



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

PRIMER SEMESTRE.2018

INDICE

I.NOTA PREVIA.....	p.4.
II.NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA	
III.RETROACTIVIDAD.....	p.8.
1.PENAS INFERIORES AL AÑO DE PRISIÓN	
2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS.....	p.8.
IV.EXPULSIÓN DE COMUNITARIOS, RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.9.
1. COMUNITARIOS.....	p.9.
2. RESIDENTES EN ESPAÑA O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....	p.12.
V.MOMENTO PARA PEDIR LA EXPULSIÓN.....	p.22.
V Bis. COMPUTO DE LA PENA DE PRISIÓN A EFECTOS DE LOS LÍMITES DE LA EXPULSIÓN.....	p.24.
V.Ter. NATUTALEZA DE LA PENA A LA QUE SE APLICA LA EXPULSIÓN	



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN.....p.24.

VII. OMISSION DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN.....p.28.

VIII. EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN.....p.35.

1. ARRAIGO.....p.35.

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR.....p.35.

C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

D. ARRAIGO LABORAL.....p.46.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA

F. OTROS.....p.48.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO.....p.50.

G.1. REGLAS GENERALES

G.2. MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA A LA EXPULSIÓN..... p.50.

G.3. PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR.p.55.

G.4. PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL

G.5. PRUEBA DE OTROS ARRAIGOS

2. RAZONES HUMANITARIAS.....P.56.

3. GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA.....p.56.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

IX.CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA CONDENA ANTE LA DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO Y RESTABLECER LA CONFIANZA EN LA NORMA.....	p.58.
X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM.....	p.73.
XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO.....	p.74.
XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO.....	p.79.
XIII.MEDIDA CAUTELAR PARA ASEGURAR LA EXPULSIÓN	
1.PRISIÓN	
2. INGRESO EN UN CIE	
XIII.BIS.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN O IMPOSIBILIDAD DE SU EJECUCIÓN.....	p.80.
1.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN.....	p.80.
2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN.	p.83.
XIV.OTRAS CUESTIONES.....	p.85.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

I.NOTA PREVIA

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página fiscal.es a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo y de algunas resoluciones firmes de Audiencias Provinciales en materia de sustitución judicial de las penas:

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Justificación de la expulsión de un residente de larga duración. Ha sido condenado por un delito de nefastas consecuencias como es el que se comete contra la salud pública y muestra una actitud obstinada de falta de cumplimiento de la ley al tener dos causas abiertas. ATS nº 912/2018., de 19 de abril.

Un residente en un país de la Comunidad Europea no es equiparable a un comunitario. Sólo lo son sus familiares. STS nº 164/2018, de 6 de abril Se acuerda la expulsión. Aunque sea residente de larga duración no se ha acreditado que tuviera trabajo o una convivencia familiar. SAP de Navarra, secc. 1ª, nº154/2018, de 12 de junio.

Procede la expulsión. El penado es residente, pero tiene una prohibición de entrada en espacio Schengen a petición de Austria. SAP de Baleares, secc.2ª, nº 61/2018m de 12 de febrero

Aunque es residente, carece de arraigo en España y sí lo tiene en su país de origen. SAP de Ciudad Real, secc.1ª, nº 20/2018, de 8 de febrero.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Para valorar el límite de un año de prisión hay que atender a la pena individualmente considerada. Si el legislador hubiera querido sumar las penas lo hubiera señalado expresamente. AAP de Vizcaya, secc.2ª, de 25 de mayo de 2018.

Para determinar si el penado cumple parcialmente la pena de prisión antes de la expulsión se valora el que va a ser expulsado administrativamente con lo que la expulsión penal inmediata supone la impunidad. ATS nº 230/2018, de 18 de enero.

Se deja sin efecto la expulsión porque el Tribunal no ha valorado un arraigo familiar acreditado por el empadronamiento. STS nº 147/2018, de 22 de marzo.

Del mismo modo que no cabe excluir la posible eficacia del arraigo por el hecho de haber delinquido, tampoco cabe -sin contravención legal evidente-, entender que por el hecho de que concurra un cierto arraigo familiar ya no procede la expulsión. El acusado tiene descendientes directos de los que no se hace cargo. STSJ de Madrid, secc., nº 21/2018, de 1 de marzo

Al tener el penado la patria potestad de su hijo, la expulsión impide cumplir las obligaciones inherentes a dicha situación. SAP de Barcelona, secc. 22ª, nº 452/2018, de 29 de mayo.

No se aprecia el arraigo familiar por la peligrosidad que deriva de la reiteración delictiva. SAP de Ciudad Real, secc.1ª, nº 95/2018, de 30 de mayo.

Aunque acreditó haber contraído matrimonio, reside en una habitación alquilada diferente a aquel en el que estaba empadronado y en el que reside su esposa, lo cual no es revelador de una convivencia. SAP de Navarra, secc.1ª, nº 133/2018, de 28 de mayo

No se aprecia arraigo familiar. La expulsión no es desproporcionada atendida la pena de seis años de prisión. Aunque tenga madre en España no consta que tenga descendientes, sostenimiento a las cargas familiares o actividad laboral. SAP de Madrid, secc.2ª, nº 385/2018, de 23 de mayo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No constituye arraigo laboral el haber trabajado en el pasado. STSJ de Madrid, secc.1ª; nº 11/2018, de 30 de enero.

Al justificar el abogado que no ha podido aportar la documentación solicitada sobre el arraigo en el plazo señalado por existir problemas de comunicación entre abogado y cliente por razón del idioma, debe accederse al auxilio judicial solicitado y que el Juez oficie a los registros y entidades que señala el abogado para verificar si hay arraigo. AAP de Vizcaya, secc.2ª, de 12 de febrero de 2018 (Recurso nº 45/2018).

Falta de motivación. Se omite por el Tribunal qué parte de la condena debe cumplir ni las razones de orden público que aconsejan que se cumpla una parte de la condena. No puede aplicarse automáticamente la parte pedida por el Fiscal. Se decide en ejecución. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 35/2017, de 22 de enero.

La aportación de documentación en el recurso de apelación que acreditaría que el penado es español debe valorarse en ejecución de Sentencia. SAP de Madrid, secc.1ª, nº197/2018, de 1 de junio. La apelación no es el cauce para valorar documentos nuevos, pero sí cabe hacerlo con documentos que consten en el expediente. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº44/2018, de 22 de mayo. No pueden valorarse en apelación documentos que pudieron presentarse en juicio. SAP de Ciudad Real, secc.1ª, nº 95/2018, de 30 de mayo.

En casación no se puede pedir nuevamente la expulsión si no se ha hecho con anterioridad. STS nº 122/2018, de 14 de marzo.

Valora entre otros aspectos el impago de la responsabilidad civil para no expulsar. AAP de Zaragoza, secc.3ª, nº 105/2018, de 9 de febrero

Los certificados de empadronamiento de los años 2015 y 2016 carecen de valor para fundar un arraigo. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 33/2017, de 15 de enero.

La enfermedad alegada no impide la expulsión. El informe forense nada dice sobre la gravedad de la misma o la imposibilidad de que el penado pueda recibir tratamiento en su país de origen, Nigeria. SAP de Baleares, secc.2ª, nº 61/2018m de 12 de febrero.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Ante la imposibilidad de expulsión el Juez debe motivar porque opta por la ejecución de la condena y no por la otra opción que ofrece el art.89.8, párraf. 2º, la suspensión de la condena. AAP de Valladolid, secc.2ª, nº 74/2018, de 12 de febrero.

La reducción de la pena del art.89.7 CP no es aplicable debido a que no ha cumplido ni la mitad del plazo de prohibición para entrar en España y por tener detenciones por violencia de género y quebrantamiento de condena. AAP de Cádiz, secc.3ª, nº 44/2018, de 5 de febrero

Si el penado quebranta la expulsión puede reducirse la pena, pero no acordar la suspensión. AAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 194/2018m de 26 de abril.

Se infringe el principio de contradicción si el Tribunal, sin pedirlo el Fiscal acuerda de oficio la expulsión con ejecución parcial la pena. La defensa no supo ex ante la duración de la medida y no pudo alegar una extensión inferior. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 35/2018, de 26 de abril.

El periodo de prisión provisional no afecta a la duración de la expulsión. No hay desproporción en expulsar cuando se ha cumplido un año de prisión provisional. La ley permite expulsar en toda su extensión en caso de cumplimiento parcial de la condena hasta dos tercios, y por tanto también en supuestos de prisión preventiva. La duración de la expulsión se impone en la mitad atendida la pena impuesta, la falta de arraigo, la hoja histórico penal y la utilización de 37 alias con orden de expulsión. SAP de Mallorca, secc.2ª, nº190/2018, de 25 de abril

Hay que justificar porque se impone la duración máxima de la expulsión. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 67/2018, de 30 de mayo

Infracción del principio de audiencia. El Juzgado resuelve sobre la expulsión antes de que finalice el plazo que se le ha dado al penado para formular alegaciones sobre la expulsión. Presenta el escrito dentro del plazo, pero ya dictado el Auto acordando la expulsión. AAP de Málaga, secc.7ª. con sede en Melilla nº 76/2018, de 2 de mayo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

III. RETROACTIVIDAD

2. RESIDENTES Y COMUNITARIOS

Tribunal Supremo

1. STS nº 6/2018, de 10 de enero

Con arreglo a la legislación anterior no puede expulsarse a un residente legal en España. El penado es nacional albanés residente legalmente en Italia con lo que puede residir en España. Lo decisivo no es la nacionalidad sino la residencia.

Con arreglo a tal texto, vigente en fecha 20-11-2011, en que sucedieron los hechos por los que fue condenado el penado, mediante sentencia de nº 201 de 14-6-2013, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, la sustitución de la pena privativa de libertad mediante la **expulsión** del territorio nacional requería que el extranjero no fuera residente legalmente en España. Circunstancia que no se da en el penado, quien, aunque, a diferencia de lo que alega, no tiene nacionalidad italiana sino albanesa, sí que era residente en un país de la UE. como es Italia, conforme a la documentación aportada a las actuaciones por el ahora recurrente, y por ello también en España. Siendo la residencia y no la nacionalidad -a diferencia de lo que sostiene el Ministerio Fiscal-, lo determinante a los efectos que ahora interesan. Para ello debe tenerse en cuenta la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

1. COMUNITARIOS

1. AAP de Zaragoza, secc.1ª, nº68/2018, de 25 de enero

Condena por quebrantamiento de condena, nueve meses de prisión

No se expulsa porque el penado es comunitario por lo que su expulsión debe ser excepcional.

Por otra parte, el condenado es ciudadano comunitario, de nacionalidad rumana, por lo que no le es tampoco de aplicación lo dispuesto en el artículo 89,1 del Código Penal, salvo que constituya una amenaza grave para el orden público y la seguridad colectiva, conforme establece el párrafo 4 del artículo 89. Por tanto, en el caso de ciudadanos comunitarios la norma es el cumplimiento de la pena, no su **expulsión** que es excepcional.

2. AAP de Zaragoza, secc.3ª, nº 105/2018, de 9 de febrero

No hay dato policial que permita concluir la amenaza del penado por la gravedad del delito, circunstancias y antecedentes. El recurrente no está en tercer grado ni en libertad condicional lo que permitiría la expulsión conforme al art.89.2 CP. Además, no ha pagado el importe de la responsabilidad civil lo que sería imposible si se expulsa.

El artículo 89 hace referencia a los ciudadanos de la Unión Europea que podrán ser expulsados de España únicamente cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales, datos todos éstos que no se han acreditado al no existir dato policial que permita la inferencia de su objetiva constatación.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El recurrente no se encuentra en tercer grado penitenciario ni goza del beneficio de la libertad condicional, supuesto previstos en el artículo 89.2 del Código Penal, ni consta haya resarcido la responsabilidad civil derivada del delito, resarcimiento que, caso de su **expulsión** de territorio español, resultaría prácticamente imposible.

En el sentido expuesto debe confirmarse la resolución dictada en la instancia, pues la consideración de quien tiene la intermediación del tema, sin argumentos distintos y de peso a los que pudiera tener la Juez ejecutante para su denegación, conllevan a esta Sala a mantener la decisión adoptada sin que proceda la estimación del recurso planteado.

3.AAP de Guipúzcoa, secc.1ª, nº 319/2018, de 28 de mayo

Se deniega la expulsión. Ni la condena por estafa ni los antecedentes, sólo uno es por organización criminal permite concluir que el penado es una grave amenaza.

2.2.- Ni el delito cometido en esa ejecutoria (estafa) ni los antecedentes penales pretéritos (únicamente una de las condenas tiene por referente la integración en organización criminal) permite sostener que el recurrente, ciudadano de la Unión Europea, representa una amenaza grave (es decir, un riesgo especialmente significativo) para el orden o la seguridad pública (entendida como actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades en un clima de paz social, LO 4/2015, de 30 de marzo y STC 86/2014, de 29 de mayo). A estos efectos, la propia exposición de motivos de la LO 1/2015, recuerda que la sustitución de las penas de prisión por la medida de **expulsión** del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo se contempla con carácter excepcional.

4.AAP de Vizcaya, secc.1ª, de 21 de junio de 2018 (Recurso nº299/2018)

Se deniega la expulsión solicitada por el penado que es ciudadano comunitario. Una condena por robo con fuerza en las cosas y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

antecedentes por otros ocho robos, hurto, reincidencia e integración en organización criminal revelan un alto riesgo de reincidencia, pero no una amenaza grave al orden público que obligue a expulsarle y eluda así el cumplimiento de la pena impuesta. No vincula al órgano judicial penal que haya una resolución administrativa que aprecie dicho peligro ni por otro Juzgado que con escaso detalle se muestra favorable a la expulsión

La proyección de todo lo expuesto al supuesto enjuiciado determina la desestimación del recurso, por no ser atendibles sus motivos:

1)-No se discute que el delito objeto de ejecución es un robo con fuerza por el que le ha sido impuesta pena de dos años de prisión, y que cuenta con antecedentes por otras 8 condenas por el mismo delito, así como por un delito de hurto, uno de receptación y otro por integración en organización criminal (pena de seis meses), en un plazo de 5 años, lo que revela un peligro alto de reincidencia.

2)- Pero eso no constituye una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, que exija alterar la regla general de cumplimiento de la pena de prisión, en nuestro país, en orden a expulsarle y eludir el cumplimiento de la pena impuesta, con evidentes e indeseables consecuencias de impunidad al ser remitido a su país de origen.

3)-En este sentido , no apreciamos que su ejecutoria criminal pueda considerarse una amenaza grave al orden público, que el cumplimiento ordinario de la pena no pueda evitar , más cuando no apreciamos analogía ni equivalencia entitativa con los delitos previstos en el párrafo 3º del art. 89.4 CP , en los que sí que se acuerda la **expulsión** imperativa .

4)-No está vinculado este tribunal por la existencia de una resolución administrativa en la que se aprecia dicha circunstancia, peligro grave para el orden público, ni por una sentencia de conformidad en la que se acuerda la **expulsión**, sin entrar a valorar este factor. Ni, tampoco, por un auto dictado, en fase de ejecución, por otro juzgado que, sin excesivo detalle, ofrece un criterio interpretativo favorable a la **expulsión**, que, como es sabido, es la regla excepcional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

5)-Obsérvese que, conforme a las pretensiones y argumentación del recurrente, la consecuencia de todo esto sería que ciudadanos comunitarios, que llevan bastante tiempo en España y que son multireincidentes en la comisión de delitos contra la propiedad, eludirían el cumplimiento de las penas impuestas, por la sencilla vía de autocalificarse, como es el caso, de grave amenaza al orden público español, consecuencia indeseable del conjunto normativo analizado y de su propia finalidad.

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

Tribunal Supremo

1.STS nº 164/2018, de 6 de abril

El residente comunitario, en este caso ciudadano estadounidense con residencia primero en Noruega y luego Dinamarca, no puede equipararse al nacional comunitario. El término "ciudadano de la Unión Europea" que incluye el artículo 89 .4 CP debe rellenarse con la definición contenida al respecto en los Tratados Europeos y las Directivas que los desarrollan, y que lo vinculan inequívocamente con la nacionalidad del sujeto.

El primer motivo de recurso invoca el *artículo 849.1 LECRIM* para denunciar inaplicación indebida del *artículo 89 .1 CP*, vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (*artículo 17 CE*), *del Tratado de Maastricht de 1992*, de la *Directiva 2004/38/CE* y del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

Cuestiona este motivo el pronunciamiento de la sentencia recurrida que deniega la sustitución por expulsión de la pena que fue impuesta al Sr. Conrado, por entender que el mismo es ciudadano de la Unión Europea, y como tal, le es de aplicación el *artículo 89 .4 CP* que supedita la expulsión a que represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y sus circunstancias personales, riesgo que la Sala de instancia despreció. Entiende, por el contrario, el recurso, que aquél es ciudadano estadounidense, cuya residencia en el territorio de uno o varios estados de la Unión Europea no puede asimilarse a la ciudadanía comunitaria, por lo que le sería de aplicación el *número 1 del artículo 89 CP*, que establece con carácter imperativo la sustitución por expulsión de las penas privativas de libertad superiores a un año impuestas a un ciudadano extranjero.

1. El *artículo 89 CP* en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, en principio aplicable al caso que nos ocupa en atención a la fecha de comisión de los hechos, imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de esta Sala suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del TEDH, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del *artículo 89 CP* en clave constitucional, que huyera de automatismos y diera entrada a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, a través del examen individualizado del caso concreto. Perfiló de esta manera un sistema que permitió excepcionar la expulsión a través del análisis de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso. Lo que se completó con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa (entre otras *SSTS 901/2004 de 8 de julio ; 906/2005 de 17 de mayo ; 366/2006 de 30 de marzo ; 832/2006 de 24 de julio ; 35/2007 de 25 enero ; 165/2009 de 19 de febrero ; 531/2010 de 4 de junio ; 588/2012 de 29 de junio ; 738/2013 de 4 de octubre ; 479/2014 de 3 de junio ; 483/2016 de 3 de junio ; o la STS 927/2016 de 14 de diciembre*).

Tras la reforma operada en el *artículo 89 CP* por la LO 1/2015, se



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal. Cuando las penas impuestas superen el año, y solas o conjuntamente con otras no rebasen los cinco de privación de libertad, que es nuestro caso, admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En el punto 4 del precepto señalado en su actual redacción, se incorporan requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, y se precisa que 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 sustitución resulte desproporcionada. Y el párrafo segundo del mismo apartado dispone que «La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales».

En este último fragmento se apoyó la Sala sentenciadora para denegar la sustitución por expulsión de la pena de dos años de prisión que había impuesto al condenado Sr. Conrado, por considerar que su situación se asimilaba a la de ciudadano de la Unión. Razona la sentencia recurrida en su fundamento séptimo «en el caso de autos, es evidente que nos encontramos ante un ciudadano norteamericano con residencia en la Unión Europea, primeramente en Noruega, y con posterioridad en Dinamarca, desde donde fue entregado a las autoridades judiciales españolas, y que a la vista del delito cometido, la pena impuesta y demás circunstancias concurrentes, en ningún caso, representa una amenaza grave para el orden o la seguridad pública, por lo que no podrá llevarse a cabo aquella en el caso de autos». Argumentación que se sustenta en la afirmación contenida en el relato de hechos «Conrado, ciudadano norteamericano con residencia acreditada en la Unión Europea, empleado de la empresa "Euroteam Travel AS" con sede en Oslo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

(Noruega).» y en los datos recogidos en el encabezamiento de la misma: «**Conrado**, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1980 en Kenosha, Wisconsin (EE. UU), con pasaporte norteamericano n° NUM001, ciudadano residente en la Unión Europea (Noruega, Dinamarca) sin que consten antecedentes penales computables en esta causa, en situación de prisión provisional por la misma desde el pasado día 21 de mayo de 2016 (fecha de su detención por las autoridades de los Países Bajos) ...».

Es decir, que ha asimilado la mera residencia de un extracomunitario en territorio de la Unión, con la condición de ciudadano de la misma.

2. La exposición de motivos de la LO 1/2015 dispone que «La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente».

Resulta, pues, evidente, que la aplicación del mencionado párrafo viene supeditado a la constatación de la ciudadanía europea por parte del condenado.

El término "ciudadano de la Unión Europea" que incluye el *artículo 89 .4 CP* debe rellenarse con la definición contenida al respecto en los Tratados Europeos y las Directivas que los desarrollan, y que lo vinculan inequívocamente con la nacionalidad del sujeto.

Según el artículo 9 del Tratado de la Unión «Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro» y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Por su parte, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, a la que se remite expresamente el legislador en su reforma del *artículo 89 .4 CP* operada por la *LO 1/2015, proclama en su artículo 2* que: «Se entenderá por "Ciudadano de la Unión": toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro».

Está claro, pues, que el Sr. Conrado, de nacionalidad estadounidense, no es ciudadano de la Unión. Podría plantearse la hipótesis de que fuera uno de los familiares a los que la legislación, a partir del criterio interpretativo consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, hace extensivo el derecho de libre circulación con el fin de preservar la unidad familiar. En España la transposición de la normativa europea se encuentra recogida en Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, adaptado a la más reciente jurisprudencia europea a través de su modificación operada por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre.

Cualquiera que fuera el estatus que ello pudiera otorgarle en relación a las posibilidades de sustitución de la pena por expulsión, la sentencia recurrida no recoge dato alguno que permita concluir que el condenado se encuentra en alguna de esas situaciones.

En atención a ello, tiene razón el recurrente en que el precepto que debió ser aplicado, es el que fija el régimen general de sustitución por expulsión de penas privativas de libertad superiores a un año e inferiores a cinco, que contempla el *artículo 89 .1 CP*, en su redacción actual que reivindica como más favorable.

2.ATS nº 912/2018, de 19 de abril

Residente de larga duración. La STJUE que se alega por la recurrente es aplicable a la expulsión administrativa y la Directiva



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

interpretada parte de la necesidad de acreditar que el expulsado representa una grave amenaza para el orden público. En el presente caso nos encontramos ante un delito contra la salud pública de nefastas consecuencias para la sociedad, con una convicción común universal sobre la necesidad de su represión como lo muestran los numerosos tratados en la materia, Concorre en el acusado una actitud obstinada de la ley al tener dos causas abiertas por el mismo delito y una por falsedad. No se lesionan derechos de terceros inocentes.

A) Aduce que la sustitución de una pena de prisión de un año y medio por expulsión de territorio español por diez años (sustituida por cinco por el Tribunal Superior) es desproporcionada, en particular si se tiene en cuenta que se encuentra en situación de residencia legal en España, con posesión del permiso de larga duración. Ello significa que lleva residiendo en España durante varios años.

Sostiene que esta medida contraviene lo establecido en la sentencia del Tribunal de la Unión Europea en el denominado caso Wilber López Pastuzano, de la que se tuvo conocimiento con posterioridad a la formulación del recurso de apelación. De acuerdo a esta resolución, que interpreta la Directiva 2003/109/CE de 26 de noviembre de 2003, se estima que solamente puede acordarse la expulsión de un extranjero de un Estado no comunitario, con permiso de residencia de larga duración, cuando represente una amenaza grave para el orden público, lo que - estima - no acontece en el presente caso ni se ha valorado por el Tribunal de instancia.

B) El Tribunal Superior de Justicia consideró que la Audiencia Provincial había adoptado la decisión de acordar la sustitución de la pena impuesta con arreglo a Derecho y con la suficiente motivación. La pena superaba el mínimo legal establecido en el *artículo 89 del Código Penal* y, además, la Audiencia había tomado en consideración: la naturaleza del delito apreciado (tráfico de drogas, de efectos calamitosos en la sociedad), la ausencia de acreditación por el acusado de relaciones familiares, sociales o laborales, o demostrativas, en general, de arraigo, y la constancia documental de otros tres procedimientos penales abiertos en su contra.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

A partir de lo anterior, se concluye la correcta y suficiente motivación de la medida impuesta, sin que el tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituya óbice insalvable. Como la propia parte recurrente indica, esa resolución se ciñe a los casos de expulsión administrativa y no penal, pero, además, la Directiva, que interpreta, usa como criterio central en el tema de las expulsiones, la necesidad de que se acredite la existencia de una amenaza para el orden y la seguridad pública. Si esta advertencia se pone en conexión con los datos valorados por el órgano de instancia para acordar la expulsión, se aprecia que el acusado ha sido condenado por un delito que causa nefastas consecuencias en la sociedad, y precisamente, constitutiva de una modalidad criminal frente a la que milita una cuasi universal postura de condena y persecución a nivel mundial, como lo reflejan los numerosos Tratados e Instrumentos internacionales suscritos para su represión. A ello, se une una reiterada y obstinada conducta del acusado al respeto de la Ley, que se pone de relieve en la existencia de otros procedimientos abiertos en su contra, dos de ellos por la misma causa que por la que fue condenado en las presentes actuaciones, y otra por un delito de falsedad.

Estas razones dibujan, aunque no se diga expresamente, una clara amenaza para el orden social. Cuando menos, va ínsita en la conducta apreciada. Finalmente, frente a esas consideraciones, no se ha acreditado ninguna situación de riesgo que convirtiese esa medida en una respuesta penal desorbitada por su desproporción o por su afectación a terceros inocentes.

Audiencia Provincial

1.SAP de Navarra, secc. 1ª, nº154/2018, de 12 de junio

Se acuerda la expulsión. Aunque sea residente de larga duración no se ha acreditado que tuviera trabajo o una convivencia familiar

Ahora bien, habiéndose alegado por la defensa un especial arraigo del acusado que haría desproporcionada esa **expulsión**, deberemos determinar si realmente existe un arraigo que merezca tal valoración.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Al respecto, cabe destacar que en el presente caso quedó probado que el acusado reside en España y tiene permiso de residencia de larga duración desde el 17 de mayo de 2010.

Por su parte, refirió el mismo que ha trabajado muchos años en España, sin que exista, sin embargo, constancia formal de ello.

De otro lado, no consta que el mismo tenga familia en España ni otros datos reveladores de una especial relación familiar afectiva o intereses patrimoniales o de otro tipo.

Ponderados los citados datos de los que disponemos y los intereses a tener en cuenta, no apreciamos en este caso una especial intensidad del arraigo del penado, de su establecimiento en España, que permita considerar que la sustitución resulte ser excesiva y desproporcionada.

Como se desprende de lo antedicho, no se ha justificado una especial integración social y cultural del interesado en España, ni una vinculación familiar intensa.

Cabe señalar que, si bien se justificó que el mismo tiene permiso de residencia de larga duración desde el año 2010, no puede desconocerse que, sin embargo, no se ha justificado el desarrollo de actividad laboral ni ninguna relación personal, familiar, afectiva, patrimonial, etcétera, que pueda revelar una especial afectación si se acordase la **expulsión**.

Ante ello, no apreciándose una intensa vinculación y convivencia familiar, ni una relevante relación laboral o de otra índole que puedan resultar gravemente afectados por la medida de **expulsión**, ante tal situación, no consideramos que la estricta aplicación de la **expulsión** establecida en el artículo 89.1 del Código Penal como norma general en casos como el que nos ocupa, constituya una inasumible desproporción que deba impedir la pretendida **expulsión**.

Estimamos, en definitiva, que "las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España", no permiten concluir que la **expulsión** acordada resulte ser desproporcionada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Por ello, debe desestimarse también este aspecto el recurso de apelación, no procediendo dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión impuesta recurrente por la **expulsión** del mismo del territorio español que se acordó en la sentencia de instancia.

2.SAP de Ciudad Real, secc.1ª, nº 20/2018, de 8 de febrero

El penado es residente en España, pero carece de arraigo en España. Su último trabajo se data sin precisión entre el 2010 y 2011. No tiene pareja estable ni hijos. El arraigo lo tiene en su país de origen donde viven sus padres a los que visita y donde aprovecha para realizar actos accesorios como sacarse el permiso de conducir.

Viniendo al caso, y en el análisis de las circunstancias que concurren en el apelante, lo primero que debe decirse es que es incuestionable que se cumplen los presupuestos que permiten la aplicación del precepto. Profundizando en el examen de sus particulares ponderables, aparte de ser residente legal en territorio español - obtuvo su primera tarjeta de residencia de larga duración en 2005, renovada en 2015 -, el resto de ponderables, que no elude la sentencia apelada, tampoco son objeto de controversia por el recurrente, a quien no le consta arraigo familiar ni laboral: su último trabajo lo refiere, sin mucha precisión, entre 2010 y 2011, aproximadamente; no tiene pareja estable ni convivencia con la que dice tuvo hasta 15 días antes del juicio oral; no tiene hijos. Lo que consta, como argumenta la resolución impugnada, es que en definitiva conserva familia y lazos estrechos con su país de origen, donde residen sus padres, a los que lógicamente visita, aprovechando esos viajes para desarrollar incluso aspectos más accesorios de la vida, como el hecho de obtener en él el permiso para conducir.

3.SAP de Baleares, secc.2ª, nº 61/2018, de 12 de febrero

Procede la expulsión. El penado es residente en España, pero tiene una prohibición de entrada en espacio Schengen a petición de Austria

Partiendo de tales premisas y de conformidad con el art. 89 del CP , puede concluirse que actualmente la regla general será la sustitución por **expulsión**, siempre que la pena de prisión recaída, en su conjunto, no supere los cinco años de duración; procediendo la ejecución parcial de la pena en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

caso de superarse dicha duración. Todo ello, no obstante, y al margen de las peculiaridades derivadas de la ciudadanía de la Unión Europea, exige de un individualizado trato y pronunciamiento en la resolución judicial en que se adopte, el cual permita ilustrar acerca del respeto al principio de proporcionalidad que informa dicha forma de cumplimiento de pena.

En el caso, argumenta la Juez que el acusado se encuentra en situación administrativa regular en España, si bien al folio 6 se hace constar que le consta una prohibición de entrada al territorio Schengen, con fecha de alta 27/04/2016 y fecha de caducidad el 03/06/2019, figurando como órgano reclamante Austria y cuya conducta a realizar se especifica en "rechazar en frontera o conducirlo ante la autoridad competente si está en el país";

4.SAP de Baleares, secc.1ª, nº32/2018, de 27 de marzo

Delito contra la salud pública. Tres años de prisión

No procede la expulsión. El acusado aportó una tarjeta de residencia francesa y un documento por el que ha pedido su renovación. No se ha acreditado que el penado represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales (art. 89.4 Código Penal).

En el presente supuesto, observamos que el acusado aun cuando se halla en situación irregular en España (f. 20), fue oído a este respecto en el acto de juicio oral, habiendo dispuesto de la posibilidad de proponer las pruebas que en acreditación de su arraigo considerara procedentes, en tanto que la Sala, al amparo de lo previsto en el art. 729.2 LECRim , admitió la aportación de una tarjeta de residencia expedida por la República de Francia y, un documento mediante el que el acusado solicitó su renovación, habiendo afirmado éste que reside en París junto con su mujer y su hija, ciudad en la que desempeña su actividad profesional.

En su consecuencia, habiendo resultado acreditado que el acusado cuenta con residencia comunitaria acreditada, no estimamos procedente acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena de **expulsión** por no constar acreditado que represente una amenaza grave para el orden público



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales (art. 89.4 Código Penal).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

V.MOMENTO PARA PEDIR LA EXPULSIÓN

Tribunal Supremo

1.STS nº 122/2018, de 14 de marzo

No se puede pedir ser expulsado en casación al ser un pedimento novedoso

El escrito de recurso contiene una petición final subsidiaria que no podemos atender pues no aparece correctamente articulada a través de una queja contra la sentencia. Se reclama de esta Sala que aplique las atenuantes de dilaciones indebidas y confesión no invocadas en la instancia, así como que se decrete la **expulsión** sustitutiva (art. **89** CP). No estamos ante motivos de casación de la sentencia. Son pedimentos novedosos: abordarlos ahora supondría pervertir la naturaleza revisora del recurso de casación y escamotear el derecho a la contradicción del Ministerio Fiscal. La casación es un recurso para revisar la corrección de la sentencia de instancia. No permite dirimir cuestiones nuevas no debatidas previamente ni, por tanto, resueltas en algún sentido



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

Audiencia Provincial

1.AAP de Vizcaya, secc.2ª, de 25 de mayo de 2018

Para valorar el límite de un año de prisión hay que atender a la pena individualmente considerada. Si el legislador hubiera querido sumar las penas lo hubiera señalado expresamente.

Acordada la sustitución de las penas de prisión impuestas partiendo de la suma de las mismas (errónea, porque no totalizan dos años, sino en su caso un año y seis meses) discrepa la Sala con que haya de hacerse tal sumatorio de ambas en contra del reo,

(...)

En este sentido añadir que si el Legislador hubiese querido que se sumaran las distintas penas privativas de libertad impuestas en la misma sentencia a los efectos de que se alcanzara el límite de un año y un día de prisión a que se refiere el artº 89.1 CP , lo hubiera hecho constar de forma expresa como sí hizo cuando las pena o la suma de las impuestas superen los cinco años (párrafo 2º del citado precepto) no pudiendo en definitiva hacerse la suma de penas a la que nos estamos refiriendo sin previsión legal expresa, en perjuicio del reo.

Así las cosas, faltando el requisito relativo a que alguna de las penas a sustituir sea superior al año de prisión, no procede la sustitución acordada, siendo innecesario abordar otras consideraciones que se citan en el escrito recursivo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

Audiencia Provincial

Se aplaza la decisión de expulsar a ejecución

Para poder examinar un posible arraigo

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.9ª, nº 24/2018, de 16 de enero

En relación a la petición de que la pena de prisión se sustituya por la de **expulsión** del territorio nacional de conformidad con lo dispuesto en el art. **89** CP , pretensión que formula el Ministerio Fiscal y a la que se opone la defensa, por estimar que cuenta con arraigo el acusado, al tener un hijo menor que reside en España y estar próximo el nacimiento de otro, si bien es cierto que no se ha practicado prueba sobre dicho extremo, es preciso constatar la existencia del arraigo que se alega para poder efectuar un pronunciamiento adecuado en el que se tomen en consideración las reales circunstancias del acusado, en relación a la procedencia o no de **expulsión** del territorio nacional en sustitución de la pena de prisión, por lo que procede diferir el pronunciamiento a ejecución de sentencia.

2.SAP de Barcelona, secc.10ª, nº 29 /2018, de 11 de enero

Tal y como solicitan tanto el M. Fiscal como la defensa, se difiere para la fase de ejecución de esta Sentencia lo concerniente a la aplicación del art. **89** Cp (sustitución pena prisión por **expulsión**) y , en caso de que el acusado acredite arraigo en España, se decidirá sobre la suspensión de dicha pena de prisión.

3.SAP de Madrid, secc.23ª, nº 303/2018, de 18 de abril

El Ministerio Fiscal ha solicitado la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión del territorio nacional, una vez que el penado alcance el tercer grado o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Sin embargo, esta cuestión no ha sido objeto de especial debate, de modo que el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

tribunal desconoce por completo cuáles son las circunstancias personales del acusado, su situación familiar, laboral o de arraigo en este país; tan solo su defensa ha mencionado que tiene familia e hijos en España, algo que tampoco se ha acreditado STS 608/2017 ... Ante esta falta de datos, el tribunal no puede acordar la sustitución de la pena así solicitada, sin perjuicio de que la cuestión pueda ser replanteada en fase de ejecución,

Porque el Juzgado no se ha pronunciado

4.SAP de Guadalajara, secc.1ª, nº 26/2018, de 27 de marzo

La defensa pidió en juicio la expulsión. La Sentencia del Juzgado no se pronunció sobre la Sentencia. No pudiendo hacerlo la Audiencia por no conocer las circunstancias del penado se aplaza la decisión a ejecución

Por la defensa de Vicente se insiste en el recurso de apelación en su pretensión ejercitada con carácter subsidiario en el acto del juicio consistente en que, en el caso de que se condenara al mismo, se sustituyera la pena de prisión por la de **expulsión** del territorio nacional.

En la sentencia recurrida no hay pronunciamiento al respecto.

(i). En la última reforma del art. 89 del C. Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) 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* ".

Por su parte, en el apartado 4 de dicho artículo se fijan por primera vez algunos criterios para decidir sobre la conveniencia o no de la **expulsión**, al disponer en el apartado 4 del precepto que " *No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la **expulsión** resulte desproporcionada* ".

(ii). En consecuencia, no habiéndose pronunciado sobre dicha petición el Juez a quo, y no teniendo esta Sala elementos probatorios para valorar las



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

circunstancias de hecho y personales a fin de determinar la procedencia o no de la sustitución de la pena de prisión por la de **expulsión**, pudiendo acordarse en ejecución de sentencia, una vez declarada la firmeza de la resolución, procede diferir dicho pronunciamiento a esa fase, a realizar por el Juez a quo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VII. OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN

Tribunal Supremo

1. STS nº 147/2018, de 22 de marzo

Falta de motivación. No se valora la clara situación de arraigo del penado que, según consta en el libro de familia que aportó como prueba documental, vive en pareja con la española Celestina, nacida en Toledo el NUM006 de 1990, con la que tiene dos hijos en común, el primero de dos años de edad y el segundo de un año. La expulsión resulta claramente desproporcionada.

En concreto cuestiona la defensa la sustitución de las penas de prisión y de multa impuestas a Luis Pablo por su expulsión del territorio español, con prohibición de entrada al mismo durante 10 años. Y si regresare a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido o no pudiere llevarse a efecto su expulsión, procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta.

La parte recurrente objeta que se acuerde la sustitución de la pena privativa de libertad (un año y seis meses de prisión) por la expulsión sin tener en cuenta la prueba documental presentada: un certificado de empadronamiento y una copia del libro de familia, documentos acreditativos de del arraigo familiar previsto en el *apartado 4º del art 89 del C. Penal*. Pues en el libro de familia consta que el acusado es pareja de la española Celestina, nacida en Toledo el NUM006 de 1990. Ambos tienen dos hijos en común: Felicísimo, nacido el NUM007 de 2015, y Bruno, nacido el NUM008 del 2016, circunstancias personales que impedirían acordar la expulsión del acusado del territorio nacional español.

2. El primer párrafo del *art. 89 del C. Penal* (redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio, vigente en el momento de la ejecución de los hechos) preceptúa lo siguiente: « *Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España» .

En la *sentencia 245/2011, de 21 de marzo*, se decía que, si bien el legislador en su reforma del *art. 89 por LO 11/2003* ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración 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 también se afirmaba en la referida sentencia que la reforma del *art. 89 por LO 5/2010* ha atemperado el automatismo y el rigor del texto anterior, de modo que ahora ya permite que “*el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*”.

Esta cláusula abierta permitió ya apreciar de forma ponderada en el caso concreto cuáles eran los intereses en juego y cuál de ellos debía primar en el supuesto de conflicto entre los intereses generales estatales y los del sujeto extranjero que se hallaba sometido a un proceso penal y a la ejecución de una pena. De modo que tanto desde la perspectiva de las garantías procesales exigibles para un penado antes de proceder a su expulsión (audiencia del penado), como en lo atinente a las razones sustantivas que debieran legitimar la medida, se imponía un examen de fondo de cada caso particular que condujera a una decisión razonada adoptada mediante una ponderación singularizada de los valores e intereses generales y personales que pudieran concurrir.

Sin embargo, ese examen imperativo y ponderado no aparece en la sentencia recurrida, habida cuenta que no se especifican en ella datos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

concretos sobre la persona del condenado ni sobre la trascendencia de su conducta, y tampoco se aportan argumentos acerca de si en este caso conviene que el sistema penal opere también en España en la fase de ejecución, o si, por el contrario, resultaría preferible que el sujeto se desligue de nuestro país y rehaga su vida en el suyo.

El único argumento que se aporta en la sentencia recurrida sobre la justificación de que la pena privativa de libertad sea sustituida por la expulsión del territorio nacional tiene todos los visos de una decisión represiva adoptada por su actuación ilícita en España. Pues la sentencia, sin razonar debidamente con los datos individuales del condenado, expresa en este caso como único argumento para sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión que, al ser el acusado ciudadano extranjero ilegal en territorio español, procede la sustitución de las penas de prisión y multa impuestas por su expulsión del territorio nacional, prohibiéndole la entrada por un periodo de diez años. Y si regresare a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido o no pudiere llevarse a efecto su expulsión, procederá la ejecución de la pena originariamente impuesta.

Como puede fácilmente comprobarse, la decisión adoptada no sopesa en modo alguno las circunstancias personales y sociales que concurren en el acusado a la hora de acordar su expulsión como medida sustitutoria de la pena impuesta, ni tampoco plasma las razones que pudieran fundamentar una resolución de esa índole. Pues ni siquiera trae a colación el criterio del arraigo en nuestro país, criterio que enfatizó la reforma penal de 2015 como pauta especial a tener en cuenta con el fin de salvaguardar el principio de proporcionalidad.

Y es que si el legislador ha establecido el arraigo como criterio rector prioritario para decidir sobre la proporcionalidad de la expulsión del territorio nacional como procedimiento sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, es incuestionable que la interpretación de la Sala de instancia resulta inasumible, ya que ni siquiera se reseñan en la fundamentación de la sentencia las singulares circunstancias familiares que concurren en la persona del acusado como sustento relevante para apoyar una clara situación fáctica de arraigo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En efecto, tal como se consignó *supra*, el acusado, según consta en el libro de familia que aportó como prueba documental, vive en pareja con la española Celestina, nacida en Toledo el NUM006 de 1990, con la que tiene dos hijos en común, el primero de dos años de edad y el segundo de un año.

Concorre pues una situación de arraigo familiar en nuestro país que permite considerar la expulsión como claramente desproporcionada, al frustrar de modo concluyente los fines de prevención especial de una pena privativa de libertad de un año y medio de prisión, al mismo tiempo que se menoscaba el interés familiar que aparece representado por dos hijos de escasa edad y por la compañera del acusado.

En consecuencia, se estima este motivo del recurso de casación y se deja sin efecto la expulsión del condenado del territorio nacional. Con lo cual, se acoge parcialmente el recurso de casación de Luis Pablo, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (*art. 901 LECr.*).

Tribunal Superior de Justicia

1. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 35/2017, de 22 de enero

La Sentencia acuerda la expulsión parcial pero no precisa qué parte de la pena de prisión debe cumplirse. Tampoco qué razones de orden público o de restablecer la confianza de la norma justifican el cumplimiento parcial de la condena. El Fiscal pidió la expulsión previo cumplimiento de 2/3 partes de la condena. La defensa no solicitó nada. No hubo ningún debate en el juicio. En estas condiciones sólo podría entenderse que el Tribunal debe utilizar la proporción de la pena empleada por el Fiscal (2/3) pero en grado de indefinición y, por tanto, de inseguridad jurídica, y la ausencia de contradicción efectiva, convierten el pronunciamiento del tribunal sobre la sustitución parcial de la pena en ineficaz. Se aplaza la decisión a ejecución donde se decidirá tras incidente contradictorio

Por lo que se refiere al segundo de los motivos, es cierto que la parte dispositiva de la sentencia no precisa qué parte de la pena de prisión es la que debe entenderse sustituida por la **expulsión** del territorio nacional y cuál sea el plazo en que estará vigente la prohibición de regresar, conforme a lo prevenido en el art. 89.1 CP.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Tampoco aparecen explicitadas en la fundamentación las razones relacionadas con la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida por el delito que justifican la sustitución de la pena de prisión, teniendo en cuenta que la conformidad de las partes al respecto no vincula al tribunal y que la sustitución no es obligatoria (cfr. SSTS2 531/2010 de 4 jun. y 842/2010 de 30 sep.).

Alternativamente, tampoco se dice en la sentencia que haya sido imposible contar con los datos precisos para valorar dichas razones y que, por ello, se haya querido dejar la resolución definitiva de la cuestión para la ejecución de la sentencia, como autoriza el art. 89.3 CP.

Sí se dice, sin embargo, en el fundamento jurídico destinado a explicar la individualización de la pena (FD4), que la propuesta de sustitución parcial partió del Ministerio Fiscal, que esta propuesta integraba la de prohibir su regreso durante 8 años, que "*la defensa no se opuso expresamente*" y que esta fue, precisamente, la razón por la que el tribunal decidió acceder a ella.

En efecto, se comprueba que, en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, elevadas a definitivas a la finalización del acto de la vista del juicio oral, se proponía la sustitución parcial de la pena de prisión solicitada -5 años- por considerar, conforme a lo previsto en el art. 89.1 CP, que no era una medida desproporcionada y que respondía adecuadamente a la naturaleza y a la gravedad del delito, así como a la defensa del orden jurídico y al restablecimiento de la confianza en la norma infringida. El Fiscal cuantificó la pena a cumplir en 3 años y 4 meses -es decir 2/3- y el término de la prohibición de regresar en 8 años, a contar desde la fecha de la **expulsión**.

Pero lo cierto es que en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa -elevadas también a definitivas al final del juicio oral- no se decía nada sobre la eventual sustitución de la pena, sin que sea posible entender que ello suponga una aceptación tácita de la sustitución, porque la defensa negaba la comisión del delito y se limitaba a solicitar la absolución.

Por lo demás, ninguna de las partes añadió nada en el acto de la vista sobre la sustitución de la pena, ni siquiera en el informe tras la práctica de la prueba, y al acusado, allí presente, no le fue solicitado su parecer al respecto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En estas condiciones, teniendo en cuenta que la pena impuesta -2 años y 6 meses, además de una multa de 100 euros- no es la misma que la que fue solicitada por el Ministerio Público -5 años-, solo sería posible entender lo dispuesto por el tribunal mediante la aplicación de la proporción utilizada por el Fiscal (2/3) a la pena definitivamente impuesta.

El grado de indefinición y, por tanto, de inseguridad jurídica, y la ausencia de contradicción efectiva, convierten el pronunciamiento del tribunal sobre la sustitución parcial de la pena en ineficaz.

Sin embargo, no por ello podrá estimarse este motivo del recurso, porque como hemos resuelto en la reciente STSJ Cat núm. 5/2018 de 18 enero, la sustitución podrá disponerse mediante la emisión del auto a que se refiere el art. 89.5 CP, eso sí, previa tramitación del correspondiente incidente contradictorio.

Omite la duración máxima de la expulsión

2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 67/2018, de 30 de mayo

Falta de motivación. No explica la Sentencia recurrida porque se ha puesto el plazo máximo de expulsión de diez años. Se apreció una eximente incompleta de estado de necesidad por lo que debe reducirse a seis años como señala la defensa que es más coherente con la duración de la pena.

Por otro lado, se alega en el recurso que, habiéndose aplicado a Don Leonardo la eximente incompleta de estado necesidad, esta eximente también tiene que repercutir en el plazo de tiempo que Leonardo no podrá regresar a España, por lo que la prohibición de entrada en España durante diez años debe reducirse a seis años.

El art. 89 del Código Penal establece en sus números 1 y 5:

1. 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



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su **expulsión**, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Establecido así un plazo de la **expulsión** entre 5 y 10 años en función de la pena sustituida y las circunstancias del penado, no se expresa en la sentencia apelada, sin embargo, cuales son las razones por las que ha fijado el plazo máximo de 10 años. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (ROJ: STS 20/2018 - ECLI:ES:TS:2018:20), esta Sala, en reiteradas resoluciones (SSTS de 8 de Julio de 2004, 24 de Octubre de 2005, 24 de Julio de 2006, 25 de enero y 18 de Julio de 2007; 531/2010 , de 04/06, entre otras) ha afirmado el criterio de que no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva, prevista en el artículo 89.1º del Código Penal , sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso .

A falta, pues, de razonamientos al respecto, debe reducirse el plazo de prohibición de regresar a España a los 6 años que propone la defensa del apelante, que se corresponde más con la duración de la pena impuesta.

Solo en este sentido debe estimarse el recurso interpuesto, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada

Audiencia Provincial

1.SAP de Navarra, secc.1ª, nº129/2018, de 23 de mayo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Falta de motivación. La Resolución no concreta las circunstancias personales que aconsejan la expulsión

En el presente caso el acusado ha alegado, no obstante, su situación irregular en España, arraigo constituido por el hecho de que lleva en España más de 10 años, y tiene un hijo de nacionalidad española y acaba de contraer matrimonio con una persona también de nacionalidad española.

La sentencia recurrida acuerda la expulsión porque el acusado se encuentra en prisión para el cumplimiento de una pena impuesta por este mismo tribunal, lo que denota que sus circunstancias personales aconsejan la expulsión de España con prohibición de entrada por cinco años; sin que se haya explicitado en la sentencia cuáles son esas circunstancias personales que justifican la decisión de la necesidad de la expulsión para asegurar la defensa del orden jurídico y reestablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito; por lo que dicha inconcreción conlleva dejar sin efecto la sustitución de la pena por la expulsión .



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR

Se aprecia el arraigo y no se expulsa

Audiencia Provincial

1.SAP de León, secc.3ª, nº26/2018, de 18 de enero

La penada lleva en España desde el 2007 donde ha construido una familia, tiene dos hijos españoles, han aportado DNI y es residente legal.

3. En el presente supuesto, como se ha dicho ya, es cierto que la pretensión del recurrente, formulada oportunamente al tiempo de elevar sus conclusiones a definitivas, no ha sido resuelta en la sentencia de instancia, ni siquiera haciendo constar la imposibilidad de decidirla y la conveniencia de hacerlo en ejecución.

De todas formas, como también se ha dicho, la representación del recurrente no ha intentado, previamente a la apelación, la integración de la sentencia mediante el recurso previsto en el art. 161.5 LECrim específicamente para los supuestos de incongruencia omisiva, olvido que determinaría la imposibilidad de acceder al recurso de casación (cfr. ATS2 993/2016 de 26 may.).

El hecho de que el recurso de apelación (art. 790 - 792 LECrim), a diferencia del de casación, carezca de una fase inicial de admisión propiamente dicha no es óbice para que, ante la denuncia de un quebrantamiento de normas y garantías procesales como el que integra la incongruencia omisiva, se tome en consideración el hecho de no haber sido denunciado el mismo en la forma que específicamente prevé la propia ley procesal para proceder a su desestimación liminar.

De todas formas, dadas las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, en el que, tras la formulación en conclusiones definitivas de la pretensión del Fiscal con la adhesión de la defensa para que fuera sustituido el último tercio de la pena de prisión que hubiere de imponerse a la acusada



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

por la **expulsión** del territorio nacional por tiempo de 6 años, no siguió el ofrecimiento de razón alguna para acceder a ello en el informe de ninguno de los dos, y en el que la acusada, al hacer uso del derecho a la última palabra, se mostró partidaria de que le fuera sustituida no un tercio de la pena, sino la mitad, cabe concluir que no le habría sido posible al tribunal decidirlo en sentencia, por lo que habrá de hacerlo, llegado el caso, en la ejecución de la misma.

2.SAP de Segovia, secc.1ª, nº 5/2018, de 14 de febrero

Se aprecia arraigo. El penado ha contraído matrimonio y es residente en España,

Aplicados los razonamientos anteriores al caso que nos ocupa, es lo cierto que estamos ante un acusado que no tiene permiso de residencia, no consta que tenga trabajo regular y remunerado, ni cuenta con personas a su cargo en España, ni se conoce la existencia de familia que pudiera verse afectada por la **expulsión** del Sr. Argimiro.

La duración de la pena privativa de libertad impuesta tampoco es relevante como para justificar que la misma deba cumplirse en territorio español y, como acertadamente se razona en la sentencia, los certificados de empadronamiento de los años 2015 y 2016 carecen de entidad suficiente para considerarle vinculado a nuestro país.

3.SAP de Madrid, secc.4ª, nº 212/2018, de 25 de abril

El penado está casado con una española y tiene una hija de 17 años,

No procede acordar la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** del territorio nacional, que fue solicitada por el Ministerio Fiscal con base en lo establecido en el artículo 89.1. del Código Penal, pues entiende la Sala que resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 4. del mismo precepto, teniendo en cuenta que, como el propio Ministerio Público reconoce y como se desprende de la documentación aportada por la defensa, el acusado está casado con una ciudadana española y tiene una hija de diecisiete años de edad en España, por lo que la existencia



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de tales vínculos familiares determina la improcedencia de la sustitución solicitada.

4.SAP de Barcelona, secc. 22ª, nº 452/2018, de 29 de mayo

Tiene una hija de ocho años respecto de la que mantiene la patria potestad por lo que mantiene obligaciones respecto a esta

En el presente caso, no existe ninguna duda de que el procesado tiene arraigo en España, pues ha tenido una relación sentimental con la Sra. Vicenta, de la que tienen una hija común Mari Luz que en el momento de los hechos tenía ocho años de edad. Además, el hecho de que ostente la patria potestad respecto de la menor, implica que ello le otorga derechos, pero especialmente obligaciones respecto de su hija para cumplir con los deberes inherentes a dicha situación. Por lo que no procede acordar la sustitución de la pena por la **expulsión** en los términos solicitados.

5.SAP de Las Palmas, secc. 1ª, nº 191/2018, de 25 de mayo

El penado es padre de una menor

Es que de lo actuado al folio 88 de autos se desprende que el condenado es residente legal en España y padre de un menor nacido el NUM004 /2016, de la relación con su compañera sentimental, ambos de nacionalidad española.

Vemos pues que el acusado posee, efectivamente, un arraigo personal y familiar en España que convierte en desproporcionada la sustitución contra su voluntad de la pena privativa de libertad por la **expulsión** del territorio nacional, por lo que procede estimar el recurso en este punto y revocar la misma.

6.AAP de La Rioja, secc.1ª, nº 353/2018, de 29 de junio

No cabe la expulsión por dos factores. El acusado es cónyuge de una ciudadana española desde el 2008 y reside en España desde hace diez años

.- De lo que antecede concluimos que no es posible interpretar el artículo 89.4 del Código Penal de forma contraria a como establece la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Directiva. El origen y ratio de dicho precepto deriva precisamente de la dicción de la referida directiva comunitaria. Por lo tanto, interpretando el artículo **89.4** del Código Penal en sintonía con la antedicha directiva, concluimos que solo se puede expulsar al cónyuge de un ciudadano comunitario cuando aquel represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública y así se motive.

8.- En nuestro caso Pedro Miguel es cónyuge de una ciudadana española desde 2008 y actualmente sigue conviviendo con ella. No se ha justificado en el auto recurrido que Pedro Miguel constituya una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. Por lo tanto, procede estimar en este punto el recurso en el sentido de que no ha lugar a la expulsión de Pedro Miguel.

9.- Pero es que, además, existe una segunda razón por la que no procedería la expulsión y es el hecho de que Pedro Miguel reside desde hace más de diez años en España y el delito por el que se le ha condenado es un delito de robo en casa habitada, es decir, no es un delito contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años.

Recordemos que tal como establece la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/17 del 29 de marzo de 2017 (ROJ: STS 1177/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1177) conforme al artículo **89.4** del Código Penal no pueden sustituirse las penas que hubieran sido impuestas a extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores, salvo -y evaluando también el juicio de proporcionalidad con su arraigo- que deriven de condenas por delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados (en abstracto) con pena máxima de prisión de más de cinco años (lo que no concurre en el caso que nos ocupa), o que hubiera sido condenado por delito de terrorismo (lo que obviamente tampoco es el caso).

Obsérvese que Pedro Miguel contrajo matrimonio con una ciudadana española en septiembre de 2008, y que según el informe médico del centro riojano de salud que obra al folio 16, el cual fue emitido en el año 2015, Pedro Miguel llevaba ya entonces residiendo en España desde hace unos doce años. Por lo tanto, es claro que todo apunta a que estamos ante un



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

ciudadano extracomunitario que lleva más de diez años residiendo en nuestro país y que además cuenta con tarjeta de residencia que le fue concedida por aplicación del artículo 2 del RD 240/07 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la U.E. y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

10.- El resultado de todo lo que antecede debe ser que Pedro Miguel debe cumplir en su integridad la pena de prisión que le fue impuesta por sentencia firme.

7.SAP de Vizcaya, secc.6ª, de 26 de junio de 2018 (Recurso nº 81/2018)

Desde esta perspectiva, el hoy apelante ha aportado prueba documental relativa a su ámbito familiar más cercano, del que se desprende que ésta (padres, hermanos e hijos) residen en nuestro país, de modo que la sustitución acordada en la Resolución que se impugna aparecería desproporcionada a la propia culpabilidad del hecho punible cometido.

8. SAP de Navarra, secc.1ª, nº 55/2018, de 7 de mayo

No procede la expulsión. El acusado tiene padre y hermano españoles y una relación de pareja de hecho, reside al menos desde hace diez años al constar un alta laboral en el 2008, desarrolla una actividad laboral continuada

Al respecto es destacable que quedó probado que el acusado, nacido en 1991, aun cuando no pueda precisarse el tiempo exacto desde el que reside en España, lo hace, al menos, desde el año 2008, al constar un alta laboral del mismo en dicho año.

Por su parte, tanto sus padres como dos hermanos del mismo ostentan la nacionalidad española.

Además, consta que él mismo figura inscrito como pareja de hecho con determinada persona desde el año 2014.

Por su parte, en la sentencia apelada se le ha impuesto una pena de cuatro años de prisión, apreciándose la agravante de reincidencia, por haber sido



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

condenado anteriormente, en sentencia de fecha 10 de octubre de 2013, por los delitos de violencia doméstica y lesiones.

Sentado lo anterior, dada la condena impuesta en la sentencia apelada, y atendida la que se le impuso en la anterior sentencia que acabamos de citar, sin otras consideraciones, resultaría razonable la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** dispuesta por el juzgador de instancia.

Ahora bien, se aprecia en este caso un especial arraigo, ciertamente muy relevante, que debe ser especialmente considerado.

En efecto, como se señaló, tanto los padres como los hermanos del acusado son españoles, el mismo tiene pareja de hecho en España desde hace más de tres años, reside en España desde un considerable periodo de tiempo, alrededor de los diez años, y ha venido desarrollando actividad laboral con cierta asiduidad.

Tal situación del acusado pone de manifiesto una realidad que, como apreció el Tribunal Supremo en aquella citada sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, "desde la perspectiva del fin de la prevención especial de la pena no aparenta en modo alguno que resulte aconsejable ni procedente que el acusado sea expulsado de España. Y si analizamos la cuestión suscitada desde las coordenadas propias de la prevención general de la pena, la realidad es que ésta ha sido fijada en cuatro años de prisión en la sentencia recurrida. Ello significa que estamos ante una pena que tampoco resulta en exceso conciliable con la **expulsión** del territorio nacional, si atendemos a los fines de la defensa del orden jurídico y del restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma."

En definitiva, ponderados los datos de los que disponemos y los intereses a tener en cuenta, consideramos que, atendido el especial arraigo del penado, dada la intensidad de su establecimiento en España, la sustitución resulta ser en el presente caso excesiva y desproporcionada, sin que, desde la perspectiva de la prevención especial y general, resulte ser aconsejable.

Debe, por consiguiente, estimarse en este aspecto el recurso de apelación y revocarse en tal particular la sentencia recurrida, dejando sin efecto la sustitución por **expulsión** de la pena de prisión impuesta en dicha resolución.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

9.SAP de Madrid, secc.3ª; nº 177/2018, de 6 de marzo

No procede la expulsión. Tiene un hijo menor de edad nacido en España

En relación a Edurne, con un hijo menor de edad nacido en España y con residencia en la actualidad junto a su abuela en Barcelona, no procede acordar la sustitución parcial de la pena impuesta por **expulsión** al apreciarse arraigo en este país, con lo que la pena sustitutiva resultaría desproporcionada, lo anterior de acuerdo a lo previsto en el número 4 del precepto antes indicado.

No se aprecia el arraigo y se expulsa

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc., nº 21/2018, de 1 de marzo

Se expulsa. No se aprecia el arraigo. Ha sido condenada cuatro veces en tres años por delitos no leves. Del mismo modo que no cabe -sin incurrir en petición de principio- excluir la posible eficacia del arraigo por el hecho de haber delinquido, tampoco cabe -sin contravención legal evidente-, entender que por el hecho de que concurra un cierto arraigo familiar ya no procede la expulsión. El acusado tiene familiares-madre y hermana- no descendientes directos de los que no se hace cargo y carece de trabajo. Solo consta una reiteración delictiva grave

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, es claro que el motivo no puede ser estimado.

Ante todo cumple constatar que la sustitución, como regla, imperativa, fue solicitada por el Ministerio Fiscal y se pudo debatir en el acto de juicio sobre la procedencia de la misma (en tal sentido, *ATS 881/2016, de 19 de mayo*, FJ 2, roj ATS 5505/2016): el acusado alegó en el plenario que tiene a su madre y hermana en España...El Tribunal, cierto es, aprecia que Pablo Jesús -nacido en Tánger el NUM003 .1995- "tiene un cierto arraigo (en nuestro país), en sus antecedentes policiales aparece ya una busca o localización por fugarse de un centro de menores, pero resulta que desde el año 2014, folio 287, tiene decretada su **expulsión** administrativa y que la única actividad que habría realizado es la delictiva, con cuatro condenas en un corto



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

periodo de tiempo. Se revela un arraigo que no es merecedor de tutela jurídica alguna".

Ante ese único dato, sin constar solvencia ni actividad laboral o profesional de ninguna clase -y sí, en cambio, que en los últimos tres años ha sido condenado en cuatro ocasiones, tres de ellas con carácter firme, por delitos no leves-, la argumentación de la Sala a quo se ha adoptado de conformidad con lo dispuesto en la norma aplicable, previa solicitud de la acusación, posibilitando las alegaciones de la defensa y con una fundamentación adecuada y proporcionada a las circunstancias concretas del caso, al tiempo que permite conocer los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (STS 19.1.2016); razones que, como hemos visto, son perfectamente acordes con la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Segunda en relación con el vigente art. 89.4 CP : se decreta el máximo de cumplimiento de pena en España, pero el arraigo familiar no convierte, en las circunstancias del caso, en desproporcionada la **expulsión** de quien no ha hecho sino incurrir en reiteradas actividades delictivas, con riesgo para la integridad de las personas -no digamos ya, para su patrimonio-, y en quien, como en otro momento dice la Sentencia, "*revela una personalidad en cierta forma incapaz de motivarse por la amenaza penal*".

La Sala *a quo* no incurre en el error -reprobado por la Sala Segunda, v.gr., en el FJ 3º de su *Sentencia 409/2016, de 12 de mayo*, STS 2033/2016 - de considerar, en lo que sería una clara petición de principio, que el hecho delictivo impide reputar, per se y sin más aditamento argumental, la virtualidad del arraigo familiar como causa impeditiva de la **expulsión**: no se puede excluir la eficacia del arraigo familiar por el solo hecho de que éste no haya servido para impedir el delito. Mas en este caso -a diferencia de lo que acontecía en el resuelto en la precitada STS 409/2016 -, sucede que no consta que el acusado haya tenido trabajo alguno o haya atendido de alguna manera -legal- a los gastos habituales de los familiares expresados -madre y hermana-, ni que tenga hijos de corta edad en España...

Dicho de otra manera: del mismo modo que no cabe -sin incurrir en petición de principio- excluir la posible eficacia del arraigo por el hecho de haber delinquido, tampoco cabe -sin contravención legal evidente-, entender que por el hecho de que concurra un cierto arraigo familiar ya no procede la **expulsión**: no procederá si no es desproporcionada: y en el caso, aun teniendo familiares en España -no descendientes-, ni consta contribución



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

alguna del acusado al sostenimiento familiar, ni actividad laboral de éste, y sí una reiteración delictiva grave -robo con violencia y lesiones, en varias ocasiones cometidos durante la suspensión de la ejecución de una anterior condena. Tampoco se ha probado, ni siquiera alegado, que su **expulsión** pueda entrañar algún riesgo de torturas o de tratos degradantes para el penado en su país de origen.

Audiencia Provincial

1.SAP de Barcelona, secc.2ª, nº 80/2018, de 2 de febrero

No se aprecia el arraigo. Su familia más directa, como son su mujer y sus hijos, residen en Lion (Francia) tal como admitió el mismo en el juicio oral.

2.SAP de Navarra, secc.1ª, nº 133/2018, de 28 de mayo

Aunque acreditó haber contraído matrimonio, reside en una habitación alquilada diferente a aquel en el que estaba empadronado y en el que reside su esposa, lo cual no es revelador de una convivencia.

Cabe señalar que, si bien se justificó que el mismo contrajo aquel matrimonio, no puede desconocerse la realidad de que el mismo residía en una habitación alquilada en un domicilio diferente a aquel en el que estaba empadronado y en el que residía su esposa, lo cual no es revelador de una convivencia y relación familiar de especial intensidad.

Ante ello, no siendo relevante el periodo de tiempo durante el cual viene residiendo al acusado en España, ni apreciándose una intensa vinculación y convivencia familiar, ni una relevante relación laboral o de otra índole que puedan resultar gravemente afectadas por la medida de **expulsión**, ante tal situación, no consideramos que la estricta aplicación de la **expulsión** establecida en el artículo **89.1** del Código Penal como norma general en casos como el que nos ocupa, constituya una inasumible desproporción que deba impedir la pretendida **expulsión**.

Estimamos, en definitiva, que "las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España" no permiten concluir que la **expulsión** interesada resulte ser desproporcionada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

3.SAP de Ciudad Real, secc.1ª, nº 95/2018, de 30 de mayo

No se aprecia el arraigo familiar por la peligrosidad que deriva de la reiteración delictiva.

Es por lo anterior que tampoco apreciamos error valorativo alguno en la Juez a quo a la hora de valorar la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión**, sustitución que impone el art. **89** del Código Penal como criterio general, sin bien caben excepciones y dentro de ellas cuando la sustitución resulte desproporcionada. Pero en el presente caso, y con independencia de que considerásemos el arraigo familiar del acusado, lo cierto es que también se aprecia que ya se le ha condenado en otras dos ocasiones, una de ellas por delito contra la salud pública, y aunque se trata de hechos posteriores a los ahora juzgados, lo cierto es que denotan una reiteración en el mismo delito que la intervención policial que implicaron los hechos que juzgamos no ha cortado. La peligrosidad que denota esa reiteración hace el que no podamos considerar como desproporcionada la **expulsión**

4.SAP de Vizcaya, secc.6ª, nº38/2018, de 27 de junio

Tener una hija de 14 años no es arraigo sino consta que depende económicamente del acusado.

Asimismo, por aplicación de lo dispuesto en el art. **89** del CP 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 nuestro país, toda vez que no se considera como tal el hecho de que posea una hija, de 14 años, residiendo en España, pues ni consta que dependa económicamente del mismo ni se le conoce trabajo alguno, ni posee permiso permanente o temporal de residencia legal.

5.SAP de Madrid, secc.2ª, nº 385/2018, de 23 de mayo

No se aprecia arraigo familiar. La expulsión no es desproporcionada atendida la pena de seis años de prisión. Aunque tenga madre en España no consta que tenga descendientes, sostenimiento a las cargas familiares o actividad laboral.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Así pues, aunque el acusado hubiese tenido permiso de residencia en España, dado que en la actualidad tiene la residencia caducada conforme consta de la documental aportada (f. 33) y viva en España su madre la que depuso en el acto del juicio oral, Penélope, la **expulsión** es factible. Al tratarse en este caso de una pena de seis años de prisión la impuesta. Por lo que la sustitución tiene que ser parcial conforme reclamó el Ministerio Público. Entendiendo que en el presente supuesto la comisión de un acto delictivo como el cometido hace necesaria para la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito, la **expulsión** únicamente parcial del condenado. Dado que, aunque vive en España su madre, carece de arraigo laboral y no le consta un domicilio fijo. Por lo que entendemos que en este caso concreto la **expulsión** es acertada. El hecho de que concurra un cierto arraigo familiar no impide la **expulsión** al no ser desproporcionada pues aun teniendo a su madre en España no le constan descendientes, ni consta contribución alguna del acusado al sostenimiento familiar, ni actividad laboral de éste. Además, Tampoco se ha probado, ni siquiera alegado, que su **expulsión** pueda entrañar algún riesgo de torturas o de tratos degradantes para el penado en su país de origen.

D.ARRAIGO LABORAL

Se aprecia

Audiencia Provincial

1.SAP de Guipúzcoa, secc.3ª, nº 100/2018, de 20 de abril

Se aprecia el arraigo. Desde hace quince años el acusado tiene vínculos laborales plenamente documentados.

que en efecto la sustitución de la prisión por la **expulsión** de España resultaría desproporcionada, pues ya desde hace más de quince años el acusado comenzó a desarrollar vínculos laborales (plenamente registrados y documentados) y además se encuentra directamente vinculado a la localidad de Arrasate/Mondragón desde el año 2005, precisamente donde ocurrieron estos hechos y donde residía en el momento de los mismos, pues ya en 2005 abrió una cuenta bancaria en una sucursal radicada en dicho municipio.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Estas circunstancias han de ser valoradas y tomadas en consideración para afirmar la existencia de un arraigo reseñable del acusado en nuestro país que ha de determinar que consideremos desproporcionado la solicitada sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** de España.

No se aprecia

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª; nº 11/2018, de 30 de enero

No es arraigo laboral la ocupación laboral en épocas pretéritas.

Ante todo cumple constatar que la sustitución, como regla, imperativa, fue solicitada por el Ministerio Fiscal y se pudo debatir en el acto de juicio sobre la procedencia de la misma (en tal sentido, *ATS 881/2016, de 19 de mayo*, FJ 2, roj *ATS 5505/2016*): el acusado alegó sobre su arraigo en España -trabajo en la construcción, jardinería, mudanzas- y aporta una documental, con su recurso, que evidenciaría su trabajo temporal como ferrallista para la empresa FERGALSAN, S.L., desde el 10.10.2016, con duración hasta la finalización de la obra o servicio, acompañando copia de recibo individual justificativo de pago de salarios correspondiente al mes de abril de 2017; asimismo, aporta fotocopia de contratos de trabajo temporal, fechados el 09/07/2013, con la empresa TURIA EMPLEO ETT, SL., para el corte, recolección y carga de cebolla y ajos en distintas fincas de BENAGUACIL, ALBACETE y LA RODA, acompañando copia de liquidaciones salariales correspondientes a los meses de junio, agosto y noviembre de 2013.

La Sala *a quo* acepta la solicitud del Fiscal y atiende a la *naturaleza y gravedad del delito, a la cualidad de reincidente en el acusado y a la necesidad - legalmente prevista- de restablecer la confianza en la norma infringida: se trata así, como tantas veces ha dicho la Sala Segunda, de la necesidad de evitar el efecto llamada que se produciría si no se establece un tiempo prudencial de cumplimiento*. En el caso aquí enjuiciado el Tribunal *a quo* acuerda el cumplimiento parcial de la pena antes de proceder a la **expulsión** sobre la base de las razones de prevención general a que se refiere la Sala Segunda y respetando los límites temporales legalmente previstos.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Por lo demás, de lo alegado y probado en la causa no se siguen circunstancias personales del autor, en particular de arraigo en España, que conviertan en desproporcionada la medida de **expulsión**: ni consta tenga familia de ninguna clase, ni persona dependiente económicamente del acusado, ni su ocasional ocupación en épocas pretéritas permite apreciar que actualmente goce de un medio de vida laboral lícito, capaz de oponerse a la realidad de su reiteración en un actividad delictiva grave, generadora de peligro para la salud pública. Tampoco se ha probado, ni siquiera alegado, que su **expulsión** pueda entrañar algún riesgo de torturas o de tratos degradantes para el penado en su país de origen.

F. OTROS

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 33/2017, de 15 de enero

Los certificados de empadronamiento de los años 2015 y 2016 carecen de valor para fundar un arraigo. El penado carece de permiso de residencia, trabajo remunerado y regular o personas a su cargo. -

Aplicados los razonamientos anteriores al caso que nos ocupa, es lo cierto que estamos ante un acusado que no tiene permiso de residencia, no consta que tenga trabajo regular y remunerado, ni cuenta con personas a su cargo en España, ni se conoce la existencia de familia que pudiera verse afectada por la **expulsión** del Sr. Argimiro.

La duración de la pena privativa de libertad impuesta tampoco es relevante como para justificar que la misma deba cumplirse en territorio español y, como acertadamente se razona en la sentencia, los certificados de empadronamiento de los años 2015 y 2016 carecen de entidad suficiente para considerarle vinculado a nuestro país.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Audiencia Provincial

1.SAP de Navarra, secc.1ª, nº 100/2018, de 18 de abril

Aunque sólo lleva en España un año y cuatro meses se valora que al penado se le aplica el subtipo atenuado de tráfico de drogas y está en un programa de inserción.

Cierto es que el acusado solo lleva en España un año y unos cuatro meses, y esa temporalidad sería por sí sola insuficiente para valorar un arraigo impeditivo de la **expulsión**, ahora bien, para valorar el mismo no sólo debe tenerse en cuenta el criterio de temporalidad, sino si existe o no efectivo arraigo de acreditarse por otros medios, así como las circunstancias del hecho y personales del autor.

En el caso de autos, si bien nos encontramos en presencia de un delito contra la salud pública de tráfico de drogas que causa grave daño a la salud, no debe olvidarse que nos encontramos ante el subtipo atenuado, es decir ante una menor entidad delictiva.

Si tenemos en cuenta ello, la edad del acusado, y la integración asistida que el mismo tiene desde su residencia en Bilbao, acreditada a través tanto de la documental como de la testifical del Sr. Narciso, habrá de concluirse que esa integración determina una desproporcionalidad en la **expulsión**.

Se ha acreditado en la documental aportada, emitida por ASKT su participación y vínculos con el programa de inserción de dicha asociación, recogido en Diputación Foral de Bizkaia, desde el mes de junio de 2.017, así como que dentro del programa a la fecha de 4 de abril de 2.018 juega en un equipo federado, y que sigue con sus procesos en la Asociación AmiArte, como ratificó el indicado testigo que pertenece a esta asociación, indicando que sigue curso de EPA, de español, y pendiente de cursillo de mantenimiento electrónico e informático que organiza Lanbide, estando de 9 a 13 horas en el centro, con una actitud positiva de trabajo y por las tardes para las clases de EPA, viviendo en un piso en alquiler con un compatriota pendiente de una plaza libre en el piso supervisado de AmiArte.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Estos hechos acreditados permiten concluir en la existencia en estas fechas de un arraigo material, que debe llevar a considerar junto con las circunstancias del hecho y personales del acusado, desproporcionada la **expulsión**, que por lo tanto no puede ser atendida.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO

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

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº44/2018, de 22 de mayo

No pueden valorarse en apelación documentos que pudieron presentarse en juicio, pero sí la documentación incorporada al procedimiento como el certificado del padrón en Barcelona desde junio del 2010, informe de vida laboral referido al 2012, impuesto sobre la renta de las personas físicas y la que acredita el nacimiento de un hijo de su esposa. El penado no fue interrogado sobre estos extremos y nada dice la Sentencia sobre los mismos. La expulsión puede ser desproporcionada.

Y se alega por el recurrente que el inciso 4 del referido artículo 89 C.P . prevé que no proceda la **expulsión** cuando las circunstancias del hecho, las personales del autor y su arraigo en España hagan desproporcionada la decisión de **expulsión**.

En relación a este último extremo, se alegan por el apelante una serie de circunstancias que acreditarían su arraigo en nuestro país y que deberían, se defiende, llevar a la revocación de la **expulsión**.

Así, se menciona que Carlos Miguel llevan en España más de diecinueve años, y que figura en el Padrón de habitantes de Barcelona desde el 8 de junio de 2010.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

También se menciona su condición de padre, consecuencia del nacimiento de su primer hijo en septiembre de 2017, además de haber trabajado en nuestro país, cotizando en la Seguridad Social, y de haber cursado educación primaria en territorio español entre los años 2000 a 2006.

Este último extremo se apoya en el documento que se aporta junto al escrito de recurso y que, por razones procesales sobradamente conocidas, no puede ser admitido en esta alzada, porque su presentación no se hizo ante el Tribunal sentenciador en ninguno de los momentos procesales anteriores al juicio, ni tampoco se propuso en cuestiones previas ni fue, por tanto, indebidamente admitido.

En cuanto al resto de circunstancias, no consta ninguna alegación sobre la **expulsión** hecha por la defensa en trámite de informe en el plenario, ni que se hubiera interrogado al acusado sobre este extremo en el acto del juicio.

Del examen de la documentación se constata que a folios 247 y siguiente obra el certificado del Padrón en Barcelona desde junio de 2010 y un informe de vida laboral referido al año 2012, un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de ese mismo ejercicio 2012 y otro del año 2013.

También, a folios 268 y siguientes, obran una serie de facturas de la entidad PROGEDSA del mismo año 2012 que se desconoce a qué se refieren concretamente y qué pretende acreditarse con ellas, porque nada se explicó por la defensa en el momento de incorporarlas a los autos.

Y en cuanto a su condición de padre, en el Rollo de Sala sí obra a folios 67 y siguientes el nacimiento de un hijo de su esposa, Paulina.

En esta tesitura, estamos en condiciones de considerar que la **expulsión** del territorio español de Carlos Miguel sí puede resultar desproporcionada en relación a las circunstancias personales que le unen con nuestro país, sin que puedan ponderarse en esta alzada las valoraciones que llevaron al Tribunal a quo a decidir la sustitución de la pena por la **expulsión**, por cuanto en el FJ DÉCIMOQUINTO lo único que se menciona es su condición de extranjero y que la suma de las penas privativas de libertad que le son impuestas permiten esa **expulsión**.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Audiencia Provincial

1.AAP de Vizcaya, secc.2ª, de 12 de febrero de 2018 (Recurso nº 45/2018)

El Juzgado de lo Penal acuerda en Sentencia de conformidad aplazar la decisión sobre expulsión a ejecución de Sentencia para recabar documentación sobre el arraigo dado que el abogado no ha podido ver a su cliente hasta el día de juicio al estar en prisión. Transcurrido el plazo para aportar los documentos del arraigo siguen los problemas de comunicación entre abogado y cliente por razón del idioma por lo que el letrado no ha podido aportar prueba sobre el arraigo. Hay un riesgo potencial de expulsar a alguien con arraigo por lo que debe accederse al auxilio judicial solicitado.

Es objeto del recurso la resolución dictada por el Juez de lo Penal nº7 de Bilbao denegando dejar sin efecto la **expulsión** acordada en Sentencia en sustitución de las penas impuestas de 2 años y 3 meses de prisión como autor de sendos delitos de robo con violencia y de lesiones respectivamente.

Se alega en el recurso que D. Jesús Carlos se encuentra en prisión y no habla castellano con fluidez por lo que difícilmente puede acceder a la documentación acreditativa de arraigo. Siendo por ello por lo que solicitó al Juzgado que librara oficios al Ayuntamiento de Bilbao, Instituto Nacional de Estadística, Tesorería General de la Seguridad Social, Delegación de Hacienda de Bizkaia y Cuerpo Nacional de Policía, Sección de Extranjería a fin de que aporten los datos que obren en sus registros sobre su situación personal, familiar, medios de vida y domicilio, como indicadores de arraigo.

(...)

En aplicación de lo expuesto en el presente caso se acuerda en sentencia de conformidad de 31.10.2017 en la que se condena a D. Jesús Carlos como coautor, junto con el otro acusado, de un delito de robo con violencia y un delito de lesiones a las penas de 2 años y 3 meses de prisión respectivamente y también la sustitución de dichas penas por la **expulsión** del territorio nacional por 7 años. No obstante, el pronunciamiento definitivo sobre la **expulsión** queda diferido a la fase de ejecución de sentencia al incorporar la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

salvedad salvo que en ejecución de sentencia acredite su situación de arraigo, siendo el motivo que se intuye para el dictado de dicha salvedad en la sentencia el conduce a la estimación del recurso de apelación. Motivo que no parece otro que el acusado permaneció en prisión provisional desde la fecha de comisión de los hechos 24.05.17- hasta el mismo día del juicio oral, con la consiguiente dificultad de recabar información sobre su posible arraigo en territorio nacional.

Al persistir dicha dificultad inalterada en fase de ejecución por más que se diera un plazo a la defensa para aportar documentación, no pudiéndose olvidar los datos apuntados en el recurso relativos a la dificultad de comunicación derivada del idioma incluso con el propio abogado asignado derivada del idioma, la exigencia de que la sustitución de la pena por **expulsión** cumpla criterios de proporcionalidad en atención a las circunstancias personales del autor conlleva en este caso a que resulte necesario adoptar las medidas al alcance del órgano judicial para averiguarlas, minimizando así un potencial riesgo de expulsar del territorio nacional a un ciudadano extranjero nacido en agosto de 1997 del que se desconoce todo lo relacionado con su posible arraigo en España y sin que se haya renunciado a alegar nada al respecto por su letrado en su nombre al solicitar el auxilio judicial para ello.

2.SAP de Ciudad Real, secc.1ª, nº 95/2018, de 30 de mayo

No pueden valorarse en apelación documentos que pudieron presentarse en juicio

Ante s que nada hay que decir que el recurrente acompaña con su escrito de recurso un conjunto de documentos sin que ni tan siquiera solicitar en esta alzada la admisión de prueba, ello como si cupiera en nuestro sistema procesal esa forma de actuar, cuando claramente el art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la proposición de prueba en segunda instancia pero lógicamente si se pide en el escrito del recurso y solo en relación a pruebas que no se pudieron proponer en primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas y las admitidas y no practicadas, y como decimos, en este caso, ni se solicita la práctica de la prueba ni las que se acompañan en el escrito están en ninguno de los anteriores supuestos.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No estamos ante una materia que haya cogido por sorpresa a la defensa, sino que la petición de **expulsión** consta en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, por la que la defensa podía tanto en su escrito de defensa como al inicio del acto del juicio haber presentado la prueba que hubiera estimado oportuna al respecto, lo que no hizo, por lo que ahora no puede intentar que se tengan en cuenta unos documentos que no pudieron ser valorados por la Juez de lo Penal por causa solo imputable a esa parte y además presentándolos de forma indebida.

No se valoran en el recurso de apelación los documentos presentados en el recurso sobre que recibió educación primaria, pero s completar

3.SAP de Madrid, secc.1ª, nº197/2018, de 1 de junio

La aportación de documentación en el recurso de apelación que acreditaría que el penado es español debe valorarse en ejecución de Sentencia. La Resolución del Juzgado de lo Penal es correcta. El penado no tenía documentación y manifestó no saber español.

TERCERO.- Alega también el recurrente que no cabe aplicar el art. **89.1** del Código penal y sustituir la pena de prisión por **expulsión** del territorio español, porque el penado tiene nacionalidad española.

En este punto debemos compartir el informe del Ministerio Fiscal de que la resolución judicial recurrida es irreprochable en cuanto a la valoración que efectúa a la hora de estimar acreditado que se hallaba en situación irregular en función de los datos derivados de las actuaciones, él mismo manifiesta hallándose indocumentado otra nacionalidad, expuso en su día no hablar ni escribir el español, se incoa expediente de **expulsión** sin que en al acto de Juicio Oral se aportara documentación alguna que acreditara la nacionalidad española, ni contradijera lo obrante en autos, lo que determinó, en los términos en que aparece redactado el artículo **89** del Código Penal , la adecuada aplicación de éste en función de la prueba practicada, procediéndose posteriormente y con motivo del presente recurso, a incorporar al mismo la documentación que acreditaría la nacionalidad española del condenado, lo que determinaría la no aplicación del art. **89** del Código Penal, por lo que se estima debe mantenerse el pronunciamiento sin



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

perjuicio de que en ejecución de sentencia, previa determinación de la nacionalidad del condenado, y análisis de la autenticidad de la documentación aportada, se determine si procede o no la sustitución.

G.3.PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona, secc.7ª, nº189/2018, de 23 de marzo

El penado presenta una sentencia de filiación que reconoce que tiene un hijo menor y el DNI de una ciudadana española con la que sostiene tener otro hijo. El juzgado descarta el arraigo respecto del primer hijo porque no queda acreditado que contribuya a su crecimiento personal o familiar, y no acredita la existencia del segundo. La comprobación de la existencia del segundo hijo es sencilla y tener dos hijos con uno de los cuales ha ejercido las acciones para reconocerlo aconseja la no expulsión.

En el caso que nos ocupa, el apelante acredita la tenencia de un hijo menor de edad, nacido en España el NUM000 de 2013, aportando la sentencia que determina la filiación dictada por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 3 de los de DIRECCION000 el 17/010/2017. Además, asegura mantener una relación estable de pareja con una ciudadana española, de la que facilita el DNI, con la que igualmente ha tenido un niño. Al resolver la reforma previa la magistrada a quo no considera estas circunstancias constitutivas de arraigo; en relación con el hijo cuya filiación ha sido determinada en sentencia precisamente por este dato sin acreditar " que contribuya o lo haya hecho a su crecimiento ni personal ni económicamente..." y en cuanto al segundo porque no acredita su existencia. Lo cierto es que la alegación de la tenencia del hijo es fácilmente comprobable y el hecho de contar con dos, en relación con uno de los cuales ha debido ejercitar las acciones necesarias para poder reconocerlo, parece a este Tribunal un cuadro de arraigo y una situación personal que no aparenta en modo alguno que resulte aconsejable ni procedente que el acusado sea expulsado de España.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

2. RAZONES HUMANITARIAS

Audiencia Provincial

1.SAP de Baleares, secc.2ª, nº 61/2018, de 12 de febrero

La enfermedad alegada no impide la expulsión. El informe forense nada dice sobre la gravedad de la misma o la imposibilidad de que el penado pueda recibir tratamiento en su país de origen, Nigeria

el propio acusado dijo no poder trabajar en España desde hace un año a causa de la enfermedad que padece, lo que asimismo se desprende de su informe de vida laboral unido a los folios 76 y ss. En cuanto a dicha enfermedad, valora la Juez que el forense, al folio 166, se limita a indicar patología infecciosa crónica, sin especificar ni la gravedad/mortalidad de la misma ni tampoco se acredita en forma alguna la especificidad del tratamiento o imposibilidad de suministrárselo en el país de origen del acusado, Nigeria, por lo que , consiguientemente, no puede sino concluirse que no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen el cumplimiento de la condena en España, procediendo a acordar la sustitución de las penas de prisión impuestas por la **expulsión** del acusado del territorio español durante 10 años.

3.GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA

Audiencia Provincial

1.AAP de Teruel, secc.1ª, nº 30/2018, de 15 de febrero

La escasa cuantía de lo sustraído en el delito de hurto es irrelevante. El penado tiene condenas anteriores y carece de arraigo, único elemento que podría evitar la aplicación del art.89 CP,

No se aprecia error alguno en la decisión del juzgador de instancia cuando acuerda la sustitución de la pena de trece meses de prisión impuesta en la sentencia por la de **expulsión** del territorio nacional, pues no otra cosa es lo legalmente procedente, constatado. El artículo **89** del Código Penal



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

imperativamente ordena la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a ciudadanos extranjeros por su **expulsión** del territorio nacional, salvo que dicha **expulsión** resulte desproporcionada por el arraigo en España del penado. Excepción que no cabe aplicar en este supuesto por los razonamientos expuestos en la propia resolución recurrida, que se dan aquí por reproducidos, en efecto al penado, además de esta condena le consta otra anterior, el 17 de mayo de 2016, cuya pena de seis meses de prisión de fue suspendida; consta igualmente acreditado, por el atestado ratificado en el juicio oral, que el penado utilizaba varias identidades; y no se ha acreditado ningún extremo del que podamos deducir ese arraigo en este país, pues no consta ninguna vinculación familiar ni se ha aportado contrato de trabajo alguno. Por ello las alegaciones de parte referente a la poca cuantía del hurto por el que se le condeno son de difícil comprensión, pues ello ya se tuvo en cuenta a la hora de dictar la sentencia condenatoria y nada tiene que ver con el arraigo que es la única causa que justificaría dejar sin efecto la sustitución de la pena por la **expulsión** del territorio nacional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

Cumplimiento de una tercera parte de la condena salvo que antes se alcance el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Supremo

1.ATS nº 230/2018, de 18 de enero

Delito de agresión sexual. Cuatro años y seis meses de prisión

La expulsión inmediata supondría la impunidad ya que el penado va a ser expulsado administrativamente de todas formas

Se sostiene por el recurrente que la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** del territorio nacional debe referirse a la mitad y no solo a un tercio de la misma, atendiendo al tiempo que ha pasado privado preventivamente de libertad y a la petición de las acusaciones de que se sustituyese en su totalidad.

(...)

l Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión del recurrente, haciendo suyos los argumentos de la Audiencia Provincial, relativos a la gravedad del hecho, así como a que la simple **expulsión** equivaldría prácticamente a la impunidad, pues las autoridades competentes ya tienen acordada la **expulsión** administrativa del acusado.

La Sala sentenciadora exteriorizó las razones que justificaron su decisión de manera suficiente para conocer los criterios sobre los que se asentó la misma y el Tribunal Superior de Justicia descartó cualquier error en su sentencia de apelación, ya que las condiciones de la **expulsión** del condenado estuvieron concretadas dentro de los márgenes legales y fueron fijadas de forma razonada, por lo que no existe la infracción denunciada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Cumplimiento de la mitad de la condena salvo que antes se alcance el tercer grado o la libertad condicional

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.30ª, nº 78/2018, de 9 de febrero

Delito contra la salud pública. Tres años de prisión

Dado que el acusado carece de cualquier vínculo con nuestro país habiendo venido sólo para traer la droga, la sustitución íntegra de la pena supondría un factor de impunidad. Dado que el penado es un mero transportista de la droga y no un organizador al que le será indiferente que la pena de su subordinado se cumpla en dos tercios, se acuerda que se cumpla en su mitad.

Estimamos que es precisa la ejecución parcial de la sentencia para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma. Ello es así porque careciendo el acusado de cualquier vínculo con nuestro país y no teniendo su acción otro objeto que transportar la droga y volver con el beneficio económico esperado, la sustitución íntegra de la pena supondría un factor de impunidad que ni satisfaría las necesidades de prevención especial ni, sobre todo, satisfaría la necesidad de prevención general, pues contribuiría indirectamente a incentivar conductas similares, en la expectativa de una respuesta penal muy limitada. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente esta Audiencia Provincial para rechazar la automática **expulsión** de ciudadanos extranjeros en situación similar.

Ahora bien, ello no significa apurar los límites de cumplimiento del art. 89, pues debemos ajustarnos a la responsabilidad del hoy acusado, no a la del organizador del viaje para quien es indiferente la sanción penal que se imponga al transportista y a quien no le motivará el cumplimiento de la pena hasta los 2/3 del total impuesto. Por tal motivo y como hemos acordado en casos similares, consideramos que el cumplimiento de la mitad de la pena es suficiente restaurar el orden jurídico quebrantado, por lo que el acusado, si no accede antes al tercer grado o a la libertad condicional, será expulsado



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

una vez cumpla la mitad de la pena de prisión impuesta, con prohibición de retornar a España por tiempo de diez años.

2.AAP de Zaragoza, secc.6ª, nº 309/2018, de 8 de junio

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en que nos hallamos ante un grave delito de Robo con violencia y con intimidación en casa habitada, consumado con uso de arma sobre un pacífico ciudadano de Zaragoza, cuya casa fue asaltada, al igual que él mismo siendo registrada y robada.

No tiene pues nada de extrañar que, ante semejante delito, la señora Juez de lo Penal nº tres de Zaragoza, optara por la ejecución parcial de la condena de cinco años y dos meses de prisión, impuesta a dicho condenado, hasta que se le conceda el tercer grado de tratamiento penitenciario o hasta que se le conceda *la libertad condicional*.

Cumplimiento de dos tercios de la condena salvo que antes se alcance el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Supremo

1.STS nº 164/2018, de 6 de abril

Delito de estafa agravada. Dos años de prisión

Aunque el art.89.1 CP prioriza la expulsión, se compatibiliza con la facultad judicial, de uso excepcional, de acordar el cumplimiento parcial de la pena, con el límite de dos tercios para para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En el presente caso, el acusado ha perjudicado a 60 personas y varias agencias de viaje. Son hechos de gravedad. Aunque la condena fue de conformidad, hubo de ser puesto en búsqueda para poder ser enjuiciado. No consta un mínimo esfuerzo reparador hacia los perjudicados. La expulsión inmediata generaría en el ciudadano que cumple la ley un sentimiento de desasosiego y desprotección ante ciertos actos delictivos. Se aplaza la expulsión al cumplimiento de las dos terceras partes.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Lo que determina la estimación del recurso, si bien no en su integridad. Pues, aunque el precepto aplicable prioriza la expulsión directa, la compatibiliza con la facultad judicial, de la que debe hacerse un uso excepcional, de acordar el cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito». Régimen similar, en atención a la pena de dos años de prisión impuesta en este caso, al previsto en la legislación vigente a la fecha de los hechos, que también preveía la posibilidad de excepcionar la expulsión, pero más ventajoso para quien reivindica como procedente la misma en cuanto que la limitación al régimen excepcional produce efecto *ope legis*, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior (artículo 89. 1 y 5 en su redacción anterior).

3. Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, aglutina aspectos que ya han 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



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, el acusado fue condenado como autor de un delito de estafa cualificada e atención a la cuantía, de los artículos 248.1, 249, y 250.1.5º, por la que resultaron perjudicadas más de sesenta personas físicas, y varias agencias de viajes. Hechos de considerable gravedad. No se apreciaron circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y se le impuso en trámite de conformidad la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses a razón de una cuota diaria de 10 euros/día, si bien para posibilitar su enjuiciamiento hubo de dictarse orden de busca, que facultó su detención y entrega por parte de las autoridades judiciales de los Países Bajos, eso sí, una vez se había celebrado ya el juicio para el otro acusado en la causa, por lo que hubo de efectuar un segundo señalamiento.

El delito que cometió es de notable gravedad. El acceder a la sustitución inmediata de la pena, por el mero hecho de ser extranjero, cuando ni siquiera consta un mínimo esfuerzo reparador hacia los perjudicados, y hubo de ser traído al proceso de manera forzada, generaría un sentimiento de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que de acordar la expulsión del penado de forma automática en este caso, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva). Sentimiento de impunidad incluso que desincentivaría los fines de prevención especial en cuanto banalizador de la pena cuando ésta dimanara de comportamientos graves.

En atención a ello, por exigirlo la defensa del orden jurídico y para restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, procede



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

posponer la expulsión al momento en que el condenado haya cumplido dos tercios de la pena impuesta, acceda al tercer grado penitenciario o la libertad condicional. Alcanzado cualquiera de esos estadios, el resto de la pena que quede por cumplir será sustituida por la expulsión. Así lo acordaremos en la segunda sentencia que dictemos.

Por último, no resulta obstáculo para lo dispuesto que el penado manifestara, como señaló el auto de aclaración dictado por la Sala sentenciadora, su preferencia por ser expulsado a uno u otro lugar, incluso quedarse en España. Aunque la defensa, al formular sus conclusiones por adhesión a la de las acusaciones, no formulara expresamente la petición de expulsión, la cuestión se trató en el juicio, pues la sentencia se ocupó de ello a instancias de aquella, tanto inicialmente como en el posterior auto de aclaración, siendo indiferente a estos efectos las preferencias del recurrente respecto a su país de destino, extremo sobre el que no corresponde a este Tribunal pronunciarse.

2.ATS nº 849/2018, de 24 de mayo

Cumplimiento parcial de la pena hasta dos tercios para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Necesidad de no ignorar razones de prevención general y especial y evitar la sensación de impunidad. Los hechos revisten especial gravedad. Se trata de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud y que producen efectos devastadores en la sociedad. Además, se transportaba una cantidad muy significativa, como lo reflejaba el valor que hubiese obtenido en el mercado ilícito

El Tribunal Superior de Justicia desestimó todas y cada una de las pretensiones realizadas por el recurrente, que son reproducción de las planteadas en apelación.

En primer lugar, y respecto de la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión de territorio nacional, indicaba el Tribunal de apelación que el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

tenor literal del *artículo 89 del Código Penal*, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, preveía la sustitución de las penas de prisión superior a un año impuestas a extranjeros, incluso si su estancia no era ilegal, por la expulsión de territorio nacional, si bien el propio precepto introducía una cláusula de modulación, que se traduce en un cumplimiento parcial de la pena, no superior a los dos tercios de su extensión "cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito", e impone, en todo caso, la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En definitiva, estimaba que la pena sustitutiva no podía ignorar otros intereses públicos protegidos como la prevención general y especial y evocaba numerosos precedentes de esta Sala en los que se venía a decir que debía evitarse "la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal. Tal situación de impunidad no sólo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena -perspectiva de la prevención general negativa-, sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente como graves -perspectiva de la prevención general positiva" (*SSTS n° 1189/2005, de 24 de octubre ; 245/2011, de 21 de marzo ; 28/2012, de 25 de enero*)".

Entrando en el supuesto presente y teniendo en consideración las alegaciones del recurrente, la Sala de apelación consideraba que el criterio fundamental a la hora de acordar la entidad del cumplimiento de la pena de prisión antes de proceder a la expulsión venía dada, fundamentalmente, por la gravedad y entidad del delito, para evitar que la misma frustrase los fines de prevención general y especial de la pena.

Y traduciendo todo lo anterior al caso objeto de enjuiciamiento, el Tribunal Superior estimaba que los presentes hechos se referían a un delito de tráfico de drogas, en la que el acusado portaba consigo 3.879,6 gramos de cocaína pura, cantidad relevante, como indicaba su valor o precio estimado, en su venta al por mayor en el mercado ilícito de 200.031,8 euros.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

La respuesta dada por el Tribunal Superior de Justicia merece refrendo. Esta Sala, en numerosas ocasiones, se ha pronunciado al respecto, indicando que la pena de sustitución, como ya se dicho, no puede entrañar una suerte de impunidad y que debe conjugarse con las restantes finalidades de la pena, en particular la de prevención. Así, por vía de ejemplo se dice en la *sentencia de esta Sala número 164/2018, de 6 de abril*, "(e)l acceder a la sustitución inmediata de la pena, por el mero hecho de ser extranjero (...) generaría un sentimiento de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que de acordar la expulsión del penado de forma automática en este caso, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva). Sentimiento de impunidad incluso que desincentivaría los fines de prevención especial en cuanto banalizador de la pena cuando ésta dimanara de comportamientos graves."

Como lo ha estimado el Tribunal Superior de Justicia, los hechos revisten especial gravedad. Se trata de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud y que producen efectos devastadores en la sociedad. Además, se transportaba una cantidad muy significativa, como lo reflejaba el valor que hubiese obtenido en el mercado ilícito y las numerosas dosis individuales que podrían elaborarse a partir de ella.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Audiencia Provincial

1.SAP de Madrid, secc.29ª, nº68/2018, de 12 de febrero

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

Se cumplirán las dos terceras partes dada la cantidad de cocaína introducida

En el presente caso, habiéndose oído a las partes y a la acusada sobre la sustitución de la pena privativa de libertad por la **expulsión**, es posible decidir en este momento sobre ello, siendo preceptiva la sustitución, si bien, dada la naturaleza y gravedad del delito, la negativa repercusión que la entrada de una importante cantidad de cocaína en el mercado ilícito de nuestro país tiene en la sociedad, se estima imprescindible para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, acordar la ejecución de dos tercios de la pena, o de la parte de la misma que haya cumplido la penada una vez acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad provisional.

2.SAP de Madrid, secc.17ª, nº 135/2018, de 16 de febrero

Dado que tienen condenas previas debe cumplir mínimo dos tercios de la condena (1 año de 1 año y seis meses) para evitar la sensación de impunidad.

En nuestro caso si bien la condena como se ha razonado en el fundamento anterior es solo por un tráfico de cocaína de menor entidad, no es menos cierto que la hoja histórica penal se aprecia que al margen de una condena de 10 años de prisión también por tráfico de drogas impuesto por la Audiencia de Mallorca el 27.06.2001 y cumplida el 20.04.2008, tras cumplir esa pena tiene otra de la Sección Tercera de la Audiencia de Madrid de 19.06.2015 de dos años de prisión (que actualmente está cumpliendo) también por tráfico de drogas por hechos cometidos el 16.06.2014; por lo tanto esta trayectoria delictiva de tráfico de drogas justifica que para evitar la sensación de impunidad parte de la pena de 1 año y seis meses de prisión



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

se cumpla, concretamente como mínimo un año de prisión y los otros seis meses se sustituya por la **expulsión**.

3.SAP de Zaragoza, secc.4ª; nº 266/2018, de 20 de junio

Robo con violencia, cuatro años y tres meses de prisión, lesiones, cuatro años y tres meses de prisión y abuso sexual, un año de prisión.

Se justifica porque la pena debe cumplirse en dos terceras partes. Que el condenado tenga en consideración el respeto a las normas penales, el fin de las penas y no su fácil elusión, como mecanismo de corrección de comportamientos delictivos pues, de lo contrario, el Derecho Penal devengaría en una rama irrisoria del Ordenamiento Jurídico.

Finalmente se queja el apelante de que se ha infringido el artículo **89** del Código Penal al acordarse en la sentencia que el ahora recurrente cumpla la condena en prisión en sus dos tercios sustituyéndose el resto de la pena impuesta por **expulsión** del Territorio Nacional y todo ello en virtud de lo establecido en el artículo **89** del Código Penal . Considera el apelante que la Juez "a quo" no fundamenta por qué el orden jurídico se pueda ver afectado en este caso.

Carece de razón el recurrente porque la Juez "a quo" sí fundamenta las razones del cumplimiento de parte de la pena en prisión.

En primer lugar es preciso recordar que el artículo **89** del Código Penal en su párrafo 1 establece 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 ..."



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En su párrafo 2 establece 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..."

Sentado lo anterior la Juez "a quo", haciendo uso de las facultades que le confiere el mencionado precepto, acuerda que la pena impuesta y que supera en su totalidad los 5 años de prisión se ejecute en sus dos tercios y que el resto se sustituya por la **expulsión** y ello resulta necesario precisamente para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito es decir para que se cumplan los fines de la pena y en la efectividad del sistema penal y que el condenado tenga en consideración el respeto a las normas penales, el fin de las penas y no su fácil elusión, como mecanismo de corrección de comportamientos delictivos pues, de lo contrario, el Derecho Penal devengaría en una rama irrisoria del Ordenamiento Jurídico.

Audiencia Nacional

1.SAN n°3/2018, de 26 de junio

Validez de la conformidad por un delito de autoadoctrinamiento terrorista de cumplimiento de 16 meses de prisión y luego expulsión. No se excede de los dos tercios máximo de cumplimiento que marca el 89 CP.

El acta del juicio oral de fecha 3/04/2018, f. 415 y ss, refleja al f. 418 que, respecto de la privación de libertad, la calificación final del Ministerio Fiscal, única parte acusadora, solicitaba:" que deben ser efectivamente cumplidos 16 meses, sustituyéndole el resto de la condena por **expulsión** y prohibición de entrada de 5 años", siendo que al f. 423 se refleja que la defensa, en sus conclusiones definitivas, se muestra "conforme con el Ministerio Fiscal".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Con ese tenor de acuerdo, se deduce que fue la parte ahora recurrente la que, para que la acusación redujera la petición inicial de pena, convino con aquella cumplir 2/3 de la duración final solicitada, esto es 16 meses de privación de libertad, y luego, ser expulsada.

Ello exime al Tribunal fallador de razonar por qué se acoge esta solución por la que la rebaja penológica inicial aquieta la pretensión acusatoria si se cumplen efectivamente 16 meses de prisión antes de ser expulsada la acusada del territorio nacional, pues la razón y motivación es el acuerdo legal sobre la pena al que llegan así las partes convenientemente asesoradas, si se produce, como efectivamente acontece, dentro de los límites que para el auto adoctrinamiento terrorista señala la pena que le fija el Art. 575 CP , cuyo mínimo penológico se ha asumido.

Igualmente se respeta la solución pactada de la sustitución parcial de parte de la pena privativa de libertad al modo que permite el Art. 89 CP al ser la condenada ciudadana extranjera, pues razona literalmente el indicado precepto que la misma cabe " cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito ", como ocurre en el presente caso, al tratarse de un delito de peligro, contra el orden público, por la auto capacitación terrorista, que puede afectar al global de la población, y la condiciona a que: " la ejecución de una parte de la pena no podrá ser superior a dos tercios de su extensión " que es lo que suponen esos 16 meses de prisión aceptados en el juicio oral, tal y como se desprende del acta, " y que 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 ".

En definitiva y, en consecuencia, en lo que aquí se discute, lo que se pactó por las partes fue:

-una pena privativa de libertad de 2 años y un día, con otras penas accesorias no discutidas y una medida pos delictual,

-el cumplimiento efectivo de 16 meses de prisión, y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

-que, alcanzado el tercer grado, o concedida la libertad provisional, se sustituya el resto de la pena privativa de libertad, por **expulsión** del territorio nacional, con 5 años de prohibición de regreso.

En esa tesitura, el Auto de aclaración de 19/04/2018 complementa el fallo de la sentencia de 6/04/2018 añadiendo la exigencia legal que, para esos casos, impone el Art. 89.1 CP , pero en ningún modo rectifica ni modifica el pacto asumido y conformado por las partes, de manera que al final, la recurrente, de los dos años y un día de prisión a que ha sido condenada, debe cumplir hasta un máximo de 16 meses (primer tope) y, en todo caso, hasta que se le conceda el tercer grado, o se le conceda la libertad condicional (segundo tope), pues en el momento que ocurra alguna de sendas vicisitudes, se le deberá expulsar del territorio nacional, a donde no podrá regresar hasta transcurridos cinco años.

Cumplimiento de tres cuartas de la condena salvo que antes se alcance el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Supremo

1.STS nº 238/2018, de 22 de mayo

Delito contra la salud pública. 6 años, dos meses de prisión.

Aunque la Sentencia de instancia no motiva la razón de la expulsión, es correcta la decisión de la Sala de acordar la ejecución parcial de la condena al ser la pena superior a cinco años de prisión y no constar documentación acreditativa de la situación familiar del acusado al permitirlo la norma jurídica.

En tercer lugar, solicita la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** de territorio nacional cuando haya cumplido la mitad de la condena. El Tribunal Superior de Justicia indicaba, al respecto, que era cierto que la sentencia de instancia no contenía ningún razonamiento motivador de la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** del territorio nacional. Esto no obstante, y de forma acertada, el Tribunal Superior de Justicia se remitía al tenor literal del artículo 89 CP para considerar que, al tratarse de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

una pena superior a cinco años de prisión, era necesario acordar el cumplimiento de una parte de la condena impuesta y que, a falta de documentación sobre la situación familiar de las acusadas, la designación del momento de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena impuesta o del acceso al tercer grado o a la libertad condicional como tope para la **expulsión**, resultaba proporcionado a los fines de prevención especial y general de la pena impuesta.

La respuesta del Tribunal Superior de Justicia resulta adecuada. El propio tenor del artículo **89.2º** del Código Penal determinan que cuando la pena impuesta (en singular o plural) sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal debe acordar la ejecución de todo o de parte de la pena, en la medida que resulte necesaria para asegurar la defensa del orden jurídico y que se sustituirá la ejecución del resto la pena por la **expulsión** del penado, cuando éste cumpliera la parte de la pena que se hubiera determinado, accediese al tercer grado o se le concediese la libertad condicional. Esto es, el propio precepto daba cobertura a la decisión adoptada por el Tribunal de instancia.

Cumplimiento de la pena

Audiencia Provincial

1.AAP de Las Palmas, secc.6ª, nº 183/2018, de 13 de mayo

Delito contra la salud pública

Es preciso cumplir la pena por cuanto el retorno al país supone un nulo cumplimiento de la sanción penal, lanzando un mensaje erróneo a la sociedad sobre las consecuencias de cultivar y vender droga.

Tales argumentos son realmente escasos y no falta razón al recurrente cuando sostiene una falta de motivación en la resolución que se recurre.

No obstante, la Sala comparte la decisión adoptada por el Juzgado, pues si bien la reforma operada en el vigente artículo **89** establece la no **expulsión**, para penas privativas de libertad inferiores a cinco años y superiores a un año, como una medida excepcional, en este caso concurren tales circunstancias excepcionales. Las razones deben ser que resulte necesario el cumplimiento de la pena, con los límites establecidos en dicho precepto, para



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, debemos recordar la doctrina que establece como finalidad de la pena la prevención general y especial. El retorno del condenado a su país, equivale a un nulo cumplimiento de sanción penal, y frustraría la prevención general y especial de la pena, lanzando un mensaje erróneo, equivocado, a la sociedad sobre las consecuencias de cultivar droga y vender droga en nuestro país. Por dicha razón, debemos compartir la decisión adoptada por el Juez *ad quo*, y desestimar el recurso, confirmando íntegramente la resolución recurrida, debiendo determinar el juez *ad quo* los límites establecidos en la norma en el artículo **89**.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM

Audiencia Provincial

1.SAP de Mallorca, secc.2ª, nº190/2018, de 25 de abril

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

El periodo de prisión provisional no afecta a la duración de la expulsión. No hay desproporción en expulsar cuando se ha cumplido un año de prisión provisional. La ley permite expulsar en toda su extensión en caso de cumplimiento parcial de la condena hasta dos tercios, y por tanto también en supuestos de prisión preventiva. La duración de la expulsión se impone en la mitad atendida la pena impuesta, la falta de arraigo, la hoja histórico penal y la utilización de 37 alias con orden de expulsión

El penado se conformó con las penas impuestas excepto la sustitución por **expulsión**. A la vista del art. 89 que prevé la **expulsión** para penas superiores a un año de prisión no se observa desproporción alguna. Tampoco se observa desproporción en que casi haya estado un año en prisión preventiva. Es de ver que en el precepto se prevé incluso que en caso de cumplimiento parcial de la pena se podría acordar el cumplimiento de la pena hasta dos tercios de su extensión y el resto sustituirlo por **expulsión**, **expulsión** cuyo plazo es el general (periodo de cinco a diez años) sin ninguna previsión específica, esto es, no hay ninguna regla que minore el plazo de **expulsión** ni siquiera en caso de cumplimiento parcial y por tanto tampoco en caso de prisión provisional previa.

El plazo de **expulsión** es de cinco a diez años, el Juzgado sí motiva por qué ha fijado un plazo intermedio de siete años atendidas las penas impuestas y las circunstancias, que el propio Juzgado menta y son ni alega ni acredita arraigo, hojas histórico penal, utilización de hasta 37 alias, con orden de **expulsión**, irregular en España. Por tanto, la **expulsión** de cada una de las penas impuestas por **expulsión** del territorio español por siete años aparece como motivada y adecuada, sin que hayan sido rebatida por el recurrente las motivaciones expuestas en la sentencia.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO

Infracción

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº 35/2018, de 26 de abril

Se infringe el principio de contradicción si el Tribunal, contra el criterio del Fiscal, acuerda de oficio la expulsión sin que la defensa supiera ex ante la duración de la medida y no pudiera alegar una extensión inferior.

En el presente supuesto, la sustitución de la pena de prisión por su **expulsión** del territorio nacional fue suscitada de oficio por el tribunal al final de la vista, después de haber adelantado *in voce* el fallo de la sentencia y de declarar su firmeza.

En dicho incidente (art. 89.3 CP), se suscitó también de oficio la cuestión del arraigo en España de la acusada, contestando esta al tribunal que había vivido y trabajado en nuestro país durante 15 años en Granada y en Pamplona , que tenía familia consanguínea aquí en Granada y en Barcelona y que contaba con " permiso de residencia " en nuestro país en la causa solo consta la posesión de un NIE , que había renovado justo antes de volver a su país de origen para tener a su segundo hijo, nacido hace cinco meses, sin aclarar no fue preguntada sobre ello si su vuelta a Bolivia pretendió ser temporal o definitiva.

...

En el presente supuesto, como ya hemos dicho, la medida de **expulsión** no solo fue aplicada de oficio, sino que lo fue en contra de la solicitud expresa del Fiscal de que se procediera al cumplimiento íntegro de la pena de prisión, formulada cuando se requirió su parecer en el incidente que se suscitó tras el adelanto oral del fallo de la sentencia y su declaración de firmeza

...



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En cualquier caso, no tratándose de una pena incluida en el supuesto del art. 89.1 CP , que contempla la **expulsión** como regla general, sino en el del art. 89.2 CP , en el que la regla general es el cumplimiento de la pena de prisión, y habiendo impuesto el tribunal sentenciador el máximo de tiempo previsto para la prohibición de regresar al territorio español, sin valorar -como hemos dicho ut supra - las circunstancias relacionadas con el arraigo alegado por la acusada en nuestro país, es innegable que la defensa no pudo conocer ex ante la concreta extensión de la medida de seguridad que el tribunal pensaba aplicar y, por tanto, no pudo alegar sobre la procedencia de imponer uno inferior, en atención a la parte de pena sustituida y a sus circunstancias personales, que -como también hemos dicho ut supra - incluían un eventual arraigo en nuestro país lo cierto es que no pudo ser objeto de prueba específica , al que podría estar legítimamente interesada en volver en un tiempo menor que el impuesto de oficio por el tribunal sentenciador.

En consecuencia, procede la estimación del único motivo de apelación por lo que se refiere a la sustitución de una parte de la pena de prisión de seis años y un día impuesta en la sentencia recurrida por la **expulsión** del territorio nacional con prohibición de retornar durante diez años, **expulsión** que, por tanto, se deja sin efecto y, en consecuencia, la recurrente deberá cumplir la pena antedicha en su integridad, además de las accesorias y de la multa (150.000 euros), sin perjuicio de los beneficios penales y penitenciarios a que tuviere derecho.

Audiencia Nacional

1.SAN de 28 de mayo de 2018 (Recurso nº 1/2018)

Acordar la expulsión sin que lo pidiera el Fiscal ha supuesto que no ha podido examinarse la relevancia constitucional de la aplicación de la medida ni ponderar factores como el arraigo o los riesgos de tortura si es expulsado a su país.

Ahora bien, como ha puesto recientemente de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de septiembre de 2017 , y como ya ha destacado en otras ocasiones " con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el artículo 89 del CP imponía la **expulsión** a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

los casos en que resultaran condenados con penas inferiores a 6 años de prisión. El precepto fue interpretado por el Alto Tribunal, en reiteradas sentencias, suavizando su literalidad y adecuando su contenido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, se vino argumentando sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. **89** del Código Penal , en la que se ampliara la excepción a la **expulsión**, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la **expulsión** del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto.

(...)

Lo expuesto muestra la necesaria estimación del motivo. La injustificada aplicación de la medida de sustitución surge, ante la falta de petición por la acusación y de conformidad con ella por el condenado, por la ausencia, como señalara la mencionada sentencia de 11 de septiembre de 2017, de cualquier análisis de las circunstancias del caso y de la incidencia que la medida pueda tener en valores de relevancia constitucional como son el arraigo o el derecho a la unificación familiar del condenado. Por ello, la sustitución discutida ha de dejarse sin efecto.

Audiencia Provincial

1.AAP de Málaga, secc.7ª. con sede en Melilla nº 76/2018, de 2 de mayo

El Juzgado resuelve sobre la expulsión antes de que finalice el plazo que se le ha dado al penado para formular alegaciones sobre dicha expulsión. Presenta el escrito dentro del plazo, pero ya dictado el Auto acordando la expulsión.

El número 3º del artículo **89** en su nueva redacción exige que la decisión se tome tras un trámite de audiencia en condiciones de efectividad, que permita



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

al Juez o Tribunal informarse sobre las "circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España" y, con ello, pueda motivar suficientemente el juicio de proporcionalidad que la norma impone. Por el juzgador de instancia se ha omitido dicho trámite en cuanto la medida de **expulsión** sustitutiva de la pena privativa de libertad fue adoptada sin audiencia efectiva del penado, pues aun cuando se le dio traslado para que en el plazo de tres días efectuara alegaciones, la resolución fue dictada antes de su vencimiento, sin esperar a la presentación del escrito de la parte, que fue aportado dentro de plazo pero con posterioridad al dictado del auto, y por tanto valorar las alegaciones de la representación del penado acerca de las circunstancias del hecho, personales del autor y de arraigo en España, a fin de decidir razonadamente la proporcionalidad de la **expulsión**

No infracción

1.SAP de Barcelona, secc.9ª, nº 284/2018, de 3 de mayo

El penado no argumenta porque no puede resolverse en Sentencia sobre la expulsión. Ha conocido la petición de expulsión del Fiscal desde que se presentó el escrito de alegaciones y ha podido formular las alegaciones correspondientes.

El art.89..3 CP dispone 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. "

La regla general es, por tanto, que es en la sentencia donde debe decidirse la sustitución. No ofrece el recurrente argumentos sobre la imposibilidad de que en el presente caso se hubiera hecho así. Al contrario, el apelante tuvo conocimiento de la petición de **expulsión** desde que el Ministerio Fiscal presentó el escrito de acusación, por lo que ha podido formular alegaciones y presentar o proponer pruebas; al no haber dicho nada, puede acordarse la **expulsión**, tal y como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

792/2008 de 4-12-2008 o en las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 9ª, de 3-5-2013 , y de la Sección 7ª de 16-1-2014 .



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO

Audiencia Provincial

1.SAP de Jaén, secc.2ª, nº 98/2018, de 18 de abril

El acusado no compareció a juicio y en el recurso sólo hace una manifestación formal de arraigo sin acreditarlo.

Si bien el apdo. 4 dispone que no se acordará la **expulsión** cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, especialmente a su arraigo en España, la **expulsión** resulte desproporcionada, a cuyo efecto debe valorarse conforme a los criterios de la Circular de la FGE 7/2015 el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen, y los parámetros indicados por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sección Octava, de 7 de diciembre de 2017, C-636/2016, en el caso, el penado recurrente no compareció ni siquiera a juicio por lo que no pudo ser interrogado acerca de sus circunstancias personales ni tampoco con el recurso aporta acreditación alguna de estar integrado en el territorio nacional, estudiando y trabajando, realizando una mera alegación formal sin soporte probatorio, por lo que no puede accederse a la aplicación de la excepción de no **expulsión** solicitada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

1.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN

Audiencia Provincial

1.AAP de Cádiz, secc.3ª, nº 44/2018, de 5 de febrero

El penado es expulsado por Sentencia de 5 de febrero de 2012 y detenido en 2017 cuando entra en territorio español. No es aplicable la reducción de la pena prevista en el art.89.7 CP. No había transcurrido la mitad de la prohibición de entrada impuesta y carece de arraigo teniendo varias detenciones por violencia de género y quebrantamiento de condena. Es una persona problemática que no merece ningún beneficio.

Resulta que el penado Pelayo fue condenado en sentencia firme de fecha 5-12-2012 como autor de diferentes delitos a la pena en total de dos años y dos meses de prisión más 20 días de localización permanente, acordándose su **expulsión** con arreglo al artículo 89 del CP , llevándose a efecto pero imponiéndosele la prohibición de entrada en territorio español en 7 años, declarándose firme la sentencia en fecha 6-2-2013 , y notificada a dicho penado, procediéndose a la **expulsión** el día 26-3-2013, no pudiendo acceder a territorio español hasta el 26-3-2020. siendo detenido el día 27-10-2017 cuando entra en territorio español. El artículo 89.7 del actual Código Penal permite la reducción de forma excepcional y de manera discrecional cuando su cumplimiento resultare innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito atendiendo al tiempo transcurrido y las circunstancias en las que se haya producido el incumplimiento. 44

Lo anterior, atendiendo a las circunstancias concurrentes, pues solo había transcurrido la mitad de la prohibición impuesta, y las propias circunstancias personales del condenado, pese a las alegaciones de arraigo, (le constan



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

varias detenciones por delitos relacionados con violencia de género, varias órdenes de alejamiento con distintas mujeres, delito de quebrantamiento de condena, los propios delitos por los que fue condenado, atentado y resistencia, con enorme desprecio al principio de autoridad) revela no solo el desprecio a las resoluciones judiciales, sino que es persona, como muy bien indica el Juzgador a quo, de carácter problemático, no merecedor de ningún tipo de beneficio.

2.AAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 194/2018m de 26 de abril

El penado ha regresado a España incumpliendo la expulsión acordada. No procede la suspensión porque el art.89.7 CP no lo prevé. La suspensión sólo está prevista para el art.89.5 CP que no es aplicable al presente caso. Aunque extensivamente pudiera ponderarse aplicar la suspensión, no procedería porque el penado ha incumplido lo acordado lo que es relevante para entender que procede la ejecución de la pena para evitar la reiteración delictiva.

El auto recurrido acuerda denegar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta al recurrente (1 año y 2 meses de prisión.). Esta pena fue sustituida por la **expulsión** del territorio nacional por un periodo de siete años, pero el penado ha vuelto a territorio nacional año y medio después, reduciendo la resolución apelada la duración de la pena de prisión a un año.

La parte recurrente entiende que procede la suspensión ya que carece de antecedentes penales, no ha cometido más delitos y sin que se pueda tener en cuenta el hecho de que haya decidido volver a España.

El recurso se desestima. Hay que tener en cuenta que el actual artículo **89.7** del Código Penal no prevé la posibilidad de que al penado que vuelve a España pueda serle suspendida la ejecución de la pena. El precepto habla de que cumplirá las penas sustituidas sin excepción alguna, aunque excepcionalmente permite la reducción de la duración de la pena, como es el caso.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

La suspensión de la ejecución de la pena sólo está prevista en el supuesto previsto del artículo 89.8 del citado Código , supuesto que no es aplicable al caso.

Pero incluso en el supuesto de hacer una interpretación extensiva del precepto penal y deducir que se permite la suspensión de la pena no procedería en este caso, ya que el penado ha tardado sólo 18 meses en incumplir lo acordado, lo cual ya de por sí es relevante circunstancia para entender que es necesaria la ejecución para evitar nuevos delitos, puesto que el ahora recurrente muestra una voluntad rebelde al cumplimiento de las resoluciones judiciales.

3. AAP de Almería, secc.3ª, nº 288/2018, de 7 de mayo

El penado fue condenado por un delito grave con violencia a la pena de tres años de prisión. Ha quebrantado la expulsión cuando no ha transcurrido ni una cuarta parte de su duración. Está justificado que cumpla íntegramente la pena de prisión.

En síntesis, la defensa del orden jurídico propende a la finalidad de prevención de la pena impuesta y la confianza en la norma jurídica infringida a darle sentido efectivo a la norma, esto es, a proteger el bien jurídico quebrantado con el delito. Precisamente por ello, la excepción que permite la reducción de la pena en los casos de incumplimiento de la prohibición de entrada en territorio español cuando se sustituye la pena impuesta por la **expulsión** del territorio nacional debe interpretarse desde tres puntos de vista.

El primero tendente a considerar tal reducción excepcional, frente la regla general del cumplimiento de la pena impuesta, ya que como establece el precepto, la sustitución en sí ya es un primer paso potestativo, que da prioridad a la **expulsión** por encima de la protección del orden jurídico y de la confianza en la norma jurídica infringida. El segundo, que sólo será posible la reducción cuando el cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, criterios para los que debe tenerse en cuenta, como no podía ser menos, tanto la naturaleza de los hechos objeto de condena como su gravedad, habida cuenta su relación con el bien jurídico



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

infringido y la finalidad de prevención de la pena. Y el tercero que para determinar tal aplicación ha de estarse al tiempo transcurrido desde la **expulsión** y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

Pues bien, valorando tales circunstancias, en particular, que los hechos objeto de condena son graves, mediando violencia en su comisión, que la pena impuesta es de 3 años de prisión, que ya al sustituirse la pena impuesta por la **expulsión**, se dio prioridad a tal resolución sobre la protección del orden jurídico y la confianza en la norma vulnerada, que sólo han transcurrido 1 año y 8 meses desde la **expulsión** hasta la detención, esto es, ni siquiera una cuarta parte de la prohibición de entrada en territorio nacional y que no concurren en la entrada en territorio español circunstancias especiales que la justifiquen, procede que el penado cumpla íntegramente la pena de prisión impuesta, no habiendo lugar a la reducción excepcional de la misma que ha interesado.

La resolución recurrida es ajustada a derecho, compartiendo esta Sala la misma, justificándose el cumplimiento de la pena de prisión impuesta por el quebrantamiento por el penado de la prohibición de entrada en territorio español, sin haber transcurrido siquiera una cuarta parte de la duración de la prohibición de entrada vulnerada.

En conclusión, ninguna infracción legal se ha producido en la resolución recurrida, ejerciendo el órgano competente para la ejecutoria la facultad soberana que legalmente le corresponde, al revocar la sustitución de la pena de prisión impuesta por la **expulsión** del territorio español, ordenando el cumplimiento de la pena de prisión, sin que se advierta en su resolución ningún error manifiesto o pronunciamiento arbitrario que justifique la estimación del recurso, que por ello debe desestimarse, confirmando la resolución recurrida.

2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

Audiencia Provincial



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

1.AAP de Valladolid, secc.2ª, nº 74/2018, de 12 de febrero

Ante la imposibilidad de expulsión el Juez debe motivar porque opta por la ejecución de la condena y no por la otra opción que ofrece el art.89.8, párraf. 2º, la suspensión de la condena.

El contenido de la parte dispositiva de la sentencia firme dictada en trámite de conformidad por el juzgado nº 4 de Valladolid, en lo relativo a los 15 meses de prisión sustituidos por la **expulsión** de territorio nacional durante 10 años, no puede ser hecho efectivo, al tramitar el Juzgado de Instrucción nº 3 de Valladolid causa independiente, en la que acordó no autorizar la **expulsión** de Hermenegildo del territorio nacional, en lo relativo a su procedimiento.

Ante ello, es de aplicación el Art. **89** nº 8, párrafo 2º del C. Penal que establece que "en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la **expulsión**, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación en su caso de la suspensión de la ejecución de la misma".

Así pues, dicho artículo regula las posibilidades que pueden adoptarse cuando la sustitución de una pena privativa de libertad por la **expulsión** del penado del territorio nacional, no pueda llevarse a efecto. El auto que se impugna no motiva la adopción de ninguna de estas posibilidades, ni concretamente razona por que no concede la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, interesada por la parte ahora apelante. Vista la motivación del auto apelado, y la adhesión al recurso del Ministerio Fiscal en el apartado relativo a que se devuelva la causa al Juzgado de lo Penal a los efectos de que inicie el trámite sobre la posible concesión de la ejecución de la pena, entendemos que se ha producido una situación de indefensión, al no razonar ni motivar el auto apelado el por qué no adopta una de las posibilidades que establece el Art. **89** nº 8 párrafo 2º del C. Penal , cual es el de la suspensión de la condena.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

XIV.OTRAS CUESTIONES

Audiencia Provincial

1.AAP de Madrid, secc.5ª, nº 2077/2018, de 28 de junio

Improcedencia del recurso aclaración para que en la sentencia se fije una fecha en que se acordará la expulsión cuando el penado en el derecho a la última palabra ha señalado que quiere cumplir parte de la condena en España lo que debe interpretarse como que no quiere ser expulsado. En ejecución se decidirá sobre la expulsión.

En cuanto a la solicitud de que se refleje en sentencia la fecha de cumplimiento en que se debe proceder a la **expulsión** según el artículo 89.3 del C. Penal , es obvio su improcedencia. En este caso lo que se cuestiona mediante la solicitud de aclaración es la valoración hecha por la sentencia pues aunque literalmente lo manifestado por el condenado a la pregunta de si desea que se sustituya parte de la pena por la de **expulsión** a su país o desea permanecer en España, su contestación en efecto, fue: "que le gustaría cumplir en España", sin embargo de ello se desprende sin mayor dificultad, tal y como se valora en el fundamento de derecho cuarto, que manifestó su deseo de no ser expulsado de España; y como se sienta en tal fundamento de derecho cuarto habrá de estarse al trámite de ejecución de sentencia. En efecto, por tanto, es en tal tramite es donde habrá de decirse lo oportuno sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la **expulsión** de territorio nacional y en qué términos, pero como quiera que los términos empleados sobre ello en el fundamento de derecho dicho resultan un tanto oscuros lo son de aclarar en el sentido acabado de exponer.