



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

Enero a junio de 2019

INDICE

I.NOTA PREVIA.....	p.4.
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.....	p.6.
1.COMUNITARIO	
2. RESIDENTES EN ESPAÑA, FAMILIAR COMUNITARIO O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.10.
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	

**VII.OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y
MOTIVACIÓN.....p.9.**

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO.....p.14.

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR.....p.14.

C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

D.AARRAIGO LABORAL..... p.14.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA.....P.15.

F. OTROS

G. PRUEBA DEL ARRAIGO.....p.16.

G.1.REGLAS GENERALES.....p.16.

G.2.MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL
ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA
A LA EXPULSIÓN..... p.17.

G.3.PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR.

G.4.PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL

G.5.PRUEBA DE OTROS ARRAIGOS

2. RAZONES HUMANITARIAS

3.GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA

**IX.CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA ANTE LA
DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO Y RESTABLECER LA
CONFIANZA EN LA NORMA.....p.19.**

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO.....p.23.

XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO

XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN.

1.PRISIÓN.....p.25.

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

XIV.OTRAS CUESTIONES.....p.38.

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 Tribunales superiores de justicia en materia de sustitución judicial de las penas:

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Residencia

Ante la Audiencia no alegó ser residente comunitario. No cabe cambiar de identidad ante el TSJ aportando documentación que acreditará tal residencia. Alegación extemporánea. Tampoco es motivo de casación. ATS nº 643/2019, de 6 de junio

Arraigo en España

La intención de casarse no es un criterio de arraigo suficiente para eludir la expulsión. STS nº 133/2019, de 12 de marzo.

No hay arraigo si aún llevando tiempo en nuestro país no tiene trabajo y se dedica al tráfico de drogas. STS nº 133/2019, de 12 de marzo.

El hecho de llevar un largo tiempo en nuestro país, 8 años según dice, no es causa de arraigo ya que no tiene trabajo, está en situación irregular y carece de familia. STS nº 133/2019, de 12 de marzo.

La falta de arraigo se presume desde el momento en que no ha regularizado su situación ni acredita tener familia o medio de vida conocido lo que podía haber hecho la defensa fácilmente. ATS nº 614/2019, de 30 de mayo.

Si el recurrente no alega en juicio tener arraigo, no puede invocar dicho arraigo en el recurso ante el TSJ que sólo puede conocer hechos de la instancia. STSJ de Cataluña, secc. 1ª, nº 44/2019, de 25 de marzo.

No se puede cuestionar en la apelación la expulsión cuando en la instancia la Audiencia ha aplazado la decisión de expulsar a sede de ejecución. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 105/2019, de 29 de mayo.

Está justificado que cumpla la pena de prisión en sus tres cuartas partes antes de expulsar. Pena por delitos contra la salud pública de 7 años y seis meses. La gravedad del delito impide una expulsión inmediata siendo necesario evitar el sentimiento de impunidad. ATS nº 26372019, de 28 de febrero.

Está justificada aplazar la ejecución de la expulsión hasta el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena dada la naturaleza del delito al ser un abuso sexual. Es motivación suficiente que la expulsión inmediata dejaría sin contenido el ejercicio de la acción penal y supondría un trato discriminatorio hacia los nacionales que cometen los mismos hechos. STSJ de Canarias, secc.1ª, nº4/2019, de 25 de enero.

Se cumplió el principio de rogación dado que el acusado pidió la expulsión señalando carecer de arraigo en España y tenerlo en su país de origen. En la audiencia, el Fiscal pidió que cumpliera dos tercios de la pena y se sustituyera por la expulsión el último tercio. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 44/2019, de 25 de marzo.

Hay omisión porque la Audiencia no resuelve sobre el 89 pero no hay indefensión porque el Fiscal tuvo a su alcance y debió acudir al incidente de integración de sentencia de los arts. 267.5 LOPJ y 161 LECrim . No compete al Tribunal suplir una omisión de motivación valorando prueba que no ha presenciado (en particular el interrogatorio sobre el arraigo practicado en la Audiencia). Tampoco cabe reponer las actuaciones al momento de dictar Sentencia porque el Fiscal tuvo que interponer recurso de apelación. Debe

decidirse sobre la expulsión en ejecución de sentencia. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 7/2019, de 22 de enero.

En contra de lo dicho por el recurrente, el Fiscal pidió que se cumpliera la mitad de la condena antes de aplicar la expulsión lo que el Tribunal acuerda. El que la Sala no explique porque extiende la ejecución de la pena en una magnitud superior a la pedida por el Fiscal no afecta al derecho de defensa porque el recurrente ha alegado lo que ha estimado pertinente. Afecta a la motivación de la Sentencia en la individualización de la pena. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 6/2019, de 17 de enero.

Si la Audiencia omite fijar la duración de la expulsión, corresponde hacerlo al TSJ. STSJ de Cataluña, secc, 1ª, nº 44/2019, de 25 de marzo.

No se puede acordar la prisión provisional para ejecutar el 89 CP. Vulnera la doctrina constitucional sobre el ne bis in idem. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 18/2019, de 30 de enero.

No es trato inhumano cumplir parte de la pena de prisión ante de que se materialice la prisión. La gravedad del delito puede justificarlo. ATS nº 263/2019, de 28 de febrero.

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

1.COMUNITARIO

Tribunal Supremo

1.ATS nº 643/2019, de 6 de junio

Alegación totalmente extemporánea. La defensa no aportó en el acto del juicio prueba alguna de que el penado fuera residente en Europa. Conocía el escrito de acusación del Fiscal y la petición de expulsión y sólo tras ser juzgado y condenado aporta una fotocopia de documentación con otra identidad, sosteniendo que es residente en Italia, sin que haya sido posible contrastar su identidad. En casación no aporta argumentos nuevos

En cuanto a la alegación del recurrente de que es residente legal de la Unión Europea, de forma acertada, el Tribunal Superior de Justicia razona que la misma es totalmente extemporánea, pues la defensa no aportó prueba alguna al acto del juicio oral sobre el pretendido arraigo en España o en cualquier otro país de la Unión Europea, pese a que conocía que en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se solicitaba la sustitución de la pena de prisión por la expulsión; y sólo tras ser juzgado y condenado presentó por fotocopia documentación sosteniendo que se llama Eloy y que tiene residencia en Italia, sin que haya sido posible contrastar la autenticidad de su nueva identidad.

La valoración del Tribunal Superior ha de ratificarse. Concurren los presupuestos establecidos en el artículo 89 del Código Penal, habiendo sido solicitada su aplicación, como es preceptivo, por el Ministerio Fiscal, y sin que al acto del juicio se aportara prueba alguna del pretendido arraigo en España o en cualquier otro país de la Unión Europea.

En definitiva, el recurrente reproduce las mismas alegaciones que mantuviera en 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 la impugnación de la sentencia de primera instancia 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).

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

Tribunal Superior de Justicia

1. STSJ de Madrid, secc. 1ª, nº 105/2019, de 29 de mayo

No se puede cuestionar la expulsión en apelación cuando en la instancia la Audiencia ha aplazado la decisión de expulsar a sede de ejecución. Debe resolverse en ejecución.

Finalmente, y por lo que respecta a los razonamientos de la recurrente relativos a la inconveniencia de sustituir la pena de prisión impuesta por la **expulsión** del territorio nacional, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo **89** del Código Penal, el hecho cierto es que tal decisión no ha sido adoptada en la sentencia que aquí se recurre por la Audiencia Provincial, señalándose, al respecto, en el fundamento jurídico sexto de la misma: "Se solicita por parte del Ministerio Fiscal que conforme el artículo **89** del Código Penal, la pena de prisión se sustituya en la sentencia por la **expulsión** del acusado del territorio nacional y prohibición de entrada durante ocho años, atendida la duración de las penas solicitadas y las circunstancias concurrentes.

En el caso presente, --continua razonando la resolución recurrida--, la única prueba practicada al efecto es la documental obrante en las actuaciones, dado que ni siquiera el acusado fue interrogado por la acusación para ofrecer suficiente información tendente a esta finalidad, y como quiera que por la defensa del acusado en el acto del juicio se ha aportado documentación, en atención a lo dispuesto en el artículo **89.3**, no procede efectuar en este momento pronunciamiento al respecto, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en ejecución de sentencia firme".

VII. OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 7/2019, de 22 de enero

Alega el Fiscal que debe aclararse la decisión de la Audiencia sobre la expulsión solicitada por el Fiscal.

Hay omisión porque la Audiencia no resuelve sobre el 89 pero no hay indefensión ya que el Fiscal tuvo a su alcance y debió acudir al incidente de integración de sentencia de los arts. 267.5 LOPJ y 161 LECrim . No compete al Tribunal suplir una omisión de motivación, valorando prueba que no ha presenciado (en particular el interrogatorio sobre el arraigo practicado en la Audiencia). Tampoco cabe reponer las actuaciones al momento de dictar Sentencia porque el Fiscal tuvo que interponer recurso de apelación. Debe decidirse sobre la expulsión en ejecución de sentencia.

B. Como ya se ha reseñado, aduce el Ministerio Fiscal que "requiere aclaración" -sic- el hecho de que "tampoco consta la situación administrativa irregular del acusado en territorio español y la consiguiente solicitud de **expulsión** por esta parte, en los términos recogidos en el escrito de acusación y reiterados en el juicio oral, ante la falta de acreditación de arraigo alguno del acusado".

Es evidente de toda evidencia que el Ministerio Público está llamando "aclaración" a lo que es una incontestable omisión de pronunciamiento: la Sala verifica que el escrito de acusación del Ministerio Fiscal de 30 de mayo de 2017 -presentado el siguiente día 31- literalmente dice en relación con el acusado ahora apelante: " De conformidad con el art. **89.1** CP se interesa que en la Sentencia se sustituya la pena de prisión por la **expulsión** del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante 9 años, cuando el penado hubiere accedido al tercer grado o cumplido las **Y** partes (sic) de la condena impuesta "

Como evidencia el acta del juicio, el Ministerio Fiscal interrogó al acusado con reiteración sobre su arraigo en España, respondiendo aquel con extensión y detalle -sin prejuzgar, claro está, la verosimilitud o acreditación de lo por él afirmado.

El Fiscal, en el juicio oral, eleva a definitiva su calificación provisional.

Nada dice la Sentencia sobre esto -ni siquiera menciona esta petición en el Antecedente II, relativo a la calificación del Fiscal-, no siendo estrictamente relevante la referencia a la situación administrativa irregular, o no, del acusado, que, con la ley vigente, no condiciona la medida de **expulsión**.

Ante todo es inequívoco que la falta de pronunciamiento que, sin más detalle, se pretende no sería generadora de la indefensión constitucionalmente proscrita por una razón bien simple: el ministerio Fiscal, que efectivamente solicitó la sustitución de la pena por la **expulsión** en su escrito de acusación y en el juicio oral, tenía a su alcance, por disposición expresa de los arts. 267.5 LOPJ y 161 LECrim, haber acudido al doctrinalmente denominado "incidente de integración de Sentencias", y no lo ha hecho. Es de sobra conocida la jurisprudencia del TC que señala que no hay indefensión cuando la misma trae causa de la pasividad, desidia o negligencia de la parte: la incongruencia por omisión podría dar lugar a una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pero no, desde luego, cuando quien padece el déficit de pronunciamiento no ha propiciado en tiempo y forma la subsanación de tal defecto. En anuencia con lo que decimos lo que señalan, entre muchas, la STS 86/2017, de 16 de febrero (FJ 2º, roj STS 481/2017), la STS 282/2017, de 19 de abril (FJ 5, roj STS 1585/2017), el ATS 365/2017, de 23 de febrero (FJ 1º.F, roj ATS 1929/2017), este último con cita de la STS 738/2016, y el más reciente ATS 1226/2017, de 14 de septiembre (FJ 3º.C, roj ATS 8969/2017).

A lo que se ha de añadir que, en sentido propio, el Ministerio Público tampoco formula una adhesión a la apelación en términos formales, aunque pudiera inferirse de lo aducido en su escrito. Ese tipo de "adhesión" que la jurisprudencia más clásica repelía, y que se admite en el procedimiento civil (vid. art. 461.1 LECivil), se introdujo primero en el procedimiento del Tribunal del Jurado [artículo 846, bis, b) LECrim] donde se le bautizó como "recurso supeditado". Luego, superando las dudas que podían subsistir, se implementó en el procedimiento abreviado en virtud de la reforma operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre (art. 790.1 LECrim : " la parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo " (FJ 1º STS 1030/2013, de 28 de noviembre -roj STS6649 /2013, con cita de la STS 8/2010, de 20 de enero).

Pero insistiendo en lo más relevante: el pronunciamiento que ahora se pretende de esta Sala no resulta posible por la razón procesal expresada. A lo que cabe añadir, en primer lugar, que no compete a esta Sala, que no ha presenciado la prueba -en particular el interrogatorio del acusado sobre su arraigo en España al que en efecto fue sometido por el Ministerio Público en el plenario-, suplir no ya un déficit de motivación, sino su radical ausencia por falta de pronunciamiento al respecto; en segundo término, no es de recibo reponer las actuaciones al dictado de Sentencia para que se pronuncie sobre lo preterido por el déficit procesal en que ha incurrido la acusación al no acudir al incidente de integración de Sentencias -puesto en conexión con la inequívoca naturaleza perjudicial para el reo de la eventual estimación de la pretensión cuyo pronunciamiento se omite-. Dicho sea lo que antecede sin menoscabo de que el art. 89.3 CP prevé un ulterior momento procesal al dictado de la Sentencia para resolver al respecto con plena observancia de las garantías de audiencia, contradicción e inmediación y posibilidades de prueba, a saber: en fase de ejecución, una vez firme la Sentencia condenatoria; pronunciamiento, en hipótesis, aún posible en las circunstancias del caso al hallarse el recurrente en libertad provisional no habiendo estado en prisión durante un tiempo que exceda de los 2/3 a que se refiere el art. 89.1 CP ; y pronunciamiento aun posible en hipótesis, en particular, si el Tribunal sentenciador justificase, ponderando la prueba practicada en el juicio, que no fueron suficientes los elementos de convicción obrantes en la causa para acreditar el arraigo del acusado y juzgar sobre la proporcionalidad de esta medida -cuya naturaleza es la de una medida de seguridad-, que siempre ha de interpretarse en clave constitucional, facilitando la aportación de cuantos elementos de convicción sean pertinentes a tal fin, sin óbices indebidos a la actividad probatoria del penado, dado el carácter inequívocamente restrictivo de la medida de **expulsión** cuando media la oposición del penado (cfr., v.gr., por todas, SSTs 483/2016 , de 3 de junio (roj STS 2731/2016) y 608/2017, de 11 de septiembre -roj STS 3245/2017 .

2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 6/2019, de 17 de enero

En contra de lo dicho por el recurrente, el Fiscal pidió que se cumpliera la mita de la condena antes de aplicar la expulsión y así lo acuerda el Tribunal. El que la Sala no explique porque extiende la ejecución de la pena en una magnitud superior a la pedida por el Fiscal no afecta al derecho de defensa porque el recurrente ha alegado lo que ha estimado pertinente. Afecta a la motivación de la Sentencia en la individualización de la pena. COMPLETAR

Partiendo de las anteriores consideraciones, es obvio que en el supuesto que ahora enjuiciamos el Ministerio Público ya dejó solicitada en su escrito de acusación la sustitución parcial de la pena privativa de libertad que interesaba para la acusada, siendo así que la misma tuvo oportunidad de defenderse acerca de este concreto extremo y de argumentar y acreditar cuantos aspectos considerase relevantes a ese fin. E importa señalar que, pese a lo que por error se consigna en el antecedente de hecho primero de la sentencia impugnada, lo solicitado por el Ministerio Fiscal no fue el cumplimiento, previa la expulsión, de un tercio de la pena privativa de libertad impuesta, sino el de una magnitud superior a la que finalmente se determina en la sentencia recurrida (cumplimiento de la mitad de la pena privativa de libertad impuesta u obtención de la libertad condicional o acceso al tercer grado penitenciario).

Por tanto, si fuera cierta la queja de la recurrente, es decir si en la sentencia impugnada no se diera explicación suficiente acerca de los motivos por los cuales se consideraba que la expulsión del territorio nacional, lejos de ser inmediata como la defensa interesaba, se produciría tras el cumplimiento de una parte de la pena privativa de libertad impuesta, no estaríamos, en sentido estricto, ante una vulneración de su derecho de defensa, --en la medida en que pudo aducir lo conveniente sobre la concreta forma de ejecución de la pena que se le pudiera imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que estimara conveniente a este respecto--, sino ante una falta de motivación de la sentencia impugnada en la materia concerniente a la individualización de la pena finalmente impuesta.

3.STSJ de Cataluña, secc, 1ª, nº 44/2019, de 25 de marzo

La Sentencia que acuerda la expulsión debe establecer su duración. La omisión de la Audiencia se completa por el Tribunal Superior estableciendo el mínimo legal.

Hemos visto ya que la decisión de sustitución por expulsión no se ha seguido, en el fallo de la sentencia recurrida, de una prohibición de regreso a España del expulsado, a pesar de que se trata de una prohibición inherente a la expulsión misma impuesta como sustituto de una pena privativa de libertad cuyo cumplimiento en centro penitenciario resulta eludido.

Que la prohibición de regreso es inherente a la expulsión de un condenado penal cuando ésta se decide en sustitución de una pena privativa de libertad, se evidencia con acudir a la redacción del art. 89.5 del Código Penal , cuando dispone que el extranjero expulsado "no podrá regresar a España" en un plazo que deberá ser fijado entre los cinco y los diez años desde la expulsión,

en función de la duración de la pena sustituida y de las circunstancias personales del penado.

Debemos, por ello, completar los efectos de la expulsión impuesta en la sentencia recurrida en los indicados términos legales, fijando ahora el límite temporal de la prohibición de regreso en cinco años, que además de constituir el mínimo legal se estima proporcionada a la duración del resto de pena en cuya sustitución viene a entrar la expulsión mantenida ahora

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR

Tribunal Supremo

1.STS nº 133/2019, de 12 de marzo

La intención de casarse no es un criterio de arraigo suficiente para eludir la expulsión. Sospechas sobre la realidad de la relación. El expediente matrimonial comienza a tramitarse estando la acusada en prisión. No tiene familia ni descendientes

El día del juicio lo único que aporta es un expediente matrimonial. De forma que, aunque fuera sincero el enlace anunciado, aspecto que la Audiencia consideró dudoso debido a que empezó a tramitarse en junio de 2017, cuando la penada llevaba varios meses en prisión provisional, no lo considera un elemento decisivo para excluir la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** del territorio nacional, a tenor de lo que se dispone en el art. **89** del C. Penal ... En primer lugar, porque la recurrente ni tiene familia en España ni tampoco la relación sentimental y conyugal que, al parecer, le vincula con Bartolomé , presenta unas connotaciones que justifiquen la inaplicación de la **expulsión**, a tenor de las suspicacias que alberga la Audiencia Provincial sobre una relación marital que sugiere unas connotaciones muy singulares, reservas que también comparte el Tribunal Superior de Justicia., Por último, es importante también recordar que ni la recurrente tiene descendencia en España, ni una familia en la que se encuentre integrada,.

D.ARRAIGO LABORAL

Tribunal Supremo

1.STS nº 133/2019, de 12 de marzo

Vive de la droga.

Carece “ni siquiera un trabajo de alguna índole, a pesar de que manifiesta que vive aquí desde hace ocho años. La realidad nos dice, además, según los hechos probados, que vive del tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA

Tribunal Supremo

1.STS nº 133/2019, de 12 de marzo

La acusada dice residir en España desde hace ocho años, pero en la fecha de comisión del delito estaba en situación administrativa ilegal sin familia ni trabajo

Recuerda el Tribunal Superior de Justicia que, según la Audiencia, los datos aportados sobre el arraigo en España son insuficientes para considerar desproporcionada la **expulsión**. La acusada dice residir en este país desde hace 8 años, pero en las fechas de la ejecución de los hechos enjuiciados se encontraba en situación administrativa ilegal en España y no tenía actividad laboral ni arraigo familiar digno de mención.

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid secc. 1ª, nº 119/2019, de 11 de junio

No tiene arraigo. Carece de ocupación, está en situación irregular, rompió su matrimonio y no consta que se relacione con familiares.

En el recurso se pretende hacer valer una situación de arraigo del apelante en España sobre el hecho de que lleva largo tiempo en nuestro país y aquí también residen sus familiares directos.

La Sentencia no lo ignora, pero analiza la situación desde los cánones impuestos en el artículo 89.5, y llega a la conclusión (no desvirtuada en el juicio ni tampoco ahora en el recurso) de que tal arraigo no es bastante. No asistimos a ese vínculo de la persona con España que se exige para evitar la sustitución de la pena.

Bernardo carece de ocupación laboral, se encuentra en situación irregular en España (cuenta con Decreto de **Expulsión** desde julio de 2013), hace tiempo que rompió su matrimonio y no consta acreditado en modo alguno que conviva ni se relacione con hermanos o sobrinos también marroquíes.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO

G.1.REGLAS GENERALES

Tribunal Supremo

1.ATS nº 614/2019, de 30 de mayo

Se ratifica la valoración del TSJ de que la falta de arraigo se presume desde el momento que se acredita que carece de número de registro de extranjería sin que constara que el acusado haya realizado trámite alguno para legalizar su situación, o en su defecto que tenga algún pariente o medio de vida en nuestro país que la defensa podía haber acreditado muy fácilmente.

Considera que su arraigo en territorio nacional se encuentra perfectamente acreditado por medio de sus manifestaciones, no correspondiéndole a él la prueba, y sin que el Ministerio Fiscal haya aportado documento alguno capaz de desvirtuar las mismas, por lo que la sentencia yerra al acordar dicha expulsión.

(...)

C) El Tribunal Superior de Justicia refrendó la medida adoptada por la Audiencia, señalando que el Ministerio Público solicitó su aplicación, ya que el acusado carecía de residencia legal en España, no le constaba arraigo personal ni medio de vida laboral lícito, sin constancia de haber iniciado siquiera los trámites para regularizar su situación durante el año y medio que manifestaba llevar en el país, y sin que ninguna prueba hubiera aportado, más allá de sus manifestaciones, al respecto de la presencia en territorio nacional de su "tío" ni, por tanto, de que la medida de expulsión deba estimarse desproporcionada o que provoque una ruptura de convivencia familiar consolidada.

Estas alegaciones fueron asumidas por el Tribunal Superior de Justicia, que entendía que encajaban en los criterios establecidos en el número 1º del artículo 89 para su aplicación, significando que la prueba de su falta de arraigo se obtuvo al quedar acreditado que carecía de número de registro de extranjería y sin que constara que hubiese realizado trámite alguno para legalizar su situación o, en su defecto, que tuviese pariente alguno o medios de vida en nuestro país, como circunstancias que le hubiera sido muy fácil acreditar a la propia defensa.

Igualmente, la valoración del Tribunal Superior ha de ratificarse. 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 una diligencia policial en el sentido de 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.

Se cumplían, por lo tanto, las exigencias del principio acusatorio, pues el acusado pudo conocer con la suficiente antelación la petición del Ministerio Fiscal y tuvo la posibilidad de efectuar alegaciones y, sobre todo, proponer las pruebas que estimara procedentes (STS 792/2008, de 4 de diciembre), cosa que no hizo y que, como vemos, sólo a él le correspondía para respaldar sus alegaciones.

Nuevamente la cuestión carece de relevancia casacional, al reiterarse lo ya aducido en el previo recurso de apelación, sin alegar ni plantear argumentos distintos que justificasen que este Tribunal deba apartarse de lo ya resuelto en las dos instancias previas.

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

Tribunal Superior

1.STSJ de Cataluña, secc, 1ª, nº 44/2019, de 25 de marzo

El recurrente alega que tiene arraigo en España. En el juicio negó dicho arraigo. El análisis del Tribunal Superior debe limitarse a los hechos que se pusieron de manifiesto a la instancia. La expulsión es proporcionada.

Reclama ahora la defensa del acusado la revocación parcial del fallo emitido por la Audiencia para dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión en el exceso de los cuatro años de prisión, cuyo cumplimiento debía acreditarse en centro penitenciario español, sobre la base de haber cambiado el acusado de parecer, pues viene ahora a afirmar lo que había negado en el juicio, esto es, que dispone en España de arraigo familiar y laboral bastante para reclamar el cumplimiento íntegro de la pena impuesta en centro penitenciario español.

...

En definitiva, la revisión que se nos pide por la defensa del acusado en orden a reconsiderar la decisión de sustitución de parte de la pena de prisión impuesta por su expulsión del territorio español, debe quedar limitada a la verificación de su corrección en proyección sobre la pena impuesta y las circunstancias fácticas y personales que se les ofrecieron a los jueces de la instancia, esto es, a partir del arraigo que ante ellos manifestó tener el acusado en España (ninguno, familiar o laboral) y en su país de origen, Marruecos (intenso, tanto familiar como laboral). Por tanto, dada la naturaleza y duración de la pena y las restantes circunstancias consideradas por la Audiencia a estos fines, coincidiendo en ello las partes tanto de acusación como de defensa en el trámite de alegaciones conferido, habrá de convenirse en que la decisión de sustituir por la expulsión el resto de la pena de prisión impuesta, en el exceso de los cuatro años de prisión a cumplir en centro penitenciario español, se ajusta plenamente a la legalidad penal aplicada

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

Cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena si antes no ha obtenido el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Supremo

1.ATS nº 26372019, de 28 de febrero

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

El cumplimiento de una parte de la pena de prisión antes de ser expulsado no puede considerarse tortura o trato inhumano o degradante. La gravedad del delito justifica el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. El acusado pretendía introducir en España más de 2.300 gramos de cocaína. Si se acordara la sustitución inmediata, daría lugar a un sentimiento de total impunidad.

C) La cuestión ya fue planteada tanto en la instancia como en apelación y se observa que el recurso de casación en este punto es una reproducción del de apelación previo.

El Tribunal Superior de Justicia justificó en sentencia la correcta aplicación del artículo 89 del Código Penal cuya infracción es denunciada por el recurrente por parte del Tribunal de instancia y, por ello, declaró conforme la decisión dada al efecto por la Audiencia Provincial.

En este sentido, el Tribunal Superior señaló que, siendo criterio fundamental, a la hora de acordar la sustitución de la pena por expulsión, el de la gravedad y entidad del delito para evitar que la misma frustre los fines de prevención

general y especial de la pena, en el concreto delito de tráfico de drogas por el que ha sido condenado el recurrente, la tenencia de cocaína para el tráfico en cantidad de notoria importancia es una de las circunstancias específicas a tener en cuenta para la justificación de la denegación de la expulsión interesada. Y en este caso el acusado pretendía introducir en España más de 2.300 gramos de cocaína pura, de los que él solo era portador de más de 1.300 gramos de cocaína pura, cantidad que debe ser considerada como muy importante.

Asimismo, consideró que, de acordarse la sustitución pretendida, ello daría lugar a una sensación de total 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 humanidad que alega el recurrente, como tampoco el artículo 15 de la Constitución Española, que se cita como vulnerado, pues el cumplimiento de la pena de prisión, legalmente prevista y fijada por el Tribunal tras un juicio llevado a cabo con las debidas garantías, no puede tildarse como "tortura" o "pena degradante".

De conformidad con lo expuesto, debe afirmarse que la contestación del Tribunal Superior de Justicia a la cuestión formulada por la recurrente resulta acertada.

Como recuerda la STS 164/2018, de 6 de abril, la mera expulsión del territorio nacional diluye en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad.

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

Por lo tanto, tras la lectura de la sentencia, de acuerdo con la regulación vigente y la doctrina expuesta, consta que ha existido una valoración racional e individualizada de las circunstancias concurrentes, por lo que se supera el automatismo que reiteradamente ha rechazado esta Sala, y se ha justificado la no expulsión del acusado de conformidad con lo establecido en la ley hasta el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena y, en todo caso, cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

En definitiva, la Sala de instancia acogió el criterio del Ministerio Fiscal y consideró que este tiempo de cumplimiento en territorio español es el necesario para restablecer la defensa del orden y la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Ello no supone una aplicación indebida del art. 89 del CP , sino que ante las opciones que éste concede al órgano judicial que impone la pena, éste opta por el cumplimiento de la pena en territorio español durante cierto tiempo y una vez alcanzados esos límites temporales, se proceda a la expulsión, tal y como autoriza la ley.

En conclusión, descartamos cualquier error en la sentencia de primera instancia, ya que la expulsión del condenado estuvo concretada dentro de los márgenes legales y fue fijada de forma razonada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la gravedad de los hechos, por lo que no existe la infracción denunciada.

Cumplimiento de las dos terceras partes de la condena si antes no ha obtenido el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Canarias, secc.1ª, nº4/2019, de 25 de enero

Está justificada aplazar la ejecución de la expulsión hasta el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena dada la naturaleza del delito, abuso sexual. Señala el Tribunal de instancia que la expulsión inmediata dejaría sin contenido el ejercicio de la acción penal y supondría un trato discriminatorio hacia los nacionales que cometen los mismos hechos. Motivación escueta pero suficiente.

La jurisprudencia, en cuanto a la **expulsión** y/o cumplimiento parcial de la pena en España, concretamente las STS 588/12, de 29 de junio y la 926/12, de 31 de mayo , recogen que es conveniente efectuar un juicio ponderativo en el que han de tenerse en cuenta, no solo circunstancias subjetivas, referidas al acusado, sino también aspectos objetivos, íntimamente relacionados con la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general y especial.

La norma, por tanto, lo que recoge es la **expulsión** y, como medida alternativa, el cumplimiento de la pena privativa de libertad en España.

Pues bien, en cuanto a la falta de motivación alegada, es lo cierto que la sentencia recurrida realiza una escueta motivación, pero entendemos que

suficiente para tomar la medida acordada, es decir, la referida al apartado 1. del art. 89 del Código Penal por la que se impone al condenado, el cumplimiento de los 2/3 de la pena en España. Ello es debido al tipo de delito en cuestión, delito de abuso sexual, y su especial naturaleza. Estos particulares son recogidos en el Fundamento Cuarto de la sentencia recurrida. El cumplimiento en España de los 2/3 de la pena de prisión impuesta por el Tribunal de instancia, insistimos, dado el delito de que se trata, se estima necesaria con el fin de garantizar la defensa del orden público establecido, pues de lo contrario podría ser entendido como una acción carente de penalidad y además un trato discriminatorio respecto de los nacionales que necesariamente, ante los mismos hechos, han de cumplir la pena impuesta en su integridad. Así lo entiende nuestro Alto Tribunal: La reforma operada por la LO 5/2010 ha atemperado el automatismo y el rigor del texto anterior, al poderse apreciar razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español, para acabar con esa "sensación de impunidad" que se producía con el marco legal anterior.

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO

Tribunal Superior

1.STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 44/2019, de 25 de marzo

Se cumplió el principio de rogación dado que el acusado pidió la expulsión señalando carecer de arraigo en España y sí tenerlo en su país de origen. En la audiencia ante el Tribunal, el Fiscal pidió que cumpliera dos tercios de la pena y se sustituyera por la expulsión el último tercio y la defensa mostró su conformidad.

3. - No resulta de aplicación en este caso la jurisprudencia que citábamos en nuestra STSJ Cat de 26 de abril de 2018 sobre vigencia también en materia de sustitución de penas por expulsión -dada su dimensión constitucional- de los principios acusatorio y contradicción para revocar entonces una sentencia en la que el tribunal había sustituido de oficio por expulsión una pena de prisión coincidente con la aquí examinada, precisamente por no haber sido interesada allí tal sustitución por el Ministerio Fiscal ni haber evaluado el tribunal las condiciones del arraigo en España invocadas por la acusada (STS2 483/2016 de 3 jun . FD2; en el mismo sentido, entre otras, las SSTS2 35/2007 de 25 ene . FD1, 588/2012 de 29 jun. FD1); y no es transferible aquí esa doctrina dado que, a diferencia del supuesto a que respondía nuestra anterior sentencia, en la presente estamos ante una decisión de sustitución expresamente instada por el acusado después de negar absolutamente cualquier arraigo en España y afirmar ese mismo arraigo en su país de origen. Además, como diferencia esencial entre aquel y éste supuesto, en el trámite de audiencia abierto aquí por el tribunal para escuchar a las partes sobre la expulsión instada por el acusado, el Fiscal interesó el cumplimiento parcial de la pena en España, en dos terceras partes de la procedente, y reclamó la expulsión en sustitución por expulsión respecto del tercio restante; y en ese mismo trámite de audiencia, la defensa del acusado mostró plena coincidencia con lo interesado por el Fiscal, por tanto, se cumplieron aquí las exigencias de rogación de que carecíamos allí y tuvo ocasión la defensa del acusado de formular alegaciones después de tomar conocimiento de los términos de la

sustitución propuesta por el Fiscal, que resultó ser la finalmente acogida por el tribunal en su sentencia. Pero es que, la acusada allí refirió ante el tribunal de instancia una prolongada e intensa vinculación y arraigo en diversas ciudades españolas, lo que no había resultado en absoluto valorado en la sentencia recurrida, mientras que el acusado aquí negó explícitamente todo arraigo en España al tiempo que lo aseveró en su país de origen, concretamente en la ciudad de Tánger.

XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN.

1.PRISIÓN

Tribunal Superior

1.STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 18/2019, de 30 de enero

No se puede acordar la prisión provisional para ejecutar el 89 CP. Vulnera la doctrina constitucional sobre el ne bis in idem.

Como se ha dicho ya, en el presente caso, el tribunal sentenciador ha dispuesto la íntegra sustitución de la pena de 4 años, 6 meses y 1 día de prisión por la **expulsión** del territorio nacional por tiempo de 8 años, disponiendo al propio tiempo la prisión provisional del acusado y, una vez adquirida firmeza la sentencia, el cumplimiento de la pena privativa de libertad hasta la ejecución de los trámites de la **expulsión** en un plazo máximo de 30 días.

La desestimación de los dos motivos que conforman el recurso de apelación interpuesto en interés del Sr. Cosme no es óbice para revocar parcialmente la sentencia recurrida, exclusivamente en aquella parte del fallo que decide el mantenimiento de su prisión provisional y, tras la firmeza de la sentencia, el cumplimiento de la pena privativa de libertad a la espera de ejecutar la **expulsión** por un plazo máximo de 30 días, teniendo en cuenta que, conforme a lo que declara la STC núm. 140/2012, de 2 julio , cuando la pena efectiva impuesta en la sentencia sea la **expulsión** del territorio nacional, aunque lo sea como sustitución íntegra de una pena de prisión, el mantenimiento de la privación cautelar de libertad no constituye " una respuesta acomodada ni a las pautas normativas que la ley establece ni a las exigencias constitucionales de motivación que [según la doctrina del TC] ... deben cumplir las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional " (FJ3).