme esta resolución, procédase a dar el trámite del artículo 89.3º del Código Penal ". Este precepto establece, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, 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 pena. Esto es, el Tribunal no ha acordado medida alguna al respecto, sino que la ha diferido al momento correspondiente de la ejecución de la sentencia.

2. ATS n° 600/2017, de 30 de marzo

Un auto de aclaración por el que se acuerda aplazar a ejecución la expulsión judicial no causa indefensión alguna

..., no cabe entender que el auto aclaratorio de la sentencia haya generado indefensión alguna.

El auto de 25 de noviembre de 2016 se limita a incorporar un párrafo adicional al Fundamento de Derecho Cuarto con el siguiente contenido: "en cuanto a la expulsión del territorio nacional, el penado ha alegado arraigo en España y vivir junto a su padre desde hace 10 años por lo que, previa acreditación en su caso de tales hechos, se resolverá por auto posterior". Por tal motivo, en el Fallo se añade un párrafo adicional con el siguiente contenido: "se acordará por auto posterior sobre la expulsión del penado".

Y ello por cuanto en el escrito de acusación el Ministerio Fiscal solicitaba la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España, con base en el artículo 89.1 del Código Penal , así como el ingreso en centro de internamiento con base en el artículo 89.6 del Código Penal .

Por tanto, el auto de aclaración no toma decisión alguna sobre la expulsión, posponiéndola hasta el momento de la ejecución de la sentencia, para que el condenado pueda acreditar el arraigo alegado, siendo esta una posibilidad legalmente prevista. La decisión que se tome, en su momento, podrá ser objeto de los recursos pertinentes. No se detecta indefensión alguna.

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona,secc.2ª,nº123/2017.de 22 de febrero

No se puede denegar en ejecución la expulsión ni por circunstancias que se conocían al dictar Sentencia ni por razones distintas a aquellas (nacionalidad, residencia en territorio comunitario y arraigo) por las que en Sentencia se aplazó a ejecución la decisión sobre la expulsión ya que las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos

Pues bien, los motivos que llevaron a la Magistrada "a quo" a denegar por auto de 8 de noviembre de 2016 la sustitución de la pena de dos años y ocho meses de prisión impuesta al penado Ángel Jesús , hasta el momento en que haya cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta, o accediese al tercer grado penitenciario o se le concediese la libertad condicional, concurrían y eran perfectamente conocidos en el momento en que se dictó la sentencia de 20 de mayo de 2016 , razón por la cual debió haberse denegado en su caso en ésta la sustitución hasta el momento fijado en el ulterior auto de 8 de noviembre de 2016

Si ya ello bastaría para estimar el recurso, coadyuvará a ello el hecho de que en la mencionada sentencia, al aclararse la misma a instancia de la defensa del acusado por auto de 3 de junio de 2016, se acordó ciertamente deferir al trámite de su ejecución el pronunciamiento sobre la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del penado del territorio nacional, más tal aplazamiento de la decisión se justificó sobre la base de entenderse necesaria la comprobación de la nacionalidad y residencia en territorio comunitario del acusado y demás circunstancias de arraigo del mismo.

Esas y no otras eran las razones por las cuales la magistrada "a quo" (distinta de la que ulteriormente dictó el auto recurrido en reforma y subsidiario de apelación) consideró que imposibilitaban resolver en sentencia sobre la sustitución y por tanto sólo en atención a ellas debería decidirse en el trámite de ejecución de la sentencia sobre el apuntado particular. Y que se defiriera al trámite de ejecución la decisión sobre la sustitución por las razones apuntadas (sólo por ellas) resultaba perfectamente comprensible si se tiene presente que el art 89 del C. Penal dispone en su apartado 4 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".

Denegar finalmente la sustitución inmediata de la pena de prisión impuesta al penado Sr Ángel Jesús al amparo de motivaciones totalmente ajenas a aquéllas que llevaron a deferir el pronunciamiento al momento de ejecución de la sentencia supone sin duda alterar el sentido de ésta, siendo sabido que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Se ejecuta aquello que se ha acordado en sentencia.

Se aplaza la decisión de expulsión

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 37/2017, de 16 de enero

Por la ausencia de certificación administrativa sobre la residencia

Por último y en cuanto a Matias Domingo, revisadas las actuaciones por este Tribunal y salvo error del mismo, no aparece en las mismas el certificado sobre situación administrativa de Matias Domingo, por lo que, ante la falta de constancia de su situación en España, no puede acordarse la expulsión del mismo en la presente resolución, sin perjuicio de lo que pueda solicitarse en ejecución de sentencia.

2.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 11/2017, de 29 de marzo

Para comprobar el estado de las ejecutorias

En cuanto a la expulsión solicitada por el Ministerio Fiscal a la vista de la situación irregular del interesado en nuestro país, hay base para acordarla, pero debe comprobarse la situación de las diversas ejecutorias que tiene pendientes, por lo que la decisión debe diferirse a la fase de ejecución de sentencia.

Para oír al penado

3.SAP de Madrid, secc.23ª, nº 300/2017, de 23 de mayo

En cuanto a la sustitución de la pena por su expulsión, la solicitó la acusación de conformidad con el *artículo 89. 1 del CP*, al constar en las actuaciones que el acusado se halla en situación irregular, más no se escuchó al acusado al respecto en el acto de la vista, estableciendo el *artículo 89. 3 del CP* que, el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible y 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.

4.SAP de Vizcaya, secc.2ª, nº 15/2017, de 24 de marzo

En el caso de autos, el hecho de que el encausado no haya comparecido a la vista oral, celebrándose el juicio en ausencia conforme a lo establecido en el artº 786.1 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , implica que no ha sido oído a este respecto como se infiere de la regulación de esta modalidad de sustitución, motivo por el que tal cuestión se difiere a la fase de ejecución de sentencia

Para interrogar al acusado o subsanar el silencio del Juzgado de lo Penal sobre la expulsión

5.SAP de Madrid, secc.5ª, nº36/2017, de 25 de abril

Se aplaza porque el acusado no ha sido interrogado sobre aspectos importantes para decidir sobre la expulsión

No habiendo sido interrogado el encartado Federico sobre circunstancia alguna susceptible de influencia en cuanto a lo relativo a la sustitución de la pena impuesta por la de expulsión del territorio nacional y en las condiciones del artículo 89.2 y 3 del Código Penal es de estar al trámite de la ejecución de sentencia para pronunciarse sobre el particular previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás

6.SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 5/2017, de 20 de abril

El Fiscal pide la expulsión en conclusiones. No se debate en juicio. No cabe entender que el Juzgado de lo Penal ha denegado la expulsión para que entre a conocer la Audiencia ni tampoco que ha existido una

incongruencia omisiva determinante de la nulidad de la Sentencia porque la norma completa la posibilidad de que se resuelva la petición de expulsión en comparecencia posterior siempre que no se haya resuelto en Sentencia.

El recurso que formula el Ministerio Fiscal se limita a impugnar la falta de pronunciamiento en la sentencia sobre la petición formulada de sustitución de la pena de prisión por la expulsión del condenado del territorio español, al amparo del art. 89 del CP , que ya constaba en el escrito de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, habida cuenta que el mismo carece de permiso de residencia en España.

Entendiendo que se ha denegado la sustitución, al no pronunciarse sobre ella, y puesto que tenía conocimiento de tal petición el condenado, sin que haya aportado prueba alguna de su, se interesa por el Ministerio Fiscal que se estime la sustitución por este Tribunal o se devuelva la causa a la Juez de lo Penal para que motive la aplicación o no de la indicada sustitución.

Ciertamente, la sentencia no se pronuncia sobre este respecto, advirtiéndose, al visionar la grabación del juicio, que durante el mismo no se efectuó pregunta alguna, ni fue objeto de debate la situación del condenado Sr. Cosme en España.

La redacción del art.89 CP vigente en la fecha de los hechos contempla la posibilidad de que pueda resolverse sobre la expulsión del territorio, que dicho precepto regula, en sentencia, siempre que ello sea posible y en los demás casos, una vez declarada la firmeza, previa audiencia de las partes.

La ausencia de manifestación alguna sobre esta cuestión en la sentencia, así como la falta de debate en el acto del juicio, nos impide concluir que se ha denegado la expulsión, como parece entender el Ministerio Fiscal, a los efectos de que este Tribunal se pronuncie sobre tal denegación en este recurso.

Tampoco procede entender que se trata de un caso de incongruencia omisiva, cuya solución sería la declaración de nulidad de la sentencia para ser completada por la misma Juez que la dictó, puesto que la norma contempla la posibilidad de que se resuelva la petición en comparecencia posterior, siempre que no sea posible decidirlo en la sentencia, lo que estimamos que ha sucedido en este caso, habida cuenta que no se ha producido debate alguno en el juicio sobre la cuestión y que ésta no es clara, puesto que el acusado reside en este país desde, por lo menos, el año 2009, en el que le consta el primer antecedente penal, lo que implica un cierto arraigo.

Por ello, rechazamos la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal, para que, una vez firme la sentencia dictada, se celebre la comparecencia prevista en el art.89.3 del CP , sobre la petición de expulsión, dando la oportunidad a todas las partes de pronunciarse sobre la cuestión y aportar la prueba que les interese.

Para verificar una situación de arraigo

7.SAP de Madrid, secc.27ª, nº 280/2017, de 18 de abril

En el acto del juicio y a preguntas del Ministerio Fiscal manifestó el acusado que está en España desde hace quince años si bien no se encuentra en situación legal (lo que efectivamente aparece acreditado en la causa), y que se casó en España y tiene una hija de nueve años. Pero ninguna documentación avala tales manifestaciones por lo que no contamos con datos suficientes para realizar en este momento un pronunciamiento sobre la sustitución de las penas con base en las exigencias de valoración expuestas. Por ello estimamos que no procede acordar en sentencia la sustitución inmediata de las penas privativas libertad superior a un año impuestas al acusado, sino que corresponde acordar su ejecución y posponer el pronunciamiento a la fase de ejecución para, una vez oídas las partes, poder adoptar la decisión que proceda tomando en cuenta las circunstancias personales que concurran en dicho momento procesal.

8.SAP de, secc.17ª, nº 233/2017, de 17 de marzo

Para comprobar si el penado espera un hijo

En relación con la sustitución de parte de la pena por expulsión, estimamos adecuado posponer el pronunciamiento a la fase de ejecución de sentencia, como permite el artículo 89 del Código Penal , pues no contamos con la información necesaria en los autos -más allá de las alegaciones de la defensa de que espera un hijo- acerca de las circunstancias personales del acusado.

9.SAP de Madrid, secc.17ª, nº 208/2017de 10 de marzo

En relación con la sustitución de parte de la pena impuesta a Bernardo por expulsión, estimamos adecuado posponer el pronunciamiento a la fase de ejecución de sentencia, como permite el artículo 89 del Código Penal , pues no contamos con la información necesaria en los autos -más allá de las alegaciones de la defensa- acerca de las circunstancias personales del acusado.

10.SAP de Madrid, secc.17ª, nº 351/2017, de 26 de mayo

En lo que concierne a la sustitución por expulsión de la pena privativa de libertad en los términos previstos en el artículo 89 del CP y tal como se anunció en el plenario, se decidirá en ejecución de sentencia al objeto de que oídas las partes pueda valorarse el arraigo del penado.

11.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 18/2017, de 4 de mayo

La cuestión de si procede sustituir las penas impuestas por la expulsión del territorio nacional la Sala lo difiere al trámite de ejecución sentencia, vista la documentación presentada en el acto del juicio y existiendo dudas sobre el arraigo del acusado en España

VII. OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN

Tribunal Supremo

1. STS nº 221/2017, de 29 de marzo

Delito de exaltación del terrorismo. Un año y seis meses de prisión

Se justifica la expulsión, pero no las razones por las que se acuerda el cumplimiento parcial de la pena de prisión. Con ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

b. Cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En esta tercera categoría, la nueva regulación legal vuelve a realizar una evaluación ex lege de la posibilidad de ejecutar íntegramente la pena, o de que pueda resultar conveniente -como criterio general- el cumplimiento parcial de la pena. Esto es, contemplada la prevención especial, una atención general del orden público y la conveniencia de potenciar una confianza en la vigencia de la norma penal, para la protección de determinados bienes jurídicos atacados mediante las acciones de singular significación criminal que hemos descrito, puede justificar el cumplimiento parcial de la pena -y aún el completo-, antes de proceder a la expulsión del territorio nacional del condenado

(...)

No obstante, el Tribunal (FJ 5) se limita a expresar las razones que justifican la expulsión, sin abordar ningún juicio valorativo respecto de los motivos que sustentan el cumplimiento parcial de la pena que impone. Incumple así un deber reforzado de motivación que, inserto en el derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo permitiría al afectado conocer las razones que justifican un rigor añadido y de aplicación discrecional, sino que posibilitaría la revisión casacional de los parámetros legales de su adopción.

Audiencia Provincial

1. SAP de Murcia, secc. 5ª, nº 91/2017, de dos de mayo

No pronunciarse sobre la expulsión solicitada no es causa de nulidad. Puede hacerse en Auto aparte

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO

Tribunal Supremo

1.ATS nº536/2017, de 23 de febrero

En definitiva, se trata de acreditar la vinculación o el sentimiento expreso o tácito de permanencia y de entronque de una persona con un territorio o un país, que no se ha conseguido en el presente caso

2.STS nº 221/2017, de 29 de marzo

El arraigo es la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la expulsión. Pivota sobre dos vectores. 1)Personal: Los perjuicios que para el penado implica la expulsión del país. Ello involucra el esfuerzo vital en años y expectativas de futuro que el penado haya pasado para asentarse en nuestro país y el agravio que la expulsión supone para su familia, trabajo y patrimonio 2) colectiva: que exige valorar si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia.

El arraigo no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo. Usado como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión, el arraigo obliga a contemplar dos vectores: 1) Principalmente, los perjuicios que para el penado puede suponer la expulsión del país. Eso involucra el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país; así como el agravio que la medida de expulsión entraña para su vida familiar o afectiva, para su actividad laboral o para otros intereses patrimoniales que pueden resultar afectados. Como ya hemos adelantado, no puede hablarse de proporcionalidad sin contemplar singularmente esta afectación de la medida. 2) En todo caso, existe una consideración colectiva del arraigo, que tampoco puede eludirse cuando la norma penal apela al arraigo como marcador de la

proporcionalidad de la medida de expulsión. Esa dimensión del arraigo, hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia. Ambos factores -el personal y el colectivo- permiten medir el arraigo y ponderar el grado de afectación de una eventual decisión de expulsión, desvelando si puede resultar o no desproporcionada como respuesta punitiva, en atención al delito cometido y a las circunstancias por las que se impone.

B. ARRAIGO FAMILIAR

Tribunal Supremo

1.ATS nº 759/2017, de 27 de abril

El Tribunal decreta la **expulsión** del acusado. Indica que no consta acreditado arraigo alguno por su parte, más allá de tener un hermano que ha adquirido la nacionalidad española.

Por tanto y de acuerdo con los argumentos desarrollados en el presente caso, y la doctrina citada, la decisión tomada por parte del Tribunal de instancia se ajusta a Derecho encontrándose justificada con las pruebas a tal efecto practicadas.

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.3ª, nº 181/2017, de 18 de mayo

Se aprecia el arraigo. Matrimonio.

Sin embargo, también lo es que, en el caso que nos ocupa y dada la situación personal del acusado Conrado el cual reside desde hace varios años en nuestro País y está casado, entiende este Tribunal que el mismo goza del suficiente arraigo en España y que la sustitución solicitada por el Ministerio Fiscal resulta desproporcionada

2.SAP de Navarra, secc.1ª, nº 50/2017, de 7 de marzo

Se aprecia el arraigo. Se ha acreditado que el penado está inscrito como pareja de hecho con la mujer que es madre de su hijo menor de

siete años. Aunque ha sido condenado por un delito grave, la expulsión sería desproporcionada

De la documental aportada con el escrito de interposición del recurso de apelación se ha justificado documentalmente que el acusado está inscrito como pareja de hecho con la madre de su hijo menor de siete años de edad.

El artículo 89.4 del Código Penal dispone: "no procede 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".

Por tanto, la sustitución de la pena de prisión de más de un año por la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 89 citado no procede en los supuestos en los que la expulsión resulte desproporcionada por razón de las circunstancias personales y del arraigo.

En este caso, a la vista del arraigo justificado por la defensa del acusado se infiere que, no obstante haber sido condenado por un delito grave perpetrado durante el período de suspensión de la condena, delito de pertenencia a organización criminal, la situación familiar del acusado permite inferir que tiene arraigo en España, y que el mismo debe cumplir con sus obligaciones paterno filiales, lo que justifica este caso la excepción a la medida de expulsión del territorio nacional.

3.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 37/2017, de 16 de enero

Se aprecia el arraigo y no se expulsa. Está casado con una persona de nacionalidad española. El matrimonio convive en el domicilio en el que está empadronado. Los años de residencia, aunque sea ilegal deben ponderarse,

Respecto de Bruno Teodosio , ponderando que aquel contrajo matrimonio en el año 2012 con Carolina Dulce , natural de la República Dominicana y con nacionalidad española y que el matrimonio convive en la vivienda sita en la CALLE001 , núm. NUM007 , NUM008 NUM012 , de Barcelona (Barcelona), donde aquel se encuentra empadronado, atendiendo a los años de residencia en España, que aunque ilegal deben ponderarse para adoptar la resolución, estimamos que concurre el suficiente arraigo familiar en Bruno Teodosio para no acordar su expulsión como se solicitaba por el Ministerio Fiscal.

4.SAP de Gerona, secc.3ª, nº 300/2017, de 29 de mayo

No se aprecia el arraigo. Lo único que se acredita es que tiene hermanas en España.

En el presente caso, el acusado se halla en situación irregular en España y en cuanto al arraigo que declara tener, el recurrente manifiesta que lleva residiendo en España doce años, pero al mismo tiempo declara que actualmente reside en Marruecos. Únicamente acredita el empadronamiento de dos mujeres que llevan su apellido y que declara el acusado que son sus hermanas, así como contrato de trabajo e hipoteca e inscripción en el registro de la propiedad de una de ellas. Es decir que el único arraigo que acredita el acusado es el de quien dice que son sus hermanas.

5.AAP de Coruña, secc.1ª, nº 436/2017, de 26 de mayo

No se acredita el arraigo. El que se haya casado con una española no permite dejar sin efecto la expulsión acordada en Sentencia firme, expulsión que ya fue materializada.

El pronunciamiento contenido en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Número 1 de Ferrol en el Juicio Rápido 3342/2015 el día 24 de octubre de 2014, con la conformidad del acusado, hoy apelante, no puede ser revisado a pesar de las alegaciones de este último. En la sentencia referida se condenó a Justino como autor de un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar a la pena de cuatro meses de prisión, pena que se sustituyó en la misma sentencia por su expulsión del territorio nacional por un plazo de 5 años en aplicación del *artículo 89 del Código Penal*. La expulsión del condenado fue materializada el día 20-11-2014 (folio 76). Por ello, en aplicación de la *Disposición transitoria segunda de la LO 1/2015, de 30 de marzo* aquel pronunciamiento judicial no puede ser revisado tal y como informa el Ministerio Fiscal en fecha 28-11-2016 y resolvió la *Juez de lo Penal en auto de 10 de marzo de 2017* ; el hecho de que el penado se haya casado con posterioridad con una ciudadana española no pueda alterar dicha conclusión pues las sentencias penales firmes deben ejecutarse en sus propios términos sin que las decisiones personales pueden afectar su ejecución.

6.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 37/2017, de 16 de enero

No se aprecia el arraigo y se expulsa. No pudiendo estimarse en modo alguno que la existencia de un domicilio donde resida Fermín Pio suponga suficiente arraigo para considerar desproporcionada la expulsión del mismo

7.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 33/2017, de 19 de enero

Falta de prueba del arraigo. Necesitar interprete es expresivo de la falta de arraigo

“, no es aplicable el art. 89.4 CP dado que no se ha acreditado en el juicio el concreto arraigo en España. Aunque declaró que lleva en España desde hace cuatro años y que vive con su hermano, residiendo el resto de la familia en Pakistán y que como fuente de ingresos vive de "vender cervezas" en la calle, ninguna prueba documental ni testifical ha aportado de sus manifestaciones. Ninguna acreditación documental nos ha aportado la defensa de sus hipotéticos empadronamientos, tarjeta sanitaria, medios de vida o circunstancias familiares. Finalmente, no hay causas que justifiquen su permanencia y cumplimiento de la pena en nuestro país. El hecho de que precisara en el plenario traductor -al no entender ni catalán ni castellano- es también expresivo de su falta de arraigo.”

8.AAP de Barcelona, secc.9ª, nº 106/2017, de 20 de febrero

Se expulsa. No es un especial arraigo tener hermanos en España con nacionalidad española. No consta que tenga familiares de primer grado, ni trabajo, ni bienes.

Alega el apelante que posee arraigo en España, pero no lo acredita. Los documentos que ha presentado reflejan que tiene varios hermanos residiendo en España, y que dos de ellos tienen la nacionalidad española. Pero ello no implica que el apelante tenga un especial arraigo en España, donde no consta que tenga familiares de primer grado, ni trabajo, ni bienes. Ha de tenerse en cuenta que la regla general, según el art. 89.1 del Código Penal es la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, y el art. 89.4 prevé una excepción que solamente será aplicable cuando concurran circunstancias que así lo justifiquen.

D.ARRAIGO LABORAL

Tribunal Supremo

1.ATS nº 759/2017, de 27 de abril

El recurrente sólo acredita que ha cotizado a la Seguridad Social 1.399 siendo su última situación de alta en el 2010 y baja en el 2013

El Tribunal decreta la expulsión del acusado. Indica que no consta acreditado arraigo alguno por su parte, más allá de tener un hermano que ha adquirido

la nacionalidad española, haber cotizado a la Seguridad Social 1.399 días, siendo su última situación de alta el 14 de mayo de 2010 y dado de baja el 23 de abril de 2012, última fecha que consta en el informe de vida laboral obrante en las actuaciones del Juzgado de Instrucción número 22 de Madrid, al folio 38, sin que la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Audiencia Provincial

1.AAP de Soria, secc.1ª, nº 70/2017, de 6 de abril

Dentro de una petición de tercer grado se pide la expulsión una vez que sea concedido. Contradicción en la alegación del recurrente. Para reclamar el tercer grado señala que tiene el apoyo de su madre y para que se le conceda la expulsión que tiene un hijo que cuidar en su país lo que hace que la alegación de la madre carezca de contenido real. No se dan los requisitos del tercer grado por lo que carece de utilidad la expulsión

Parece en principio contradictorio que, por un lado, se solicite el tercer grado penitenciario, aludiendo que cuenta con apoyo familiar en esta ciudad, con su madre, y, a renglón seguido, se aluda a que el progreso de grado, determinaría la aplicación de la orden de expulsión, del artículo 89, y poder regresar a su país natal, para hacerse cargo de su hijo. De ser así su pretensión, sería obvio que cualquier referencia al apoyo de su madre, en España carecería de contenido real.

...

En cualquier caso, obviamente las alegaciones de la defensa que la concesión de un tercer grado implicaría la aplicación de la expulsión, que es lo que desea el interno, en nada afecta al razonamiento anterior. No cabe la progresión de grado, porque no se justifica legalmente su concesión, por lo que cualquier cuestión atinente a una posible sustitución de la condena en prisión, por la expulsión, al menos por este momento, sería una alegación carente de sustento jurídico alguno.

Por tanto y de acuerdo con los argumentos desarrollados en el presente caso, y la doctrina citada, la decisión tomada por parte del Tribunal de instancia se ajusta a Derecho encontrándose justificada con las pruebas a tal efecto practicadas.

2.SAP de Barcelona, secc.8ª, nº73/2017, de 9 de febrero

Se deniega el arraigo. El penado tiene antecedentes. El contrato laboral se formaliza poco antes de cometer el delito.

En cuanto al segundo motivo, la petición de que se deje sin efecto la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, debe denegársele por las razones indicadas en la sentencia. En efecto, por un lado le consta un antecedente penal, sentencia firme de fecha 30 de abril de 2013 por delito de agresión sexual cometido el 24.11.2012 a la pena de prisión por 2 años y a la pena de aproximación a la víctima durante 5 años y por delito de lesiones cometido el 24 de noviembre de 2012 a la pena de 1 año de prisión, y por delito de robo con violencia cometido en fecha 24.11.2012 a la pena de 2 años de prisión; y por otro lado el contrato de trabajo que aporta es de fecha 26 de setiembre de 2016 hasta fin de obra o servicio, o sea pocos días antes de la comisión de los presentes hechos, sin que haya acreditado un arraigo suficiente para poder dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA

Tribunal Supremo

1.STS nº 221/2017, de 29 de marzo

No se aprecia el arraigo. Su residencia ha sido inferior a diez años. El penado ha sido condenado por exaltación del terrorismo rechazando la libertad ideológica que existe en Occidente. El recurrente reconoce problemas familiares. Su madre no vive ahora con él, sino que regresó a Marruecos. Carece de autorización administrativa para residir.

De un lado, no existe impedimento legal a la expulsión del condenado del territorio nacional, no sólo porque su residencia en España se reconoce en el recurso como inferior a diez años, sino considerando la naturaleza del delito cometido, esto es, un delito de exaltación del terrorismo, para el que la expulsión no se veta en ningún caso. Y en el plano de la oportunidad de la decisión, deben destacarse dos parámetros que permiten evaluar la proporcionalidad y pertinencia de la decisión. En primer lugar, que, pese al largo asentamiento en España del condenado, el delito perpetrado es un delito de terrorismo y, por tanto, uno de aquellos tipos penales cuya especial

naturaleza -en términos de prevención general- reclama un mayor rigor en la aplicación de la norma de expulsión. En segundo término, que las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España, no muestra la desproporción de la expulsión que apunta el recurso...La sentencia de instancia proclama la comisión de un delito de exaltación del terrorismo y desvela un rechazo del acusado a la manera en que se materializa la libertad ideológica en el seno de las democracias occidentales, posicionándose a favor del nacimiento de un frentismo bélico contra ellas. Recoge además que el recurrente carece de autorización administrativa para residir en España e identifica que el propio acusado reconoce sufrir problemas familiares. A ello se añade que el Tribunal no percibe que concurren agravios familiares, laborales o económicos que puedan resultar inherentes a la decisión de expulsión, lo que confirma el propio recurrente al expresar que el acusado convivió en España con su madre, pero esta regresó a Marruecos, sin indicar tampoco ningún otro perjuicio distinto de su voluntad de permanencia en nuestro país. De este modo, se exteriorizan claramente las razones que conducen al posicionamiento del Tribunal, que resume, al final de su sentencia, diciendo que procede la expulsión " al no apreciar el Tribunal circunstancias excepcionales de arraigo, situación familiar o similares que aconsejen la no aplicación de esta previsión legal".

Audiencia Provincial

1.SAP de Gerona, secc.3ª, nº 300/2017, de 29 de mayo

No se aprecia el arraigo

En el presente caso, el acusado se halla en situación irregular en España y en cuanto al arraigo que declara tener, el recurrente manifiesta que lleva residiendo en España doce años, pero al mismo tiempo declara que actualmente reside en Marruecos.

2.SAP de Barcelona, secc.3ª, nº 267/2017, de 23 de mayo

No se aprecia el arraigo. Aunque consta que permanece en España desde el año 2011 ni la gravedad de los hechos-agresiones sexuales- ni las circunstancias personales del autor- Asistencia a un curso de catalán o tarjeta sanitaria-evidencian un arraigo.

El Ministerio Fiscal ha solicitado sea acordada en sentencia la sustitución parcial de las penas privativas de libertad considerando que resulta de aplicación el *artículo 89.2 del CP*, interesando que se fije como

tiempo de cumplimiento en España las dos terceras partes de la duración de las respectivas condenas. A dicha petición se ha opuesto la defensa del acusado alegando el *párrafo cuarto del artículo 89 del Cp*, según el cual, "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. Con el propósito de acreditar tales supuestos ha ofrecido prueba testifical en el plenario, habiéndose recibido declaración a Jesus Miguel quien ha asegurado conocer al acusado desde que llegó a España, en el año 2009, en compañía de un primo que convivía con el declarante, admitiendo que *“. a veces ha trabajado.. sin papeles.. en restaurante y obra.. y que. no ha tenido problemas con la policía “* Asimismo ha presentado prueba documental consistente en un certificado de empadronamiento en el que puede verse un registro en el año 2011, un certificado de asistencia a un curso inicial de catalán impartido desde el día 03/04/2013 al 17/06/2013, y copia de la tarjeta sanitaria expedida por el Instituto Catalá de la Salud el 20 octubre de 2011. Sin embargo, no parece, pese a dicha indiciaria estabilidad de domicilio y residencia en España, al menos desde el año 2011 en que consta un registro oficial, que la sustitución pretendida por el Ministerio Fiscal resulte desproporcionada, ni atendiendo a las circunstancias del hecho ni tampoco a las personales del autor, según reza el precepto invocado. Pues ni las primeras por su gravedad hacen desproporcionada tal consecuencia sustitutoria de la pena, ni las segundas evidencian un arraigo familiar, social o laboral que quepa respetar en aras a la proporción y equidad que inspira la excepción al automatismo con el que es regulada la expulsión en los términos imperativos en los que se expresa la norma.

F. OTROS

Tribunal Supremo

1.ATS n°536/2017, de 23 de febrero

Tener amigos no es arraigo. Lo es tener un trabajo o crear o tener una familia. La expulsión, al ser discrecional, no puede censurarse en casación

Por último, el acusado no demostró su nivel de arraigo en España. Como advirtió la Sala de instancia, contaba con amigos, pero su situación era irregular y carecía de otros elementos más claramente indiciarios de radicación en España como lo son normalmente el disponer de un trabajo lícito y el de haber creado o tener familia...

Por otra parte, como se expresa en la sentencia de esta Sala 1400/2005, de 23 de noviembre , la adopción de la medida de expulsión del territorio nacional, es una facultad discrecional de primer grado que le otorga la ley al Tribunal de instancia y que, por lo tanto, no es censurable en casación.

Audiencia Provincial

1.SAP de Guipúzcoa, secc.3ª, nº 25/2017, de 27 de febrero

Se acuerda la expulsión. Consta que el penado tiene numerosos antecedentes policiales y penales

En los folios 32 y 33 del Atestado constan los múltiples antecedentes policiales, en concreto del Cuerpo Nacional de Policía, desde el año 2009 hasta el año 2016 por diversas infracciones de la ley de extranjería; hurto; robo con violencia; malos tratos en el ámbito familiar. A su vez en el folio 34 se recogen los múltiples antecedentes policiales, esta vez de la Ertzaintza, desde el año 2009 al año 2016 por agresión y lesiones; agresión y amenazas; daños en vehículo; hurto; atentado a agente de la autoridad; robo con violencia; violencia de género; quebrantamiento de medida; sustracción en gasolinera.

- Consta igualmente a los folios 56 y ss. la Hoja expedida por el Registro Central de Penados y Rebeldes que el recurrente fue condenado a la pena de seis meses de prisión suspendido por un período de tres años el día 28 de Abril de 2015 mediante sentencia firme de fecha 9 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Donostia-San Sebastián en la causa 185/2014 como responsable criminalmente de un delito de robo con violencia o intimidación previsto en el artículo 262.1 del CP y cometido el día 8 de marzo de 2013.

2.SAP de Albacete, secc.2ª, nº 44/2017, de 2 de febrero

Se expulsa. El arraigo apreciado para eludir el internamiento es para dicha medida cautelar y no para la expulsión judicial. El arraigo apreciado con anterioridad para eludir el internamiento no es suficiente cuando el penado tiene una trayectoria de incumplir la ley con antecedentes por delitos violentos.

cuando "a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada". Sin embargo, no es el caso, cuando ya se prevé como regla general dicha expulsión para supuestos de prisión de un solo año,

siendo que en el presente supuesto se imponen 3 años y 9 meses de prisión, el acusado tiene no lleva en España más de 11 años empadronado y tiene antecedentes por delitos violentos si el Auto de 12.04.2016 (folio 3669 refiere haber cometido lesiones y resistencia), hasta el punto de haber sido ya expulsado o acordada su expulsión ya en 2010 y obedecer su estancia en el país a una introducción ilegal por lo que se acordó en 2013 su "devolución". El hecho de que en algún momento se haya valorado su arraigo para eludir una medida cautelar de internamiento temporal, no excluye su expulsión sino la medida cautelar indicada; y el hecho de que en el pasado se haya considerado cierto arraigo no excluye que no sea ya éste suficiente si su peligrosidad o incumplimiento de las leyes españolas se incrementa, como es el caso.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO

G.1.REGLAS GENERALES

Tribunal Supremo

1.STS nº 394/2017, de 1 de junio

Si se sigue el motivo de casación por infracción de ley del art.849.1 CP no cabe discutir la cuestión fáctica de una situación de arraigo porque hay que alterar los hechos probados por la Audiencia.

Señala el recurrente que la sentencia, a este respecto, afirma que no se ha acreditado por ningún medio probatorio que tenga "ninguna situación de arraigo social y familiar", careciendo de valor probatorio sus manifestaciones respecto a los familiares que tenía en España. A ello objeta que lleva en España desde el año 2000, esto es, dieciséis años, y que tiene un hermano actualmente trabajando en Lérida, además de otro que vivió con él y que actualmente está trabajando en el Reino Unido, y que su compañera sentimental está embarazada de siete meses y medio.

La vía procesal que utiliza la parte recurrente (art. 849.1º LECr .) impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr .) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTs 283/2002, de 12-2 ; 892/2007, de 29-10 ; 373/2008, de 24-6 ; 89/2008, de 11-2 ; 114/2009, de 11-2 ; y 384/2012, de 4-5 , entre otras).

Por lo tanto, no cabe entrar ahora de nuevo a tratar la cuestión fáctica relativa a si se dan o no los supuestos referentes a una situación de arraigo personal o familiar, u otro similar al hallarnos ante un motivo por infracción de ley. El tema relativo a la falta de arraigo social y familiar del acusado en España ya ha sido examinado y resuelto en sentido desestimatorio para el recurrente en el fundamento segundo de esta sentencia, a cuyo contenido nos remitimos con el fin de evitar reiteraciones superfluas e innecesarias.

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal) nº 17, 2017, de 22 de junio

Corresponde al acusado acreditar el arraigo. No es preciso preguntar al acusado por si dispone algún tipo de arraigo personal, familiar o laboral. Desde la perspectiva acusatoria basta con probar la residencia ilegal. La carga probatoria del arraigo incumbe al acusado.

En este caso y como se extrae del precepto reproducido, la decisión de expulsión se toma, justamente, desde la consideración de las circunstancias particulares que se aprecian en el acusado. A este fin, en el relato de hechos probados se consigna (y no se contradice en el recurso) que nació en Pakistán, que carece de permiso para residir en España y que le consta incoado Decreto de expulsión del territorio nacional. Sobre este cuadro circunstancial, la acusación pública introdujo ya en su escrito de calificación provisional del hecho una petición explícita de sustitución de la pena de prisión que instaba, por la expulsión del acusado del territorio nacional seguido de una prohibición de regreso durante cinco años.

Estos extremos constan introducidos en el proceso desde el atestado inicial, donde ya en el folio 21 de la causa se consigna su condición de residente sin permiso legal en España y la incoación de un decreto de expulsión ; extremos de los que ha tenido ocasión de defenderse el acusado ya desde la primera información de su condición de investigado, pero decisivamente al ofrecer prueba de descargo para el juicio frente a las pretensiones acusatorias contra el mismo dirigidas por la acusación pública en los términos referidos, sin que se hubiere ofrecido pruebas de descargo encaminadas a contrarrestar aquellas circunstancias o a evidenciar su arraigo en España, u otras circunstancias que permitiesen acudir al *apartado 4º del artículo 89 del Código Penal* para excepcionar la regla general de la expulsión pautada en el *apartado 1º del mismo artículo 89 CP* para toda condena superior a un año de prisión impuesta a extranjero sin permiso de

residencia legal en España.

No puede seguirse virtualidad alguna al hecho, invocado en el recurso, de no haber sido preguntado el acusado por las condiciones de su presencia en España o si disponía de algún tipo de arraigo personal, familiar o laboral, dado que, desde la perspectiva acusatoria y en orden a realizar la petición de sustitución formulada por el Fiscal, le resultaba suficiente con la acreditación del carácter ilegal de la residencia del acusado en España, como así ha ocurrido, correspondiendo a las defensas, en ese contexto probatorio, introducir en el debate los extremos fácticos relacionados con el arraigo pretendido del acusado, que solo puede conocer éste y solo en su mano está el aportar al proceso los elementos en que se sustente (*STS 394/2017, de 1 de junio* sobre la carga probatoria del arraigo que incumbe al acusado y las consecuencias de no justificar suficientemente el arraigo invocado).

Por tanto, no constando ese esfuerzo probatorio por la defensa recurrente, y si, de contrario, justificado el carácter de residente ilegal del acusado, deberá ser mantenida la sustitución decretada en la sentencia recurrida, con decaimiento también de este motivo de recurso.

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 37/2017, de 16 de enero

Ausencia de prueba de arraigo. Corresponde a la defensa acreditar el arraigo

Respecto de Fermin Pio, debemos ponderar la residencia ilegal de Enrique German en nuestro país sin disponer de permiso de trabajo, la existencia de un decreto de expulsión contra el mismo y la total ausencia de arraigo personal, familiar, económico o laboral, pues si la situación irregular consta documentada en autos (folio 686), no existe hecho alguno acreditado que demuestre el más mínimo arraigo de Fermin Pio en nuestro país, acreditación que correspondía efectuar a la defensa del acusado

G.2.MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA A LA EXPULSIÓN

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.1ª, nº 271/2017, de 19 de mayo

Se acepta la aportación de prueba sobre que vive con su esposa e hija en el domicilio familiar después del juicio oral ya que la expulsión afecta a los derechos fundamentales

En este caso el M. Fiscal ha solicitado la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión en su escrito de conclusiones provisionales y, por tanto, la defensa del acusado ha podido proponer prueba sobre aspectos relevantes de la vida del acusado y la solicitud de expulsión, y ha podido realizar las alegaciones que hubiese considerado necesarias, lo que no ha hecho.

No obstante, lo anterior, también es cierto que, aunque extemporáneamente, se han aportado los documentos que acreditan que el penado vive en España en un domicilio junto a su pareja e hija común de ambos, con lo que la medida de expulsión podría afectar a sus derechos fundamentales que deben primar sobre cualquier otra consideración.

G.3.PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR

Tribunal Supremo

1.ATS nº720/2016, de 30 de marzo

La defensa alega arraigo familiar en el país de origen para que se acuerde la expulsión No queda acreditado que la madre esté enferma porque la documentación aportada es del 2012. Tampoco que precise cuidar a su hijo en Paraguay dados los múltiples viajes en los últimos meses incompatible con el cuidado de los hijos.

Alega el recurrente, en su defensa, que su madre se encuentra muy enferma y necesita volver a Paraguay para cuidarla, sin embargo, el Tribunal no otorga credibilidad a tal afirmación, porque la documentación aportada es de 2012 y ya entonces estaba recibiendo tratamiento. Alega, asimismo, que tiene que volver para cuidar de sus hijos, porque su mujer trabaja en Brasil. Tampoco otorga credibilidad el Tribunal a esta afirmación, ya que en el pasaporte le constan al acusado múltiples viajes en los últimos meses, incompatibles con el deber de cuidar a los hijos en Paraguay.

Audiencia Provincial

1.SAP de Lugo, secc.2ª. nº 6/2017, de 18 de enero

Falta de prueba. Un penado alega una mera estancia, pero no un arraigo. En el recurso, el otro penado manifiesta tener familia sin aportar documento alguno cuando en instrucción señaló que no tenía familia

Por último, respecto de la medida recogida en la Sentencia relativa a la expulsión, así lo establece el C.P. en su artículo 89 , explicando el Juzgador el motivo por el cual opera de tal forma, motivos que se comparten por esta Sala en atención a la cantidad de sustancia intervenida. El arraigo que alega Jose María es simplemente de años de estancia en este país, pero no el arraigo familiar o laboral que no acredita, pues pese a que en el recurso refiere que tiene familia, sin aportar documento alguno, en su manifestación en instrucción negaba la existencia de familiares. Con mayor motivo en el supuesto de Paulino en donde nada se alega sobre el arraigo preciso para evitar la expulsión.

2.SAP de Madrid, secc.6ª, nº 240/2017, de 19 de abril

Respecto a su situación familiar debe indicarse que se trata de una mera alegación carente de soporte probatorio, pues ni se ha aportado el DNI del hijo común ni el libro de familia junto con el escrito de conclusiones provisionales, ni se ha aportado al acto del juicio, ni tampoco se ha aportado con el escrito de recurso, aunque se sostenga lo contrario.

G.4.PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 139/2017, de 7 de marzo

Sólo se ha presentado certificado de empadronamiento y oferta de contrato de trabajo. No hay prueba de arraigo familiar o social.

No habiéndose probado en el plenario arraigo alguno, (sino solo extemporáneamente al recurso se adjuntó el correspondiente certificado de empadronamiento y la oferta de contrato de trabajo, pero tampoco se probó o adjuntaron elementos probatorios de arraigo familiar y social); la sustitución por expulsión debe ser mantenida por ajustada a Derecho.

2.AAP de Cádiz, secc.6ª, con sede en Ceuta nº 65/2017, de 28 de marzo

El penado ha aportado numeroso documental que justifica el arraigo. Empadronamiento contratos de arrendamiento de vivienda,

contrato indefinido desde el 2008, afiliación a la Seguridad Social, alta en el INEM

Para ello alega que tiene arraigo en España. Además, ha aportado numeroso documental donde acredita ser residente de larga duración en España, al menos desde 2007, con renovación hasta el 2020, aportando tanto empadronamientos como contratos de arrendamiento de vivienda, solicitud de permiso de vehículo y de conducción, contrato indefinido fechado en 2008, afiliación a la Seguridad Social, alta en Inem y en sanidad de la CCAA correspondiente. En definitiva, toda la regularización que debe realizar de forma administrativa una persona extranjera en nuestro país

La juez a quo entiende que no se ha justificado el arraigo, pero esta Sala, a través de la documental aportada considera que, en este supuesto, a diferencia de otros muchos donde el arraigo alegado estaba basado más en alegaciones que en prueba documental, sí que está suficientemente acreditado el mismo. Consideramos que sería desproporcionado que el apelante después de cumplir dos años y dos semanas deba salir del territorio nacional y sustituir el año restante por cinco años de expulsión.

2.RAZONES HUMANITARIAS

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal), nº12/2017, de 7 de marzo

No se entra a valorar si el arrepentimiento espontáneo, el estado de necesidad y la drogadicción constituyen circunstancias que deben valorarse para expulsar ya que estas circunstancias no se encuentran recogidos en el relato de hechos probados en la Sentencia recurrida. No se puede practicar prueba sobre esos extremos ante el Tribunal Superior

En primer lugar, debemos apuntar, que la mayor parte de las particularidades del acusado que se alegan en el recurso, que se solicita que sean tenidas en cuenta por este Tribunal para acordar la sustitución de la pena impuesta por expulsión - arrepentimiento espontáneo, estado de necesidad y drogadicción- constituyen circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya apreciación, según reiterada jurisprudencia, , ya sean agravantes, eximentes o atenuantes, es preciso que quede meridianamente acreditada la concurrencia del supuesto fáctico del que toman razón (STS 7788/2009, de 11 de diciembre). Y, en el presente caso la sentencia recurrida razona que "

No concurren ni son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la conducta del acusado. En las conclusiones elevadas a definitivas en el juicio, la defensa no ha esgrimido ninguna circunstancia eximente.". Y además, hay que tener en cuenta que por el recurrente no se alega error en la valoración de la prueba por el Tribunal a quo, y que en los hechos declarados probados no se hace referencia alguna a la supuesta drogadicción, estado de necesidad o arrepentimiento de acusado, por lo que la hipotética estimación del motivo se encontraría condicionada, en parte, a la modificación de los hechos declarados probados, sin que este Tribunal pueda valorar prueba alguna al respecto, porque la misma no se practicó, y ni siquiera fueron alegadas las citadas circunstancias por la defensa del acusado.

Audiencia Provincial

1.SAP de Guipúzcoa, secc.3ª, nº 25/2017, de 27 de febrero

No hay constancia de su matrimonio suficiente ni de la petición de asilo en España.

No consta que el recurrente haya tenido que huir de Marruecos por su condición sexual o por motivos políticos.

3.GRAVEDAD DEL DELITO

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.7ª; nº 265/2017, de 3 de abril

Se revoca la expulsión concedida ante la gravedad de los hechos intentando tirar a un policía a la vía del tren y causando lesiones a otro siendo necesario evitar el sentimiento de impunidad. Debe valorarse también la imposibilidad de expulsar administrativamente al penado.

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 como 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 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. Y estas circunstancias sin duda deben referirse a las concretas del hecho y a las del culpable.

Este Tribunal considera a la vista de la gravedad de los hechos, intentar tirar a la vía del tren a un agente de policía, al tiempo que le insultaba, arañando a otro agente que interviene en auxilio de su compañero, así como y ya, en las dependencias policiales, causo lesiones a otro agente, al que mordió. Y las circunstancias personales, en relación a la imposibilidad de ejecutar la orden gubernativa de expulsión, no parece razonable acordar la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de expulsión. Por ello el recurso debe ser estimado, dejando sin efecto la sustitución acordada.

2.AAP de Granada, secc.2ª, nº 234/2017, de 29 de marzo

La denegación de expulsión está justificada por la gravedad del delito. robo con intimidación- y otros por los que han sido condenados, asesinato y pertenencia a banda armada. La expulsión se ejecutará cuando cumplan dos tercios de la condena por imperativo del art.89.1 CP.

La denegación de la pena sustitutiva se apoya en la gravedad y naturaleza del delito -robo con intimidación- y la pluralidad de delitos de la misma naturaleza por las que ambos penados han sido condenados, junto con pertenencia a banda armada, asesinato,...., de manera que saldarán su deuda con la justicia española por la totalidad de los delitos cometidos en territorio español, respectivamente, en el año 2042 - Alejandro - y 2028 - Luis Miguel -, cuestión ésta referida por el juez de instancia en su resolución y no combatida por los recurrentes. Los argumentos de la resolución apelada son compartidos por la Sala por cuanto se ajustan a las previsiones legales.

Lo anterior no obsta a que, de igual forma y por aplicación del citado precepto, art. 89.1 del C.P ., el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia que se ejecuta, se acomodará a los límites legales, por lo que

[Escriba aquí]

llegado el cumplimiento de los 2/3 de la extensión de la pena, debe procederse en todo caso, a la expulsión, como también, cuando los penados accedan a tercer grado o le sea concedida la libertad condicional

IX.CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA ANTE LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO Y RESTABLECER LA CONFIANZA EN LA NORMA

Necesidad de motivación

Tribunal Supremo

1.STS nº 317/2017, de 3 de mayo

El recurrente quiere la expulsión. Es más favorable la ley actual por cuanto la anterior sólo permite sustituir las penas de prisión inferiores a seis años. No es el caso. El Auto de aclaración justifica la razón de avanzar el cumplimiento de la pena en dos tercios antes de expulsar para asegurar la defensa del orden jurídico valorando la gravedad del delito y el fin de prevención general

Cumplimiento dos tercios Delito continuado de robo con fuerza en casa habitada. Cinco años de prisión-. Grupo criminal. Un año.

Cumplimiento de la mitad. Delito continuado de robo con fuerza en casa habitada. Cuatro años de prisión-. Grupo criminal. Un año.

Con apoyo también en el *art. 849, 1º LECRIM*, se ha denunciado como indebida la inaplicación del *art. 89 CP* en su redacción actual, por Ley Orgánica 1/2015. Al respecto se argumenta que, por auto de 28 de julio de 2016, de aclaración de la sentencia dictada en esta causa, se dispuso que las penas impuestas al ahora recurrente se sustituirían por la expulsión del territorio nacional siempre que cumpla las dos terceras partes de las mismas y haya accedido al tercer grado o se le conceda la libertad condicional con prohibición de regreso por tiempo de diez años. Esto, se dice, sin apoyo argumental en lo relativo al porqué del cumplimiento de una parte de la pena, en vez de la expulsión inmediata, que, se entiende, sería lo procedente a tenor de la redacción anterior a la de la ley que acaba de citarse, la aplicable, a tenor de las fechas de los hechos.

Pero tiene razón el Fiscal en su oposición al motivo, porque, como hace ver, en el Código Penal en su redacción precedente, las sustituibles eran las penas inferiores a seis años, y no es el caso. Por tanto, debe considerarse más favorable la actual redacción, que en el auto de aclaración se aplica de

forma argumentada y exponiendo claramente la razón por la que se opta por la fórmula recogida al principio. En efecto, pues una de las exigencias legales para actuar de ese modo es la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico, y es a la que se acoge la sala de instancia, cuando invoca a la gravedad de la pena y lo relevante de que esta pueda cumplir adecuadamente el fin de prevención general.

*Se acuerda la expulsión por el Juez expulsar tras cumplir **dos terceras partes de la condena o acceder al tercer grado o libertad condicional***

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.30ª, nº429/2017, de 29 de junio

Siguiendo criterios homogéneos para casos similares y por fines de retribución y prevención general está justificado que se cumpla parte de la pena. El acusado participa por un precio, pero no consta que forme parte de la trama delictiva por lo que es suficiente que cumpla dos terceras partes.

Delito contra la salud pública. Seis años un día de prisión.

II. En cuanto a la sustitución de la pena de prisión impuesta por expulsión del territorio nacional, tal y como señala la *Sentencia del Tribunal Supremo 221/2017, de 29 de marzo* para las penas de más de cinco años de prisión,

En estos supuestos la exigencia de cumplimiento sigue dejándose al arbitrio judicial, pero con dos especificaciones: a) El juez puede llegar a ordenar el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad y añadir la medida de expulsión , y b) El cumplimiento parcial no queda sujeto a la excepcionalidad anteriormente contemplada, sino que la gravedad de los hechos inherente a la pena finalmente impuesta, opera como inicial marcador que puede justificar -en términos de prevención general- una exigencia mínima de cumplimiento de la pena directamente impuesta; lo que no supone que el juez no haya de identificarla en la motivación de su resolución.

En el presente caso y con arreglo a criterios homogéneos observados para similares hechos delictivos, consideramos que es necesaria la ejecución de una parte significativa de la pena, dada la gravedad de los hechos y la necesidad de que la pena tenga un efecto retributivo y de prevención general significativo. Pero al mismo tiempo, puesto que no hay más indicios de una

participación del acusado a cambio de un precio, sin que conste que forme parte de la trama delictiva que se lucra con estos actos de tráfico, consideramos que la ejecución de dos tercios de la pena es suficiente para restaurar el orden jurídico quebrantado y restablecer la confianza en la norma.

3.SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 471/2017, de 16 de junio

Delito contra la salud pública. Seis años y un día.

La posición del penado en la última y más vulnerable escala hace que acordar el cumplimiento de toda la pena supone un máximo rigor injustificado lesivo del principio de proporcionalidad. Por ello se acuerda que la pena deba ejecutarse en dos tercias partes con carácter provisional

En relación con la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del penado del territorio español, y en aplicación del artículo 89. 2 del Código Penal , la Sala considera que la posición del mismo en la escala de responsabilidades necesarias para cometer el delito (la última y más vulnerable, y sin que su condena afecte a la probabilidad de reiteración futura en el mismo tipo de delitos) justifica que no se acepte la propuesta del Ministerio Fiscal de cumplimiento íntegro de la pena con anterioridad a la expulsión. Supone un máximo rigor que, por no disponer de argumentos suficientes de justificación (respecto de las finalidades de asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma, pecaría de falta de proporcionalidad. Por ello, se acuerda el cumplimiento efectivo (ejecución) de dos tercios de la pena con carácter previo a la expulsión.

4.AAP de Barcelona, secc.2ª, nº 89/2017, de 6 de febrero

Si el penado ha sido condenado por robo con violencia cuya pena de prisión se sustituye tras cumplir dos tercios por la expulsión y a pena de prisión de un año por receptación que no puede sustituirse, conforme al art.75 CP deben cumplirse primero las penas más graves que es la del robo de la que que actualmente sólo se ha cumplido la mitad. Cumplidos los dos tercios se une para su cumplimiento el año de prisión de la receptación y luego se expulsa. El cumplimiento de los dos tercios de la pena es máximo. Puede cumplirse una pena inferior. En este caso, la Sala ha justificado porque el penado debe cumplir en todo caso los dos tercios de la condena salvo que con anterioridad alcance el tercer grado.

“Pues bien, el primer punto a resaltar es que -como ya indica el Juez a quo- es de común conocimiento que como indica la *Disposición Transitoria Segunda para determinar cuál es la legislación más favorable se tendrá en cuenta uno u otro texto legal completo lo que implica la inviabilidad de aplicar el artículo 89 .1 CP* actual más beneficioso que el anterior precepto en relación al delito de robo con violencia y el 88 CP del anterior CP inexistente en el actual. Por lo tanto, entendido por la Sección Décima y por la propia parte que es más beneficiosa al reo la nueva regulación, la pena de un año impuesta por el delito de receptación que no es ahora susceptible de sustitución por expulsión (ni desde luego por multa desaparecido el *artículo 88 CP*) ni de suspensión de la ejecución a tenor de lo dispuesto en el *artículo 80.1.2º del CP* , deberá necesariamente cumplirse puesto que la suma de las dos penas impuestas es superior a los dos años (tres años y seis meses).

Ello unido a que según el *artículo 75 del CP* determina que cuando -como aquí sucede- las penas impuestas por las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad sucesivamente lo que supone que el condenado inició el cumplimiento de las penas impuestas por la pena de mayor gravedad, de la cual -como se admite en el propio recurso- ha cumplido poco más de la mitad y de ninguna manera las dos terceras partes, momento en el cual a la tercera parte restante habría que unir el cumplimiento del año de prisión por el delito de receptación, siendo ésta la razón penitenciaria (que no estrictamente penal) que posiblemente haya impedido por lo menos en el momento en que se dicta la resolución y se formula el recurso el acceso al tercer grado penitenciario que otorgaría virtualidad a la sustitución por la expulsión según expresamente establece el citado artículo 89 .1 : *"en todo caso se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del territorio nacional cuando,,,,, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional* la que tampoco es factible en este momento atendido lo dispuesto en el *artículo 90 CP* .

Y al hilo de lo alegado por la parte acerca de que la Sección Décima en el auto en que deniega el incidente de nulidad planteado establece que los dos tercios a los que hace referencia al Juez a quo es el máximo (y lo es naturalmente por imperativo legal) pero no los impone en el caso de autos sino que deja su fijación al criterio del Juez , le asiste la razón en que dicha resolución que adolece de cierta ambigüedad , en su parte dispositiva fija los dos tercios de la condena **como máximo** por lo que la afirmación contraria del Juez no se ajusta a la realidad; sin embargo, el Juez a quo razona y motiva

las razones que a su juicio justifican fijar el obligado cumplimiento en España de los dos tercios de la condena como es de ver en el folio tercero in fine del auto desestimatorio de la reforma (sin foliar) por lo que hace uso de la facultad discrecional que le otorga el artículo 89 .1 y le reconoce la Sección Décima, justificación que este Tribunal no puede más que compartir atendidos los hechos que relata.

Finalmente ,al margen de posibles opiniones jurídicas distintas, y especialmente en supuestos como el de autos en que no es factible la suspensión de la ejecución de la pena, el Tribunal entiende que cuando el legislador menciona en el precepto que el cumplimiento lo será como máximo de los dos tercios de la pena (refiriéndose claro es a pena/s privativas de libertad) está aludiendo a los dos tercios de la condena a penas privativas de libertad impuestas que deben cumplirse -como hemos dicho- a tenor de lo establecido en el *artículo 75 del CP* y en este sentido basta la lectura de la hoja de condena para observar que los dos tercios se cumplen a 11 de noviembre de 2017 , sin perjuicio ello de que la sustitución por expulsión del resto de la pena a cumplir acordada pueda ser hecha efectiva antes si, como preceptúa el *artículo 89 .1 CP* obtiene el tercer grado”.

5.SAP de Madrid, secc.7ª, nº 120/2017, de 22 de febrero

Delito contra la salud pública. Seis años y un día de prisión.

Cuando se intercepta droga en una cantidad elevada y sobre todo en frontera resulta adecuado establecer en dos terceras partes el cumplimiento de la condena, límite máximo del art.89 .1 CP ya que el orden jurídico y la confianza en la norma se debilitarían si la pena se redujese en exceso, más cuando el penado no acredita circunstancia alguna que justifique reducir la pena. El penado es un ciudadano colombiano que reside en dicho país y ha traído droga a España.

Frente a la genérica referencia a "razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en centro penitenciario en España" del artículo 89 CP redacción anterior a LO 1/2015, la nueva regulación establece únicamente dos supuestos de excepción: 1) que la expulsión resulte desproporcionada, en atención a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo (89.4 CP); 2) que el cumplimiento efectivo de la pena resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y establecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito (89.1 CP). Además, como novedad fundamental se establece en el nuevo artículo 89 que en ese caso se cumplirá la parte de la pena que acuerde el Juez o el

Tribunal, que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, sustituyéndose el resto por la expulsión del territorio español, que en todo caso se producirá cuando le penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional (artículo 89.1 C.P .).

Siguiendo el criterio jurisprudencial general, entendemos que cuando, como en el caso aquí enjuiciado, se trata de un delito de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, en una cantidad importante y especialmente en los supuestos detectados en la frontera, resulta adecuado establecer el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena, límite máximo fijado por el artículo 89.1 CP , sin perjuicio de que si se produce la libertad condicional antes, se esté a la fecha de ésta, sustituyéndose el resto de la pena por expulsión del territorio español por tiempo de 10 años. Pues los principios de aseguramiento del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma infringida invocados en el artículo 89 CP quedarían desatendidos si el cumplimiento de la pena se acortase indebidamente, de manera que la ley penal dejaría de tener los fines de prevención general y especial a los que se refiere dicho precepto, cuando por añadidura el penado no acredita ninguna circunstancia personal o social que pudiera fundamentar la reducción de la pena pretendida. Y esto es precisamente lo que ocurre en este caso en el que el acusado, colombiano, residente en ese país, procede a transportar una elevada cantidad de droga de su país de origen a España.

6.SAP de Barcelona, secc.5ª, nº 55/2017, de 26 de enero

Delito contra la salud pública seis años y seis meses de prisión.

Por consiguiente, si bien el legislador en su reforma del art. 89 por LO 11/2003 ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la de incentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

Trasladado lo expuesto, debe analizarse y valorarse si resulta necesario acordar la ejecución de la pena para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Teniendo en cuenta que estamos ante una delito grave (delito del art. 368.1 y 369.1 5 CP), cuyos hechos se circunscriben a la entrada de cocaína en una

maleta en territorio español por la acusada desde Brasil, y el bien jurídico protegido, la salud pública, nos lleva a acordar el cumplimiento de la pena de prisión (cumplimiento que será de una parte de la misma -como se indicará a continuación-) en aras a asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Y, por lo expuesto, acordamos el cumplimiento de los dos tercios de la pena de prisión impuesta, y acordamos sustituir el resto de la pena por la expulsión del territorio nacional, siendo que la acusada no tiene arraigo en España. Además, a tenor de la dicción literal del art. 89.2 CP , de acceder con anterioridad al tercer grado o de serle concedida antes la libertad condicional (ex art. 90 CP , conforme la nueva regulación dada por la LO 1/2015), la expulsión se deberá materializar cuando acceda al tercer grado o libertad condicional, de ser concedida antes de cumplir los dos tercios de la pena impuesta. En línea con lo expuesto, no estimamos que la gravedad de los hechos y la pena impuesta exijan acordar la ejecución de toda la pena, ya que la gravedad de los hechos ha motivado la imposición de la pena de prisión indicada, y la expulsión no queda excluida ante penas graves que superen una determinada duración (art. 89.2 CP).

7.AAP de Cádiz, secc.6ª, con sede en Ceuta nº 65/2017, de 28 de marzo

Delito contra la salud pública. Tres años y dos meses de prisión.

Las características de Ceuta y la facilidad de un paso incontrolado de la frontera justifican que cumpla parte de la pena de prisión antes de que se materialice la expulsión.

En el caso de ciudadanos marroquíes, se ha señalado en otras resoluciones anteriores dictadas por esta Sala, que existen circunstancias excepcionales, que también concurren en la presente causa, suficientes y bastantes para justificar la denegación de la sustitución, como son, la propia nacionalidad del solicitante, el lugar de comisión del delito y las especialidades territoriales y delictivas que tiene la ciudad de Ceuta. Así, un porcentaje sustancial de los delitos que se vienen cometiendo en esta Ciudad se refieren a delitos contra la salud pública, como ocurre en este caso, siendo bastante habitual que sus autores sean nacionales de Marruecos, lugar donde se encuentran numerosas redes clandestinas dedicadas a esta actividad y donde con facilidad y por menor precio pueden adquirirse sustancias como el hachís.

Por otra parte, aun siendo Marruecos territorio no integrado en la Unión Europea, sin embargo, existe un régimen especial para el paso de los

ciudadanos marroquíes a esta Ciudad y hacia el territorio de la Península, ello en virtud de los Tratados Internacionales firmados por España en esta materia, que son totalmente vinculantes en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la C.E. . En concreto, se dispone al respecto en la Declaración la formulada por España al Acta Final III del Convenio Schengen, al que se adhirió España según Instrumento de Ratificación de 25-6-1994, que: "1. Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla: b) Continuará igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador b) A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las Ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado. La validez de este visado será limitada a las dos ciudades citadas, y permitirá múltiples entradas y salidas ("visado limitado múltiple"), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14.3 y 11.1 a) del Convenio de 1994". Dicho régimen, en la práctica, hace que la entrada y salida de ciudadanos marroquíes sea multitudinaria, constante y sujeta a una difícil comprobación, por lo que resulta casi imposible de controlar de forma individualizada a cada uno de ellos. Tales circunstancias impedirían la eficacia de la condición impuesta al recurrente, esto es, la prohibición de regresar a territorio español durante el periodo de 10 años, por lo que se aseguraría prácticamente la impunidad del delito por el que el recurrente ha sido castigado.

Con la nueva legislación, expresamente se exceptiona la medida de expulsión cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, pudiendo el juez o tribunal acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio nacional.

(...)

Todo lo anterior conduce de forma automática a confirmar la resolución en la parte que deniega la sustitución por expulsión hasta las dos terceras partes de cumplimiento de la pena, que confirma el criterio habitual de esta Sala

*Se acuerda por el Juez expulsar tras cumplir **la mitad de la condena o** acceda al tercer grado o libertad condicional*

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal), nº12/2017, de 7 de marzo

Delito contra la salud pública. 4 años y seis meses.

La sustitución pretendida, daría lugar a una sensación total de impunidad, que anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena, generando pérdida de confianza en la Ley como medio para luchar contra conductas, como las llevadas a cabo por el acusado, que son consideradas socialmente como graves. No hay discriminación por trata de manera distinta circunstancias diferentes.

En segundo lugar, tal y como se desprende la Jurisprudencia citada, en interpretación del art. 89 del CP , el criterio fundamental a la hora de acordar la sustitución de la pena por expulsión, es la gravedad y entidad del delito, para evitar que la misma frustre los fines de prevención general y especial de la pena, y en el delito de tráfico de drogas, por el que viene condenado el recurrente, la tenencia de cocaína para el tráfico en cantidad que cercana a la notoria importancia es una de las circunstancias específicas a tener en cuenta como de no justificación de la sustitución pretendida, y en este caso el acusado era portador de 666,923 gramos de cocaína pura, cantidad que debe ser considerada importante.

(...)

En el presente caso, si se acordara la sustitución pretendida, daría lugar a una sensación total de impunidad, que anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena, generando pérdida de confianza en la Ley como medio para luchar contra conductas, como las llevadas a cabo por el acusado, que son consideradas socialmente como graves, sin que por ello se vea infringido el principio de igualdad que alega el recurrente, pues el mismo ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991), y no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues como hemos indicado cada caso debe ser analizado con las circunstancias concurrentes, que en este supuesto son las anteriormente analizadas, que no aconsejan la expulsión inmediata solicitada.

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.16ª, nº 208/2017, de 30 de marzo

Delito contra la salud pública. Seis años y un día de prisión.

La acusada vino a España sólo para el transporte de droga y marcharse. Acuerdo de la Junta de Magistrados de Madrid del 2004. Cuando la pena sea superior a tres años no es razonable conceder la expulsión hasta que cumpla pena.

“Partiendo de la actual redacción del precepto, siguiendo lo que en el mismo se dispone respecto a la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, en este caso por una acusada que vino a España con la única finalidad de efectuar un transporte de cocaína y marcharse, entiende el Tribunal siguiendo con el criterio que ya mantuvo en un acuerdo adoptado el 29 de mayo de 2004 por la Junta de Magistrados del Orden Penal de esta Audiencia Provincial sobre unificación de criterios, que "una aplicación rutinaria y automática de la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional pudiera promover de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros; de ahí que cuando las penas fueran superiores a los tres años no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena."

En el presente supuesto consideramos suficiente que la penada cumpla la mitad de la pena impuesta antes de acordar la sustitución del resto de la misma por su expulsión del territorio nacional, salvo que con anterioridad a ese momento accediera al tercer grado u obtuviera la libertad condicional, en cuyo caso se procedería a la inmediata sustitución de la pena que le quedara por cumplir por su expulsión del territorio nacional, lo que en cualquier caso se efectuará bajo las condiciones que de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 89 del Código Penal fijara el Tribunal llegado el momento de la expulsión”.

2.SAP de Madrid, secc.4ª, nº 28/2017, de 9 de febrero.

Delito contra la salud pública. Seis años y un día de prisión.

3.AAP de Huesca, secc.1ª, nº 37/2017, de 21 de febrero

Varios delitos de maltrato e injurias. La pena alcanza cuatro años y dos días de prisión.

Está justificado que cumpla parte de la condena dada la gravedad de los delitos y al estar sujeto a otras causas asegurando así su comparecencia en el juicio oral.

Sin embargo, consideramos que el Sr. Magistrado-Juez de lo Penal ha aplicado correctamente la norma contenida en el art. 89.1 del Código Penal, que permite acordar la ejecución de una parte de la pena, que no podrá ser

superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español, siempre que ello resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, resultando dicha decisión adecuada en base a las circunstancias que se ponen de manifiesto en el propio Auto, en el cual, junto a la gravedad de los hechos y el número de delitos (uno de maltrato habitual, dos de maltrato simple y otro de amenazas leves, todos ellos en el ámbito familiar), se hace constar que el penado está implicado en otros dos procesos penales pendientes de juicio, de modo que, precisamente para asegurar la celebración de las correspondientes vistas orales, el juzgador de instancia ha hecho un uso prudente y adecuado de la facultad que le concede el precitado art. 89.1, sin que, como se sugiere en el recurso, quepa acordar simplemente que la ejecución queda supeditada a la celebración de juicios pendientes, ya que, de no fijarse en concreto qué parte de la pena no queda sustituida por la expulsión, podría correrse el riesgo de que, cumplidos los dos tercios a que se refiere la norma, aún no se hubieran celebrado dichos juicios, por todo lo cual procede el mantenimiento de lo resuelto.

4.SAP de Madrid, secc.1ª, nº 260/2017, de 15 de junio

Delito contra la salud pública. Tres años y seis meses.

Acordar la expulsión inmediata de quien sin arraigo en España viene a cometer el delito incentivaría conductas similares en la expectativa de una respuesta penal muy limitada. La graduación debe ajustarse a la responsabilidad no a la del organizador para quien es indiferente la sanción que se imponga a las penadas.

Estimamos que, en el presente caso, sí es precisa la ejecución parcial de la sentencia para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma. Ello es así porque careciendo las acusadas de cualquier vínculo con nuestro país y no teniendo su acción otro objeto que transportar la droga y volver con el beneficio económico esperado, la sustitución íntegra de la pena supondría un factor de impunidad que ni satisfaría las necesidades de prevención especial (aunque a las acusadas se les prohíba retornar a España por un plazo prolongado) ni, sobre todo, satisfaría la necesidad de prevención general, pues contribuiría indirectamente a incentivar conductas similares, en la expectativa de una respuesta penal muy limitada. En este sentido se ha pronunciado

reiteradamente esta Audiencia Provincial para rechazar la automática expulsión de ciudadanos extranjeros en situación similar.

Ahora bien, ello no significa apurar los límites de cumplimiento del art. 89, pues debemos ajustarnos a la responsabilidad de las hoy acusadas, no a la del organizador del viaje, para quien es indiferente la sanción penal que se imponga a las "mulas" y a quien no le motivará el cumplimiento de la pena hasta los 2/3 del total impuesto. Por tal motivo y como hemos acordado en casos similares, consideramos que el cumplimiento de la mitad de la pena es suficiente restaurar el orden jurídico quebrantado, por lo que las acusadas, si no acceden antes al tercer grado o a la libertad condicional, serán expulsadas una vez cumplan la mitad de la pena de prisión impuesta, con prohibición de retornar a España por tiempo de diez años.

5.SAP de Madrid, secc.16ª, nº 353/2017, de 6 de junio

Delito contra la salud pública. Seis años y un día.

Conforme al artículo 89.1 del Código Penal , procede la sustitución de la pena de prisión impuesta por expulsión del territorio nacional una vez que el penado haya extinguido la mitad de la pena impuesta, atendida la naturaleza y gravedad del delito, así como para evitar el efecto llamada que se produciría si no se establece un tiempo prudencial de cumplimiento.

*Se acuerda por el Juez expulsar tras cumplir tres **cuartas partes de la condena o** acceda al tercer grado o libertad condicional*

Tribunal Supremo

1.ATS nº 720/2017, de 30 de, marzo

Delito contra la salud pública. Seis años y un día de prisión.

El Tribunal partiendo de la actual redacción del Código considera adecuado que el penado cumpla las tres cuartas partes de la condena antes de la expulsión, salvo que acceda antes al tercer grado o a la libertad condicional, considerando la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma. El acusado vino a España con la única finalidad de transportar la droga y marcharse

En la Sentencia concluye el Tribunal que considera adecuado que el penado cumpla tres cuartas partes de la pena impuesta antes de acordar la sustitución del resto de la misma por su expulsión del territorio nacional, salvo que con

anterioridad a ese momento el penado accediera al tercer grado u obtuviera la libertad condicional, en cuyo caso se procederá a la inmediata sustitución de la pena que le quedara por cumplir, por su expulsión del territorio nacional, lo que en cualquiera caso se efectuará conforme a la ley.

Para ello razona partiendo de la actual redacción del precepto, siguiendo lo que en el mismo se dispone y considerando la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida. En este caso, dice el Tribunal a quo, se trata de un acusado que vino a España con la única finalidad de efectuar un transporte de cocaína y marcharse.

(...)

Ha de ratificarse pues la decisión adoptada por el Tribunal. La expulsión automática de una persona que viene al país, con la única finalidad de cometer un delito de la gravedad del que ha dado origen a las presentes diligencias, dada la cantidad y el tipo de droga que portaba (1.393,20 gramos de cocaína, con una pureza del 62 % y con un valor en el mercado ilícito de 46.062,28 euros), no haría sino contribuir a incrementar la desconfianza en la vigencia de la norma infringida, y el sentimiento de impunidad, ante tales hechos, en nada contribuiría a garantizar la defensa del orden jurídico, tal y como pretende el artículo 89 CP.

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc, 16ª, nº 40/2017, de 24 de enero.

Delito contra la salud pública. Tres años de prisión.

*Se acuerda por el Juez cumplir toda la **condena o** hasta acceder al tercer grado o libertad condicional*

2.SAP de Almería, secc.3ª, nº 247/2017, de 26 de mayo

Delito de robo con violencia en casa habitada 4 años y nueve meses, atentado 1 año de prisión y dos delitos leves de lesiones a un mes de multa cada uno.

La pena excede de cinco años de prisión por lo que si se acuerda la expulsión deja de tener los fines de prevención general y especial. EL penado no acredita circunstancia penal o social que pudiera justificar la reducción de la pena.

Pues bien, como razona la sentencia apelada, vista la gravedad de los hechos y la extensión de las penas impuestas, que exceden los cinco años de duración, se estima adecuada la ejecución de las penas de prisión impuestas en España, pues los principios de aseguramiento del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma infringida invocados en el *art. 89 del Código Penal* quedarían desatendidos si el cumplimiento de la pena se acortase indebidamente, de manera que la ley penal dejaría de tener los fines de prevención general y especial a los que se refiere dicho precepto, cuando por añadidura el penado no acredita ninguna circunstancia personal o social que pudiera fundamentar la reducción de la pena pretendida, sin perjuicio de cumplimentar la previsión recogida en el *art. 89.2 del Código Penal* referente a la sustitución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando éste acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

3.SAP de Madrid, secc.1ª, nº 102/2017 de 22 de marzo.

Asesinato en grado de tentativa. 14 años

4.SAP de Madrid, secc17ª, nº142/2017, de 23 de febrero

Delito contra la salud pública. Seis años de prisión.

“No se encuentran razones por este tribunal que justifiquen sustituir en sentencia por la expulsión, conforme al artículo 89.2 del Código Penal , el cumplimiento de una fracción de pena. Por tanto, la misma habrá de ser cumplida en su integridad por el acusado, sin perjuicio de que, cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, proceda, desde luego, la expulsión”.

5.SAP de Barcelona, secc.5ª. nº 141/2017, de 28 de febrero

Delito contra la salud pública. Siete años de prisión.

6.AAP de Barcelona, secc.5ª, 226/2017, de 14 de marzo

Se deniega la expulsión y se acuerda el cumplimiento de la pena de prisión ya que con anterioridad las partes aceptaron que se dejara sin efecto la expulsión

El penado en fecha 3 de noviembre de 2016 solicitó la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión al amparo del artículo 89.1 párrafo segundo del Código Penal .

En el supuesto esta concreta petición no puede prosperar, porque acordada esta sustitución por sentencia firme de fecha 16 de marzo de 2015. Esta sustitución se dejó sin efecto por Auto de 17.3.2015 auto que consintieron las partes y devino firme en el pronunciamiento de dejar sin efecto la expulsión del territorio nacional del penado por un periodo de seis años acordada por sustitución de la pena principal de un año y cuatro meses.

Ello no obsta a que en aplicación de la regulación actual del artículo 89.1 ultimo inciso del CP se proceda a la expulsión del penado cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. Y no sea de aplicación el párrafo 4 del citado artículo en su versión actual

Asimismo, cuando se acceda al tercer grado o se conceda la libertad condicional, siempre se sustituirá el resto de la pena por la expulsión.

7.SAP de Asturias, secc.2ª, nº 81/2017, de 1 de marzo

Delitos: robo con violencia: 3 años, seis meses y un día, lesiones, un año, detención ilegal, cuatro años.

Las penas deben estar orientadas no sólo a la reinserción social sino también a la prevención general y especial. La naturaleza y gravedad de los delitos hace que deban cumplirse las penas de prisión excluyéndose la expulsión

En el presente caso se estima que no procede la sustitución de las penas de prisión por la expulsión hasta que los penados no accedan al tercer grado o se les conceda la libertad condicional, ya que en el Derecho Penal español las penas privativas de libertad deben estar orientadas a conseguir la reeducación y reinserción social del autor de los delitos, pero también son importantes sus fines de prevención general y especial, para intentar evitar mediante la amenaza de la pena la comisión de nuevos delitos. No lográndose los fines de prevención, general y especial, en este supuesto si se accediera a la expulsión de los penados, pues ninguna virtualidad para la prevención delictiva tendría sustituir el cumplimiento efectivo de la mitad de las penas de prisión impuestas por la expulsión del territorio nacional, que sería tanto como dejar en gran parte sin sanción su conducta.

Viniendo corroborado el criterio expresado por la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28-10-2004 , en la que se considera que "la sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión del territorio nacional Español en supuestos como el que nos ocupa, daría lugar a la impunidad de tales conductas de inequívoca gravedad (como es en este caso un robo con violencia y uso de armas en casa habitada y un delito de detención ilegal), lo que impulsaría la proliferación de tan dañinas conductas por ciudadanos

extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión".

En definitiva, la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos, hacen que concurran suficientes razones para que la pena de prisión impuesta deba cumplirse en un centro penitenciario, excluyéndose por tanto la sustitución de dicho cumplimiento por la expulsión del territorio nacional hasta que los penados accedan al tercer grado de clasificación penitenciaria o se les conceda la libertad condicional.

8.AAP de Gerona, secc.3ª, 169/2017, de 16 de marzo

Tres robos con violencia. Doce años de prisión.

El penado ha cumplido un tercio de la condena y pide la expulsión. Se deniega. El art.89 CP no es lex privata en virtud de la cual todos los ciudadanos extranjeros que delincan en España vean reducidas sus penas, por el mero hecho de no ser españoles, a un tercio de las que cualquier ciudadano español habría de cumplir de haber cometido los hechos. Los costes económicos del cumplimiento íntegro de la prisión son irrelevantes. La función del Tribunal es proteger las normas de convivencia social.

La lectura de la norma legal -por cierto de muy distinta redacción en la fecha en que se dictó la sentencia que aquí se ejecuta; lo que, sin duda, justifica que no se fijase entonces la porción de pena que era de obligada ejecución, y que tampoco proceda hacerlo ahora- evidencia que el legislador tuvo, al establecerla, muy presente el componente preventivo de la pena; y cabe suponer que no sólo en su vertiente general sino sobre todo en la especial, pues el apartado 4 parece partir de la base de que la expulsión supone, para el ciudadano extranjero penado, un castigo de mayor dureza que el cumplimiento ordinario de la pena impuesta. Algo que, cuando se trata de ciudadanos de países del llamado "tercer mundo", es sin duda evidente.

Así las cosas, no hay duda de que el caso del señor Luis Carlos -ciudadano venezolano condenado a un total de doce años de prisión, de los que ha cumplido ya una tercera parte- se aparta del común; pues lo que en realidad el penado solicita es, por lo que se deduce de su escrito y dado que no pide cumplir condena en su país, que se reduzca la pena que originalmente se le impuso a los poco más de cuatro años de prisión que ya ha cumplido, y que se le permita marchar a su país sin completar su cumplimiento. Aunque, claro está, ello le impida regresar a España en algún tiempo; pero es esta una condición que, visto el tenor de su recurso, no parece preocuparle en exceso. Ello sin duda supone una posibilidad que, en principio y como señala la juez

a quo en su auto, parece alejarse del espíritu de la norma legal; pues no nos parece posible pensar que el legislador, por la vía del artículo 89 CP , haya pretendido crear una lex privata en virtud de la cual todos los ciudadanos extranjeros que delincan en España vean reducidas sus penas, por el mero hecho de no ser españoles, a un tercio de las que cualquier ciudadano español habría de cumplir en el mismo supuesto fáctico.

Con todo, no debe desconocerse que el cumplimiento íntegro de las penas de prisión por parte de ciudadanos extranjeros supone, para los ciudadanos de Catalunya, una muy importante carga económica; ya que, según las últimas cifras publicadas por la Generalitat -del año 2015- el coste anual del sistema penitenciario se eleva hasta los 355 millones de euros. Lo que, existiendo en Catalunya un total de 8.785 presos a final de aquel año -de los que 4.970 eran extranjeros, por cierto- suponía un coste per capita algo superior a los 40.000 euros; una cifra que, desde el punto de vista de un mero análisis económico, hace que la petición del señor Luis Carlos parezca muy razonable, pues permitiría ahorrar al erario público más de 300.000 euros.

La Sala, sin embargo, no puede -al igual que no lo hiciera la juez a quo - dejarse tentar por el enfoque económico de la cuestión, pues es obvio que la normativa penal no se funda en el mero análisis coste-beneficio. Antes, al contrario, su función es -o habría de ser- la de preservar y proteger las normas básicas de la convivencia social, sancionando a aquellos que, de forma sistemática, incumplen los preceptos esenciales en los que se funda aquella convivencia. Entre los cuales para la Sala se encuentra, sin duda alguna, la prohibición de desposeer a terceros de sus bienes mediante la violencia o la intimidación; algo que, precisamente, consta que hizo el señor Luis Carlos en hasta tres ocasiones, y por lo que ha sido condenado a doce años de prisión. Un dato que obliga también a la Sala a coincidir con la juez a quo en que en el caso del recurrente resultaría muy difícil, o incluso imposible, asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito si, por el mero hecho de ser un ciudadano extranjero, la pena de doce años de prisión impuesta al señor Luis Carlos se convirtiera, por obra y gracia de una oportuna expulsión de España, en una nueva pena de sólo cuatro o cinco años; pues tal decisión produciría justo el efecto contrario al de prevención que -ya sea especial o general- se pretende de cualquier pena. Un efecto que, junto con el de rehabilitación y/o reinserción del penado, es el que sin duda comporta un mayor beneficio para la sociedad.

9.SAP de Madrid, secc.29ª, nº 345/2017, de 12 de junio

Delito contra la salud pública. Siete años de prisión

La expulsión inmediata a quien residente en México viene a España a España a cometer el delito la pena dejaría de tener los fines de prevención general y especial. Carece de cualquier arraigo. Llevaba una maleta con 3.879,6 gramos de cocaína pura; notoria e importante cantidad de cocaína.

Procede la sustitución automática de la pena por expulsión cuando, como en el caso aquí enjuiciado, se trata de un delito de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, en una cantidad de notoria importancia y especialmente en los supuestos detectados en la frontera, pues la sustitución de la pena de prisión por expulsión podría facilitar el mantenimiento en actividades de tráfico. En este sentido esta Sección se ha pronunciado, entre otras, en sus Sentencias núm. 19/2009, de 12 de mayo (PA 23/09), en Auto de 26 de junio de 2009 (Ejecutoria 3/09) y tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 en Autos de 5 de octubre (Ejecutoria 81/14) y 9 de octubre de 2015 (Ejecutoria 70/14), en los que señalamos que los principios de aseguramiento del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma infringida invocados en el artículo 89 CP quedarían desatendidos si el cumplimiento de la pena se acortase indebidamente, de manera que la ley penal dejaría de tener los fines de prevención general y especial a los que se refiere dicho precepto, cuando por añadidura el penado no acredita ninguna circunstancia personal o social que pudiera fundamentar la reducción de la pena pretendida. Y esto es precisamente lo que ocurre en este caso en el que el acusado, nacional de México y residente en ese país, procede a traer en una maleta nada menos que 3.879,6 gramos de cocaína pura; notoria e importante cantidad de cocaína, que fue detectada al pasar la aduana, por lo que la gravedad de los hechos aconseja el cumplimiento efectivo de la pena en España, sin que el tiempo sufrido de prisión preventiva (desde 20 de diciembre de 2016) resulte suficiente para los fines de prevención especial y general y de resocialización propios de la pena, ni para cumplir el fin disuasorio que cumple la misma (STS 1249/2004, de 28 de octubre).

10.AAP de Pontevedra, secc.5ª, nº 508/2017, de 30 de junio

Robo con violencia en concurso con un delito leve de lesiones.
Dos años y un día de prisión.

Debe valorarse el delito cometido. Robar a una persona bebida y golpearle y de otro los antecedentes penales del recurrente en que ha

sido condenado en diversas ocasiones. Concurren razones de prevención general para que cumpla parte de la condena para cumplir los criterios de seguridad jurídica, fines de prevención general y la necesaria convicción de que los delitos graves cometidos contra las personas llevan aparejada una sanción más grave que la de ser devuelto a su país de origen.

Así, se han apuntado en dicha jurisprudencia como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico.

TERCERO. - Analizadas las circunstancias del caso, hemos de dar la razón a la juzgadora de grado al estimar necesario para cumplir esos fines mencionados que sustentan la excepción a la regla general en el art. 89.

Por un lado, hay que tener en cuenta el delito cometido, que consistió en lo que al recurrente se refiere, en abordar en compañía de otras personas a la víctima, que se había sentado en un portal por hallarse bebido, a quien trataron de sustraer sus bienes y a continuación le dieron varios puñetazos y una vez en el suelo le dieron patadas por todo el cuerpo, hasta apoderarse de su cartera.

Por otro, examinados directamente por la Sala los antecedentes penales del recurrente se comprueba que ha sido condenado -prescindiendo de varios delitos leves- como autor de un delito de resistencia a la autoridad cometido el 4/2/2016 a la pena de 6 meses de prisión; como autor de un delito de hurto cometido el 11/7/2016 a pena de multa; como autor de una tentativa de robo con violencia cometido el 28/7/2016 a la pena de 10 meses de prisión, además de 1 mes por delito leve de lesiones; e incluso en reciente sentencia de 8/6/2017 ha sido condenado como autor de un delito de lesiones cometido el 24/7/2016 a la pena de 1 año y 3 meses de prisión.

Concurren por tanto motivos de prevención general y especial que hacen necesario que el penado cumpla al menos parte de la pena impuesta por este delito, sin perjuicio de su posterior expulsión en el momento en que concurren los requisitos legales, ya que en otro caso no se estaría cumpliendo el fin de otorgar seguridad jurídica y la necesaria convicción de que los delitos graves cometidos contra las personas llevan aparejada una sanción más grave que la de ser devuelto a su país de origen.

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO

1.AAP de Melilla, secc.7ª, nº14/2017, de 26 de enero

Improcedencia de sustituir unos meses de prisión que quedan por cumplirse por la expulsión por diez años por ser desproporcionado y por no dar audiencia al penado para conocer su opinión.

La Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Granada, dirigió escrito al Juzgado de lo Penal nº Dos de Melilla solicitando que se autorizara la sustitución del resto de la pena por la expulsión del territorio nacional, del penado Mario que se encontraba en el Centro de Inserción Social "Matilde Tres Cantos" de Granada, en situación de libertad provisional.

El Juzgado de lo Penal, otorgando a la citada Brigada una legitimación procesal de la que carece, resolvió sobre la petición de la expresada Brigada mediante Auto de 27 de mayo de 2016, pero no en los términos solicitados de acordar la sustitución del resto de la pena por la expulsión, sino en el sentido de que por dicho Juzgado no existía inconveniente alguno en que se practique la expulsión acordada en resolución administrativa de fecha 10/05/2016. Esto motivó que por la Policía se solicitase aclaración sobre lo resuelto, pues por resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Cinco de Córdoba se había dejado en suspenso la resolución administrativa de expulsión.

Ante esta solicitud de aclaración de la Policía, el Juzgado, inaudita parte, y sin más trámite, dictó el Auto de fecha 13 de septiembre de 2016, ahora recurrido por el que acuerda la sustitución de un tercio de la pena por la expulsión, por un plazo de 10 años.

Además de resultar manifiestamente desproporcionado sustituir la ejecución del tiempo de pocos meses que le quedaban por cumplir -además en situación de libertad condicional-, por la expulsión durante el plazo máximo de 10 años que prevé el artículo 89 del Código Penal , sin explicar ni razonar el porqué de la imposición de ese plazo máximo, esta medida de sustitución (del escaso resto de pena pendiente de cumplir, además, como se ha dicho en situación de libertad provisional), por la expulsión ha sido adoptada sin audiencia del penado y demás partes.

La ausencia de este trámite de audiencia, previsto en el artículo 89 CP , tanto en su versión actual como en la anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, supone la infracción de una norma esencial del procedimiento causante de indefensión, pues no se ha dado la oportunidad al

[Escriba aquí]

penado de exponer los motivos que tuviera para oponerse a la expulsión antes de que el Juzgado resolviera sobre ella, por lo que al haberse dictado el Auto ahora recurrido como consecuencia de esa infracción, se ha de declarar la nulidad de dicha resolución conforme a lo previsto en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN

2. INGRESO EN UN CIE

Se acuerda

Audiencia Provincial

**1.AAp de Cádiz, secc.6ª con sede en Ceuta, nº 72/2017, de 4 de
abril**

**Si al cometer un delito se sustituye la prisión por el internamiento,
el Auto que lo acuerda no lo puede justificar en una infracción
administrativa sino en el art.89 CP. Ello desenfoca la motivación hasta
el punto que equivale a la falta de la misma lo que podría suponer la
nulidad de actuaciones, aunque no se puede acordar porque no se
solicita. El recurrente sólo pide la revocación del internamiento lo que
no procede porque el art.89 admite el internamiento.**

por delito de falsificación de documento público a la pena de 12 meses y dos días de prisión, pena sustituida por la expulsión del territorio nacional por tiempo de cinco años, dictándose posteriormente por el letrado de la administración de justicia del Juzgado de Instrucción nº 5 de Ceuta, orden de expulsión del mismo dirigida al Jefe Superior de Policía, por lo que se procedió a su detención y se solicitó autorización para su ingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros correspondiente, lo que efectivamente se realiza en el Auto que se impugna. Igualmente debe reseñarse que el apelante se encontraba ilegalmente en España e indocumentado, ya que su condena es consecuencia de presentar documentación falsa previamente sustraída.

SEGUNDO. - Es cierto que el auto apelado obvió por completo cuál era la verdadera situación de Jesús Carlos y las razones por las que se había solicitado su internamiento al partirse en el mismo de que la petición de las autoridades de extranjería descansaba en que se le había impuesto la sanción de expulsión por la comisión de una de las infracciones previstas en el artículo 53 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Desde ese punto de vista, una motivación tan desenfocada equivale a un falta absoluta de la misma, lo que podría haber motivado la declaración de nulidad de actuaciones conforme con los artículos 238.3 º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Sin

embargo, ello no fue lo que se solicitó en el recurso, sino su revocación, ordenándose su libertad, por lo que no podría disponerse por este Tribunal. TERCERO. - No obstante, lo anterior, la decisión adoptada es correcta. El artículo 89.8 del Código Penal prevé el internamiento como un mecanismo de aseguramiento de una medida alternativa a una pena de prisión. Dicha norma se remite implícitamente al artículo 62.1.apdo. 2º de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social que establece una serie de criterios para calibrar el riesgo de que no pudiera hacerse efectiva como son " ...las circunstancias concurrentes y...carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes... ", sin perjuicio de ponderar, además, el riesgo que suponga para " ...la salud pública o la salud del propio extranjero... ".

En el caso examinado, el extranjero no tiene domicilio ni recurso alguno en España y no podemos olvidar que ha sido condenado a pena de prisión mediante sentencia firme, sustituida por la expulsión, por lo que procede considerar correcta y adecuada la medida de internamiento adoptada.

2.AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 40/2017, de 2 de marzo

La medida de internamiento como aseguramiento de la expulsión se prevé en la ley. La colaboración del extranjero en su expulsión es ilusoria cuando la Sentencia prevé que de no expulsarse se suspenderá la pena de prisión. El penado ha manifestado no tener vínculo con el país. La particularidad de Ceuta como destino de inmigrantes que persiguen ir a la península no hace viable que se acuerde alternativa menos gravosa al internamiento. Cada día que el penado pase en España en libertad es un pequeño triunfo.

Dejando a un lado la mayor o menor motivación de la resolución recurrida, lo cierto es que la decisión que se adoptó en ella no podía ser más acertada en el fondo. El artículo 89.8 del Código Penal prevé el internamiento como un mecanismo de aseguramiento de una medida alternativa a una pena de prisión. Dicha norma se remite implícitamente al artículo 62.1.apdo. 2º de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social que establece una serie de criterios para calibrar el riesgo de que no pudiera hacerse efectiva como son " ...las circunstancias concurrentes y...carecer de domicilio o de

documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes... ", sin perjuicio de ponderar, además, el riesgo que suponga para " ...la salud pública o la salud del propio extranjero... ". A ese respecto, no puede obviarse que, frente a lo que se alegó en el recurso, que pareció referirse a un caso completamente distinto del que nos ocupa, Urbano mantuvo que no tenía vínculo alguno en el país. Ante ello, concebir que colaboraría para que se hiciera efectiva su expulsión, parece completamente ilusorio, sobre todo cuando se dispuso en la propia sentencia que de no poder ejecutarse se le suspendería la pena de prisión. Debe tenerse en cuenta que esta ciudad, ciertamente peculiar por sus características geográficas, sólo tiene frontera con el Reino de Marruecos. Los flujos migratorios hacia la misma, cualquiera que sea su punto de partida, se introducen en ella a través de dicho país como regla general. El objetivo de este tipo de inmigrantes, muchas veces tras un largo y penoso a la par que costoso periplo, es permanecer en su interior todo el tiempo que sea posible hasta lograr la regularización de su situación administrativa o dar el paso hacia el continente europeo de cualquier forma, donde las limitaciones de movimiento son mucho menores y sus expectativas se amplían enormemente. Mientras tanto, la seguridad y prestaciones que ofrece Ceuta frente a su entorno dentro de África motivan que gran parte de los que irregularmente acceden a ella y no son nacionales marroquíes, como se afirmó que era el caso, habiten incluso sin objeción alguna en establecimientos de protección social, como los centros de estancia temporal, que, en muchas ocasiones, ya supondrán una ostensible mejora de su nivel de vida, y que mantengan una convivencia cívica en general. Ahora bien, nada les liga especialmente a ellos ni abandonarlos constituye un especial sacrificio comparado con la posibilidad de que se vean obligados a abandonar el territorio nacional. Dichos razonamientos ponen en evidencia, además, la imposibilidad de aventurar otras alternativas menos restrictivas e igualmente eficaces. Cualquier tiempo que se pase dentro de la ciudad, aun sin contar con ciertos servicios de los que se dispusiera previamente, supondrá un pequeño triunfo, mucho más permanecer en territorio peninsular en libertad a la espera de que puedan culminarse las gestiones necesarias con las autoridades del país al que tenga de devolversele, no

siempre sencillas y que suelen efectuarse en grupo atendiendo a razones logísticas, económicas y de oportunidad.

No se acuerda el internamiento

1.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 37/2017, de 16 de enero

No procede el ingreso en prisión por cuanto la Sentencia no es firme. Tampoco el ingreso en un CIE ya que no hay riesgo de fuga. El penado ha comparecido cuando ha sido citado.

“En cuanto al resto de peticiones del Ministerio Fiscal y que solo cabe circunscribir a Fermin Pio por ser el único acusado respecto del que se acuerda su expulsión en sustitución de la pena impuesta, no puede acordarse el inmediato ingreso en prisión de Fermin Pio por encontrarse el mismo en situación de libertad y no ser firme la presente resolución, sin que atendiendo a las circunstancias del caso estime procedente esta Sala acordar el ingreso de Fermin Pio en el Centro de Internamiento de Extranjero para asegurar su expulsión, pues esta medida implica la necesidad de asegurar la expulsión o, en sentido contrario, la existencia de sólidos indicios que el acusado va a pretender sustraerse a la ejecución de su expulsión, indicios que este Tribunal estima no concurren en el presente caso dado que Fermin Pio ha comparecido tanto en fase de instrucción, como para la celebración del juicio oral, siempre que ha sido citado al efecto, siendo siempre localizado en el domicilio facilitado en instrucción a dicho fin, por lo que no resulta acreditada la existencia de una intención o voluntad de sustraerse a la acción de la justicia.”

XIII.BIS. QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN

Audiencia Provincial

1.AAP de Murcia, secc.3ª, nº 116/2017, de 23 de febrero

Al incumplir la expulsión procede el ingreso en prisión

La parte apelante interesa que se suspenda el ingreso en prisión del penado por cuanto dicha medida ya no resulta necesaria para restablecer la seguridad jurídica, máxime si tenemos en cuenta que ya han transcurrido cinco años desde que el Sr. Luis Miguel fuera condenado, sin que conste desde la fecha más antecedentes penales.

(...)

Efectivamente, el penado Luis Miguel - nacido en Gantlebougou (Mali)- fue condenado por sentencia de conformidad de 5 de mayo de 2011 como autor de un delito de robo con violencia del artículo 237 y 242 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, y conforme a lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal se acordó sustituir dicha pena por la expulsión del territorio nacional, con prohibición de retorno al territorio nacional por un periodo de seis años (folios 1 a 5).

La expulsión se llevó a cabo el 28 de junio de 2011(folio 7).

El 30 de junio de 2016 el Juzgado de Instrucción nº4 de Figueres remitió al Juzgado de lo Penal nº2 de Murcia exhorto dando cuenta que tenía a su disposición al Sr. Luis Miguel e instando que remitiera testimonio de la medida de expulsión (folio 9).

En consecuencia, visto que el recurrente incumplió la prohibición de entrada en el territorio español dentro del plazo previsto, no cabe más que confirmar la decisión de la Juez por ser imperativo su ingreso en prisión conforme a lo dispuesto en el nº7 del artículo 89 del Código Penal .

2.AAP de Cádiz, secc.6ª, con sede en Ceuta nº 64/2017, de 28 de febrero

No aplicación de la reducción del periodo de pena a cumplir en caso de quebrantamiento que prevé el art.89.7 CP dadas las características del paso fronterizo con Marruecos, cuya permeabilidad y falta de control impide el cumplimiento efectivo de la prohibición de entrada.

En caso del quebrantamiento consumado, como novedad introducida por reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, y aunque se sigue contemplando como regla general la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período pendiente por cumplir, conforme al art. 89.7 del Código Penal, el mismo puede verse disminuido de forma discrecional por el juzgador de manera excepcional, en el supuesto de que los fines preventivos de la pena no resulten afectados, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento (art. 89.7 CP), lo que desde luego no sucede en el presente caso, dadas las circunstancias que lo rodean, principalmente las características del paso fronterizo con el vecino país del Marruecos, cuya permeabilidad y falta de control efectivo propiciarían una absoluta falta de respeto al cumplimiento de la prohibición si no existiera la posibilidad de la consecuencia que como regla general lleva aparejado el quebrantamiento.

XIV.OTRAS CUESTIONES

Tribunal Supremo

1.STS nº 237/2017, de 5 de abril

A la hora de fijar el límite máximo en la acumulación de condenas hay que excluir de la acumulación las penas sustituidas por la expulsión al ser heterogéneas. Si la expulsión se deniega se puede pedir la acumulación al ser la pena de prisión homogénea con las acumuladas. La petición de revisión de la expulsión no puede hacerse en el expediente de acumulación de condenas sino por el cauce procesal de revisión de condenas.

Sin perjuicio de ello hemos de constatar que la entrada en vigor del art. 89 del Cp ., tras su reforma operada por la LO 1/2015, ha modificado la regulación del régimen de sustitución del artículo 89 del Cp ., precisamente cuando se trata de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea, previendo en el apartado cuarto un régimen de excepcionalidad a la expulsión que debe ser analizada en el caso concreto y considerada, en este supuesto, como norma penal más favorable con los efectos retroactivos propio de la mayor favorabilidad.

El artículo 2 del Código penal prevé el alcance de la retroactividad de la norma penal más favorable "aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena". La resolución objeto de la impugnación no ha sido ejecutada y es susceptible de ser revisada por su consideración de norma más favorable en la medida en que supone una nueva regulación del régimen de sustitución de las penas por expulsión de ciudadanos de la Unión Europea que "solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público y la seguridad pública", criterio novedoso respecto de la anterior regulación que hace procedente su revisión.

Pero esa revisión que insta en el recurso no puede realizarse en el expediente de acumulación, sino que tiene su cauce procesal propio para revisión de condenas por la aplicación retroactiva de una norma penal más favorable. En el supuesto de que se actúe esa revisión y que ésta sea procedente, entrará en juego una pena privativa de libertad respecto a la que deberá postularse, ya como consecuencia homogénea, su posible acumulación, lo que será objeto del proceso adecuado.

Desde esta perspectiva la resolución recurrida debe ser confirmada.

(...)

Pero esa revisión que insta en el recurso no puede realizarse en el expediente de acumulación, sino que tiene su cauce procesal propio para revisión de condenas por la aplicación retroactiva de una norma penal más favorable. En el supuesto de que se actúe esa revisión y que ésta sea procedente, entrará en juego una pena privativa de libertad respecto a la que deberá postularse, ya como consecuencia homogénea, su posible acumulación, lo que será objeto del proceso adecuado.

2.ATS nº536/2017, de 23 de febrero

Por otro lado, las incidencias resultantes de los posibles acuerdos y Convenios migratorios entre Cuba y otros países, puede afectar a la ejecución de la medida, pero no a su procedencia conforme a Derecho.

Audiencia Provincial

1.AAP de Cantabria, secc.3ª, nº 51/2017 de 25 de enero

Si hay responsabilidad civil y se acuerda la expulsión, no cabe acordar el archivo provisional del procedimiento una vez conste materializada la expulsión. Debe practicarse la averiguación patrimonial. La ejecución no sólo debe de ser de la expulsión sino también de los demás pronunciamientos.

PRIMERO.- Impugna el recurrente, primero en reforma y después en apelación, la resolución del Juzgado de lo Penal, de fecha 8/08/2016 , que, declara la firmeza de la Sentencia dictada en la propia causa y, habiéndose acordado la sustitución de la pena de prisión impuesta al condenado, extranjero, ex art. 89 del Código Penal , por la expulsión del territorio nacional por un período de 10 años, y constando en autos materializada la expulsión, acuerda el archivo provisional de la Ejecutoria hasta la finalización de dicho plazo. El recurso de reforma, en el que se pone de manifiesto que el condenado adeuda al impugnante la suma de 200 euros, y se solicita la revocación del archivo acordado para la práctica de las diligencias precisas para la averiguación patrimonial del condenado, es desestimado por Auto de fecha 11/10/2016.

SEGUNDO.- Como acertadamente señala el impugnante en su escrito de apelación, la fundamentación de este Auto es, cuando menos, de difícil comprensión, además de inexacta en su motivación, ya que ni consta en autos que el condenado carezca de bienes -toda vez que no se ha practicado averiguación patrimonial alguna en tal sentido-, ni es correcto tampoco que a la fecha de dictado del Auto impugnado se hallare requisitoriado, si bien es cierto que lo estuvo en otras fases de la causa. Es por ello que el recurso ha de ser estimado, quedando sin efecto el Auto de fecha 8/08/2016 a fin de intentar, al menos, el cumplimiento íntegro de la Sentencia dictada (Arts. 983 y siguientes de la LECR), que comprenderá no sólo la materialización de la orden de expulsión en sustitución de la pena de prisión impuesta, sino también el del resto de las penas y consecuencias accesorias, precisamente por cuanto la ejecución se configura como el conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción que se contiene en una Sentencia condenatoria, entendiéndose terminada la ejecución cuando se extinguen tanto la responsabilidad penal como la civil.

2. AAP de Granada, secc.2ª. nº 524/2017, de 26 de junio

De la redacción del 89 CP anterior a la reforma se desprende que el plazo de prescripción de la pena es autónomo de los años de expulsión que queden por cumplir. Aunque ante la expulsión se archive provisionalmente, el periodo de prescripción de la pena sigue computándose

SEXTO.- La actual redacción del art. 89 , 7 del CP dispone que *si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas , salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.*

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Ahora bien, como acertadamente señala la resolución impugnada, la vigente al tiempo de comisión de los hechos establecía, en sus párrafos 2 y 3, que *el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.*

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Es decir, que el regreso a España del extranjero expulsado no tenía, como ahora, por consecuencia, el cumplimiento de la pena sustituida, sino la nueva expulsión del extranjero expulsado.

QUINTO. - En este caso, en realidad, a pesar de la escasa trascendencia práctica del recurso, se trata de decidir si, pese a la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, dicha pena de privación de libertad, aunque sustituida, *sigue existiendo*, al menos a los efectos de computar su prescripción.

[Escriba aquí]

La redacción del párrafo 2 del art. 89 vigente al tiempo de la comisión de los hechos, que hemos transcrito, sugiere que se contempla el plazo de prescripción de la pena de forma autónoma al plazo de diez años como límite para el regreso al territorio nacional. Puede extraerse de ello que, con independencia de que el archivo de la causa sea provisional, el periodo de prescripción de la pena sigue computándose.