



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

SEGUNDO SEMESTRE.2017

INDICE

I.NOTA PREVIA.....	p.4.
II.NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA	
III.RETROACTIVIDAD.....	p.6.
1.PENAS INFERIORES AL AÑO DE PRISIÓN	
2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS.....	p.6,
IV.EXPULSIÓN DE COMUNITARIOS, RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.7.
1. COMUNITARIOS.....	p.7.
2. RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.11.
V.MOMENTO PARA PEDIR LA EXPULSIÓN	
V Bis. COMPUTO DE LA PENA DE PRISIÓN A EFECTOS DE LOS LÍMITES DE LA EXPULSIÓN.....	p.12.
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.14.

VII. OMISSION DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN.....p.16.

VIII. EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN.....p.20.

1. ARRAIGO.....p.20.

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR.....p.20.

C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

D. ARRAIGO LABORAL

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA.....p.22.

F. OTROS.....p.22.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO.....p.23.

G.1. REGLAS GENERALES

G.2. MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA A LA EXPULSIÓN..... p.23.

G.3. PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR.p.28.

G.4. PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL

G.5. PRUEBA DE OTROS ARRAIGOS.....p.32.

2. RAZONES HUMANITARIAS

3. GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA.....p.32.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

IX.CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA ANTE LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO Y RESTABLECER LA CONFIANZA EN LA NORMA.....p.36.

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM.....p.44.

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO

XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO

XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN

1.PRISIÓN

2. INGRESO EN UN CIE

XIII.BIS.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN O IMPOSIBILIDAD DE SU EJECUCIÓN.....p.46.

1.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN

2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

XIV.OTRAS CUESTIONES



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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 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:

No hay arraigo familiar porque en la fecha de comisión del hecho delictivo el padre no reside con los hijos y no contribuye a su mantenimiento. ATS nº 1114/2017, de 6 de julio

Se deniega el arraigo familiar. Aunque tenía concedida una autorización de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea por cuanto estaba inscrita como pareja de hecho, en el presente procedimiento no ha acreditado la convivencia. Las gestiones de la Brigada de Extranjería tampoco prueban tal convivencia. SAP de Pontevedra, secc.5ª, nº319/2017 de 28 de julio.

Aprecia el arraigo. Los padres del condenado residen en España desde hace muchos años y trabajan de forma indefinida. Tiene un hijo reconocido en España. SAP de Barcelona, secc.10ª, nº759/2017, de 7 de diciembre.

El inicio de expediente matrimonial no es suficiente para fundar un arraigo familiar. SAP de Madrid, secc.1ª, nº 443/2017, de 30 de octubre. Para la SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 871/2017, de 12 de diciembre sí es suficiente



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

si se le añaden visitas en prisión. No es decisivo que no haya medios económicos si hay un proyecto de vida en común.

El NIE no es prueba de arraigo. SAP de Guipúzcoa, secc.3ª, nº 70/2017, de 3 de octubre.

Aunque se conforme en juicio con la expulsión, en ejecución puede invocarse una circunstancia de arraigo. STS nº 717/2011, de 8 de noviembre.

Si no se valora en la Sentencia que acuerda la expulsión el arraigo se deja sin efecto la expulsión. STS nº 608/2017, de 11 de septiembre

Se revoca la expulsión acordando que se resuelva en ejecución por el órgano de instancia. El Fiscal no ha motivado, como exige la Circular 7/2015, en el escrito de acusación porque pide la expulsión. SAP de Cádiz, secc.6ª, nº,58/2017, de 20 de julio.

Un criterio para avanzar en el cumplimiento de la condena es la elevada cantidad de droga lo que supone un notable riesgo para la salud atendido el número de potenciales consumidores. ATS nº 1265/2017, de 27 de julio.

Delito contra la salud pública. Seis años y un día. Se acuerda que cumpla sólo un año de prisión antes de acordar la expulsión dado la avanzada edad del acusado (80 años). SAP de Madrid, secc.30ª, nº766/2017, de 7 de diciembre

Cuando la droga es de especial importancia no se acuerda la expulsión hasta que el penado alcance el tercer grado. No se aplica el Acuerdo del Pleno de la Junta de Madrid de 20 de mayo de 2004 que estima razonable la expulsión una vez cumplida la mitad de la pena. STSJ de Madrid, nº103/2017, de 5 de diciembre.

Si no se puede ejecutar la expulsión no procede que la pena se incluya en la liquidación de otras refundidas, sino que deben cumplirse sucesivamente. STS nº 627/2017, de 21 de septiembre.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

III.RETROACTIVIDAD

2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS

Tribunal Supremo

1.STS nº 514/2017, de 6 de julio

Se aplica la ley anterior porque el penado es residente, no quiere ser expulsado, y con arreglo a la ley anterior un residente no puede ser expulsado

El recurso que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, pues los hechos suceden con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, donde las previsiones sobre sustitución de la pena de prisión por la expulsión, contenidas en el *art. 89 CP*, no contemplaban la posibilidad de su aplicación a los residentes legales en España, sino exclusivamente entonces al *extranjero no residente legalmente en España*, mientras que el recurrente, es residente legal, en posesión del NIE NUM000.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

1. COMUNITARIOS

Audiencia Provincial
Se deniega la expulsión

1.SAP de Ciudad Real, secc.2ª, nº 107/2017, de 24 de julio

Condena por un delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de lesiones. Tres años de prisión. Se estima recurso del Fiscal. Se revoca la expulsión de un comunitario. No hay una amenaza grave para el orden o seguridad pública. No existe un derecho a la expulsión

Trasladados al caso examinado, la Sala habrá de compartir los precisos argumentos que incorpora el escrito del Ministerio para, con revocación parcial de la Sentencia de instancia, denegar la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de expulsión del territorio nacional y ello por cuanto:

1. Los hechos cometidos no suponen, en un análisis ponderado y objetivo, una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.
2. Que la concurrencia de la anterior afectación resultaría condición indispensable para acordar la expulsión. Por tanto, no concurriendo, no procede la sustitución bajo el prisma de la legalidad.
3. Que el precepto, pese a lo que pueda sostener la Defensa, no reconoce al extranjero comunitario el "derecho" a la expulsión a modo de un beneficio penal que le conmute la pena de prisión a cambio de no regresar a territorio español por un determinado tiempo, sino todo lo contrario, regula los límites del Estado a la expulsión del extranjero delincuente que se establece como regla general de política criminal en sustitución de penas de prisión superiores a un año de duración, que para el caso de ciudadanos comunitarios se endurecen particularmente en los términos que acabamos de referir



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

2.AAP de Gerona, secc.3ª, nº 434/2017, de 5 de julio

Se deniega la expulsión de dos nacionales comunitarios de Estonia. De la comisión de un delito robo con violencia con uso de instrumento peligroso en local abierto al público no puede deducirse que representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, máxime teniendo en cuenta la inexistencia de condenas anteriores y posteriores a la comisión de ese delito

Distinto es el caso de Lorenzo y de Nicolas pues ambos son nacionales de Estonia, país que forma parte de la UE y, por tanto, son ciudadanos comunitarios y están afectados por la limitación que a su expulsión establece el artículo 89.4 del Código Penal .

La expulsión fuera del territorio de un Estado miembro de un nacional de otro Estado miembro supone una severa restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia en el espacio Schengen. Por eso, para expulsar de España al extranjero ciudadano de la UE, como medida sustitutiva de una pena de prisión, no es suficiente con que la pena sea superior a un año y que además no resulte desproporcionada en atención a sus circunstancias personales, en particular su arraigo en España, sino que es preciso además (y aquí radica la excepcionalidad) que ese ciudadano europeo represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, y sus antecedentes y circunstancias personales, pues sólo en ese caso procederá aplicar el sustitutivo penal.

Conforme a la sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 24 de junio de 2015 la " seguridad pública" comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior, y por tanto, el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o el ataque a intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública, precisando más adelante que no basta con el ataque a la seguridad pública sino que, además, tenga un grado particularmente elevado de gravedad. Y en el apartado 79 de esa sentencia



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

se aborda el concepto de "orden público", interpretado por la jurisprudencia que emana de ese Tribunal exigiendo que, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

Son supuestos considerandos en la Jurisprudencia del TJUE la pertenencia a grupos terroristas, el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada, los abusos sexuales y explotación de menores por tratarse de actividades que suponen una grave amenaza para la tranquilidad, seguridad, integridad física y calidad de vida de los ciudadanos de la UE.

De la comisión del delito por el que han sido condenados los recurrentes - robo con violencia con uso de instrumento peligroso en local abierto al público- no puede deducirse que representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, máxime teniendo en cuenta la inexistencia de condenas anteriores y posteriores a la comisión de ese delito, como condición indispensable para la procedencia de la expulsión como sustitutivo de las penas de prisión a las que han sido condenados, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

3. AAP de Córdoba, secc.3ª, nº 786/2017, de 18 de diciembre

La expulsión de un comunitario es desproporcionada por lo que sólo es posible si se acredita fehacientemente que tal persona es una amenaza grave para el orden o la seguridad pública. El proceso de rehabilitación social de un comunitario es el mismo que el de un español. El 89 no es aplicable al acusado que carece de antecedentes y ha cometido un delito de robo con fuerza en casa habitada que no muestra un especial y cualificado peligro para los bienes esenciales de la persona

Entonces, tal regulación no deja margen de duda: la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea es una excepción al régimen general y se entiende por definición desproporcionada, de manera que sólo será posible si se acredita fehacientemente que tal persona representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública según los parámetros concretamente perfilados por tal norma. Lo que significa que el proceso de rehabilitación social del penado europeo es equiparable al del nacional



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

español, por compartir una pertenencia a la Unión que genera un mismo estatuto jurídico, si bien solo excepcionalmente el mismo puede romperse en pos de la expulsión cuando poderosas razones de seguridad u orden públicos así lo aconsejen. Así lo hace ver el legislador en la exposición de motivos de la ley reformadora: "La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente".

Precisamente en atención a esta particular regulación, este tribunal tuvo ocasión de decir en esta causa el 22 de diciembre de 2015 que el precepto legal en cuestión no era aplicable al ciudadano rumano Efraim , persona que cuenta con los derechos propios de cualquier ciudadano de la Unión Europea a la que pertenece su país, y que no supone una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública de España puesto que, sin contar con antecedentes penales, se había contentado con cometer un delito común de robo con fuerza en las cosas en casa habitada que no muestra especial y cualificado peligro para los bienes esenciales de las personas.

Un criterio que permanece incólume ahora que se vuelve a plantear por el recurrente por el solo hecho de encontrarse en tercer grado penitenciario, situación que no cambia para nada el argumento motivado en su día sostenido por este tribunal porque la excepcionalidad de la expulsión, que se fundamenta en la propia excepcionalidad de la conducta criminal ejecutada, sigue sin darse toda vez que tal acción, obvio es, sigue siendo la misma.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

Audiencia Provincial

1.AAP de Gerona, secc.3ª, nº 434/2017, de 5 de julio

Se acuerda la expulsión. El ser residente en un país comunitario no atribuye al penado la condición de comunitario.

sí, en primer lugar, Jacinto es de nacional de Kazajistán, país que no pertenece a la Unión Europea (UE) y, por tanto, no le afecta la restricción que para la expulsión de los ciudadanos comunitarios impone el artículo 89.4 del Código Penal. El hecho de que tenga residencia legal en un país comunitario como Portugal no le convierte en ciudadano de la Unión Europea, pues tal condición, de acuerdo con el artículo 9 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la otorga el ser nacional de un Estado miembro.

No siendo ciudadano de la UE, a Jacinto le es de aplicación el artículo 89.1 del Código Penal que establece la sustitución imperativa de las penas de prisión superiores a un año impuestas a los extranjeros por su expulsión del territorio español.

2. SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 52/2017, de 27 de diciembre

Tampoco procede dicha sustitución respecto de Indalecio, ha aportado fotocopia de permiso de residencia en Portugal y no se aprecian circunstancias de atentado grave al orden público que requieran la expulsión.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

V Bis. COMPUTO DE LA PENA DE PRISIÓN A EFECTOS DE LOS LÍMITES DE LA EXPULSIÓN

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.26ª, nº 636/2017, de 8 de noviembre

A los efectos de computar el límite de un año se atiende a la pena individualmente considerada. No pueden sumarse.

En cuanto a la sustitución de las penas de prisión impuestas por la de expulsión del territorio nacional, el art. 89.1, inciso primero, del CP establece literalmente que "las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio nacional," por lo que no resulta aplicable al presente caso según la literalidad del precepto, todo ello sin perjuicio de lo que proceda teniendo en cuenta la situación irregular en España del acusado, nacido en la República Dominicana el día NUM002 /1989.

La suma de las penas de prisión impuestas en la sentencia (10 meses y 15 días de prisión, por el delito de lesiones en el ámbito familiar, y 10 meses de prisión, por el delito de quebrantamiento de condena), no permiten la expulsión teniendo en cuenta además las exigencias de los apartados 3 y 4 del mencionado art. 89 del Código Penal, en relación específicamente con las desconocidas circunstancias personales del condenado en la presente causa.

La Circular 7/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015 de reforma del Código Penal, establece lo siguiente en su conclusión 1ª: "Si una sentencia impone al mismo ciudadano extranjero dos o más penas de prisión y ninguna de ellas individualmente



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

considerada excede la duración de un año, no procederá su expulsión, aunque la suma de las penas rebase dicho límite".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

Audiencia Provincial

Se aplaza

Porque el Fiscal no ha pedido la expulsión o no ha habido audiencia en el juicio

1.SAP de Barcelona, secc.10ª. nº 675/2017, de 23 de octubre

El Fiscal no ha pedido la expulsión ni ha habido audiencia. Se podrá plantear la expulsión en ejecución tras el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena

Pues bien, en este caso, la sustitución de la pena de prisión por expulsión no fue solicitada por el Ministerio Público, siendo que dicha medida queda comprendida en el principio acusatorio que es de obligada observancia por el Tribunal, además de no haberse insertado en el acto del juicio la preceptiva audiencia al respecto. No obstante, ello, y cumplidas las condiciones establecidas en dicho precepto relativas al cumplimiento de al menos las dos terceras partes de la condena, la clasificación en tercer grado o la obtención de la libertad condicional, ello permitirá que, previa petición de las defensas y oído el Ministerio Fiscal en su momento, pueda resolverse en fase de ejecución de sentencia sobre la petición formulada.

2.SAP de Granada, secc.2ª, nº 488/2017, de 11 de octubre

No se ha debatido en juicio sobre la expulsión propuesta por el Fiscal

Por lo demás, silenciada durante el debate de la sesión del juicio oral la cuestión referente a la sustitución de las penas de prisión por la expulsión del acusado del territorio nacional que el Ministerio Fiscal propone conforme al *art. 89 del CP*, ignorando por tanto la postura del interesado sobre este extremo al no haber sido oído ni él ni su Defensa, diferiremos al periodo de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

ejecución de la sentencia el pronunciamiento conforme permite el apartado 3 del precepto una vez se reúna la información necesaria tras cubrir el obligatorio trámite de audiencia.

3.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº630/2017, de 9 de octubre

No se ha oído al penado sobre la situación personal, familiar o social al acogerse a su derecho a no declarar

Sin embargo, y pese a acreditarse de la documental obrante en autos (folio 60 de la causa) que el procesado no reside legalmente en España, el hecho de no habersele preguntado en el plenario, pues se acogió a su derecho a no declarar, sobre su situación personal, laboral y social, ha impedido que el Tribunal efectúe una adecuada ponderación de los intereses y derechos en juego que justifique la sustitución que contempla el art.89 CP... Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que, en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Y todo ello sin perjuicio de la facultad del Tribunal encargado de la ejecución de la pena de efectuar dicha ponderación y decidir a través del correspondiente auto sobre la sustitución solicitada.

Para comprobar el arraigo

1.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 31/2017. de 12 de julio

En lo que respecta a la posible aplicación del artículo 89 del código penal, y dado que no se disponen de elementos suficientes para determinar, conforme a derecho, el arraigo del encausado en España, se acuerda diferir el pronunciamiento concreto al periodo de ejecución de la presente sentencia.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VII. OMISSION DE LA DECISION DE EXPULSION Y MOTIVACION

Por el órgano judicial

Tribunal Supremo

1. STS nº 608/2017, de 11 de septiembre

Se deja sin efecto la expulsión por cuanto la Audiencia no ha valorado la situación de arraigo del penado

Expresa el recurrente que si bien nació en la ciudad de Tetuán (Marruecos), reside en España desde hace veintitrés años, concretamente desde que contaba con dos años de edad, habiendo cursado aquí sus estudios de formación primaria y secundaria. Añade que su hermana cuenta con la nacionalidad española y que él tiene fijado su domicilio en la localidad de DIRECCION000 desde hace seis años, habiendo realizado un curso para la adquisición de la nacionalidad española. Considera que su arraigo en España es total, sin que tenga vinculación con ningún otro lugar, razón por la que entiende que la medida de expulsarle una vez cumplida la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, supondría una exacerbación de la sanción, máxime si se considera que no conoce el idioma del lugar al que sería expulsado, carece de vínculos con ese territorio y quedaría separado de su familia en España.

(...)

Lo expuesto muestra la necesaria estimación del motivo. La injustificada aplicación de la medida de sustitución no sólo surge de un relato fáctico que no recoge el carácter de extranjero del recurrente (la cuestión tampoco se aborda con ocasión del análisis jurídico del material probatorio aportado), sino por la ausencia de cualquier análisis de las circunstancias del caso y de la incidencia que la medida pueda tener en valores de relevancia constitucional como son el arraigo o el derecho a la unificación familiar del condenado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El motivo debe estimarse.

..

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia rescindente, estimó el motivo de infracción de ley formulado por el recurrente Ezequiel y declaró improcedente la medida de expulsarle una vez cumplida la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, manteniéndose el resto de pronunciamientos incluidos en la sentencia de instancia.

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona, secc.5ª, nº 635/2017, de 4 de agosto

La resolución recurrida transcribe parcialmente el art.89 CP y lleva a cabo un razonamiento genérico aplicable a cualquier resolución. Si se carecía de prueba sobre el arraigo debió diferirse la decisión a ejecución. La Sentencia no se pronuncia, estimando o desestimando, sobre el arraigo

A la vista de los anteriores expositivos, en el caso presente, efectivamente, se constata que la resolución combatida, de 24 de abril de 2017, carece de motivación alguna, conteniendo, únicamente, una parcial transcripción de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal y un razonamiento genérico, adaptable y susceptible de ser adoptado en cualquier tipo de resolución de la misma naturaleza -es decir, una resolución estereotipada-, pero sin un contenido específico, al margen del puramente resolutorio en el sentido de considerar concurrentes los requisitos previstos en el precepto legal citado;

Sorprende la celeridad en la toma de la decisión ahora combatida e inmotivada, cuando en la Sentencia de 29 de abril de 2016 , se difiere la decisión de sustitución de la pena de prisión impuesta por expulsión, a la fase de ejecución, no disponiendo en ese momento la Juzgadora, según la misma, de acervo probatorio alguno relativo al arraigo en Territorio Nacional del penado, de lo que se infiere que valoraría dichas circunstancias en base al resultado documental que exigiera o le fuera presentado, de conformidad con la posibilidad recogida en el apartado 4 del artículo 89 del Código Penal , sin que conste que ello se haya efectuado para el dictado de la resolución



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

recurrida, la cual no contempla ningún pronunciamiento al respecto ya fuera en sentido estimatorio o desestimatorio tanto del arraigo, como de la proporcionalidad de la medida.

Por el Fiscal

Audiencia Provincial

1.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº,58/2017, de 20 de julio

Se revoca la expulsión acordando que se resuelva en ejecución por el órgano de instancia. El Fiscal no ha motivado en el escrito de acusación porque pide la expulsión como exige la Circular 7/2015

CUARTO. - Cuestión diferente a que este Tribunal no pueda revocar la sentencia apelada y disponer no haber lugar a la sustitución de la pena de prisión impuesta es que, a modo de estimación parcial del recurso, proceda posponer la decisión a este respecto. El artículo 89.3 del Código Penal establece que como regla general debe resolverse sobre ello en sentencia, pero sólo si fuera posible. La actual regulación de la materia hace que, en teoría, sean pocos los supuestos en los que quepa demorarlo a los trámites de ejecución de sentencia, como ha destacado también muy correctamente la circular de la Fiscalía General del Estado antes indicada. Ahora bien, en la práctica el panorama es muy diferente. La razón de ello radica en que en la mayoría de las ocasiones no se propicia un verdadero debate contradictorio sobre la cuestión. Muchos son los motivos que pueden coadyuvar a impedirlo, pero, dentro de los mismos, merece la pena destacar los siguientes:

a) Nuestro legislador no ha adaptado la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las previsiones del artículo 89 del Código Penal ni en su redacción actual ni en las anteriores. Sigue siendo ajena a las mismas la regulación de los escritos de calificación recogida en los artículos 650 a 653, 781 y 784 del primero de los cuerpos legales citados. De igual modo, salvo en los casos de sentencias dictadas de conformidad previstos en sus artículos 787 y 801, no se alude a trámite alguno para decidir sobre la sustitución de las penas. Debe



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

aplaudirse en este sentido, sin perjuicio de lo que luego se indicará, los intentos del juzgador por lograr que se discutiera sobre esta cuestión en el juicio oral, como se ha expuesto en el antecedente de hecho cuarto.

b) La circular de la Fiscalía General del Estado varias veces ya referida trata de asegurar, con más voluntad que apoyos normativos, que por parte de los miembros del Ministerio Fiscal se propicie un debate pleno sobre la procedencia o improcedencia de la sustitución por expulsión del territorio nacional. A tal fin establece que no sólo debe interesarse una u otra cosa expresamente en los escritos calificadorios, sino que, además, en su conclusión primera y con el fin específico de " *...facilitar la defensa contradictoria del acusado...* " habrá de consignarse, " *...junto a los datos de filiación del acusado, su nacionalidad y su situación de residencia, legal o ilegal y cuantos elementos, fácticos y jurídicos -p. e., resoluciones administrativas que definan su estatuto jurídico- puedan ser de interés relevante para valorar su situación...* ", añadiendo que si su opinión fuera contraria a que se disponga por considerarla desproporcionada " *...las circunstancias y elementos en los que se sustenta tal juicio deberán ser someramente indicados en la conclusión primera...* ". Sólo una óptima redacción de los escritos calificadorios, lo que puede que no siempre será sencillo, puede permitir, en consecuencia, un verdadero debate sobre la correcta aplicación en cada caso del artículo 89 del Código Penal.

En el presente caso, a pesar de los esfuerzos del juzgador, nunca se han llegado a exponer por el Ministerio Fiscal, como se extrae de lo expuesto en el antecedente de hecho primero y cuarto de la presente sentencia, las razones por las que solicitaba la expulsión del recurrente, por lo que mal éste podía articular una adecuada línea argumental contra ello a pesar de sus intentos, como hizo en su escrito de defensa en los términos que se han recogido en el antecedente de hecho segundo, y desplegar una actividad probatoria suficiente, máxime si, como destacó, ha estado privado de libertad provisionalmente desde que se produjo su detención en el mismo momento que se intervino la primera partida de hachís. Por lo tanto, no se estaba en condiciones necesarias para resolver sobre la sustitución de la pena de prisión en la sentencia. Debió haberse aplazado la decisión, lo que determina la estimación parcial del recurso.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR

Tribunal Supremo

1.ATS nº 1114/2017, de 6 de julio

No hay arraigo familiar porque en la fecha de comisión del hecho delictivo el padre no reside con los hijos y no contribuye a su mantenimiento. No obstante, al haberse diferido la expulsión hasta que se cumpla una parte de la pena, la cuestión puede volver a plantearse en su momento

En tercer lugar, sostiene que la expulsión de territorio español es desproporcionada, atendiendo a las circunstancias del hecho y a las circunstancias personales suyas. Reitera que es padre de cinco hijos, cuatro de ellos residentes en España desde hace más de 10 años. Por ello estima que su expulsión supondría una vulneración de los derechos de sus hijos.

(...)

En segundo lugar, analizó la situación de ambos acusados a los que se les aplicaba la medida (Guillermo y Nicolas), estimando, respecto de este último, que no se daba esa situación de arraigo, porque, a la fecha de la comisión de los hechos denunciados, no residía con sus hijos y no contribuía a su mantenimiento.

En todo caso, la medida de expulsión se difería hasta el cumplimiento de la mitad de la pena o, en su caso, el otorgamiento de tercer grado penitenciario o de libertad condicional. Se trata, por lo tanto, de una cuestión de ejecución de la pena, sobre la que se podrá volver en su momento.

En cualquier caso, la decisión adoptada por el Tribunal de instancia



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

está conveniente y adecuadamente motivada y se ajusta al presupuesto legal del precepto aplicado.

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.7ª, nº 479/2017, de 11 de julio

No se expulsa. Se aprecia el arraigo. Tiene nietos españoles y vive en España desde hace diez años

Aunque en relación con este atendemos a su petición subsidiaria de supresión de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional que se aplica de forma automática en sentencia sin atender al importante arraigo en España de un coacusado que tiene ya nietos españoles y que está viviendo en España al menos desde hace 10 años (cuando ocurren los hechos) y sin que se declare probada su situación de irregularidad.

2. SAP de Barcelona, secc.10ª, nº759/2017, de 7 de diciembre

No se expulsa. Se aprecia el arraigo. Los padres del condenado residen en España desde hace muchos años y trabajan de forma indefinida. Tiene un hijo reconocido en España

Dicha impugnación la estimamos porque por abundante prueba documental acredita sobradamente arraigo en España: Si bien nació el NUM000 .1994 en Santa Cruz de Bolivia y carece de permiso de residencia, sus padres residen en España desde hace muchos años. Su padre es titular de NIE en vigor de larga duración y trabaja con contrato de forma indefinida en el sector de construcción. Su madre es española por residencia con contrato indefinido en sector limpieza de edificios y locales. Por su fuera poco, tiene un hijo reconocido con Horacio , naciendo en España el NUM001 .2013.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA

Audiencia Provincial

1.SAP de Tarragona, secc.4ª, nº 260/2017, de 6 de julio

Se aprecia el arraigo y no se expulsa. El penado lleva en España desde el año 2010 como muestra su hoja histórico penal y el certificado de empadronamiento. Domina el castellano.

No procede la expulsión sustitutiva del territorio nacional pretendida por el Ministerio Público. Además del total silencio expositivo y justificativo sobre las razones sobre las que fundaba dicha pretensión sustitutiva, la misma resultaría ex artículo 89.4º CP desproporcionada atendidas las circunstancias de arraigo del acusado que pueden considerarse acreditadas: la presencia en España al menos desde primeros de los años dos mil, como cabe deducir también de su hoja histórica penal; su empadronamiento en la ciudad de DIRECCION000 , donde residen sus padres quienes adquirieron algunos inmuebles en el año 2002, como consta acreditado en la pieza de situación personal; el conocimiento fluido de la lengua castellana que sugiere arraigo socio-cultural en nuestro País.

F. OTROS

Audiencia Provincial

1.SAP de Lérida, secc.1ª, nº 416/2017 de 7 de noviembre

Se acuerda la expulsión. No es arraigo haber realizado trabajos esporádicos, realizar cursos de formación, tener cuentas bancarias, carnet de biblioteca y tarjeta de vacunación.

Atendiendo a dicha doctrina jurisprudencial, estima la Sala que en este caso es correcta la decisión de sustituir la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio español debido a que no se aprecian circunstancias



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

excepcionales de arraigo, situación familiar o similares que aconsejen la no aplicación de esta previsión legal; en primer lugar el recurrente no tiene familiares residentes en España, por lo que la expulsión no supondría ruptura de la convivencia familiar ni agravio alguno para su vida afectiva; en segundo lugar tampoco deriva de la documentación obrante en las actuaciones que cuente con estabilidad laboral, por más que haya podido puntualmente realizar algún trabajo, por lo que la expulsión tampoco supondrá un agravio para su actividad laboral ni para sus intereses patrimoniales; y finalmente, el resto de las circunstancias que alega, es decir, que lleva varios años residiendo en España durante los que ha realizado cursos de formación, que es titular de varias cuentas bancarias y que dispone de carnet de la biblioteca, así como de tarjeta de vacunación del Instituto Catalán de la Salud, no implican la existencia de un arraigo de tal intensidad que hagan desproporcionada la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, máxime teniendo en cuenta que en este procedimiento ha sido condenado por un total de seis robos en distintos establecimientos cometidos durante el año 2016, constando también, según deriva de la sentencia de instancia, que fue condenado en el año 2014 por un delito de lesiones y que también fue condenado en otra sentencia por un robo cometido en el mes de septiembre de 2016, todo lo que evidencia que el penado no participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social.

Por todo ello, la afectación que para el penado supone la expulsión como respuesta punitiva no resulta desproporcionada

G. PRUEBA DEL ARRAIGO

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

Tribunal Supremo

1.STS nº 717/2011, de 8 de noviembre

Pide la defensa que se deje sin efecto la expulsión invocando una situación de arraigo. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional fue solicitada por el Fiscal en el escrito



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

acusatorio de conclusiones provisionales y el recurrente manifestó la plena conformidad con dichas penas y medidas. En la Sentencia de conformidad se incluyó la expulsión. No obstante, según los términos del acuerdo con el Fiscal, las circunstancias que pueden excepcionar la ejecución de la sentencia, deben valorarse en ejecución de la misma, en cuya fase se hará efectiva la sustitución de la pena por expulsión o su cumplimiento. Ello corresponde a la Audiencia

En el primer motivo, al amparo del *art. 849.1º L.E. Cr .*, denuncia la indebida inaplicación del *art. 89 .4 C.P.*, en el que se establecen supuestos en que no procedería la expulsión, como sustitución de la pena privativa de libertad impuesta.

1. El recurrente nos dice que la *sentencia de conformidad recurrida fue dictada "in voce" en fecha 15 de septiembre de 2016* tras haber alcanzado la representación del Sr. Teofilo Olegario previamente un acuerdo con el Ministerio Público. Que dicho acuerdo se resume del siguiente modo; "en fecha de dictarse la sentencia impugnada el acusado (de nacionalidad colombiana) se encontraba y se encuentra en fase de regularizar su situación en nuestro país, por lo que se acordó que en función de su situación de regularidad o irregularidad en España cuando se iniciase la fase de ejecución de sentencia, se valorarían las circunstancias del hecho y personales del Sr. Teofilo Olegario a efectos de proceder o no a la expulsión del territorio nacional".

Fundamenta su impugnación en la inaplicación del *art. 89 .4 C.P.*, a cuyo tenor "4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada".

A continuación, el recurrente alude a circunstancias de naturaleza personal, laborales, sociales y familiares, que teóricamente pudieran influir en el mantenimiento de la expulsión, como pena sustitutiva o su cumplimiento.

2. El motivo no puede prosperar porque la expulsión acordada en el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

fundamento jurídico sexto de la recurrida no se llevó a cabo después de la pertinente valoración sobre la concurrencia de causas que pudieron justificar la suspensión de la medida.

Como bien apunta el Mº Fiscal la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional fue solicitada por el Fiscal en el escrito acusatorio de conclusiones provisionales y el recurrente manifestó la plena conformidad con dichas penas y medidas, incluyendo en la sentencia de conformidad la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

No obstante, según los términos del acuerdo con el Fiscal, las circunstancias que pueden excepcionar la ejecución de la sentencia, pueden y deben valorarse en ejecución de la misma, en cuya fase se hará efectiva la sustitución de la pena o su cumplimiento (art. 89 .3º y 4º C.P.).

La competencia para la ejecución la tiene en todo caso la Audiencia provincial, por lo que esta Sala de casación no puede dilucidar la cuestión planteada.

El motivo se desestima

Audiencia Provincial

1.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº,58/2017, de 20 de julio

El tener un permiso de residencia español es un elemento de especial importancia, pero no es suficiente. Lo verdaderamente relevante es que se haya establecido unos vínculos efectivos. No se puede profundizar en el arraigo en apelación con la presentación de nuevos documentos ya que los mismos se han inadmitido con arreglo al art.790.3 LECRIM

La segunda petición que se formuló en el recurso, como se indicó en el antecedente de hecho sexto, es que se revocara la decisión de sustituir parte de la pena de prisión que se impuso por la expulsión del territorio nacional en aplicación del artículo 89 del Código Penal. Conforme con su apartado primero ello debe ser la regla general cuando recaigan sanciones de ese tipo superiores a 1 año sobre extranjeros, como se asume que es el caso. A tenor



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de su apartado 4 ello no procederá, a modo de excepción, cuando resulte desproporcionada. Los criterios a los que obliga a atender para valorarlo son las circunstancias del hecho y las personales del condenado, especialmente dentro de estas últimas, su arraigo en España. En esto fue en lo que precisamente se centró el recurrente para interesarlo. El tener un permiso de residencia español, como se alegó y se asumió dentro de los datos personales del encabezamiento de la sentencia, es un elemento de especial importancia para valorar la procedencia o improcedencia de la sustitución, pero no suficiente por sí mismo, pues lo verdaderamente relevante es que se hubieran establecido unos vínculos efectivos en el país, como muy bien destacó la circular 7/15 de la Fiscalía General del Estado tras estudiar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El recurrente ha tratado de ahondar aún más en este ámbito aportando unos documentos con la apelación, pero un erróneo planteamiento procesal ha determinado que se inadmitan como prueba documental a practicar ante este Tribunal conforme con el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se ha expuesto en el antecedente de hecho octavo. Por ello no puede revocarse la sentencia y disponer no haber lugar a la sustitución de la pena de prisión que se impuso¹.

2.AAP de Cádiz, secc, 6ª, con sede en Ceuta, nº 180/2017, de 25 de julio

La expulsión puede ser reversible si concurre una circunstancia sobrevenida que hace desproporcionada la expulsión. Ello ocurre con el arraigo, concepto de gran importancia. No sucede con el hecho de llevar a cabo un comportamiento ejemplar en prisión o estar arrepentido por el delito

QUINTO. - La " *reversibilidad de la decisión de expulsión* " no quiere decir replanteamiento constante de su acierto. Lo contrario implicaría vaciar de contenido la inimpugnabilidad que es inherente a la firmeza de la

¹790.3 3. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables. La Sentencia aplaza la decisión de expulsión a ejecución por cuanto



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

resolución que ordenó la sustitución. Como se extrae de las sentencias del Tribunal Supremo de números 792/2008 y 918/2012 citada en el recurso y de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como las 18/02/1991 (Moustaquim contra Bélgica) y 11/07/2002 (Amrollahi contra Dinamarca), a las que se alude en la circular de la Fiscalía General del Estado antes referida, la razón de ser de la reversibilidad radica en la modificación de las circunstancias tomadas en consideración para llevar a cabo la sustitución en aplicación el artículo 89 del Código Penal . Si se retoma lo alegado en el escrito extractado en el antecedente de hecho sexto, que fue el que propició el dictado de la resolución recurrida, se observará que, en realidad, no se trató de poner de relieve que por diferentes avatares acaecidos con el transcurso del tiempo una expulsión que inicialmente era proporcionada había dejado de serlo. Lo que se vino a hacer valer, en esencia, era más bien la incorrección de la decisión inicial se sustituir la pena de prisión ante su arraigo en España, aspecto de gran relevancia a ese respecto, como se verá en el fundamento de derecho siguiente. Se trataba a todas luces de un intento de salvar la firmeza adquirida por no haberse recurrido el auto en el que se dispuso después de haber cambiado de letrado el penado.

SEXTO. - Sólo desde un punto de vista secundario en el escrito que propició el dictado de la resolución apelada y algo más en el recurso de apelación pueden encontrarse referencias a circunstancias que pudieran calificarse de novedosas respecto de cuando se decidió la sustitución de la pena de prisión. Otra cosa es que tuvieran alguna relevancia de cara a poner de relieve su desproporción en el momento actual. Debe tomarse en consideración a este respecto que el artículo 89.4 del Código Penal establece como criterios para valorarlo las circunstancias del hecho y las personales del condenado, especialmente dentro de estas últimas, su arraigo en España. Si se retoma de nuevo lo expuesto en el antecedente de hecho sexto y se pone en relación con lo indicado en el décimo puede apreciarse que se hizo hincapié en este sentido en que había mantenido un comportamiento ejemplar durante su reclusión, se había arrepentido por la comisión del delito y que su pronóstico de adaptación social era bueno por lo que la expulsión " *...entraría en conflicto con su favorable evolución en nuestro País...* ". No puede ser más paradójico tratar de alegar como motivos justificativos de su falta de proporcionalidad aspectos derivados de la ejecución de la pena a la que habría de sustituir en el futuro cuando, si sólo se ha dispuesto que lo sea parcialmente, es por motivos de aseguramiento de la defensa del orden



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

jurídico y restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, tal como dispone el apartado primero del citado artículo 89 del Código Penal.

G.3.PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR

Audiencia Provincial

1.SAP de Pontevedra, secc.5ª, nº319/2017 de 28 de julio

Se acuerda la expulsión. Se deniega el arraigo familiar. Aunque tenía concedida una autorización de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea por cuanto estaba inscrita como pareja de hecho, en el presente procedimiento no ha acreditado la convivencia. Las gestiones de la Brigada de Extranjería tampoco acreditan tal convivencia.

Sin embargo, poco más puede añadirse a lo ya expuesto en la sentencia de instancia. Así, hay que tener en cuenta que no se ha acreditado en el juicio vinculación actual alguna con el territorio nacional. En primer lugar, la citada sentencia del TSJ de Galicia, de 6-4-2016, concedía ciertamente al acusado la autorización de residencia temporal de familiar de ciudadano de la unión europea por cuanto estaba inscrito como pareja de hecho de Socorro - mediante los documentos falsos ya referidos- y no concurría impedimento económico alguno. Sin embargo, en el presente procedimiento no se ha acreditado la convivencia actual con la que dice ser su pareja, y tampoco lo hacen las gestiones realizadas por la Brigada de Extranjería (así lo ratifica el agente NUM004 en el plenario y se recoge documentalmente a los folios 75 y sig.). De esta manera, y a pesar de estar registrados como pareja de hecho el 27/2/2014, el 27/3/2014 se presenta la Brigada de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía en el domicilio de Socorro al objeto de comprobar la convivencia de la pareja, encontrando en el domicilio al hijo de Ángela , Carlos Daniel (nacido en 1995), el cual informa de que Patricio no convive en el domicilio (sólo él con su madre, su hermano, un abuelo y una tía) y que Patricio es un amigo de su madre que vive en otro domicilio y que los visita de vez en cuando. Que días después (1 de abril) se presentan y tampoco está



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

el acusado, que no encuentran fotos de la pareja en el domicilio y que sólo encuentran en la habitación de la pareja enseres personales de Socorro y algo de ropa de hombre en el armario de la habitación, así como un par de zapatos de hombre. Tampoco se acredita vinculación laboral del acusado, a todo lo cual se suma que se trata de un no residente legalmente en España al que le consta Decreto de Expulsión del territorio nacional durante 10 años por infracción de la Ley de Extranjería, no pudiendo regresar a España en un plazo de 5 años, contados desde la fecha de su expulsión.

2.AAP de Albacete, secc.2ª, nº 639/2017, de 8 de agosto

Se acuerda la expulsión. Ni se concreta el grado de parentesco ni se prueba

Aunque se alega arraigo en España, dicha alegación está huérfana de todo sustento probatorio, por cuanto se dice que tiene familia y amigos, pero no se concreta el grado de parentesco, ni mucho menos se prueba, al igual que nada se dice sobre el tiempo que lleva en España, ni ninguna otra circunstancia o hecho del que inferir dicho arraigo, por tanto, este motivo del recurso no puede prosperar.

3.SAP de Madrid, secc.1ª, nº 443/2017, de 30 de octubre

Se acuerda la expulsión. El inicio de expediente matrimonial no es suficiente para fundar un arraigo familiar

Los datos de arraigo son insuficientes para considerar desproporcionada la expulsión. La penada dice residir en España desde hace 8 años, pero al tiempo de los hechos se encontraba en situación administrativa ilegal en España y no tenía actividad laboral ni arraigo familiar digno de mención. En el momento presente el único que se nos ofrece es el de un expediente matrimonial. Aunque creyéramos en la sinceridad del enlace -algo dudoso, empezó a tramitarse en junio de 2017, cuando la penada llevaba varios meses en prisión provisional- no es un elemento decisivo que nos incline a no sustituir la pena de prisión por expulsión.

4.SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 871/2017, de 12 de diciembre



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No se acuerda la expulsión. Se aprecia la existencia de una relación de pareja de hecho con una ciudadana española lo que se acredita por el inicio del expediente administrativo y múltiples visitas en prisión. El que no tengan medios económicos no es relevante si hay un proyecto de vida en común en el país

En primer lugar, el acusado alega y acredita la existencia de una relación de pareja con una ciudadana española, con inicio del procedimiento administrativo para materializar dicha relación en matrimonio. La relación se acredita también mediante certificación de las múltiples visitas que dicha pareja ha realizado al acusado en prisión. La Sentencia, por el contrario, prioriza el dato de la falta de medios económicos en ambos, sin valorar la evidente relación entre arraigo social y un proyecto de vida en común en el país. La Sala considera que la argumentación ofrecida por el Juzgado, en este ámbito, es insuficiente e inadecuada para hacer frente a las exigencias derivadas del nuevo planteamiento del artículo 89. 4 del C.P ., con la inclusión de los parámetros propios de la proporcionalidad y del modo preceptivo en que lo hace.

5.SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 819/2017, de 27 de octubre

Se acuerda la expulsión. No es arraigo la intención de contraer matrimonio que no se acredita

Dicho motivo tampoco puede prosperar pues el alegado arraigo no aparece acreditado mínimamente ya que la propia sentencia pone de manifiesto que no se ha acreditado la integración del acusado en España, obrando en la causa certificación en la que se indica que es expulsable, poniendo de manifiesto la jugadora que "El acusado ha manifestado que piensa contraer matrimonio y que lleva 16 años en España, pero no se ha acreditado en forma alguna ni aportado a la causa ningún documento que permita acreditar un arraigo bastante" .

6. SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 52/2017, de 27 de diciembre

No se acuerda la expulsión. La fotocopia compulsada del Libro de familia acredita que está casado con una mujer con contrato de trabajo en España



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No procede la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional, prevista en el artículo 89 del código penal, respecto de Donato, ya que ha aportado en la primera sesión del juicio fotocopia compulsada de libro de familia, en el que se refleja que está casado con una mujer, que ha aportado también contrato de trabajo en España, por lo que se considera que tiene un arraigo suficiente que impide la **expulsión**

7.SAP de Ciudad Real. Secc.1ª, nº 33/2017, de 19 de diciembre

No se acuerda la expulsión. Se aprecia el arraigo. La documental aporta que vive en España desde los 18 años en situación administrativa legal con mujer y dos hijos españoles

Pues bien, en el caso, en el turno de última palabra mentado Francisco hizo referencia a su arraigo en España, donde reside desde los 18 años de edad, en situación administrativa legal en el país, habiendo adquirido su esposa la nacionalidad española, y siendo españoles sus dos hijos. Tal manifestación, contrastada con la documental unida (folios 40, 32 y 41) se consideran suficientes para valorar como desproporcionada la expulsión eludiendo la sustitución de la pena en los términos interesados por el Ministerio Fiscal.

G.4.PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL

Audiencia Provincial

1. SAP de Barcelona, secc.5ª, nº 774/2017, de 4 de diciembre

No se aprecia arraigo laboral. El penado carece de permiso de trabajo que le permita trabajar

Expuesto lo anterior y con aplicación al caso de autos, Jacobo, de nacionalidad India, en el acto de Juicio, tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto de su arraigo y circunstancias personales a preguntas de su defensa y a partir de dichas manifestaciones no se advierten datos de los que pudiera inferirse que disponga de arraigo en Territorio Nacional de tal entidad que su expulsión resultara desproporcionada; consta acreditado que no dispone de permiso de residencia que le habilite, legalmente, para su permanencia en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Territorio Nacional (f. 25), en el que dijo encontrarse hace un año y medio, no disponiendo, en consecuencia de permiso de trabajo que le autorizara para realizar actividad laboral remunerada y lícita, sin constancia de que en algún momento hubiera iniciado trámites para regularizar su situación, que evidenciara, en todo caso, una intención de integración y estabilidad en Territorio Nacional; más allá de las manifestaciones ofrecidas por el acusado al respecto de la presencia en Territorio Nacional de un "tío", no existe constancia de arraigo familiar alguno, ni de que la medida de expulsión provocara una ruptura de convivencia familiar consolidada.

G.5.PRUEBA DE OTROS ARRAIGOS

Audiencia Provincial

1.SAP de Guipúzcoa, secc.3ª, nº 70/2017, de 3 de octubre

En el presente caso, de la prueba practicada se desprende la ausencia absoluta de arraigo del inculpado en España. De la documental aportada no se desprende ni arraigo familiar, ya que únicamente han sido aportadas copias de documentos NIE de personas extranjeras con las que el inculpado no comparte apellido, ni arraigo social, laboral o económico.

3. GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA

Audiencia Provincial

Cumplimiento íntegro de la condena

1.AAP de Barcelona de 30 de octubre de 2017, secc.8ª, (Recurso nº 09/2017)

Debe cumplirse la pena de prisión sin posibilidad de expulsión. Se valora la gravedad de la pena (13 años) y la existencia de otra condena por robo con violencia que revela su talante refractario a la norma



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El motivo de recurso ha de fenecer pues, abundando en las acertadas fundamentaciones expuestas por el Juzgador a quo tanto en su Auto de fecha 7 de abril, denegatorio de la expulsión y que viene apelado, como en el ulterior de fecha 26 de septiembre, denegatorio del recurso de reforma, la gravedad ínsita de los hechos motivantes de la condena del recurrente determina la procedencia de acordar en el caso de autos el cumplimiento íntegro de la pena en establecimiento penitenciario de España y ello, tanto conforme al *art. 89 .1, párrafo segundo del C. Penal* vigente en el momento de cometerse los hechos, que permitía discrecionalmente ese cumplimiento íntegro tomando en consideración la naturaleza del delito cometido y la grave pena total impuesta (13 años de prisión), como de conformidad con el redactado del actual *art. 89 .2 del mismo Código* , que toma en consideración la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la norma infringida por el grave delito cometido por el apelante, quien, no ha de olvidarse, tiene vigente otra condena de fecha 26 de octubre de 2.009 a la pena de 3 años y seis meses de prisión por delito de robo con violencia e intimidación, lo que denotaría su talante absolutamente refractario a la observancia de las normas y su desprecio hacia el ordenamiento jurídico, que hace ilusoria su invocada reinserción social.

La trayectoria delictiva impone la expulsión

1.AAP de Barcelona, secc.5ª, nº 919/2017, de 30 de noviembre

Procede la expulsión. Las condenas penales revelan una trayectoria delictiva que demuestra que los fines de la pena no se han cumplido.

Descendiendo al supuesto que nos ocupa, avalamos la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, y ello por cuanto no consta acreditado que el penado tenga arraigo en España, ni familiar ni laboral, y fue condenado con anterioridad a las penas de 2 años y de 22 meses y 1 día de prisión en otra ejecutoria tramitada por el mismo Juzgado de lo Penal nº 2 de Vilanova i la Geltrú, la nº 116/2016 (recogido en el auto combatido), lo que revela su iter delictivo y que no ha cumplido los fines de prevención general y especial la pena impuesta en esa condena anterior (que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

dio lugar a esa ejecutoria nº 116/2016), ya que tras ésta cometió el delito que ha dado lugar a la ejecutoria que nos atañe.

2.SAP de Navarra. secc. 1ª nº 249/2017, de 28 de noviembre

Aunque el penado lleva residiendo en España desde hace quince años y el delito por el que se condena son unas amenazas, tiene condenas anteriores, habiendo protagonizado diversas incidencias en un centro de salud

Partiendo de ello, habremos de determinar si en este caso, atendidas las circunstancias concurrentes, la expulsión del acusado resulta ser o no desproporcionada.

De un lado, alegando la defensa que el acusado reside en España desde hace más de 15 años, ello no es negado por la acusación, ni rechazado por la resolución recurrida.

Por su parte, consta que el mismo dispone de autorización de residencia de larga duración.

Junto a lo anterior, es destacable que la hoja histórico penal del acusado y sus antecedentes policiales, ponen de manifiesto que el mismo ha sido detenido en numerosas ocasiones por diversos delitos y faltas desde el año 2005 hasta el 2107, y condenado en cinco sentencias dictadas entre el año 2005 y el 2017, siendo las últimas de fechas 6 de junio de 2016, por delito de lesiones, y de fecha 15 de mayo de 2017, por delitos de atentado y de lesiones.

Además, consta un informe elaborado por la Guardia Civil en el que se relatan numerosas incidencias protagonizadas por el acusado en determinado centro de salud y servicio social de base entre los años 2014 y 2017.

Valorado todo ello en su conjunto, teniendo en cuenta los referidos datos relativos al acusado, solo apreciamos como datos favorables los referentes a su residencia en España desde hace un considerable número de años y a las circunstancias del hecho cometido, que se concreta en unas amenazas no condicionales.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Pero junto a ellos, constan otros ciertamente desfavorables, como los relativos a sus condenas y detenciones, así como las numerosas incidencias que protagonizó y que revelan un comportamiento inadecuado y mantenido de manera reiterada.

Ante lo expuesto, no apreciamos fundamento para poder considerar aplicable la excepción a la norma general que dispone la expulsión en casos como el presente, no estimando que la expulsión.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

*Cumplimiento de la mitad de la condena salvo que con anterioridad
alcance el tercer grado o la libertad condicional*

Tribunal Supremo

1.ATS nº 1265/2017, de 27 de julio

Es correcto aplazar la expulsión hasta que cumpla la mitad de la pena. La advertencia general de que la sustitución inmediata sería un atajo a la impunidad se refuerza cuando el recurrente es condenado por intentar traer a España 666.92 grs de cocaína lo que supone un notable riesgo para la salud de la persona atendido el elevado número de posibles consumidores

Aduce que, con la aplicación de la nueva norma, se le obliga a cumplir la mitad de la condena, cuando, por las circunstancias concurrentes, inexistencia de peligrosidad, falta de antecedentes, arrepentimiento espontáneo, estado de necesidad, grave adicción a las drogas) y su situación irregular en España sería más acorde al espíritu de ese precepto su inmediata expulsión, particularmente cuando ya lleva cumplidos más de 10 meses de prisión. Hace ciertas consideraciones sobre el estado de soledad y distanciamiento de su país de origen en que se encuentra, sin que pueda obtener beneficio penitenciario alguno. Por eso, solicita se proceda a su inmediata expulsión de territorio español.

(...)

La cuestión formulada fue correctamente abordada y resuelta por el Tribunal de apelación. La redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2015 en el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

artículo 89 del Código Penal permite excepcionar su aplicación inmediata en defensa de los intereses, específicamente mencionado, de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma. Esto es, la medida de expulsión no puede frustrar los fines de prevención general y especial de la pena. Como lo refleja el Tribunal Superior de Justicia, la sustitución automática podría convertirse en un atajo a la impunidad, con efectos inhabilitantes de la función disuasoria buscada por la norma penal.

..

Esta advertencia general resalta cuando se tienen en cuenta las circunstancias objetivas del presente supuesto. El recurrente ha sido condenado por intentar introducir en España a través de la aduana aeroportuaria la cantidad de 666,923 gramos de cocaína pura. Esta cantidad representa un notable riesgo para la salud de las personas, en atención al elevado número de posibles y potenciales consumidores a los que podría alcanzar, si se introdujese en el mercado ilícito.

En definitiva, los argumentos de la sentencia recurrida son acordes al *artículo 89 CP* y a la jurisprudencia de esta Sala sobre dicho precepto

Cumplimiento de un tercio de la condena salvo que con anterioridad alcance el tercer grado o la libertad condicional

Audiencia Provincial

1.SAP de Castellón, secc.2ª, nº 202/2017, de 31 de julio

Aunque no hay una motivación específica de porque se acuerda el cumplimiento de un tercio de la pena antes de la expulsión, del FJ 5º se infiere de forma clara que la defensa del orden público y restablecer la confianza en la norma justifica que se cumpla parte de la condena. El acusado cometió un delito de robo con violencia sobre una persona de 63 años lo que despertó alarma social, la naturaleza de la violencia y tiene un antecedente por atentado y lesiones



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Ciertamente, el Juzgado de lo Penal no ha motivado de forma concreta y determinada el porqué acuerda el cumplimiento de un tercio de la pena de prisión, acordándose su expulsión del territorio nacional, en el momento de su cumplimiento. Sin embargo, del fundamento jurídico quinto y de sus distintos párrafos, se infiere de forma clara, el porqué de la imposición por el Juzgador de dicho cumplimiento de un tercio. En el citado fundamento se dice que el acusado Jacobo se encuentra indocumentado y no reside legalmente en España, y que se está ante un delito grave de robo con violencia e intimidación en las personas, por lo que se impone la pena en dos años y 9 meses, atendiendo también a la edad de 63 años de la víctima y a sus características físicas, y además por la entidad de la violencia ejercida. Igualmente se acuerda mantener la situación de prisión provisional dado que concurre en riesgo que pudiera sustraerse al cumplimiento de la pena que se le impone, que supera los dos años de prisión, así como teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos por los que resulta condenado, existe una alarma y repulsa social por los hechos cometidos, junto con el riesgo de que el acusado pueda llevar a cabo nuevos actos delictivos, teniendo en cuenta además, la existencia de un antecedente penal reciente por otro delito de naturaleza violenta (delito de atentado y lesiones) cuya pena ya ha sido suspendida, no habiendo producido la imposición de esta última apena y su suspensión, ningún efecto intimidatorio en el acusado.

En consecuencia, el motivo del cumplimiento de un tercio de la pena es evidente, dado que es necesario asegurar la defensa del orden jurídico, que ha sido infringido por el condenado no solo una vez, sino en dos ocasiones, con comisión de hechos delictivos graves y que merecen un especial rechazo en este supuesto en concreto por las características de la víctima y su edad, y siendo necesario también restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, dado que acordar la simple y llana sustitución de la pena de prisión por la expulsión a su país de origen sin nada más, haría casi impune el hecho, habiendo sido condenado también a una responsabilidad civil, cuyo pago es igualmente incierto.

Por todo ello, del auto que se recurre se infieren las razones por las que el Juzgador ha entendido que procede el cumplimiento de parte de la condena, por lo que el recurso debe ser desestimado y la resolución recurrida confirmada, sin que proceda establecer menor periodo de cumplimiento, e independientemente de si procede o no la revocación de otras penas que tiene



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

impuestas el condenado, y que deberá cumplir o no, y donde deberá acordarse en cada otro procedimiento lo que allí fuera procedente.

2.SAP de Madrid, secc.4ª, nº 417/2017, de 9 de octubre

Delito contra la salud pública. Seis años de prisión. La Sala considera suficiente el cumplimiento de dos años de prisión antes de que pueda pedirse la expulsión. La penada tomó la decisión de trasladar la droga con 19 años y ha sido sincera en sus explicaciones que revelan una gran inmadurez consistentes en no decir a su familia que no podía vivir sola al perder su trabajo.

En atención a ello, esta Sala debe tener en cuenta las circunstancias de la acusada a fin de concretar cuándo es el momento a partir del cual puede el Ministerio Fiscal o la defensa de Concepción solicitar la expulsión del territorio nacional.

Así, se ha constatado por la Sala cómo en el momento en que fue sorprendida Concepción en el Aeropuerto de Barajas hacía dos días que había cumplido 20 años, por lo que la decisión de transportar la droga se gestó cuando tenía solo 19 años de edad, lo que unido a la espontaneidad y sinceridad con la que expuso las razones por las que traía la droga, ya expuestas anteriormente, que dejó aflorar en ella una escasísima madurez, al explicar cómo simplemente por orgullo, en cuanto no quería decir a su familia que sus aspiraciones de vivir sola se habían frustrado pues había perdido su trabajo, motivó finalmente que se decidiese a realizar el transporte de la droga.

En atención a todo ello, la Sala considera que es suficiente con el cumplimiento de dos años de prisión, para que pueda asegurarse suficientemente la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, que exige el *artº 89 .2 del código penal* , siendo a partir de dicho plazo, si así es solicitado por el Ministerio Fiscal o por la penada una vez haya cumplido dos años de prisión, o acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional mediante resolución judicial, cuando la Sala se pronunciará fundadamente sobre la sustitución del resto de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por su expulsión del territorio español.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Dos terceras partes de la condena salvo que con anterioridad alcance el tercer grado o la libertad condicional

Audiencia Provincial

1. SAP de Madrid, secc.16ª, nº 650/2017, de 19 de octubre

Gravedad del delito. Agresión a funcionario en prisión

En el presente caso y atendiendo a la gravedad y entidad del hecho, atentado de un interno contra funcionarios de prisiones, la necesidad de defender el orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma, aconsejan, como nunca no proceder a la sustitución inmediata de la pena, sin perjuicio de que se proceda a dicha sustitución una vez alcanzadas las 2/3 partes de la condena, procediendo en dicho momento la sustitución de la pena por la expulsión.

2.AAP de Barcelona, secc.9ª, nº787/2017, de 29 de noviembre

Robo en casa habitada. Se valora para acordar el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena la naturaleza del delito y el que se le haya revocado el beneficio de la suspensión por la comisión de un delito de la misma naturaleza

En el supuesto de autos, el Juzgado resuelve que habida cuenta la naturaleza del delito motivante de la condena penal, delito de robo en casa habitada y a la circunstancia de que al penado se le concedió el beneficio de la suspensión de la condena, resultó que ese beneficio fue malogrado por el penado dado que durante el período de suspensión cometió un nuevo delito de la misma naturaleza, siéndole revocado aquel beneficio ,por lo que resulta acertado que ahora ,en sede de sustitución de la pena de prisión retomada por la de expulsión ,se haga necesario el cumplimiento cuanto menos de las dos terceras partes de la condena con prohibición de retorno por cinco años. Consecuentemente, la autorización judicial de la sustitución del ciudadano de Georgia recurrente por la expulsión en los términos acordados resulta ajustada a derecho.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Otras

Se cumple hasta que se alcance el tercer grado. Se sustituye el resto

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, nº103/2017, de 5 de diciembre

Delito contra la salud pública. Siete años de prisión. Se acuerda la expulsión el tiempo que falte una vez que alcance el tercer grado. Se valora la elevada cantidad de droga. La expulsión implicaría una sensación total de impunidad que iría contra el carácter disuasorio de la pena. No es aplicable el Acuerdo del pleno de fecha 20 de mayo de 2004 aprobado por la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid que cita el recurrente, que se refiere a la interpretación del citado artículo 89 en su redacción anterior a la reforma operada por LO 1/2015

En el presente caso, se alegan por el recurrente una serie de circunstancias que, según el mismo, han de tenerse en cuenta - no pertenece a ninguna organización criminal, y que además está arrepentido por el hecho cometido, así como situación irregular de extranjería, que hacen que la no expulsión inmediata vulnere la correcta aplicación del art. 89 del CP.

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 importante que supera 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 3.879,6 gramos de cocaína pura, cantidad muy importante con un valor en el mercado ilícito, en su venta al por mayor, de 200.031,8 €, por lo que se trata de una importante cantidad de sustancia estupefaciente.

Además, por el recurrente se alegue que el acusado se encontraba en situación irregular en España, lo es intrascendente, pues tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal.

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, 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, sin que sea de aplicación el Acuerdo de fecha 20 de mayo de 2004 aprobado por la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid que cita el recurrente, que se refiere a la interpretación del citado artículo 89 en su redacción anterior a la reforma operada por LO 1/2015 .

Se cumple un año de seis de prisión

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.30ª, nº766/2017, de 7 de diciembre

Delito contra la salud pública. Seis años y un día. Se acuerda que cumpla sólo un año de prisión antes de acordar la expulsión dado la avanzada edad del acusado (80 años)

Debe resolverse sobre la sustitución en la propia sentencia siempre que ello resulte posible y, en su defecto, a la mayor urgencia una vez declarada firme y con audiencia de las partes.

Partimos, pues, del principio de que el tribunal ha de fijar la ejecución de la parte de pena precisa para asegurar la defensa del orden jurídico y la sustitución del resto de la pena.

En la ponderación del caso debemos ponderar la avanzada edad del acusado (80 años) porque su expectativa vital hace que un cumplimiento estandarizado de la pena (por ejemplo, Y partes de la condena, como solicita



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

el Ministerio Fiscal) puede suponer con una alta probabilidad que pase (hipotéticamente) el resto de su vida en prisión, lo que parece una aflicción desproporcionada respecto a otros penados que verán reducidas de hecho la duración de sus condenas para ser sustituida la pena pendiente de cumplimiento por expulsión.

En atención a lo expuesto, la sala estima que, dadas las circunstancias excepcionales del caso, el cumplimiento efectivo de un año de prisión es suficiente para asegurar el restablecimiento del orden jurídico que prevé el vigente art. 89 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo cual, la pena también se sustituirá por expulsión en el momento el que el penado, tal y como dispone el art. 89.2, acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM

Audiencia Provincial

1.AAP de Cuenca nº336/2017, secc.1ª, de 28 de noviembre

Se deniega la expulsión. El penado ha cumplido la casi totalidad de la condena cuya fecha de cumplimiento es el 18 de diciembre de 2017. La doctrina del Tribunal sobre sustitución en supuestos de avanzado cumplimiento sigue vigente

No obstante, lo anterior, no puede obviarse que el recurrente ha cumplido la casi práctica totalidad de su condena, pues la fecha de cumplimiento aparece fijada el 18/12/17 (folios 208-2012 del testimonio remitido), sin que conste que hasta el día de la fecha se haya materializado la expulsión (el último trámite que consta en la ejecutoria, tras acceder a la misma a través del visor documental, es el traslado a Fiscalía para informe sobre licenciamiento definitivo). Por tanto, dicha medida de expulsión ,dadas las concretas circunstancias del caso, no supondría en puridad una verdadera y propia "sustitución" de la pena de prisión, sino la imposición de una segunda pena sucesiva y adicional no amparada por la sentencia que rige la presente ejecutoria y por el requisito de proporcionalidad que recoge el art.894 CP . La sustitución en tales supuestos de tan avanzado grado de cumplimiento ha sido censurada por nuestro TC (STC 145/06 de 8 de mayo , que si bien contempla la normativa por aquel tiempo vigente contiene reflexiones sobre la naturaleza de la medida que no pueden ser obviadas en casos como el presente). Es por ello por lo que procede la estimación del recurso y la revocación de la medida de expulsión acordada en la resolución recurrida.

2. SAP de Barcelona, secc.6ª, nº 871/2017, de 12 de diciembre

puede obviarse el hecho objetivo de que el acusado ha estado en situación de prisión provisional desde el 1 de septiembre de 2016 hasta el 28 de septiembre de 2016, un periodo de privación de libertad, de más de un año, que supone el práctico cumplimiento de la pena de prisión que se impone. Ello impide, materialmente, acudir al mecanismo de la sustitución de la pena por la expulsión, por cuanto significaría la acumulación del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

cumplimiento material y efectivo de la pena, más allá de los dos tercios, y de la expulsión, superándose los márgenes que ofrece, en cuanto a las penas inferiores a cinco años, el apartado primero del artículo 89.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

XIII.BIS.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN O IMPOSIBILIDAD DE SU EJECUCIÓN

2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

Tribunal Supremo

1.STS nº 627/2017, de 21 de septiembre

El penado tiene varias penas de prisión refundidas a una condena de 20 años y pretende que se incluya en dicha liquidación otras condenas sustituidas por expulsión. No cabe. Al no poderse ejecutar la expulsión procede el cumplimiento sucesivo de la pena. Art.89.8. 2 CP

Las ejecutorias a que se refiere el recurrente son las siguientes:

Ej. .2/2010. Sentencia de 20-2-2009 dictada por hechos ocurridos el 24-6-2007, imponiendo penas de 3 años y 6 meses de prisión; 1 año y 6 meses; y 20 años de prisión.

Y *Ej. 69/2009, Sentencia de 27-1-2009*, dictada por hechos cometidos el 10-6-2008, imponiendo pena de 10 días de privación de libertad.

Las penas de esas dos ejecutorias fueron acumuladas en virtud de un *Auto de la Audiencia Provincial de 9 de abril de 2013* fijándose como límite de cumplimiento 20 años.

Pretende el recurrente englobar en la acumulación ya efectuada con ese tope de veinte años (*sentencia de fecha 20 de febrero de 2009*: penas de 3 años y seis meses y 20 años respectivamente de prisión y *sentencia de 27 de enero de 2009* : pena de 10 días de privación de libertad), otras condenas y en concreto dos dictadas ambas el 5 de junio de 2009 por hechos sucedidos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

el 7 de abril de 2008 (1 año de prisión y multas con responsabilidad personal subsidiaria).

Cronológicamente no habría inconveniente para esa refundición jurídica: se trata de hechos sucedidos de la primera de las condenas.

Pero no resultaría favorable la refundición. Aquí radica el punto débil de la petición del recurrente: si procedemos a la acumulación tendremos que recalcular el máximo de cumplimiento fijándolo en 25 años según resulta del *art.76 CP* al concurrir una pena de 20 años entre las agrupables. Y esa duración -25 años- es más alta que la suma de todas las penas. Ni es correcto el cálculo del Juzgado (no puede multiplicarse por tres el máximo ya fijado para llegar a sesenta años); ni lo es el del recurrente (una nueva refundición rompe la anterior e impone una reformulación del tope máximo ajustada a lo establecido en el *art.76 CP*). Se vendría obligado por tanto a corregir ese error de la inicial acumulación e incrementar el tiempo de cumplimiento en cinco años, dando lugar a veinticinco años duración que está por encima de la suma aritmética de todas las condenas. En ese contexto resulta indiferente y no añade nada las incidencias en relación a la posible sustitución de una de las penas por la expulsión y la imposibilidad de llevarla a cabo. No obstante, de la mano del Fiscal diremos algo al respecto.

TERCERO. - Como dice el Ministerio Fiscal, lo interesado en el recurso es la modificación de la liquidación de condena practicada, estimando que, habida cuenta de la sustitución de la pena por la de expulsión, no procede la liquidación contemplada, debiéndose mantener el límite de cumplimiento en los 20 años fijados.

No puede compartirse ese criterio, que no aparece en el auto objeto de recurso, tratándose de una cuestión nueva de dudoso acceso a la casación. En todo caso, cabe un pronunciamiento directo para evitar dilaciones y vista la literalidad del *art. 89.8, párrafo segundo CP*: "...Si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente (,)". Los términos pues de este texto no dejan margen de duda. Aunque se hubiera acordado la expulsión, si no pudiera llevarse a efecto, establece el legislador, que habrá de cumplirse la pena



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

ejecutoriamente impuesta. De ahí que pena recaída deba ser cumplida sucesivamente, tal y como se consigna en la liquidación de condena formulada por el Centro Penitenciario en el que se encuentra cumpliendo condena el penado.