



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

JULIO A DICIEMBRE DE 2016

INDICE

I. NOTA PREVIA.....	p.3.
II. NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA	
III. RETROACTIVIDAD.....	p.6.
IV. EXPULSIÓN DE COMUNITARIOS, RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.7.
1. COMUNITARIOS.....	p.7.
2. RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	8.
V. MOMENTO PARA PEDIR LA EXPULSIÓN	
V. Bis. COMPUTO DE LA PENA DE PRISIÓN A EFECTOS DE LOS LÍMITES DE LA EXPULSIÓN.....	p.10.
V. Ter. SOLICITUD DE LA EXPULSIÓN. PRINCIPIO ACUSATORIO	
VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN.....	p.13
VII. OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN.....	p.18.
VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN.....	p.19
1. ARRAIGO.....	p.19
A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO	
B.ARRAGO FAMILIAR.....	p.17
C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO	
D. ARRAIGO LABORAL.....	p.18.

E.ARRAIGO POR PERMANENCIA

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

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

**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

XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO

XIII. MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN.

1. PRISIÓN

2. INGRESO EN UN CIE

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 extiende ese deber a todos los Fiscales de Sala Coordinadores en sus respectivas especialidades: *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, de la Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Si el penado quiere ser expulsado, la ley actual es la más beneficiosa ya que anterior permitía no expulsar y cumplir toda la pena mientras que la redacción actual permite fijar límites máximos. ATS nº1703/2016, de 10 de noviembre.

Si la pena no excede el año de prisión no se puede aplicar el art.89 CP conforme a la nueva ley aunque haya otras penas de prisión de posible acumulación .AAP de Cádiz, sec.8ª, nº328/2016, de 11 de julio.

Un delito de violación justifica la expulsión de un ciudadano comunitario. SAP de Navarra, sec.2ª, nº 228/2016.

Aunque tenga pasaporte portugués al ser nacional de Guinea Bissau se aplica el régimen genérico de la expulsión y no el de comunitarios. SAP de Madrid, sec.23ª, nº 616/2016, de 11 de octubre.

A los efectos del requisito de aplicación del art.89 CP de que la pena de prisión supere un año de prisión no se pueden sumar las diferentes penas impuestas. SAP de Baleares, sec.2ª, nº188/2016, de 1 de septiembre.

La suma de las penas impuestas por el total de las ejecutorias que el penado tenga vigentes no impide la expulsión si superan el año de prisión y no exceden los cinco. La denegación en su momento de la expulsión por un Juzgado de Instrucción exige comprobar si el obstáculo está vigente. AAP de Barcelona, sec.7ª, de 27 de julio de 2016.

Si el órgano judicial no resuelve sobre la solicitud de expulsión debe completar su resolución decidiendo sobre la expulsión en el plazo de cinco días. AAP de Barcelona, sec.2º, de 12 de julio de 2016 (Recurso 3/2016)

No es suficiente arraigo tener un hermano que no ha adquirido la nacionalidad española .STS nº 621/2016, de 7 de noviembre.

No se aprecia arraigo familiar aunque haya matrimonio si no hay descendencia ni convivencia. SAP de Guipúzcoa, sec. 3ª, nº 80/2016, de 25 de octubre.

No hay arraigo laboral si, conforme a la hoja histórico-laboral, la última nota es del 2012. STS nº 621/2016, de 7 de noviembre.

Los aplazamientos a ejecución se hacen para comprobar el arraigo del penado, sus circunstancias personales. SAP de Vizcaya, sec.1ª, nº 55/2016, de 29 de julio entre otras o siendo la pena superior a cinco años de prisión, oír a las partes sobre la parte de pena a cumplir. SAN, sec.1ª, nº39/2016.

Se valora para graduar el cumplimiento de la pena de prisión en España, la situación familiar del penado en Brasil con mujer y dos hijos que dependen económicamente de él. SAP de Madrid, sec.15ª, nº435/2016, de 22 de julio.

Criterios para no proceder a la expulsión inmediata y acordar parte del cumplimiento de la pena de prisión en España

El acusado ya fue condenado por un delito anterior y se trata de un delito grave contra la seguridad colectiva. Fue detenido en el aeropuerto de Lisboa intentando volver a su país y dada la importante cantidad de droga incautada la expulsión inmediata quebraría la confianza de la sociedad en la norma.ATS nº1703/2016, de 10 de noviembre

Cantidad intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas STS nº927/2016, de 14 de diciembre

La cantidad de droga, la frecuencia con la que se cometen delitos análogos. SAP de Madrid, sec.4ª, nº270/2016, de 19 de julio

En un trapicheo de droga (tres años de prisión se acuerda la expulsión desde un primer momento. La naturaleza del delito no aconseja retrasar su aplicación. Hacerlo sería un retraso porque en todo caso el penado va a ser expulsado administrativamente. SAP de Barcelona, sec., 9ª, nº539/2016, de 4 de julio

Se acuerda cumplir la condena en prisión en las dos terceras partes en la comisión de robo en casa habitada ya que es de los que más inseguridad produce al ciudadano y el penado tiene numerosos antecedentes. SAP de La Rioja, Cesc, 1ª; nº

90/2016, de 4 de julio. También avanza en dos tercios de la pena el robo en casa habitada por comprometer la seguridad de las personas. SAP de Barcelona, sec.8ª, nº 503/2016, de 29 de septiembre.

En un delito de violación no se acuerda la expulsión visto el mal comportamiento en prisión. La defensa del orden jurídico incluye la protección de la víctima. AAP de Tenerife, sec.5ª, de 11 de febrero de 2016 (Sumario ordinario nº 20/2010).

Esperamos que la nueva selección extractada de sentencias pueda ser de interés y utilidad práctica.

III. RETROACTIVIDAD

Tribunal Supremo

1. ATS nº1703/2016, de 10 de noviembre

Si el penado quiere ser expulsado, la LO 1/2015 es más favorable. Con arreglo a la regulación anterior la expulsión se podía denegar excepcionalmente y cumplir toda la pena. Con arreglo a la ley actual, el máximo de cumplimiento de la pena es de dos terceras partes o antes si alcanza los tres grados o la libertad condicional. Si quiere ser expulsado, la reforma no perjudica sus expectativas

En cualquier caso entendemos que la reforma introducida por la LO 1/2015, no es desfavorable para el reo. En la regulación anterior se podía excepcionalmente denegar la expulsión automática, y exigir el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta en España. Sin embargo la reforma marca un límite máximo de ejecución de la pena en casos excepcionales, fijándolo en los dos tercios de la pena privativa de la libertad impuesta, llegando a prever que incluso "en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional". Por tanto si lo que pretende el recurrente es su expulsión la reforma no perjudica sus expectativas.

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

1. COMUNITARIOS

Audiencia Nacional y Provincial

1. SAP de Navarra, sec.2ª, nº 228/2016, de 19 de octubre

Aún tratándose de ciudadanos comunitario la gravedad del delito, en especial el delito continuado de violación, justifica la expulsión

De conformidad con lo establecido en el art. 89.2 del Código Penal , en la redacción dada por la LO 1/2015, acordamos que el condenado cumpla seis años de prisión en España, y la sustitución del resto de la totalidad de la pena privativa de libertad, 9 años y 6 meses, por la expulsión de territorio nacional con prohibición de regreso durante 10 años.

El plazo de diez años, se computará a partir desde la fecha de la efectiva materialización de la expulsión. Si D. Hipólito retornara a España antes de transcurrir el período del tiempo establecido, cumplirá las penas que fueron sustituidas.

A esta petición del Ministerio Fiscal, a la cual no se ha opuesto el acusado ni su Letrado defensor, se accede de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4, párrafo segundo, del art. 89 CPenal , pues aun tratándose de un ciudadano comunitario, la naturaleza, gravedad y circunstancias de los delitos cometidos, especialmente el delito continuado de violación, justifican la decisión de modalizar el cumplimiento de la pena de prisión en la forma acordada.

2. SAN, sec.2ª, nº 23/2016, de 29 de julio

La medida restrictiva a la expulsión de comunitarios no opera cuando el penado desea ser expulsado

Por otro lado, la nacionalidad búlgara del acusado, no debe ser obstáculo para la expulsión, así como tampoco la dificultad que ofrece el espacio de seguridad europeo para asegurar la ejecución de la sustitución, puesto que la previsión legal restrictiva de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, lo es solo para el caso de que tal medida se adopte en contra de la voluntad del condenado. Por ello habida cuenta la conformidad existente entre la petición del Ministerio Fiscal y el acusado se procede a sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional durante diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Se procederá a ejecutar la expulsión cuando haya pasado el plazo para recurrir en casación esta sentencia y este extremo no haya sido

recurrido, o cuando el Ministerio Fiscal manifieste su voluntad de no recurrir esta sentencia en lo que se refiere a este condenado.

3. SAP de Madrid, sec.23ª, nº616/2016, de 11 de octubre

Se acuerda la expulsión. Aunque el penado tenga pasaporte portugués es nacional de Guinea Bissau por lo que puede aplicarse el régimen genérico de la expulsión y no el restringido reservado a comunitarios

En el presente supuesto resulta de aplicación el contenido del precepto transcrito, pues el acusado, pese a viajar con pasaporte portugués, tiene como nacionalidad la de Guinea-Bissau según consta en la certificación del Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia obrante en las actuaciones, de tal modo que puede ser beneficiario de la expulsión en su régimen genérico con preferencia al restrictivo que contempla el apartado 4 del mismo artículo citado respecto de los ciudadanos comunitarios.

Es por ello por lo que se autoriza la expulsión del acusado en cuanto acceda al tercer grado penitenciario, sin que pueda regresar a España en un plazo de seis años a partir de la expulsión.

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

Audiencia Provincial

1. SAP de Madrid, sec.5ª, nº68/2016, de 15 de septiembre

Aunque la tenencia de una autorización de residencia infiere un cierto arraigo se acuerda la expulsión dado que el penado desea ser expulsado

Cierto es que conforme al artículo 89.4 no procederá la sustitución cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulta desproporcionada; al respecto, resulta que el anterior tiene residencia legal en España con lo que es de inferir un cierto arraigo pero ello no es óbice en cuanto a la expulsión acordada toda vez que en el acto del juicio manifestó su voluntad y aquiescencia a la expulsión.

2. SAP de Vizcaya, sec.2ª, nº49/2016, de 5 de julio

Se acuerda la expulsión. No se acredita que el interesado sea residente portugués

Asimismo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 89 del C.P . procede acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por la de su expulsión del territorio nacional, con expresa prohibición de regresar al mismo en un plazo de diez años, al no haberse acreditado que el acusado tenga arraigo alguno en nuestra país, pues constando ser originario de Guinea Bissau, y carecer de permiso de residencia, se ha alegado poseer permiso de tal índole expedido en Portugal, extremo no acreditado documentalmente de forma alguna, por lo que con independencia de la conocida

dificultad de materializar aquella con Guinea Bissau, procede su expulsión en los términos señalados.

3. SAP de Guipúzcoa, sec. 3ª, nº 80/2016, de 25 de octubre

“El permiso de residencia comunitario aportado como documento número 5 del recurso ha caducado ya que expiraba el día 27-5-2012”.

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

Audiencia Provincial

1. SAP de Baleares, sec.2ª, nº188/2016, de 1 de septiembre

A los efectos del requisito de aplicación del art.89 CP de que la pena de prisión supere un año de prisión no se pueden sumar las diferentes penas impuestas en la misma causa. En este caso no se ha impuesto una pena de 18 meses de prisión sino dos de nueve meses por lo que no cabe la expulsión

No se ha impuesto pena de dieciocho meses de prisión, como se dice, sino dos de nueve meses de prisión. El art. 89 del Código Penal prevé la sustitución de la pena por expulsión cuando la pena de prisión supere un año. Como dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015 es obligado preguntarse si en el caso de que se impongan dos o más penas de prisión en una misma sentencia, el art. 89.1 CP obliga a considerarlas por separado de modo que no sea dable sumarlas para estimar cumplido el límite mínimo de duración.

La prohibición de sumar tiempos parece ser la solución más acorde al sentido de la Ley, tanto desde una interpretación literal como sistemática del precepto. Literal, porque el empleo del plural en el inciso "las penas de prisión de más de un año" apunta a que el cumplimiento del requisito temporal se exige de todas y cada una de ellas, como es común en nuestro ordenamiento penal (STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre); sistemática, porque cuando el art. 89.2 CP habilita la suma de penas como criterio delimitador de su propio supuesto de aplicación lo hace mediante un enunciado expreso e inequívoco: "cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración"; como sucede, igualmente, en sede de suspensión condicional, con la regla 2ª del art. 80.2 CP .

Por tanto por no ser ajustado a la legalidad es obligado dejar sin efecto la expulsión acordada en sentencia.

2. AAP de Cádiz, sec.8ª, nº328/2016, de 11 de julio

El penado ha sido condenado a un año de prisión por lo que no se le aplica el art.89 C P. La exigencia legal de que la pena debe superar el año de prisión para sustituirse por la expulsión no cambia porque el penado haya sido condenado a otras penas de la misma duración que pudieran acumularse a la presente, pues ello no afecta al dato objetivo de la duración de la pena impuesta.

Se ejecuta una sentencia dictada el 29 de julio de 2015 en la que se condenó a don Faustino a una pena de 1 año de prisión. En el auto recurrido no se accede a la solicitud de sustitución y se explica que el artículo 89 del código penal , tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, establece que cabe la sustitución por expulsión del territorio nacional de las penas de prisión de más de un año, cuando se impongan a un ciudadano extranjero. La pena impuesta a Faustino es de 1 año de prisión, por lo que no llega al límite mínimo legalmente previsto y no procede la sustitución solicitada, debiendo

confirmarse el auto recurrido. En el recurso se alega que el penado ha sido condenado a otras penas de la misma duración y que debería acordarse la acumulación de las mismas para aplicar posteriormente la suspensión, pero el artículo 89 del código penal es claro en su redacción: "Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español", puesto que ese requisito de duración de la pena no se cumple, no ha lugar a la sustitución sin que esa conclusión cambie por la existencia de otras penas que la parte considera que podrían ser acumuladas a la presente para su ejecución, pues con ello no se afecta al dato objetivo de la duración de la pena impuesta

3. AAP de Barcelona, sec.7ª, de 27 de julio de 2016

La suma de las penas impuestas por el total de las ejecutorias que el penado tiene no impide la aplicación del 89 CP al superar el año de prisión pero no exceder los cinco. El Juzgado de lo Penal no puede denegar la expulsión por cuanto el art.89 CP sólo permite excepcionalmente cumplir una parte de la pena antes de acordar la expulsión y no se trata de un delito que no pueda ser sustituido por la expulsión. El hecho de que un Juzgado de Instrucción denegara la autorización de expulsión en un procedimiento en que el acusado figura como investigado exige comprobar si tal obstáculo está vigente .Si lo está se deja sin efecto la expulsión y si no concurre el obstáculo y el penado es expulsable se aplica el art.89 CP

Es verdad que el régimen jurídico aplicable a este asunto es el previsto actualmente en el artículo 89.1 del Código Penal , dado que se trata de una pena superior a un año de prisión y que no excede de cinco (tampoco sumada al resto de las ejecutorias que pueden computarse y que se recogen en la resolución recurrida y sobre todo en su ficha penitenciaria la n° 2599/15 del Juzgado de lo Penal n° 21 de Barcelona , la 216/15 del Juzgado de lo Penal n° 15 de Barcelona y la 3028/15 del Juzgado de lo Penal n° 24 de Barcelona, que hacen un total de cuatro años y un mes de prisión; es verdad que según su hoja histórico penal le constan otras dos ejecutorias, la n° 1342/15 del Juzgado de lo Penal n° 24 y la 2900/15 del Juzgado de lo Penal n° 12 pero no pueden sumarse a estos efectos, la primera por estar la condena a siete meses de prisión suspendida desde el 27/1/16 y la segunda sustituida la pena de un año de prisión desde el 16/11/15). Por tanto debe tenerse en cuenta la dicción literal del precepto que rige el asunto, artículo 89.1 del Código Penal a saber "Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, 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". Es decir excepcionalmente solo se permite la ejecución de parte la pena en nuestro país, no el total como hace la resolución recurrida, que no sigue en este punto el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal acorde con esta actual regulación. Y ello teniendo en cuenta que como bien indica el apelante no nos encontramos ante ninguno de los delitos previstos en el apartado 9º del artículo 89 del Código Penal . Ahora bien,

dicho lo cual no puede olvidarse, como hacen la resolución combatida, el Ministerio Fiscal y el apelante, que ya se intentó la expulsión de Felipe y que la misma no fue posible como consta en el oficio policial de fecha 10/11/14 al haberle denegado la preceptiva autorización el Juzgado de Instrucción nº 2 de Hospitalet de Llobregat que instruía el Sumario 5/13 en el que consta como investigado este Ejecutoriado. Desconocemos si sigue o no en vigor dicha condición de inexpulsable pero si así fue debe estarse a lo que dispone el artículo 89.8 párrafo segundo, según ya hizo el auto de 10/11/14 dictado en esta misma Ejecutoria que dejaba sin efecto la expulsión y acordaba la suspensión de la pena de prisión, que debió revocarse ante la comisión de los hechos objeto de la Ejecutoria nº 2599/15 del Juzgado de lo Penal nº 21 de Barcelona durante el tiempo de la suspensión. Debe por tanto comprobarse si sigue o no en vigor la denegación de la expulsión expuesta y si no lo está y el sujeto sí fuera expulsable, actuar conforme a lo indicado por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 8 de marzo de 2016 que combina lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal con la acumulación de ejecutorias por el mismo penado cuya suma no alcanzan los 5 años de prisión; pero si lo está y continua el penado siendo inexpulsable la decisión de no atender a su expulsión sería por ello correcta. Ello supone la desestimación del recurso.

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

Tribunal Supremo

1. ATS nº 1452/2016, de 6 de octubre

El TS no puede resolver sobre la expulsión si la Audiencia ha aplazado la decisión a ejecución ya que supondría resolver en primera instancia

La Audiencia razona en el fundamento de derecho sexto que, al amparo de lo dispuesto en el nº 3 del art. 89 CP, no resulta posible al momento de dictar sentencia un pronunciamiento sobre la expulsión solicitada en el trámite de conclusiones, pues no se puede realizar una correcta ponderación de los derechos y libertades en conflicto, y que por ello una vez firme la sentencia y previa audiencia de las partes, se pronunciara al respecto.

En efecto el art. 89.3 CP establece que "El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena".

En definitiva, corresponde al Tribunal sentenciador, una vez declarada la firmeza de la sentencia, decidir si procede la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, en cuanto que aún no se ha pronunciado sobre tal extremo; de otra manera esta Sala estaría resolviendo sobre dicha cuestión en primera instancia.

Audiencia Nacional y Provincial

Se aplaza a ejecución

1. SAP de Vizcaya, sec.1ª, nº 55/2016, de 29 de julio

Se aplaza a ejecución para comprobar el arraigo invocado en juicio

En cuanto a la expulsión solicitada por el Ministerio Fiscal, el acusado hizo referencia a que su pareja está embarazada de siete meses, lo cual aportaría un dato de arraigo familiar a tener en cuenta para adoptar esta decisión, con arreglo a lo dispuesto en el art. 89 CP. No se ha acreditado ninguno de tales extremos, pero ante tal alegación la Sala considera que debe darse la oportunidad al penado de que en ejecución de sentencia acredite tales extremos. Por ello pospondremos la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en la que el penado podrá acreditar en su caso las circunstancias de arraigo que ha alegado.

En el mismo sentido, **SSAP de Vizcaya nº50/2016, sec.1ª, de 11 de julio y sec.2ª, nº 40/2016, de 11 de julio**

2. SAP de Madrid, sec.4ª, nº375/2016, de 24 de octubre

La decisión sobre la expulsión se aplaza al cumplimiento de la mitad de la condena para poder valorar en tal momento su arraigo

Se aplaza la decisión de expulsión a ejecución para que “No obstante, conforme a la previsión legal, si así es solicitado por el Ministerio Fiscal o por la penada una vez haya cumplido la mitad de la pena impuesta, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional mediante resolución judicial, la Sala se pronunciará fundadamente sobre la sustitución del resto de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por su **expulsión** del territorio español, con prohibición de regresar a España en el plazo que se fije, para lo que se valorará su arraigo en España, debiendo adoptarse tal decisión tomando en cuenta las circunstancias personales que concurran en dicho momento procesal”

3. SAN, sec.1ª, nº39/2016, de 20 de diciembre

Se aplaza a ejecución al no haberse oído a las partes sobre la parte de pena que debe cumplirse

Al ser las penas impuestas superiores a 5 años no cabe la inmediata sustitución de la pena por expulsión, que reclamaba una defensa. El art. 89.2 del C.P . exige, cuando se hubiera impuesto una pena superior a 5 años de prisión, que se ejecuten en todo o en parte, pudiendo procederse a la expulsión cuando se cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, o cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. El pronunciamiento sobre la sustitución de la ejecución de la pena puede hacerse tanto en sentencia como en fase de ejecución, art. 89.3. En este caso al no haber sido oídas las partes sobre la parte de la pena que procedería ejecutar, deberá resolverse esta cuestión en ejecución de sentencia, una vez que la condena adquiera firmeza.

4. SAP de Madrid, sec.7ª, nº689/2016, de 15 de noviembre

Se aplaza a ejecución para conocer las circunstancias personales del penado

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

5. SAP de Madrid, sec.30ª, nº497/2016, 5 de julio

El Tribunal no dispone de elementos para pronunciarse sobre la expulsión. Defensa pide dicha expulsión y Fiscalía no se opone pero la expulsión no forma parte de la conformidad por cuanto no hay una petición conjunta de la expulsión

En cuanto a la petición de que se sustituya en sentencia la pena de prisión impuesta por la **expulsión** del territorio nacional, no procede acordarla pues en aplicación del artículo 89.4, párrafo segundo, CP , este Tribunal carece de los elementos de juicio necesarios relativos a las circunstancias del acusado para acordarla en sentencia, sin perjuicio de que se resolverá una vez firme la misma, en la fase de ejecución.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal no se ha opuesto a la petición formulada por la defensa, pero sin que dicha petición formara parte de la conformidad pactada, ya que la no oposición no es equivalente a la petición conjunta de la sustitución de la pena por la **expulsión** del territorio nacional.

Se resuelve sobre la expulsión en juicio si es posible

1. SAP de Madrid, sec.2ª, nº 458/2016, de 19 de julio

No hay que esperar a la firmeza de la sentencia para aplicar el 89 CP .El Juez resuelve siempre que ello es posible

Por último, el recurrente considera que se debería haber esperado a la firmeza de la sentencia para la aplicación del artículo 89.2 del Código Penal . No se comparte dicho criterio. La Ilma. Sra. Magistrada se limitó a proceder como ordena el número 3 de dicho artículo, según el cual el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En el caso de autos así se consideró, estimándose procedente la sustitución por la gravedad del delito cometido.

VII. OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN

Audiencia Provincial

AAP de Barcelona, sec.2º, de 12 de julio de 2016 (Recurso 3/2016)

Si el órgano judicial no resuelve sobre la solicitud de expulsión debe completar su resolución decidiendo sobre la expulsión en el plazo de cinco días

Conforme a lo previsto en el citado art. 161 de la L.E.Cr . "Si se tratase de sentencias o autos que hubieran omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Secretario judicial de dicha solicitud a las demás partes para alegaciones escritas por otros cinco días dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla." En el presente caso el cumplimiento de la pena de prisión en territorio nacional o su alternativa, la sustitución de la misma por la expulsión es una cuestión oportunamente planteada por el Ministerio Fiscal a la que no se ha dado respuesta por lo que procede seguir el trámite indicado en dicho precepto.

VIII. EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR

Se aprecia

Audiencia Provincial

1. SAP de Alicante, sec.10ª, nº267/2016, de 1 de julio

No se expulsa. El acusado reside desde el 2006 en la misma localidad. Tiene mujer y dos hijas con las que convive estando los hijos escolarizados

El Ministerio Fiscal ha interesado la sustitución de la pena privativa de libertad por la **expulsión** del territorio nacional, a lo que se ha opuesto la defensa, que ha alegado que el acusado tiene un fuerte arraigo personal y familiar en España, aportando documentación acreditativa del mismo.

Y en efecto, de los documentos aportados resulta que el acusado reside en España, al menos desde 2006, teniendo siempre su domicilio en la misma localidad; que está casado y tiene dos hijas, con las que convive en España, junto con su esposa, estando las hijas escolarizadas.

Por otro lado, se verifica que el acusado carece de antecedentes penales.

(...)

La ponderación de las circunstancias personales del acusado y la naturaleza y gravedad del delito, todo ello en atención a los fines que se atribuyen a la pena y a sus subrogados, conduce a no sustituir la impuesta en el presente caso al acusado, pues su arraigo permite estimar que podrá desarrollar su inserción social adecuadamente en España, sin perjuicio de lo que pueda acordarse respecto a la suspensión o no de la ejecución de la pena

No se aprecia

Tribunal Supremo

STS nº 621/2016, de 7 de noviembre

No es suficiente arraigo tener un hermano que no ha adquirido la nacionalidad española
Se opone la Defensa del acusado a la expulsión solicitada, pero es lo cierto examinadas sus alegaciones, que no consta acreditado arraigo alguno, más allá de tener un hermano que ha adquirido la nacionalidad Española.

Audiencia Provincial

SAP de Guipúzcoa, sec. 3ª, nº 80/2016, de 25 de octubre

Si bien consta el matrimonio celebrado en Lorca (Murcia) con una ciudadana española en Junio de 2006 no consta ni descendencia ni tampoco la realidad de una convivencia por un tiempo a través de un certificado de empadronamiento de ambos”

D. ARRAIGO LABORAL

No se aprecia

Tribunal Supremo

STS nº 621/2016, de 7 de noviembre

No hay arraigo laboral si, conforme a la hoja histórico-laboral, la última nota es del 2012. La Jurisdicción Contencioso-administrativa no declara el arraigo sino que estima un recurso interpuesto contra la denegación de la suspensión

Se opone la Defensa del acusado a la expulsión solicitada, pero es lo cierto examinadas sus alegaciones..., haber cotizado a la Seguridad Social 1.399 días, siendo su última situación de alta el 14 de mayo de 2010 y dado de baja el 23 de abril de 2012, última fecha que consta en el Informe de Vida Laboral obrante en las actuaciones del Juzgado de Instrucción, nº 22 de Madrid al folio 38, sin que la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de fecha 10 de abril de 2014, (obstante en las actuaciones de Instrucción copia de dicha resolución a los folios 32 y ss.) declare la existencia del arraigo invocado, limitándose a estimar el recurso que fue interpuesto contra la denegación de la suspensión del acuerdo sancionador de expulsión dictado contra el hoy acusado.

En conclusión, procede conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, 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, sin que pueda regresar a España en un plazo de cinco años, contados desde la fecha de la expulsión.

Audiencia Provincial

SAP de Guipúzcoa, sec. 3ª, nº 80/2016, de 25 de octubre “Ausencia de arraigo laboral ya que del propio Informe de Vida Laboral resulta que su última baja en la SS es de 9-5-2011 habiendo transcurrido más de cinco años hasta la fecha sin que se le conozca actividad laboral alguna”

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

a) Se acuerda en Sentencia el cumplimiento de la pena en la mitad de la condena o que se alcance el tercer grado o libertad condicional antes de proceder a la expulsión

Tribunal Supremo

STS n°927/2016, de 14 de diciembre

Delito contra la salud pública Cinco años de prisión

Cuando la expulsión se plantea para supuestos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia, excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador. La Sala sentenciadora supeditó la expulsión al cumplimiento de la mitad de la pena La pena de prisión se individualizó sobre la base de la cantidad de la droga y la pureza. Este argumento aunque no se reproduce expresamente es el que se ha tenido en cuenta para sustituir la pena de prisión por la expulsión y acordar el cumplimiento de la mitad de la pena

Los dos primeros motivos de recurso cuestionan la decisión de la Sala sentenciadora de posponer la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión hasta el cumplimiento de la mitad de aquélla. Se impugna tal pronunciamiento por una doble vía. Al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE ; y por cauce del artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida del artículo 89 CP .

Sostiene el recurrente que la sentencia impugnada no razonó suficientemente respecto a los motivos en atención a los cuales acordó el previo cumplimiento de la mitad de la pena de prisión que le impuso, pues se limitó a reproducir el precepto aplicado. Déficit de motivación que entiende debe conducir a que se acuerde la sustitución sin esperar a tal momento.

(...)

TERCERO.- Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden

jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala.

Dijeron las SSTS 132/2014 de 20 de febrero y 479/2014 de 3 de junio , que 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 (SSTS 166/2007 o 165/2009 de 19 de febrero).

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

En relación con el tráfico de drogas y en un supuesto que guarda similitud con el que ahora nos ocupa, mantuvo la STS 245/2011 de 21 de marzo que " tampoco resulta razonable la expulsión, pues se estima que, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena -tenencia de cocaína para el tráfico en una cantidad que está en el límite con la agravación por la notoria importancia-, no procede la aplicación de esa opción sustitutiva. Se trata de un delito de notable gravedad cometido además por una persona que ya tiene otra condena por otra acción delictiva similar, por lo que, en el caso de aplicar de forma automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo en cierta forma el tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros.

En efecto, la sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador, tal como ya se razonó más arriba."

CUARTO.- En el presente caso la sustancia incautada arrojó un peso neto de 781, 38 gramos puros de cocaína, que representan la suma acumulada de las restantes cantidades que se especifican en el relato de hechos de la sentencia impugnada, según se ha comprobado con el examen de la causa que autoriza el artículo 988 LECrim . Consulta necesaria dado que la redacción del apartado fáctico en este extremo

(...)

La Sala sentenciadora razonó a la hora de individualizar la pena, que concretaba ésta " atendiendo a la gran cantidad de sustancias intervenidas y a su pureza, de lo que se deduce además la importancia del acto de tráfico " (fundamento cuarto). Argumento que, aunque no se reprodujera expresamente, presidió también la decisión adoptada en el párrafo siguiente del mismo fundamento, al concretar las condiciones en las que había de operar la sustitución de esa pena por expulsión, con un alcance más restrictivo que la petición del Fiscal. Las sentencias integran un todo, por lo que lo decidido respecto a las condiciones de cumplimiento de una pena, no puede desvincularse de lo especificado a la hora de individualizar la misma. De ahí que debemos rechazar la denunciada falta de motivación y cualquier tipo de indefensión vinculada a la misma.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE , en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (SSTC 147/1999 , 25/2000 , 87/2000 , 82/2001 , 221/2001 , 55/2003 , 223/2005 , 276/2006 , 177/2007 , 134/2008 y 191/2011 , entre otras). Y ha concretado que para que se lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene que haber incurrido el Tribunal sentenciador en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho fundamental (SSTC 37/1995 , 46/2004 , 51/2007 , 181/2007 , 20/2009 , 65/2011 , 132/2011 y 201/2012 , entre otras).

La Sala sentenciadora exteriorizó las razones que justificaron su decisión de manera suficiente para conocer los criterios sobre los que se asentó la misma, descartar que sean fruto del error o la arbitrariedad y concluir, desde el control que incumbe a la casación, que las condiciones en que habría de operar la expulsión del condenado, concretadas dentro de los contornos legales y en condiciones más beneficiosas para el mismo que las solicitadas por la acusación, fueron razonadas y razonables.

Audiencia Provincial

1. SAP de Madrid, sec.15ª, nº435/2016, de 22 de julio

Se valora para acordar el cumplimiento de la mitad de la pena, la situación familiar del penado en Brasil con mujer y dos hijos que dependen económicamente de él.

Delito contra la salud pública. Seis años de prisión.

Al imponérsele una pena superior a la de cinco años de prisión, le es de aplicación del artículo 89.2 del Código Penal , que establece que "el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar

la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza y la vigencia de la norma infringida por el delito". Añadiendo a continuación que "En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional". Previsión ésta establecida por el legislador de modo alternativo.

De acuerdo con ello -y teniendo en cuenta la situación familiar del acusado en Brasil, en el que ha dejado como única familia, a su mujer, a cuyo cargo está -desprovista de medios económicos- sus dos hijas gemelas, de seis meses de edad-. Teniendo presente que conforme la STS 313/2015, el 27 mayo : El art. 89 C.P ., reformado por la Ley Orgánica 1/2015 el 30 marzo, introduce referencias normativas para valorar si procede la expulsión del penado, que no están reñidas con la libertad de arbitrio existente antes de la reforma. Son las siguientes: a) La necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico; b) Restablecimiento de la confianza la vigencia de la norma infringida por el delito.

Aplicados tales parámetros al caso procede acordar la expulsión del territorio español del acusado, una vez que cumpla la mitad de la condena. Sustituyéndose el resto de la pena por dicha expulsión, no pudiendo regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de la misma.

2. SAP de Madrid, sec.4ª, nº270/2016, de 19 de julio

Delito contra la salud pública. Cinco años de prisión.

En aplicación de lo previsto en el art. 89.2 del Código Penal , dada la cantidad de droga ocupada y su nocivo efecto sobre la salud pública, así como la frecuencia con la que este tipo de delitos se cometen por el procedimiento utilizado en este supuesto, no procede acordar la sustitución inmediata de la pena privativa de libertad legalmente prevista por la expulsión del territorio español, sino que corresponde acordar su ejecución.

No obstante, conforme a la previsión legal, si así es solicitado por el Ministerio Fiscal o por el penado una vez haya cumplido la mitad de la pena impuesta, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional mediante resolución judicial, la Sala se pronunciará fundadamente sobre la sustitución del resto de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por su expulsión del territorio español, con prohibición de regresar a España en el plazo que se fije, para lo que se valorará su arraigo en España, decisión que se adoptará tomando en cuenta las circunstancias personales que concurren en dicho momento temporal.

3. SAP de Vizcaya, sec.2ª, nº35/2016, de 7 de julio

Delito contra la salud pública. Seis años de prisión.

En este caso, el penado deberá cumplir la pena de prisión hasta la duración de 3 años como exigencia propia de la defensa del orden jurídico y partir de este momento deberá ser expulsado a su país por un periodo de 10 años teniendo en cuenta la pena que le quedaría pendiente de cumplir -la mitad de la pena- y la absoluta carencia de arraigo

y vinculación alguna con España del acusado, según sus propias manifestaciones, de suerte que tal periodo de prohibición de regreso a España es proporcional atendiendo a dichas circunstancias

b) Se acuerda en Sentencia el cumplimiento de la pena en los dos tercios de la condena o que se alcance el tercer grado o libertad condicional antes de proceder a la expulsión

Tribunal Supremo

1. ATS nº1703/2016, de 10 de noviembre

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

Delito de grupo criminal. Seis meses de prisión.

El acusado ya fue condenado por un delito anterior y se trata de un delito grave contra la seguridad colectiva. El acusado fue detenido en el aeropuerto de Lisboa intentando volver a su país y dada la importante cantidad de droga incautada la expulsión inmediata quebraría la confianza de la sociedad en la norma

En la Sentencia concluye el Tribunal que considera inatendible la solicitud de proceder a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión de manera inmediata, al entender que en el presente caso concurren los requisitos de excepcionalidad previstos legalmente, que son el hecho de que se trata de un delito grave, contra la seguridad colectiva, realizado por quien ya fue condenado por un delito anterior, que se encontraba requisitoriado, y que fue detenido en el aeropuerto de Lisboa cuando pretendía retornar a su país. Por todo ello el Tribunal considera que el cumplimiento de la pena en España, al menos 2/3 partes de la misma, garantiza la confianza en la vigencia de la norma

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, antes y después de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, y se ha justificado la no expulsión inmediata del acusado de conformidad con lo establecido en la ley, al concurrir la excepcionalidad establecida en el precepto, hasta el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena.

Ha de ratificarse pues la decisión adoptada por el Tribunal. La expulsión automática de una persona que se encuentra en el país organizado en un grupo dedicado al tráfico de drogas, que se ha encontrado requisitoriado, que es detenido intentando irse a su País y dada la cantidad tan importante de droga incautada, no habría hecho sino contribuir a incrementar la desconfianza en la vigencia de la norma infringida, y el sentimiento de impunidad, ante tales actos, que en nada contribuiría a garantizar la defensa del orden jurídico, tal y como pretende el art. 89 CP

Audiencia Provincial

1. SAP de La Rioja, sec, 1ª; nº 90/2016, de 4 de julio

Robo en casa habitada. Cuatro años y seis meses de prisión

No procede la expulsión inmediata dado que el robo en casa habitada es de los que mayor inseguridad genera al ciudadano. El largo historial delictivo refleja que los penados han hecho caso omiso de las múltiples posibilidades de reinserción que han tenido. La expulsión debe materializarse una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena.

Ambos recurrentes sostienen que debe procederse a la sustitución de la pena de prisión impuesta por la de **expulsión** inmediata de ambos, si bien debe mantenerse el criterio recogido en la sentencia recurrida puesto que concurren circunstancias que permiten entender que se trata de un supuesto de los excepcionales, y para ello resulta forzoso partir de la naturaleza del delito cometido, estamos en presencia de robo con fuerza en casa habitada, es decir de aquellos que generan al ciudadano una mayor inseguridad al verse atacada su morada, y ello de manera continuada, puesto que si bien únicamente consiguieron acceder y apoderarse de objetos en al vivienda de Ruth también lo intentaron en la vivienda de otro vecino, esta vez sin éxito.

Y junto con ello resulta forzoso traer a consideración el largo historial delictivo de ambos, que aparece reflejado en los antecedentes policiales y especialmente los penales, y de lo que se extrae que pese a las múltiples posibilidades de reinserción que a ambos se les ha dado se refleja que han hecho caso omiso de todas ellas. Por otra parte también debe extraerse de sus antecedentes la naturaleza de los hechos delictivos cometidos, y que van desde delitos contra el patrimonio, hasta delitos contra la salud pública, la falsedad documental.

Es decir, atendiendo en su conjunto a todas las circunstancias narradas, no cabe sino concluir estimando correcta la valoración recogida en la sentencia recurrida y acordar su **expulsión** una vez que hayan cumplido dos tercios de la condena impuesta.

2. SAP de Barcelona, sec.8ª, nº503/2016, de 29 de septiembre

Robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa. 23 meses de prisión

La defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma se pone en conexión con la petición del Fiscal que alega la gravedad de los hechos por cuanto compromete la seguridad de las personas y la frecuencia con la que se cometen

También en la sentencia se acuerda, a petición del Ministerio Fiscal, que los acusados deberán cumplir las 2/3 partes de la condena en centro penitenciario español, y la posterior sustitución del resto de la condena con la expulsión del territorio nacional por tiempo de 6 años, en base al artículo 89.1 CP en la redacción dada por la LO1/2015 de 30 de marzo que entró en vigor el 1 de julio de 2015, atendiendo a que (para evitar la impunidad) "resulta necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito". Lo que debe ponerse en conexión con la propia petición del Fiscal que alega "la gravedad de los hechos, por cuanto comprometen la seguridad de las personas y la frecuencia de comisión en el territorio".

c) *Se acuerda inmediatamente la expulsión*

Audiencia Provincial

1. SAP de Barcelona, sec., 9ª, nº539/2016, de 4 de julio

No aprecia el Tribunal que dada la entidad del hecho cometido deba aplazarse la expulsión lo que no sería sino un mero retraso porque el penado será expulsado administrativamente.

Trapicheo de droga. Delito contra la salud pública. Tres años de prisión

Partiendo de ello ,y, oídas a todas las partes en el propio acto de juicio a los efectos de la acordar la **expulsión** en sustitución de la pena de prisión que pudiera imponerse al acusado, en caso de condena, ponderando la residencia ilegal del acusado en nuestro país ,sin disponer de permiso de trabajo ,con una total ausencia o insuficiencia de arraigo personal, familiar, económico o laboral, cuya situación de estancia irregular viene acreditada, por documentada ,en la causa, y admitida por el propio acusado en el interrogatorio plenario, ante tal ausencia de arraigo y no apreciando el Tribunal que en el presente caso, dado la entidad del hecho cometido, nos encontremos ante un supuesto excepcional que haga necesario acordar la ejecución de una parte de la pena para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito y que en todo caso supondría un retraso en la **expulsión**, pues la misma se produciría igualmente una vez ejecutada la parte de pena determinada por el Tribunal, debemos acordar la sustitución de la pena de tres años de prisión impuesta al acusado por su **expulsión** del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante el período de CINCO años (por ser el mínimo previsto en el **89.5** del Código Penal) atendiendo simétricamente a la extensión de la pena impuesta.

2. SAP de Pontevedra, sec.6ª, nº340/2016, de 7 de julio

Robo con fuerza en las cosas. Cinco años de prisión.

Se acuerda la expulsión desde el primer momento

d) *Se deniega la expulsión acordándose el cumplimiento íntegro de la condena*

Audiencia Provincial

1.AAP de Tenerife, sec.5ª, de 11 de febrero de 2016 (Sumario ordinario nº 20/2010)

Se deniega la expulsión una vez cumplido por el penado las tres cuartas partes de la condena no habiendo alcanzado el tercer grado ante la gravedad de los delitos (agresión sexual, violación y lesiones.), tener pendiente el cumplimiento de la pena de un año por robo con intimidación y el mal comportamiento del penado en prisión. La defensa del orden jurídico incluye la protección de la víctima y evitar que se cometan delitos tan execrables.

“En este caso, y a la vista de lo actuado, procede acordar la no expulsión del Territorio Nacional del condenado ... En este caso, y a la vista de lo actuado, procede acordar la no expulsión del Territorio Nacional del condenado..., y ello por cuanto que, dados los hechos objeto de enjuiciamiento y los delitos por los que se le ha penado, debe aplicarse la excepción legalmente prevista, atendiéndose fundamentalmente a la gravedad de los hechos declarados probados, demostrativos de una evidente violencia (violación con agresión física a la víctima, que llegó incluso, como consecuencia de ello, a perder el conocimiento, la cual, entre otras lesiones localizadas en otras partes de su cuerpo, sufrió una herida en su pómulo derecho que precisó de puntos de sutura continuos), extensión de las penas privativas de libertad impuestas en el procedimiento del que trae causa la presente ejecutoria (un total de 9 años, correspondiendo 7 años al delito consumado de violación el artículo 179 del Código Penal y 2 años al delito consumado de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal), necesidad de dar contenido al principio de prevención especial y carácter retributivo de dichas penas, que en caso contrario, quedarían vaciadas de dichas finalidades, máxime teniendo en cuenta el escaso efecto disuasorio que respecto de la realización de conductas violentas han producido en el condenado, al que, conforme a la información remitida desde el centro penitenciario en el que actualmente se encuentra cumpliendo condena, le constan “múltiples sanciones graves y muy graves” (en el anterior informe de fecha 29 de enero de 2015 se indicaba que con anterioridad a su ingreso en dicho centro tenía un total de 8 expedientes disciplinarios, cuatro de ellos por peleas con otros internos, uno por agredir, amenazar o coaccionar a un funcionario y otro por posesión de objetos prohibidos; y, desde su ingreso en ese centro, otros cinco expediente disciplinarios, uno de ellos por amenazas a otro interno y los restantes cuatro por peleas con otros internos), si bien ya canceladas, evidenciando en su conducta altibajos en su actitud, alternando momentos en los que ha mantenido una postura de adaptación a la normativa, con otros en los que constan sanciones por agresiones entre internos y alteración del orden en el módulo, manteniendo en la actualidad un comportamiento mejorado respecto de su pasado reciente, si bien se pone de manifiesto que es inconstante en los propósitos que verbalmente manifiesta. Igualmente, le consta la aplicación del artículo 72 del Reglamento Penitenciario (uso medios coercitivos, que incluye el aislamiento provisional) en un total de diez ocasiones, siendo la última el 7 de enero de 2015. Por último, tal y como el propio penado reconoce y se deriva de la documentación penitenciaria remitida, actualmente también se encuentra extinguiendo otra condena de 1 año de prisión como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, además de una multa de 3 euros día como autor de una falta de lesiones, habiéndose apreciado la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, que le fueron impuestas por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Santa Cruz de Tenerife (actualmente, Ejecutoria nº 358/15), abundando así en su trayectoria delictiva poco compatible con la concesión de beneficio alguno y, en concreto, con el ahora analizado. Motivos todos por los que resulta evidente que el mismo no es acreedor de beneficio alguno en el sentido solicitado,..

(...)

SEGUNDO.- *Al margen de lo que puedan instar el Ministerio Fiscal o la defensa, en principio, al parecer de este Tribunal y vistos los anteriores motivos, tampoco varía si se llevara a aplicación el vigente artículo 89 del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) ya que para las penas superiores a cinco años, el Tribunal enjuiciador puede acordar el cumplimiento de toda la pena cuando resulte necesario para asegurar*

el orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

El artículo 89 del Código Penal en su nueva redacción tras la reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dispone en su número 1º que “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, 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.”; mientras que establece en su número 2º que “Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.”.

Con independencia del parecer que se desprende del tenor literal del precepto, este Tribunal, a la vista de las motivaciones señaladas en el razonamiento jurídico primero, y que se reiteran, no estima conveniente en el momento actual la sustitución por expulsión, ni la fijación de un4 plazo menor de cumplimiento, llegado el cual se sustituya automáticamente, debiendo asegurarse la defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, así como la integridad de la víctima, pues caso contrario pudiera promoverse de forma incomprensible la comisión de delitos graves y execrables dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros, por lo que respecto de este delito, el Tribunal estima que ha de cumplir íntegramente la pena impuesta de nueve años de prisión, que lo hará el 31 de diciembre de 2017”.