

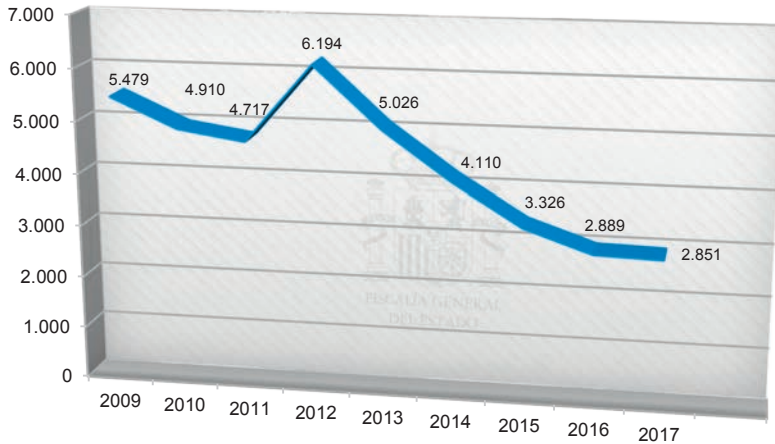
4.4 Expulsión judicial de ciudadanos extranjeros condenados a penas de más de un año de prisión (artículo 89 CP)

La aplicación durante el año 2017 de la medida de expulsión en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a un ciudadano extranjero prácticamente se sitúa a niveles del año anterior. Los Fiscales informan que la aplicación del nuevo sistema instaurado en 2015 está plenamente normalizada siguiendo sin graves dificultades las pautas marcadas por la Circular 7/2015, de 17 de noviembre, *sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015*. La delimitación del principio de proporcionalidad tal como es perfilado en dicha norma interpretativa de la FGE, ha rebajado la preocupación inicial sobre la posibilidad de verificarse un uso generalizado en relación con los ciudadanos extranjeros perfectamente integrados en la sociedad española (residentes en situación de legalidad) y nacionales de un Estado de la Unión Europea. En estos casos, su aplicación ha sido muy excepcional.

Informes favorables a la expulsión sustitutiva del Artículo 89 Código Penal								
2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
5.479	4.910	4.717	6.194	5.026	4.110	3.326	2.889	2.851

Andalucía: 434; Aragón: 110; Asturias: 19; Baleares: 39; Canarias: 22; Cantabria: 29; Castilla la Mancha: 92; Castilla León: 42; Cataluña: 1.156; Extremadura: 21; Galicia: 32; La Rioja: 31; Madrid: 336; Murcia: 18; Navarra: 65; País Vasco: 368; Valencia: 37.

EVOLUCIÓN APLICACIÓN ARTÍCULO 89 CP



De la información desglosada facilitada por las Fiscalías Territoriales (2.715 informes favorables a la aplicación del artículo 89 CP) el mayor número de solicitudes del Ministerio Fiscal se ha llevado a cabo en el escrito de calificación (1.602 = 59%), un 10% se ha solicitado en el trámite de elevar a definitivas las conclusiones (297), y, 816 se ha deferido en ejecutorias (30%). Prácticamente nos encontramos en porcentajes similares a los del año pasado.

La medida prevista en el art. 89 del CP ha sido aplicada a un total de 686 extranjeros presos en centros penitenciarios, 32 más que el año 2016. De ellos 616 fueron hombres y 70 mujeres. La sustitución fue total en 294 casos y parcial en 392 casos.

Según la información recibida necesariamente incompleta dado el modo de llevarse a cabo la incorporación de datos en el sistema informático, durante el año 2017 los extranjeros a quienes se sustituyó la pena privativa de libertad por la expulsión fueron ingresados en prisión –en tanto se materializaba la expulsión de conformidad con la DA 17 de la LO 19/2003–, en 247 casos, 128 menos que en 2016. Fueron internados en CIE en 250 casos, 28 más que en 2016 (222). El resto, se entiende, quedaron en libertad. Se mantiene constante la reticencia de Jueces y Tribunales a la privación de libertad en espera de la materialización de la expulsión.

Como se ha adelantado, es muy limitada la aplicación del artículo 89 CP en relación a ciudadanos comunitarios. En 18 ocasiones se ha pedido por el fiscal la expulsión sustitutiva en escritos de calificación. Un poco más frecuentes, pero en todo caso excepcionales, han sido los supuestos en los que se ha aplicado a penados comunitarios el art. 89 en fase de ejecución de sentencia, tratándose generalmente de penas de larga duración que se hallaban en la última fase de cumplimiento, considerándose que la falta absoluta de arraigo en nuestro país y la gravedad de los hechos han determinado que el penado representa una amenaza grave para el orden público.

Es de destacar que en muchas ocasiones son los propios penados los que interesan la sustitución de la pena del ordinal 4 del artículo 89 CP con la intención evidente de eludir el cumplimiento de la prisión impuesta. La respuesta denegatoria de esa pretensión ha sido generalizada por los fiscales, toda vez que la expulsión –como ha señalado el Tribunal Constitucional– ni es un derecho del penado ni puede constituir una puerta a la absoluta impunidad. Como se recoge en la Sentencia de 24 de julio de 2017 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real «el artículo 89 no reconoce al extranjero comunitario el derecho a la expulsión a modo de un beneficio penal que le conmute la pena de prisión a cambio de no regresar a territorio español por un determinado tiempo sino todo lo contrario, regula los límites del estado a la expulsión del extranjero delincuente que se establece como regla general de política criminal en sustitución de penas de prisión superiores a un año de duración, que para el caso de ciudadanos comunitarios endurecen particularmente en los términos que se acaban de referir». Por ello, la solución adecuada a los intereses de la justicia y del propio penado pasa por una mayor implementación de los instrumentos internacionales de traslados de personas condenadas, tendentes a facilitar que el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado en el Estado de que es nacional, valorando la gravedad del delito, la modalidad comisiva, la peligrosidad objetiva del penado y los intereses de la víctima.

Igualmente, escasa incidencia ha tenido la aplicación del art. 89 en relación a ciudadanos extranjeros no comunitarios con residencia legal en España, toda vez que, como regla general cuando la persona encausada ostente tal condición, se debe valorar dicha circunstancia como elemento de arraigo que, en la mayoría de los supuestos, convertirá en desproporcionada la expulsión sustitutiva, a reserva de otras circunstancias. Solo se tiene constancia de 17 supuestos en los que se ha solicitado en escrito de calificación, además de su aplicación en 3 sentencias, una dictada por un Juzgado de lo Penal de Ciudad Real,

otra de un Juzgado de Baracaldo y la última por uno de Cáceres, todas ella de conformidad.

Como buenas prácticas, debe señalarse el buen funcionamiento del acuerdo alcanzado entre la Fiscalía Provincial de Las Palmas de Gran Canaria y los directores de los Centros Penitenciarios de la provincia, (Salto del Negro y Juan Grande en Gran Canaria y Tahíche en Lanzarote), que entró en vigor en marzo de 2017, para que éstos comunicaran al Juzgado sentenciador la existencia de un extranjero condenado por sentencia firme en el centro penitenciario en cuestión, y sobre el que no se había dispuesto nada al respecto de su expulsión judicial en la sentencia, para que en la ejecución de la misma, se proceda a acordar lo procedente. Para ello, el Juzgado de lo Penal, o la Audiencia Provincial requieren informe a la Fiscalía, la cual, analizando el caso concreto, solicitando los informes pertinentes y siempre con la audiencia del extranjero, lo emite en el sentido que estima acorde con la ley y las circunstancias concurrentes.

Aunque con carácter general los criterios exegéticos recogidos en la Circular 7/2015 FGE son aplicados sin disfunciones dignas de reseñar, es lo cierto que durante el año 2017 se han detectado una serie de problemas de índole práctico: a) No constancia en los atestados de la información suficiente y precisa de la situación administrativa del extranjero, así como de sus circunstancias personales, laboral y sociales determinantes de arraigo. Dificultad de su aportación a lo largo de la instrucción por la demora que supone, teniendo límites temporales para su conclusión; b) Procedencia de la aplicación de la expulsión sustitutiva en los casos de adquisición posterior a la comisión de los hechos de la nacionalidad española según el momento en que se ha adquirido la misma (Córdoba); c) Dudas interpretativas en relación a si los supuestos previstos en el apartado 4, relativos a los casos en los que procede o no la expulsión sustitutiva cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores, resulta aplicable exclusivamente a ciudadanos de la Unión Europea o a cualquier extranjero pertenezca o no a la unión europea (Córdoba); d) Problemática que puede surgir en los supuestos de prescripción de la pena privativa de libertad sustituida, cuando el incumplimiento de la expulsión conllevara su cumplimiento efectivo. En efecto, al no estar prevista como causa general de suspensión de la prescripción de la pena en el artículo 134 la sustitución del artículo 89 –que, en puridad, no es una suspensión sino la sustitución de una pena por la expulsión–, puede darse el caso de que un penado extranjero que volviera al país una vez transcurrido el plazo de prescripción de la pena privativa de libertad se encontrara

con que estuviera prescrita. Esto puede suceder especialmente con los delitos menos graves cuando la condena impuesta fuera entre 1 y su máximo, 3 años, que tienen un plazo de prescripción de 5 años según el artículo 133. Pues bien, si se le hubiera señalado un plazo de expulsión superior a 5 años, mínimo que contempla el artículo 89, la pena se encontraría prescrita y no sería posible su cumplimiento, lo que pugna con lo dispuesto sobre su cumplimiento efectivo en el número 7 del artículo 89. En el resto de delitos, como tienen plazo de prescripción de 10 años, es más difícil que se produzca esa circunstancia (Granada); e) Gran retraso en materializarse la expulsión, lo que en ocasiones obliga a la revisión de la decisión adoptada al respecto (Sevilla); y f) Abuso de la vía de solicitud sistemática de asilo o protección, que se viene realizando para forzar el retraso de las expulsiones en ejecutoria (Teruel).