



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

Julio a diciembre de 2019

INDICE

I.NOTA PREVIA.....	p.3.
II.NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA.	
III.RETROACTIVIDAD	
1.PENAS INFERIORES AL AÑO DE PRISIÓN	
2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS.	
IV.EXPULSIÓN DE COMUNITARIOS, RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN	
1.COMUNITARIO	
2. RESIDENTES EN ESPAÑA, FAMILIAR COMUNITARIO O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.8.
V. PETICIÓN DE 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	
VI.APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN	p.11.
VII.OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN	
VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN	
1. ARRAIGO	
A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO.....	p.12.



B. ARRAIGO FAMILIAR.....	p.14.
C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO.....	p.15.
D.AARRAIGO LABORAL.....	p.16.
E. ARRAIGO POR PERMANENCIA.....	p.16.
F. OTROS	
G. PRUEBA DEL ARRAIGO	
G.1.REGLAS GENERALES	
G.2.MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA A LA EXPULSIÓN.....	p.16.
G.3.MEDIOS DE PRUEBA	p.19.
2. RAZONES HUMANITARIAS	
3.GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA.....	p.20.
IX.CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA ANTE LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO Y RESTABLECER LA CONFIANZA EN LA NORMA.....	p.22.
X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM	
XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO	
XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO	
XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN.	
1.PRISIÓN.....	p.30.
2. INGRESO EN UN CIE	
XIII.BIS.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN O IMPOSIBILIDAD DE SU EJECUCIÓN	
1.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN	
2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN.p.33.	
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 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, Tribunales superiores de justicia y Audiencia Provincial en materia de sustitución judicial de las penas:

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Arraigo

Criterios de arraigo

- ATS nº887/2019, de 26 de septiembre: Se avala el criterio de las instancias de que no es arraigo llevar dos años en España, no hablar el idioma o carecer de ingresos económicos fijos, siendo su único vínculo familiar un hermano con el que dice que vive.

- STSJ de Baleares nº32/2019, de 19 de noviembre: Aunque tenga tarjeta de residencia, ha cometido un delito lo que demuestra que no respeta la legalidad vigente.

- AAP de Barcelona, secc.8ª, nº 572/2019, de 27 de noviembre: La autorización de residencia no es relevante. Lo decisivo es el arraigo.

- STSJ de Canarias, nº 66/2019, de 22 de noviembre: No es arraigo el que el acusado esté arraigado en el mundo de la droga y tenga un “nombre comercial” y una cartera de clientes.



- STSJ de Canarias nº 58/2019, de 28 de octubre: La conducta humillante del acusado y los malos tratos físicos a su esposa durante muchos años, frecuentemente en presencia de sus hijas menores, revela un rechazo a los valores de la civilización y cultura occidental y a la dignidad de la mujer. En consecuencia, no puede considerarse que está integrado en España. No sólo no va a poder ver a su familia durante el periodo de expulsión, sino que se le ha impuesto una medida de 18 años de alejamiento respecto de su esposa y la privación de la patria potestad respecto de sus hijas.

- SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº83/2019, de 20 de diciembre: No se aprecia arraigo en la alegación de entender castellano cuando ha necesitado un intérprete.

-SAP de Navarra, secc.1ª, nº 285/2019, de 30 de diciembre: Es arraigo vivir con padres de nacionalidad española.

- SAP de Álava, secc.2ª, nº 265/2019, de 6 de noviembre: Es arraigo tener familia nacionalizada española y un perfecto conocimiento del castellano.

Momento procesal de alegar el arraigo

- AAP de Girona, secc.4ª, nº 461/2019, de 19 de agosto: La ejecución de la Sentencia es un proceso dinámico que permite, en el caso de circunstancias sobrevenidas, reevaluar la situación del penado. Debe examinarse la documentación que presenta invocando arraigo.

- AAP de Madrid, secc.29ª, nº 864/2019, de 28 de noviembre. No puede alegarse arraigo en el recurso contra el Auto por el que se acuerda ejecutar una Sentencia firme que acuerda la expulsión del penado. La decisión de expulsión acordada en Sentencia firme debe cumplirse en sus propios términos.

- AAP de Barcelona, secc.8ª, nº 572/2019, de 27 de noviembre: La expulsión no puede cuestionarse cuando la Sentencia es firme. La expulsión debió impugnarse en el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia no firme que expulsaba, lo que en este caso o bien no se ha hecho o si se ha hecho, la Audiencia no lo resolvió por lo que tenía que haberse pedido que completara.

- SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº: 55/2019, de 16 de septiembre: Tras la testifical de su pareja sentimental queda acreditado que el penado tiene dos hijos de corta respecto de los que cumple con sus obligaciones.



Gravedad del delito

STSJ de Madrid nº 189/2019, de 25 de septiembre: Aunque se haya aplicado el subtipo atenuado en el delito contra la salud pública, la conducta es lo suficientemente grave para aplicar el art.89 CP. La pena supera el año de prisión y el penado tenía la droga oculta en la boca, lo que refleja que no era un acto aislado y pretendía distribuirlo entre un grupo indeterminado de compradores.

Cumplimiento parcial de la prisión

-STSJ de Aragón nº61/2019 de 26 de septiembre: Para fijar la extensión del cumplimiento de la prisión previo a la expulsión hay que ponderar la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Es preciso evitar que la lenidad de la prisión frustre los fines de prevención general y especial de la pena. En este caso, por un delito de homicidio en grado de tentativa, se considera que debe cumplir 4 de los 6 años de prisión, valorando la falta de reparación del daño, la gravedad del delito y la agresividad mostrada.

-STSJ de Madrid, nº 156/2019, de 19 de julio: El cumplimiento parcial de la condena es una decisión de política legislativa que pretende reforzar el fin de prevención general de la pena que evite la impunidad que supondría el simple retorno al país de origen produciéndose un “efecto llamada”. Ante delitos de incuestionable gravedad social, como son los comprendidos en el catálogo del tráfico de drogas se hace necesario acudir al cumplimiento parcial de la pena en prisión antes de la expulsión

-STSJ de Madrid nº 211/2019, de 15 de octubre: Rebajar los dos tercios de cumplimiento de la pena de prisión en supuestos de tráfico de droga de notoria importancia supondría un fraude a la dimensión penológica establecida en el CP. El que la víctima tenga necesidades económicas o haya sido utilizada por una organización no justifica reducir la pena. La red podría utilizar personas en situación de precariedad económica con el fin de que se le reduzcan las penas.

-STSJ de Madrid, nº 231/2019, de 6 de noviembre: Se valora para que cumpla parte de la pena en prisión antes de ser expulsado que carece de cualquier arraigo en territorio español. El que tenga un niño menor de edad



o graves problemas económicos en su país no es un criterio atendible ya que se estaría dispensando un trato claramente desfavorable, sin fundamento o justificación alguna, a los ciudadanos españoles que, en las mismas circunstancias personales, pudieran haber cometido este mismo delito.

Ingreso en prisión

-AAP de Guipúzcoa, secc.1ª, nº547/2019, de 28 de agosto: El que legalmente se introdujera el ingreso en el CIE del penado para asegurar la expulsión no significa que no pueda acordarse el ingreso en prisión por un máximo de 30 días que también prevé la norma. En este caso, el penado ha sido expulsado dos veces y en ambas ocasiones ha vuelto a España antes de que transcurriera el plazo de expulsión con lo que queda descartado que tenga intención de salir voluntariamente de España.

Imposibilidad de ejecutar la expulsión

-STSJ de Madrid nº 187/2019, de 25 de septiembre: Se desestima el argumento de la apelante de que el penado no es expulsable por su nacionalidad. Si eso es así se aplicará el art.89.8 CP.

-AAP de Barcelona, secc.9ª, nº 686/2019, de 20 de diciembre: **MUY INTERESANTE**

Se mantiene la expulsión

No ha podido llevarse a cabo la expulsión del penado al cancelarse dos vuelos. Ello no significa que concurra una imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

Una Sentencia firme de expulsión puede dejarse sin efecto por:

-Reversión de expulsión: Se deja sin efecto si en el momento de materializar la expulsión el penado ha alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española tal y como indica la Circular de la Fiscalía 7/2015. Exigencia constitucional del principio de proporcionalidad

-Imposibilidad de ejecutar la expulsión: No puede llevarse a cabo la expulsión por razones materiales (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc).



En estos supuestos procede aplicar el régimen ordinario y ordinario y los Fiscales dictaminarán sobre la aplicación de la suspensión condicional conforme a los criterios generales previsto para todos los penados.

Debe diferenciarse, como ocurre en este caso, la imposibilidad definitiva de una dificultad organizativa temporal, pasajera o circunstancial. Respecto al plazo que puede esperarse antes de dejar sin efecto la expulsión, no resulta aplicable el máximo de 30 días para materializar la expulsión de la DA 17ª ya que este no se aplica sin concurre “causa justificada”. El de 60 días de duración máxima de internamiento no es aplicable al art.89 CP. La Circular 7/2015 FGE habla de dos años para plantearse un posible arraigo que evitará la materialización del 89 CP.



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

2. RESIDENTES EN ESPAÑA, FAMILIAR COMUNITARIO O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN

Tribunal Superior de Justicia

1. STSJ de Baleares nº 32/2019, de 19 de noviembre

Aunque tiene tarjeta de residencia hasta el año 2020, no ha acreditado arraigo en territorio español, habiendo cometido un delito por lo que se comporta sin asumir la legalidad vigente.

hay razones relevantes para que la pena de prisión se cumpla en territorio español y que el arraigo acreditado no es suficiente para evidenciar que la expulsión es desproporcionada. Se valora en la sentencia que, pese a disponer de tarjeta de residencia hasta el año 2020, próxima por tanto a finalizar, no ha acreditado medios de vida en territorio español ni vínculos familiares o personales con residentes en España, y por el contrario se constata que ha cometido un delito contra la prostitución, otro de falsedad y el de autos contra la salud pública por lo que se comporta en sociedad sin asumir y acatar la legalidad vigente.

2. STSJ de Canarias, nº 66/2019, de 22 de noviembre

De entrada, debe recordarse que la sola titularidad del permiso de residencia no implica arraigo, al precisar éste vínculos estables de carácter familiar o laboral, que el condenado ni siquiera señala.



Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.6ª, nº616/2019, de 30 de septiembre

El acusado es residente comunitario. El Juez sólo valora que su arraigo está en Francia y no en España. Debió ponderar en qué medida el delito cometido supone una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.

En el recurso se añade un motivo no contemplado en el recurso del coacusado y en el que se cuestiona la sustitución de la pena por expulsión por la condición de residente legal en Francia de este apelante. El juez "a quo" fundamenta la sustitución para este acusado en que el arraigo en Francia no determina su arraigo en España.

El motivo se ha de estimar. El juez "a quo" no niega el arraigo en un estado de la Unión Europea y tal valoración implica que sea aplicable el apartado 4 del artículo 89, que en su párrafo segundo 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*".

En este caso y, conviene repetir, partiendo la condición de residente legal en Francia, era necesario justificar la sustitución por expulsión conforme a los motivos que fija el citado precepto. El juez "a quo" sólo valora que no tiene arraigo en España, aunque lo tenga en Francia. No ha razonado en qué medida el delito cometido supone una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. La sustitución no se fundamenta por tanto en alguno de los supuestos de la norma y debe quedar sin efecto. Y al respecto se aclara que la norma habla de ciudadano de la Unión Europea y no de nacional de alguno de sus estados miembros, por lo que estimamos que el régimen de aplicación del artículo 89.4 es válido tanto para los nacionales como para los residentes que disponen de permiso de residencia válido.

2.AAP de Barcelona, secc.8ª, nº 572/2019, de 27 de noviembre

Que tuviera autorización de residencia o no es irrelevante. Lo fundamental es el arraigo.

Olvida el recurrente que la expulsión del artº 89 del C.P. tras la reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, se aplica a todo ciudadano



extranjero, siempre que se den los supuestos y con las condiciones que expresa, sea o no residente legal en nuestro país.

Es decir, no es decisivo que el penado (a pena superior a un año de prisión y no superior a cinco) tuviese o no residencia legal en España al tiempo de cometer los hechos o incluso al tiempo de dictarse sentencia,

Lo relevante es que carecía (y carece) del arraigo laboral y familiar que hubiese podido llevar a tener la expulsión por desproporcionada.



VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

Audiencia Provincial

1.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 70/2019, de 30 de octubre

Consta que el interesado es extranjero. Su carta de identidad italiana refleja que es nacional de Guinea Bissau. En el oficio de la policía consta que es extranjero y está inscrito en la base de datos ADEXTRA de extranjeros. Si tuviera tarjeta de residencia italiana auténtica sería un obstáculo importante para acordar la expulsión por lo que dicha tarjeta se reclamará en ejecución.

El Ministerio Fiscal solicita su expulsión, dado que consta que es nacional de Guinea Bissau, y que únicamente cuenta con una tarjeta de residencia de la república de Italia, y que no ha acreditado arraigo en España, ni en ningún país perteneciente al territorio del espacio Schengen.

La defensa opone, a este planteamiento, que no se ha probado la condición de nacional de un tercer estado. Obra al folio 6 del atestado, que el detenido porta carta de identidad italiana, que presenta como propia, y que refleja ser de Guinea Bissau; al folio 23 obra diligencia de identificación según los datos precedentes; al folio 25, consta lugar de nacimiento, y nacionalidad de Guinea Bissau, y en el folio 27, consta oficio de la D. G. P. Ministerio de Interior, así consta también dicha nacionalidad, así como su inclusión en la base de datos de extranjeros ADEXTRA. Todo ello nos conduciría a inferir la nacionalidad extranjera.

Pero, por otro lado, de ser la tarjeta de residencia italiana, auténtica, al corresponder a un país del espacio Schengen, pudiera constituir un serio obstáculo a la expulsión, pero como la sala no dispone de dicho documento, a fin de verificar su autenticidad, su contenido y, su plazo, la sala va a diferir a fase de ejecución de sentencia la sustitución de la pena de prisión por la de la expulsión.



VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO

Tribunal Supremo

1.ATS nº887/2019, de 26 de septiembre

Concurren los elementos precisos para acordar la expulsión. El acusado sólo lleva dos años en España, no habla el idioma, carece de ingresos económicos fijos siendo su único vínculo familiar un hermano con el que dice que vive. El Fiscal ha pedido la expulsión. No se plantea en casación nada distinto de lo sostenido en las dos instancias anteriores

En cuanto a la otra cuestión suscitada, como es, la denunciada vulneración del artículo 89.4 CP, observamos que el Tribunal Superior de Justicia igualmente refrendó la medida de expulsión adoptada por la Audiencia, señalando, de entrada, que el recurrente resultó condenado por un delito de tráfico de drogas gravemente dañosas para la salud, como infracción que afecta a la seguridad y al orden públicos.

Asimismo, subrayaba que, en cuanto a sus circunstancias personales acreditadas, éste se encontraba en situación irregular en España -donde llevaría más de dos años y siempre habría carecido de autorización de residencia-, tenía serias dificultades de comprensión y expresión en español -como quedó evidenciado en el acto del juicio oral-, carecía de ingresos económicos fijos -pues manifestaba, pero no acreditaba, que vivía de una actividad marginal, recogiendo ropa usada y mandándola a África- y carecía de arraigo social, siendo su único vínculo familiar un hermano con el que afirmaba convivir. Circunstancias que se estimaron manifiestamente insuficientes para descartar la sustitución de la pena por expulsión, máxime cuando el mismo se hallaba incurso en causa de expulsión prevista en el art. 53.1.a de la LO 4/2000.

(...)

En el caso, concurren los presupuestos establecidos en el artículo 89 del Código Penal, dándose, además, la circunstancia de que su aplicación, como es preceptivo, había sido solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el presente procedimiento, constando que el acusado se



encontraba de forma irregular en España. Por otra parte, no se han aportado datos que apoyen la estimación de que la medida, por alguna de las circunstancias mencionadas, resulte desproporcionada.

A la vista de lo indicado, se constata que el recurrente se limita a reiterar el contenido de la impugnación desarrollada en la apelación. En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no alega ni plantea argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación. Especialmente teniendo en cuenta que en la sentencia recurrida ha recibido por parte del órgano de apelación una respuesta lógica, motivada y razonable y que respeta la reiterada jurisprudencia sobre el particular (que se cita y aplica adecuadamente en tal resolución).

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Canarias, nº 66/2019, de 22 de noviembre

No es arraigo el que el acusado esté arraigado en el mundo de la droga y tenga un “nombre comercial” y una cartera de clientes.

El precepto en absoluto puede entenderse vulnerado por la Sentencia porque, efectivamente, el condenado carece de arraigo o, más bien, lo tiene, pero como profesional traficante de drogas, en cuya actividad se encuentra "arraigado" entre los consumidores de droga de esta Ciudad. En efecto, después de hacerse un nombre comercial en su período de actividad anterior a la condena por tráfico de drogas (Sentencia de 10-11-15, de la Secc. 2ª de la AP de esta Plaza, condena de 1 año y medio que fue suspendida merced al generoso sistema punitivo del CP) el condenado apelante perfecciona y desarrolla su actividad profesional (no se le conoce, ni siquiera alega, alguna otra actividad,) en un inmueble en el que instala una reja para desarrollar su ilícita actividad comercial de venta de drogas, y esta profesionalidad no puede haber derivado sino de su red de clientes drogadictos que le conocen por su continua (y presumiblemente fiable) actividad de venta de drogas, de forma que los consumidores visitan su casa a comprar la droga. Evidentemente, tal arraigo no es precisamente al que se refiere el apartado 4 del art. 89 CP, como causa que opera en contra de la medida de expulsión. Antes, al contrario, la medida resulta acorde con los principios inspiradores del art. 89 CP, porque al menos durante el cumplimiento (no precisamente



largo) de la pena de prisión y durante el período de expulsión y prohibición de entrada en España (si es que no la burla, vista la facilidad de entrada ilegal) no se dedicará a la venta de droga, que obviamente sería lo previsible, dado lo razonado, en particular para recuperar su "cartera de clientes".

B. ARRAIGO FAMILIAR

Audiencia Provincial

1.SAP de Navarra, secc.1ª, nº 285/2019, de 30 de diciembre

Vive con sus padres de nacionalidad española. Aunque no tenga estabilidad laboral tiene arraigo.

Consta asimismo que tanto su padre como sus hermanas tienen nacionalidad española; con el recurso se aporta informe referido su vida laboral, si bien no se ha solicitado práctica de prueba documental en esta segunda instancia. De la prueba que obra en la causa resulta la existencia de arraigo, la convivencia en el domicilio de sus padres y la juventud del acusado, lo cual resulta suficiente para considerar desproporcionada la medida de expulsión que se acuerda, aún conociendo que en este momento no tiene estabilidad laboral, circunstancia que atendiendo a su edad no implica necesariamente que carezca de arraigo, máxime teniendo en cuenta que reside en el domicilio familiar, por ello y teniendo en cuenta que la pena impuesta no es de especial gravedad.

2.SAP de Álava, secc.2ª, nº 265/2019, de 6 de noviembre

Existencia de arraigo. El penado tiene familia nacionalizada española, un perfecto conocimiento del castellano y arraigo en el mundo laboral.

Se trata de un joven extranjero, de origen saharauí, pero afincado en España, concretamente en Vitoria-Gasteiz, con familia nacionalizada española (documental presentada en el acto del juicio) y que presenta una completa integración, como revela el perfecto conocimiento de nuestro idioma y su inclusión en el mundo laboral. Este arraigo social, laboral, familiar y personal convertiría la expulsión en una medida desproporcionada (art. 89.4).



C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Canarias nº 58/2019, de 28 de octubre

La conducta humillante del acusado y los malos tratos físicos a su esposa durante muchos años, frecuentemente en presencia de sus hijas menores revela un rechazo a los valores de la civilización y cultura occidental y de la dignidad de la mujer, por lo que no está integrado en España. Respecto de que la expulsión hará que esté separado de su familia cabe señalar que va a estar 14 años en prisión y que aún va a estar más tiempo sin ver a su familia ya que se le ha impuesto una medida de 18 años de alejamiento respecto de su esposa y la privación de la patria potestad respecto de sus hijas

La Sala debe rechazar, decididamente, la argumentación alegada, bastando indicar que mal puede afirmarse que el condenado actúa "como un español más", habida cuenta de los hechos por los que ha sido condenado, y no sólo respecto al intento de asesinato (que podría considerarse, eventualmente, un hecho aislado o puntual), sino de su constante conducta de humillación, vejación (destaca la extraordinariamente humillante acción de embadurnarle con excrementos) y malos tratos físicos a su esposa durante muchos años, frecuentemente en presencia de sus hijas, hechos que son el soporte de la condena por el segundo de los delitos y que se detallan en la reproducción de los Hechos Probados contenida en el prefacio (Fundamento Jurídico II) de la presente Sentencia. Tal conducta lo que revela es precisamente el rechazo a los más elementales valores, no ya del Ordenamiento Jurídico español, sino de la civilización y cultura occidental, es decir, de los valores derivados de la dignidad de la mujer (incluso haciendo abstracción de la singular normativa nacional, tuitiva de ésta); por tanto no hay, en absoluto, integración en España ni "ha contribuido con nuestra sociedad", como afirma vanamente el recurso, sino que, al contrario, la ha subvertido (y subvertido gravemente) con su continuada conducta vejatoria.

Lo mismo puede replicarse a la alegación de que en España "tiene a su familia y amigos", pues, de éstos se va necesariamente a alejar durante su larga estancia en prisión y su familia ha sido, no sólo materialmente, sino formalmente apartada de él por los efectos de la Sentencia, que le condena a más de 14 años de prisión, sin que ni siquiera pueda tener contacto posterior, pues se le condena asimismo a alejamiento e incomunicación con la que fue



su esposa durante 18 años y se le priva de la patria potestad sobre sus hijas, a la vista de la conducta antes descrita, hijas que, por lo demás, despreció desde que fueron generadas, hasta el punto de que le había propinado una patada en el estómago a su esposa cuando ésta estaba embarazada. De todo ello cabe afirmar que no hay ya "familia" alguna a la que el apelante pueda aludir para eludir su futura expulsión de España (dentro de algunos -más bien bastantes- años, cuando cumpla Y partes de la condena, acceda al tercer grado o se le conceda libertad condicional, ex art. 89 CP), como tampoco cabe invocar su vinculación laboral que, obviamente, se ha esfumado o se esfumará por su ingreso en prisión por Sentencia penal firme condenatoria, aunque no fuera por tantos años (en el caso, más de 14) ex art. 54.2.a ET y STS, IV, de 9-3-94, entre tantas.

D.ARRAIGO LABORAL

Audiencia Provincial

1.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº83/2019, de 20 de diciembre

No es arraigo sus manifestaciones de que: “que trabaja en las casas de algunos conocidos compatriotas”.

F. OTROS

Audiencia Provincial

1.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº83/2019, de 20 de diciembre

No es arraigo “que entiende el castellano a pesar de haber precisado intérprete en el acto del juicio”.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO

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

Audiencia Provincial

1.AAP de Girona, secc.4ª, nº 461/2019, de 19 de agosto

La ejecución de la Sentencia es un proceso dinámico que permite, en el caso de circunstancias sobrevenidas, reevaluar la situación del



penado. Debe examinarse la documentación que presenta invocando arraigo.

Afirma la resolución recurrida que no procede valorar nuevamente las circunstancias de arraigo en territorio español del penado Teodosio que ya fueron valoradas en el momento de acordar la sustitución por expulsión. No comparte la Sala dicha afirmación: la ejecución de una pena es un proceso dinámico que permite, en el caso de circunstancias sobrevenidas, la reevaluación de la situación del penado, lo que obliga, como mínimo, a entrar al fondo de las peticiones del mismo. En el caso que nos ocupa, se ha aportado documental posterior al dictado de la sentencia por lo que no resulta de recibo evacuar el trámite con una simple providencia que no ofrece una respuesta motivada a las pretensiones del recurrente. Procede revocar la resolución recurrida para que por parte del Juez a quo, con libertad de criterio, se dicte auto resolviendo el fondo de lo peticionado por el recurrente mediante escrito de fecha 30-04-2019.

2.AAP de Madrid, secc.29ª, nº 864/2019, de 28 de noviembre

No puede alegarse arraigo por circunstancias sobrevenidas en la apelación contra el Auto de incoación del expediente de ejecución de una Sentencia firme que acuerda la expulsión del penado. La decisión de expulsión acordada en Sentencia firme debe cumplirse en sus propios términos.

La parte apelante que representa al penado D. Jose Miguel basa su recurso, en síntesis, en que no procede la sustitución de la pena privativa por la expulsión del territorio nacional por haber cambiado las circunstancias personales del penado, teniendo arraigo consolidado en España, siendo su hermana residente legal y su sobrina, nacida en España goza de la nacionalidad española, cumpliendo los requisitos del artículo 80 para la concesión de suspensión, por carecer de antecedentes penales y ser la pena impuesta inferior a dos años de prisión.

(...)

En el presente caso, en la sentencia de fecha 15 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº: 23 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado nº: 393/2017 -de la que dimana la presente Ejecutoria- se condenó al acusado y ahora recurrente D. Jose Miguel por un delito de hurto (art. 234.1 y 3 CP), a la pena de prisión de 13 meses, acordándose en el propio fallo de la



sentencia la sustitución de dicha pena de prisión por su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por cinco años, conforme al artículo más arriba transcrito, habiéndose declarado firme dicha sentencia en fecha de 15 de marzo de 2019, incoándose el presente expediente de ejecución por auto de fecha 24 de julio de 2019 -objeto de impugnación a través del presente recurso- al objeto de dar cumplimiento a lo acordado en la mencionada sentencia, tratándose de una pena de duración superior a un año y extendiéndose dicha medida a los extranjeros, sean residentes o no en el territorio nacional, no siendo agible -como se pretende por el apelante-modificar, al socaire del presente recurso, lo que se acordó en sentencia firme, la cual ha de ejecutarse "*en sus propios términos*" (STC 309/2000), conforme a lo dispuesto en los artículos 794 y 983 a 998 de la LECrim, formando parte de la potestad jurisdiccional no sólo el juzgar sino el "*hacer ejecutar lo juzgado*" tal y como proclama el artículo 117.3 de la Constitución Española en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues "*en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial efectiva*" (STC 140/2013).

3.AAP de Barcelona, secc.8ª, nº 572/2019, de 27 de noviembre

No se puede cuestionar la expulsión cuando la Sentencia es firme. La Sentencia dictada en apelación nada dice sobre la expulsión por lo que la misma no fue impugnada en el recurso de apelación que se interpuso o si se hizo, no se pidió a la Audiencia que completara la omisión.

Del examen de los particulares elevados resulta que la sentencia ejecutada de fecha 22 de marzo de 2018, ya acordó la sustitución del cumplimiento de la pena impuesta al apelante, de un año y tres meses de prisión, por la expulsión del territorio nacional por tiempo de cinco años, y previamente, se valoró conforme a lo dispuesto en el artº 89.4 del C.P. si la sustitución era o no proporcionada.

La citada sentencia fue apelada, pero en el pronunciamiento en cuestión, o bien no fue atacado en alzada, o si lo fue, no se pidió el complemento de la sentencia de apelación, ya que nada expresa al respecto.

En definitiva, estamos ante un pronunciamiento firme que solo puede ser ejecutado en sus propios términos.



G.3.MEDIOS DE PRUEBA

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid nº 189/2019, de 25 de septiembre

Menciona que tiene una novia y actividad laboral pero no prueba ni lo uno ni lo otro.

Por otro lado, es evidente, como certeramente destaca la Audiencia Provincial en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que tampoco resulta justificada la excepción al régimen general que la apelante demanda sobre la base de las circunstancias personales del autor, en particular su pretendido arraigo en España, habida cuenta de que: *"En el plenario se ha analizado su situación personal, reconociendo el Sr. Florian que carece de permiso de residencia en España, así como que tampoco tiene vínculos familiares, sociales o laborales. Menciona que tiene una novia y una actividad laboral, pero no acredita ni uno ni otro extremo. El acusado de hecho está indocumentado. Se atiende así a la pretensión del Ministerio Fiscal que solicita la sustitución acordada que se considera adecuada a las circunstancias personales del acusado y a la relativa entidad del delito cometido"*; consideraciones ésas que ahora este Tribunal debe hacer propias, habida cuenta de que, en efecto, no se ha practicado la menor prueba que permitiese justificar la existencia del arraigo en España que el recurrente proclama; debiendo así desestimar íntegramente el presente recurso de apelación.

Audiencia Provincial

1.SAP de Vizcaya, secc.1ª, nº: 55/2019, de 16 de septiembre

Tras la testifical de su pareja sentimental queda acreditado que tiene dos hijos de corta respecto de los que cumple con sus obligaciones.

No procede la sustitución parcial de la pena de prisión, conforme al art. 89 .1 CP, una vez cumpliera la cuarta parte de la misma, ya que la prueba practicada, testifical de su actual y de su anterior compañera sentimental, y documental aportada, se desprende que tiene arraigo familiar, pues tiene dos hijos de corta edad, cumpliendo con sus obligaciones personales y económicas como padre.



3.GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid nº 189/2019, de 25 de septiembre

Aunque se haya aplicado el subtipo atenuado del párrafo segundo del art.368 CP, la conducta es lo suficientemente grave para aplicar el art.89 CP. La pena supera el año de prisión, el penado tenía la droga oculta en la boca lo que refleja que no era un acto aislado y pretendía distribuirlo entre un grupo indeterminado de compradores.

sí, razona el recurrente que la escasa pena impuesta (un año y seis meses de prisión, además de una multa), habiendo habido lugar, incluso, a la aplicación del subtipo atenuado prevenido en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, le lleva a entender que *"no concurren motivos para proceder a la expulsión de mi representado pues no supone una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad española"*, considerando que la decisión de sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional *"es absolutamente desproporcionada en relación con la conducta personal de mi representado"*.

(...)

sí pues, la norma general, cuando se trate de penas de prisión superiores a un año (e inferiores a cinco, de conformidad con lo previsto en el artículo 89.2 del Código Penal) será la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del condenado del territorio español. Únicamente cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, --lo que aquí no sucede, ni se pretende tampoco por la parte apelante--, podrá acordarse el cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad, sustituyendo después el resto de la pena pendiente por la expulsión.

Objeta, sin embargo, invocando así el contenido del artículo 89.4 del Código Penal, quien ahora recurre que los hechos no presentan especial gravedad, de ahí que resultara aplicable el subtipo atenuado prevenido en el artículo 368, párrafo segundo del Código Penal. Y aunque ciertamente ello no puede negarse, también es obligado ponderar que dicha menor gravedad constituye una valoración relativa efectuada en comparación con la conducta descrita



en el tipo básico, que describe comportamientos que pueden hacerse merecedores de penas privativas de libertad de entre tres y seis años de prisión, y cuya gravedad queda fuera de toda duda.

Sin embargo, lo anterior no puede oscurecer el hecho de que el tráfico de sustancias gravemente nocivas para la salud realizado por el acusado, además de que evidentemente ha determinado la imposición de una pena de prisión superior a un año, no puede considerarse una conducta menor o escasamente significativa, al punto de justificar la inaplicación del criterio general determinado en el artículo 89.1 del Código Penal. Incluso, la propia forma en que el acusado portaba la sustancia que después vendió, en el interior de la boca, pone de manifiesto que extremó las precauciones para no ser descubierto y no evoca, precisamente, la idea de una conducta o comportamiento excepcional o aislado, máxime cuando ya portaba así la sustancia antes de ser abordado en la calle por el comprador de la misma, lo que aboga también por la consideración de que se disponía a comerciar, como lo hizo, con una sustancia gravemente nociva para la salud distribuyéndola entre posibles e indeterminados compradores, sin que pueda compartirse con el apelante el intento de minimizar la significación de esta conducta señalando que la misma no afecta "a un interés fundamental de la sociedad española".



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

Delito de homicidio en grado de tentativa

1.STSJ de Aragón nº61/2019 de 26 de septiembre

Se estima necesario que cumpla 4 años de prisión de los seis años acordados. Debe llevarse a cabo una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos del afectado, sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española. Deben ponderarse 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. En este caso se valora la falta de reparación del daño, la gravedad del delito y la agresividad mostrada.

En lo que se refiere al segundo de los motivos que hace valer el recurrente, la sala deniega la sustitución de la pena por la expulsión establecida en el art. 89 CP por las razones que expresa en su fundamento de derecho noveno:

"En virtud de lo establecido en el número 2 del mencionado artículo entendemos que no procede acceder a lo solicitado por la defensa de Bernardino en el sentido de sustituir la pena de prisión por expulsión del Territorio Nacional, porque consideramos que es necesaria su permanencia en prisión no solo para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma infringida por el delito sino también porque, de sustituir la pena privativa de libertad por la de expulsión, dejarían de cumplirse los fines de la pena en sí cuales son, por una parte, el fin corrector o castigador de la pena y por otra, el fin de reinserción social de la misma.



En el presente Bernardino se encuentra en la situación de prisión provisional desde el día 16 de octubre de 2017 es decir u año y seis meses tiempo que entendemos es insuficiente para el cumplimiento de los fines antedichos.

Por ello no procede la sustitución de la pena impuesta en la presente resolución por la de expulsión del Territorio Nacional debiendo cumplir al menos cuatro años de los seis impuestos en esta sentencia sin perjuicio de que, transcurrido dicho tiempo, pueda reconsiderarse la sustitución del resto del tiempo por la de expulsión del Territorio Nacional."

Frente a tales razones, el recurrente se limita a afirmar que carece da arraigo en España y que el cumplimiento de la pena en el caso no cumplirá el fin de reinserción social y solo servirá al fin castigado.

Pues bien, las razones dada por la audiencia se corresponden con los criterios sentados en el precepto, así como en la interpretación que ha de ser dada al mismo de acuerdo con la jurisprudencia (SSTS n 164/2018 de 6 Abr. 2018, Rec. 10396/2017; y n 1231/2006 de 23 Nov. 2006, Rec. 10387/2006), para la que la expulsión no puede ser automática, y los objetivos perseguidos por las políticas de extranjería e inmigración no pueden orillar los fines del proceso penal, y deben compatibilizar con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social). Y así se ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos del afectado, sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española.

De acuerdo con dicha doctrina, son 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.

En el presente caso la falta de reparación del daño, la gravedad del delito, y la especial agresividad mostrada por el recurrente justifica, todo ello conjuntamente considerado, justifican la denegación de la expulsión



decidida por la sala, aparte de que impediría la finalidad de reinserción perseguida por el art. 25.2 CE.

Delitos contra la salud pública

2.STSJ de Madrid, nº 156/2019, de 19 de julio

El cumplimiento parcial de la condena es una decisión de política legislativa que pretende reforzar el fin de prevención general de la pena que evite lo que en la práctica sería una impunidad que se traduciría en el simple retorno al país de origen a lo que se añade el “efecto llamada”. Ante delitos de incuestionable gravedad social, como son los comprendidos en el catálogo del tráfico de drogas, se hace necesario acudir a la excepción que impone el cumplimiento parcial de la pena en prisión.

En cualquier caso, la petición realizada no puede prosperar. El artículo 89 del vigente Código Penal contempla como regla general una forma sustitutiva de las penas privativas de libertad impuestas a ciudadanos extranjeros (no comunitarios) de duración superior a un año: la expulsión del territorio nacional. Prevé asimismo una excepción: cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá 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. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

Se trata de una decisión de política legislativa que con la excepción pretende reforzar especialmente el fin legítimo de prevención general de la pena, de tal modo que la comisión de un delito en España que comporte la privación de libertad por más de un año, no implique lo que en la práctica sería una especie de impunidad traducida en el simple retorno al país de origen; otra serie de consideraciones podrían realizarse con referencia al posible efecto llamada que dicho régimen de libertad asegurada supondría. Ante delitos de incuestionable gravedad social, como son los comprendidos en el catálogo del tráfico de drogas, se hace necesario acudir a la excepción que impone el cumplimiento parcial de la pena en prisión pues no puede de otro modo afirmarse la vigencia del Derecho Penal, de la norma infringida, ni tampoco tratar de imponer (o restablecer) la confianza en el orden jurídico. Se trata -



lejos de lo que sostiene el recurso- de un verdadero interés superior entroncado con la misma fortaleza del Estado de Derecho.

3.STSJ de Madrid nº 211/2019, de 15 de octubre

Rebajar los dos tercios de cumplimiento de la pena de prisión en supuestos de tráfico de droga con notoria importancia supondría un fraude a la dimensión penológica establecida en el CP. El que la víctima tenga necesidades económicas o haya sido utilizada por una organización no justifica reducir la pena. La red podría utilizar personas en situación de precariedad económica con el fin de que se reduzca las penas.

El recurso critica la sentencia apelada diciendo que no motiva, ni siquiera "de forma indiciaria", la aplicación que realiza del artículo 89; que no justifica, en suma, por qué se decanta por el máximo del período establecido como tope en la norma. A continuación, entiende la recurrente que por las circunstancias en las que dice que se ha cometido el delito (bajo la influencia en la voluntad de la autora derivada de su necesidad y pobreza, y utilizada por una red de narcotráfico) el período de cumplimiento debe ser menor: un tercio, o subsidiariamente, la mitad.

La Sala sentenciadora expresa en el párrafo final del FJ Quinto una remisión directa a los criterios previstos en el texto del artículo 89, que es, de por sí, lo suficientemente explícito, y es evidente que la determinación del período de los dos tercios de la pena concuerda con lo que viene siendo una práctica constante en todos nuestros tribunales. La pretensión que deduce el recurso, de acortar a tan sólo un tercio (o subsidiariamente la mitad) el tiempo de estancia en prisión constituiría todo un fraude a la dimensión penológica establecida en el CP para el delito de tráfico de drogas en supuestos de notoria importancia.

La Sala sentenciadora, por otra parte, no ha apreciado la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (en el recurso se trasluce una especie de estado de necesidad). Este Tribunal de apelación no puede acoger como hecho nuevo -al no figurar como probado en la resolución de instancia- esa doble realidad que se utiliza en el recurso como base de la pretensión: la situación de pobreza de la penada, y el haber sido utilizada (no llega a decirse que forzada) por una organización criminal.



Pero es que, aún en el hipotético supuesto de que estas condiciones personales se hubiesen acreditado, no serían por sí mismas y de manera automática, circunstancias suficientes para reducir el cumplimiento de la pena de prisión hasta los límites que se postulan en el recurso de apelación. De hacerse, estaría brindándose una oportunidad genérica a las redes dedicadas al narcotráfico para recurrir por sistema a personas en condiciones de precariedad económica, en la plena confianza de que el fracaso de una operación de introducción de droga en España hallaría la "recompensa" subjetiva de reducción de la pena efectivamente cumplida. Con ello no estaríamos haciendo otra cosa que promover el tráfico ilícito de este tipo de sustancias, en palmaria contradicción con lo que el Código penal nos indica como objeto: asegurar la defensa del orden jurídico.

Por todas estas razones, entendemos que la dimensión de la pena de obligado cumplimiento que ha fijado el órgano sentenciador se ajusta perfectamente al uso consolidado, al espíritu y a la letra de la norma que lo ampara, y a la gravedad concreta del delito juzgado, sin que se hayan acreditado las condiciones extremas a las que apunta el recurso en orden a considerar desproporcionada esta delimitación.

4. STSJ de Madrid, nº 231/2019, de 6 de noviembre

Se valora para que cumpla parte de la pena en prisión antes de ser expulsado que carece de cualquier arraigo en territorio español. El que tenga un niño menor de edad o graves problemas económicos en su país no es un criterio atendible ya que se estaría dispensando un trato claramente desfavorable, sin fundamento o justificación alguna, a los ciudadanos españoles que, en idénticas circunstancias personales, pudieran haber cometido este mismo delito.

Por otra parte, y en el ámbito de la valoración de las circunstancias subjetivas que concurren en la acusada, también se destaca especialmente en ese fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, que la misma carece de arraigo alguno en territorio español. Y desde luego, éste resulta ser un dato, atendible de manera muy relevante, en relación con la necesidad del cumplimiento, mayor o menor, de la pena privativa de libertad "para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito". No puede ignorarse, en este sentido, que no resulta equiparable a estos efectos la comisión del hecho delictivo por el ciudadano extranjero que reside legalmente en España, o que cuando menos



presenta un significativo y prolongado arraigo en nuestro país, con la de quien, sencillamente, se desplaza desde su punto de origen hasta España con el único propósito de delinquir y abandonar después el país. Es claro que resulta especialmente necesario en ese último caso, desde el punto de vista de las funciones de prevención general y especial de las penas, evitar el mensaje de que resulta posible acudir ocasionalmente a España, sin más propósito que el de cometer en nuestro país delitos graves, produciéndose después como único resultado la inmediata o pronta expulsión del territorio nacional, en el que, por otro lado, no se tiene interés o propósito alguno de permanecer.

Desde otro punto de vista, fácilmente comprenderá quien ahora recurre que no pueda ponderarse aquí como especialmente relevante la circunstancia de que la acusada tenga un hijo menor de edad en su país o la de atravesarse por más o menos agudas dificultades económicas. No queremos con esto minimizar o distanciarnos de una situación personal enteramente comprensible y que produce la natural empatía. Tampoco vamos a incidir ahora en que la conducta desarrollada por la acusada resulta extremadamente peligrosa para la salud de los posibles consumidores de la sustancia que ella introdujo en España, entre los cuales provoca graves daños para la salud y, en los peores casos, muertes; ni en que entre quienes pudieran padecer tales daños habrá, con certeza, también personas con hijos menores y graves estrecheces económicas.

Más allá de todo esto, lo que importa comprender ahora es que, si dichas circunstancias resultaran decisivas a la hora de reducir sensiblemente el periodo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, cuando el delito hubiera sido cometido por personas de nacionalidad extranjera, se estaría dispensando un trato claramente desfavorable, sin fundamento o justificación alguna, a los ciudadanos españoles que, en las mismas circunstancias personales, pudieran haber cometido este mismo delito.

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona, secc.5ª, nº 923/2019, de 2 de diciembre

La Resolución judicial motiva que deban cumplirse dos terceras partes de la condena antes de que se materialice la expulsión al valorar el delito cometido (robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa) y las condenas anteriores. No obstante, la condena impuesta de dos años y once meses de prisión está más próxima al año, límite mínimo a partir del que se puede sustituir, que, a los cinco años de prisión, límite máximo



previsto en el art.89.1 CP. En consecuencia, no está justificado imponer el máximo de cumplimiento parcial de la prisión que es dos tercios de la condena, siendo suficiente con el cumplimiento de las tres quintas partes.

1 SEGUNDO.- En primer lugar, respecto a la invocada falta de fundamentación, indicamos que el auto inicialmente combatido de 22 de julio de 2019 colma las exigencias de motivación por cuanto expone por qué acuerda la ejecución de dos tercios de la condena, valorando al efecto el delito cometido (robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa) y las condenas anteriores que tiene el penado, considerando que es necesario esa ejecución de parte de la pena (dos tercios) para asegurar la defensa del orden jurídico y reestablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida. Y el auto de 23 de septiembre de 2019, que desestima el recurso de reforma, se remite al auto de 22 de julio de 2019.

En este punto merece recordar que la S.T.S. 802/07, de 16 de octubre, al referirse al requisito de la motivación, establece que *"debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial"*.

En la medida que las resoluciones combatidas contienen los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión, y contiene una fundamentación fáctica y jurídica, debe fenecer el motivo de la falta de motivación.

(...)

En el supuesto de autos, el delito cometido que ha dado lugar a la ejecutoria que nos ocupa, que es un delito de robo con fuerza en casa habitada continuado en grado de tentativa, por el bien jurídico protegido con ese delito, junto con las condenas anteriores recogidas en el auto de 22 de julio de 2019 - extraídas de la hoja histórico penal-, habiéndose apreciado que concurre en el penado la agravante de reincidencia en la condena que nos ocupa, todo ello nos lleva a avalar que se acuerde la ejecución de una parte de la pena de prisión en aras a asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.



Sin embargo, la duración de la pena impuesta, dos años y once meses de prisión, teniendo en cuenta que no es cercana a los cinco años de prisión, sino que es más cercana a la pena de un año de prisión (duración a partir de la cual procede acordar la sustitución por la expulsión ex art. 89 CP), siendo que nos movemos en el apartado 1 del art. 89 CP -pena de hasta cinco años-, aun teniendo en cuenta el delito cometido, el bien jurídico protegido con el mismo y las condenas indicadas, también delitos contra el patrimonio, nos lleva a considerar que no está justificado imponer el máximo como parte de ejecución de la pena, que es dos tercios de la extensión de la pena, y este Tribunal considera procedente fijar como parte de la pena a ejecutar tres quintos de la extensión de la misma. En este sentido, el delito cometido y las condenas que tiene el penado, junto con la duración de la pena de prisión impuesta, justifica que no opere la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional de forma automática, sino que sustenta que fijemos esos tres quintos de la extensión de la pena como parte a ejecutar.



XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN

1.PRISIÓN

Audiencia Provincial

1.AAP de Guipúzcoa, secc.1ª, nº547/2019, de 28 de agosto

La posibilidad de ingreso en un centro de internamiento introducida en la LO 5/2010 para asegurar la expulsión no significa que no pueda aplicarse el ingreso en prisión por un plazo máximo de 30 días previsto en la DA 17ª LOPJ. En el presente caso está justificado. El penado ha sido expulsado por dos veces del territorio nacional y ha regresado a España antes del transcurso del plazo de prohibición por lo que se hace evidente que no tiene intención de abandonar el territorio español de forma voluntaria.

Como premisa se señalará que el recurrente había sido condenado por sentencia de conformidad firme de 8-1-2013 a la pena de prisión de siete meses que fue sustituida por Auto de 27-9-2013, confirmada por Auto de esta Audiencia Provincial de 31-1-2014, por la expulsión del territorio nacional, expulsión nuevamente acordada en Auto de 29-9-2014 y en Auto de 12-6-2019 ante el regreso del penado a España antes del transcurso del plazo de prohibición que le había sido impuesto de 7 años, y dicha medida de expulsión estaba vigente a la fecha en que se dicta la decisión impugnada.

Partiendo de ello, ante todo, y dadas las alegaciones que se esgrimen en el recurso formulado por el Sr. Camilo al respecto del art. 89.8 del vigente Código Penal, es necesario poner de manifiesto que la posibilidad de ingreso en un centro de internamiento a efectos de garantizar el cumplimiento de la expulsión judicial se introdujo por primera vez en la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de julio, concretamente en el apartado 6 del art. 89, pero ello no excluye que se pueda seguir sosteniendo la procedencia de acordar en fase de ejecución el ingreso en prisión. Y es que se obvia en el recurso el contenido de la Disposición Adicional Decimoséptima de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio de 1986 referida a las comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros, que dispone que los órganos judiciales comunicaran a la autoridad gubernativa "las sentencias en las que se



acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los 30 días siguientes, salvo causa justificada que lo impida que deberá ser comunicada a la autoridad judicial".

Con dicha disposición se venía a llenar la laguna legal existente respecto a si cabía ejecutar la pena de prisión acordada en sentencia, pese a haberse acordado su sustitución por la expulsión del penado del territorio nacional, hasta que se ejecutara dicha expulsión, y establece el ingreso en prisión con carácter imperativo, si bien con la lógica prevención plazos muy breves para llevar a cabo la expulsión con la finalidad de que no se proceda a cumplir una parte importante de la pena y posteriormente la expulsión que debería ser sustitutiva de la pena.

Y el apartado 6 del art. 89 ó vigente apartado 8 del mismo artículo, prevé el internamiento como un mecanismo de aseguramiento de una medida alternativa a una pena de prisión.

En suma, a la vista de la nueva redacción del artículo 89 se abre un abanico de posibilidades que antes no existía, toda vez que, si bien, antes el ingreso en prisión era imperativo, ahora no es así ya que el mencionado precepto, literalmente, dice que el "Juez o Tribunal podrá acordar....su ingreso", así como, cabe no sólo el ingreso en prisión sino también el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, al extranjero respecto del que se haya acordado la expulsión por cualquiera de los supuestos previstos en el propio art. 89 del Código Penal y que no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta.

Sobre lo anterior, de la lectura de la resolución recurrida en el presente caso lo que se concluye es que el Juzgado de Ejecutorias cuando dicta el auto acordando el ingreso en prisión del recurrente trata de hacer efectiva la Disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre. Por lo que el Auto aquí apelado cuenta con apoyo legal, que no es sino el reseñado.



Por otra parte, al hilo de las consideraciones vertidas en el recurso, no obstante esgrimirse en relación al posible ingreso en centro de internamiento entendiendo la parte recurrente que era la única alternativa factible, referentes a la falta de motivación suficiente de la resolución recurrida al respecto de las especiales circunstancias personales del Sr. Camilo y el importante arraigo que presenta con territorio nacional, además de tener domicilio conocido donde ser hallado, diremos que decaen desde el momento que a la vista de la propia conducta observada por el recurrente en los autos de ejecución, que oportunamente se consignan en el Auto recurrido, de haber sido expulsado por dos veces del territorio nacional y haber regresado a España antes del transcurso del plazo de prohibición, se hace evidente que concebir que iba efectivamente a abandonar el territorio nacional de forma voluntaria parece completamente ilusorio. Por lo que la decisión que se adoptó en no podía ser más acertada en el fondo.

El Ministerio Fiscal en adhesión al recurso argumenta que por Auto de 28-6-2019 se acuerda dejar en suspenso la ejecución de la expulsión hasta la resolución del recurso de apelación frente al Auto de 12-6-2019 y ello podría cuestionar la propia privación de libertad dispuesta ya que el recurso no va a ser resuelto en el período previsto en la Disposición Adicional Decimoséptima de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre para hacer efectiva la expulsión. Argumento que tampoco es atendible por lo ya expuesto y en todo caso el recurso de apelación fue resuelto el 11-7-2019, esto es, en un lapso de tiempo que no permite poner en tela juicio que el ingreso en prisión no cumpliera su función.

Por lo razonado, el Auto aquí apelado cuenta con el apoyo legal, está suficientemente motivado, y no cabe apreciar haya incurrido en vulneración del derecho a la libertad del Sr. Camilo.



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

2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid nº 187/2019, de 25 de septiembre

Se desestima el argumento de la apelante de que el penado no es expulsable por su nacionalidad. Si eso es así se aplicará el art.89.8 CP

Si hemos entendido bien el significado de su queja, se limita la parte apelante a señalar que, debido a la nacionalidad del acusado, la expulsión no resultará posible. Si ello fuera así, evidentemente, deberá procederse en el modo prevenido en el segundo párrafo del artículo 89.8 del Código Penal que, explícitamente, señala que: "En todo caso, 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 periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma".

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona, secc.9ª, nº 686/2019, de 20 de diciembre

Se mantiene la expulsión

No ha podido llevarse a cabo la expulsión del penado al cancelarse dos vuelos. Ello no significa que concurra una imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

Una Sentencia firme de expulsión puede dejarse sin efecto por:

-Reversión de expulsión: La expulsión se deja sin efecto si en el momento de materializarla el penado ha alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española (Circular de la Fiscalía 7/2015). Exigencia del principio de proporcionalidad.



-Imposibilidad de ejecutar la expulsión: No puede llevarse a cabo la expulsión por razones materiales (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc).

En estos supuestos procede aplicar el régimen ordinario y ordinario y los Fiscales dictaminarán sobre la aplicación de la suspensión condicional conforme a los criterios generales previsto para todos los penados.

Debe diferenciarse, como ocurre en este caso, la imposibilidad definitiva de una dificultad organizativa temporal, pasajera o circunstancial. Respecto al plazo que puede esperarse antes de dejar sin efecto la expulsión, no resulta aplicable el máximo de 30 días para materializar la expulsión de la DA 17ª ya que este no se aplica sin concurre "causa justificada". El de 60 días de duración máxima de internamiento no es aplicable al art.89 CP. La Circular 7/2015 FGE habla de dos años para plantearse un posible arraigo que evitará la materialización del 89 Cp.

A tal efecto y en relación a la primera cuestión podemos diferenciar entre reversibilidad e ineficacia de la sustitución por expulsión.

Acerca de la reversibilidad de la sustitución de la pena por expulsión debemos decir que esta se ha admitido en alguna ocasión, pero en un contexto que no es el que ahora tenemos planteado. Efectivamente se trata de otro tipo de supuestos, y así frente a la opinión que sostiene el mantenimiento de las resoluciones firmes, es cierto que debemos ponderar que por ejemplo lo señalado en la Circular de la FGE específica sobre el tema Circular de la Fiscalía General del Estado, la nº 7/2015 señala en su apartado 8. " Reversibilidad de la decisión de expulsión" que la resolución judicial que acuerda la expulsión no es inamovible, porque si una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la expulsión de un extranjero es que no resulte desproporcionada, las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar.

Pero aquí el supuesto no es propiamente de reversibilidad sino, y esto es lo discutido, de ineficacia sobrevenida o no de la ejecución de la expulsión sustitutiva.



Lo que la apelación plantea , lo hemos recogido ampliamente en los antecedentes ,es, en esencia, que el juzgado no ha actuado correctamente al dejar sin efecto la sustitución por expulsión acordada en sentencia firme de conformidad , por la sola razón de que temporalmente haya sido dificultoso llevarla a cabo y materializar la expulsión al haberse cancelado sucesivamente dos vuelos en los que estaba previsto materializar esta y, haberse programado un tercero en una fecha que superaba las prórrogas ya acordadas por el juzgado.

Entiende el apelante que al haber actuado así el juzgado hace una interpretación inadecuada de la normativa aplicable, contra reo, y daña los derechos de este, que aceptó una sentencia de conformidad siendo capital en la misma acordar la sustitución de la pena por expulsión.

Debemos señalar ,para que no haya ninguna duda y delimitar bien el contexto, que el apelante no suplica la puesta en libertad de penado que está cumpliendo en prisión donde ya se encontraba en preventiva antes del juicio, y el apelante considera y admite que el penado debe seguir en prisión, pero insta que se mantenga la sustitución por expulsión y que por el juzgado se adopten las medidas necesarias para que esta se lleve efectivamente a término.

La sala estima que lo primero que tenemos que decidir es si el artículo 89.8 CP cuando permite proceder a la ejecución de la pena originariamente impuesta, o de la que quedara pendiente ,o en su caso de la suspensión de la misma,(que en este caso se ha denegado en el mismo Auto apelado y no ha sido combatido ello en el suplico del recurso de apelación), como decimos tenemos que decidir acerca de sí la expresión contenida en el art 88.9 CP " está no pudiera llevarse a efecto" se cumple cuando ,como en este caso, lo que ha sucedido es que por dos veces el juzgado ha tenido que ampliar prorrogándolo en unos días el período inicial de 30 días para llevar a cabo la sustitución por expulsión dado a la policía ,siendo que por razones ajenas al juzgado y al penado los vuelos que estaban programados para llevar a cabo y materializar la expulsión con custodia policial, se cancelaron.

El juzgado evidentemente equipara estas dificultades al presupuesto de aplicación del art. 89.8 CP es decir equipara estas circunstancias a que la expulsión " no pudiera llevarse a efecto".



El tribunal no comparte esta equiparación. No cabe equiparar a una imposibilidad definitiva una dificultad organizativa temporal, pasajera o circunstancial.

Entendemos que la expresión "no pudiera llevarse a efecto" referirá supuestos y circunstancias que superen la mera dificultad organizativa en su ejecución.

Entendemos que no es equiparable el hecho de que haya que esperar a un tercer vuelo - por cierto ya estaba programado unos días después- porque se hayan cancelado los previsto inicialmente (las anteriores por razones que nos explican en la comunicación policial) ,no es equiparable, decimos, con otro tipo de circunstancias a las que estimamos sí refiere la norma , que son o pueden ser aquellas que con más intensidad que la mera dificultad organizativa ,que la mera gestión de una expulsión posible, sean circunstancias que inviabilicen de manera nuclear , que imposibiliten en ese grado la expulsión.

Así por ejemplo entendemos que cumplirían el módulo de lo previsto en art. 89.8 párrafo segundo circunstancias tales como que el sujeto esté indocumentado (ejemplo AAP, Penal sección 3 del 08 de abril de 2019 (ROJ: AAP H 488/2019 - ECLI:ES:APH:2019:488A) y no pudiese haber sido documentado o que el sujeto no sea reconocido como nacional del país allí donde debe producirse la expulsión y no lo acepte, o que se produzca algún supuesto de reversión de la sustitución por expulsión a los que antes hemos hecho referencia supuestos todos estos a modo de ejemplo de circunstancias que inviabilicen la sustitución por expulsión de una manera nuclear.

En esta misma línea entendemos se expresa, por ejemplo, la Circular de la FGE 7/2015 cuando dice:

"Desde otra perspectiva no hay que olvidar que la medida de expulsión sustitutiva es en muchos casos de imposible ejecución debido a una multiplicidad de causas independientes de los presupuestos jurídicos que la regulan. En unos casos porque es imposible determinar la nacionalidad del afectado, en otros porque las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen se niegan a documentar al penado o aceptar su retorno, otras veces la repatriación tiene un costo tan elevado que superaría con creces cualquier previsión presupuestaria, en otras porque la devolución a su país



de origen puede poner en grave riesgo la integridad y la vida del repatriado, etc.

Las causas por las que es imposible llevar a cabo la expulsión pueden ser de naturaleza material (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc.). Estas circunstancias deberán en todo caso ser comunicadas por la autoridad administrativa correspondiente a la autoridad judicial que tramite la ejecutoria. Constada la imposibilidad se ejecutará la pena de prisión según el régimen ordinario y los Fiscales dictaminarán sobre la aplicación de la suspensión condicional conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad. No obstante, en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstruccionista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión o por la suspensión."

A este tipo de supuestos no es equiparable el hecho de que, siendo posible la expulsión ,porque la policía no comunica que haya una causa distinta que la mera organización del vuelo de salida de España, éste se demore por razones organizativas estrictamente, por razones de gestión de vuelos pero a las que no se puede dar la relevancia o la trascendencia de las que hemos expuesto antes como ejemplo, pues no comportan una imposibilidad de transporte, sino una dificultad transitoria para llevar a cabo el mismo.

Desde este punto de vista, por tanto, entendemos que no procedería la aplicación del art. 89 .8 párrafo segundo.

CUARTO. -

Una segunda línea argumental del juzgado parece referirse al hecho de que en esas dificultades organizativas comportan que se haya superado el plazo de 30 días que inicialmente se concedió más luego la primera prórroga de seis días más la segunda prórroga a la que antes hemos hecho referencia.

Sobre ese particular y sobre los argumentos del juzgado tampoco los compartimos.



Lo que dispone la disposición Adicional 17 de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial mencionada los antecedentes de hecho es que la expulsión ordenada en ejecución de sentencia cuando se acuerda la sustitución de la pena por la expulsión debe ser llevado a efecto por las fuerzas policiales en el plazo de 30 días, pero añade " salvo causa justificada que lo impida". En igual sentido y en su desarrollo, el art 257.2 de Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Como señala la Circular de FGE antes citada //2015:

"El aseguramiento de la persona del penado a los efectos de que no eluda el cumplimiento de la expulsión judicial puede efectuarse mediante su privación de libertad en dos modalidades, penitenciaria o en Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE).

La modalidad penitenciaria se recoge en la Disposición Adicional 17 de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone, en su segundo párrafo: "Igualmente, (los órganos judiciales) comunicarán (a la autoridad gubernativa) las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial

.... La posibilidad de ingresar a un condenado a penas de prisión en un CIE es una solución legal de la que debiera hacerse un uso restrictivo, pues los CIEs son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, como claramente advierte el artículo 62 bis LOEX, que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado en el tratamiento de convictos, y cuyo régimen normalizado de funcionamiento se ve alterado por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción



administrativa de aquellos condenados en sentencia penal. Es aconsejable por ello que el ingreso en CIE sólo se acuerde para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del art. 80 CP , pues el reo que reúne tales condiciones presenta, al menos, un perfil bajo de peligrosidad que le hace más fácilmente asimilable a las condiciones y régimen de vida de un CIE."

En este caso han concurrido circunstancias que se han valorado por el Juzgado como impedientes de una suspensión ordinaria o excepcional de la pena como recogimos en los antecedentes de hecho.

Es patente que la inexistencia del vuelo organizado en el que se va a producir una custodia policial que garantice con arreglo a las normas nacionales e internacionales la expulsión al extranjero es una causa justificada en sí misma -con independencia de cuál haya sido la causa última de esa cancelación de los vuelos- (razones técnicas a razones estrictamente operativas o a razones económicas a razones de espacio aéreo, no se indica). Pero, en todo caso, tener previsto un vuelo con custodia policial organizada para la expulsión y que luego se cancele, lo tenemos por una causa justificada.

Añadamos que por demás el juzgado en su resolución adopta un criterio que no compartimos puesto que en la parte dispositiva de los autos que dicta , por un lado deja sin efecto la sustitución por expulsión por la razón que motivadamente expone, pero, a la vez, dice que ello será así sin perjuicio de que la sustitución por expulsión pueda llevarse a efecto más adelante y así era señala que "sin perjuicio de que en un momento ulterior de la ejecución pueda decretarse de nuevo la expulsión. Esto no está previsto , no está previsto que si se deja sin efecto la expulsión se pueda reactivar esta después .No lo contempla el artículo 89.8 CP. Si se deja sin efecto esto no tiene vuelta atrás cuanto menos normativamente no se contempla.

QUINTO. -

Por tanto, concurriendo una causa justificada el plazo de 30 días puede sobrepasarse.

Podemos plantearnos hasta qué punto puede sobrepasarse.



El juzgado parece a referir el plazo de 60 días que se dispone en la legislación de extranjería para los supuestos de expulsión mediando internamiento en un centro de internamiento de extranjeros.

Ni el artículo 89 ni la disposición adicional mencionada establecen un plazo, y no creemos que pueda hacerse una aplicación analógica sin más de lo previsto en la normativa de extranjería para un supuesto que no es equiparable a este puesto. Allí se trata de un internamiento en un centro de internamiento de extranjeros de una persona en situación o que viene de una situación de libertad que no se ha considerado preciso modificar a prisión. Aquí se trata de una persona que decidió el juzgado- y no combate el propio apelante- debe estar en prisión, donde ya se encontraba como preventivo por esta causa previamente a la firmeza de la sentencia, hasta tanto se produzca la sustitución por expulsión si esta es posible.

La Circular antes mencionada de la FGE contiene una conclusión al respecto cuando señala que:

"12ª Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada. "

En definitiva y con la cautela de ser una materia con escasa doctrina jurisprudencial entendemos que en los argumentos del apelante vinculados al hecho de considerar que no estamos ante una causa de verdadera imposibilidad de la expulsión sino como mucho ante una dificultad transitoria para llevar a cabo la misma, el argumento referido a que no es de aplicación las limitaciones temporales de la normativa de extranjería, el argumento referido a que no puede obviarse que se trataba de una sentencia de conformidad donde la sustitución por expulsión fue de un elemento determinante de la conformidad prestada pues a priori excluía el



cumplimiento de la pena privativa libertad una vez que pudiera llevarse a término la expulsión son argumentos que pueden ser compartidos por la sala

En este sentido por ejemplo Roj: AAP B 4161/2019 - ECLI: ES:APB:2019:4161^a Audiencia provincial de Barcelona sección quinta Rollo de apelación nº. 326/19 Ejecutoria nº.336/18 Juzgado de lo Penal nº. 2 de Tarrasa Auto N.º 360/2019:

" La integración de ambas disposiciones -con prevalencia en todo caso del segundo dada su naturaleza orgánica, valorando la situación personal del penado, internado en centro penitenciario en cumplimiento de una pena de prisión, ofrece cobertura normativa a la decisión adoptada ante la imposibilidad no definitiva de hacer efectiva la expulsión comunicada por la Policía Nacional (si la imposibilidad fuere definitiva, deberá estarse al segundo párrafo del art. 89.8 CP). No puede obviarse que la consecuencia derivada de la imposibilidad de sustitución, teniendo en cuenta la cuantía de la pena de prisión, comportaría la ejecución del resto de la pena, salvo supuestos excepcionales sobre los que no se cuenta con datos"

En este sentido estimamos más correcto y jurídicamente procedente por cuanto queda expuesto estimar la apelación interpuesta, revocar la resolución apelada, manteniendo el fallo de la sentencia en sus propios términos, y disponiendo que por el juzgado se adopten de nuevo las medidas precisas para que la expulsión sea llevada a término lo antes posible acordando disponer las prórrogas y cuando sea preciso para materializar la expulsión en los términos que preceden.