



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

EXPULSIÓN JUDICIAL. ART.89 CP

Julio a diciembre 2018

INDICE

I.NOTA PREVIA.....p.4.

II.NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA.....p.7.

III.RETROACTIVIDAD

1.PENAS INFERIORES AL AÑO DE Prisión.

2.RESIDENTES Y COMUNITARIOS.

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

1.COMUNITARIO

2. RESIDENTES EN ESPAÑA, FAMILIAR COMUNITARIO O EN UN PAÍS DE LA UNIÓN.....p.10.

V. PETICIÓN DE LA EXPULSIÓN.....p.14.

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

V. Ter. NATUTALEZA DE LA PENA A LA QUE SE APLICA LA EXPULSIÓN



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VI. APLAZAMIENTO DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN A EJECUCIÓN

VII. OMISSION DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN.....p.16.

VIII. EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO.....p.18.

A. CONCEPTO Y CRITERIOS DE ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR.....p.18.

C. ARRAIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

D. ARRAIGO LABORAL..... p.22.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA

F. OTROS

G. PRUEBA DEL ARRAIGO.....p.22.

G.1. REGLAS GENERALES.....p.22.

G.2. MOMENTO PROCESAL DE ALEGAR EL ARRAIGO U OTRA CIRCUNSTANCIA OBSTATIVA A LA EXPULSIÓN..... p.23.

G.3. PRUEBA DE ARRAIGO FAMILIAR.

G.4. PRUEBA DEL ARRAIGO LABORAL

G.5. PRUEBA DE OTROS ARRAIGOS

2. RAZONES HUMANITARIAS

3. GRAVEDAD DEL DELITO Y TRAYECTORIA DELICTIVA



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.26.

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM.....p.35.

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO.....p.36.

XII. LA INCOMPARECENCIA DEL PENADO A JUICIO

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

1.QUEBRANTAMIENTO DE LA EXPULSIÓN

2.IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

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



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:

No dar relevancia a la solicitud de la autorización de residencia para modular la expulsión forma parte de la discrecionalidad del órgano judicial. ATS nº 1440/2018, de 4 de octubre.

Irrelevancia de que en su momento el expulsado tuviera tarjeta de residencia por familiar comunitario. El RD 240/2007 no es aplicable a familiar marroquí. Gravedad de la tentativa de homicidio como amenaza a la seguridad pública. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº157/2018, de 30 de octubre.

El Tribunal debe valorar para denegar la expulsión el que el penado tuvo una autorización de residencia permanente. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº63/2018, de 30 de julio.

Validez de no apreciación de arraigo de quien aporta un certificado de pareja de hecho y un empadronamiento producido días antes de la celebración del juicio. Además, consta la expulsión administrativa. ATS nº 1034/2018, de 26 de julio.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

No cualquier arraigo familiar justifica la expulsión. En este caso el penado ha vivido con su madre, pero no tiene descendientes ni trabajo. El delito es un homicidio en grado de tentativa. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº157/2018, de 30 de octubre

El arraigo familiar supone que la expulsión no resulta proporcionada y se han probado relaciones estables de convivencia, dependencia material frente al penado y proximidad del parentesco. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº151/2018, de 24 de octubre.

No se aprecia el matrimonio como factor de arraigo. Fuera del empadronamiento no hay dato que acredite la existencia de una verdadera relación afectiva o convivencia familiar. El acusado tenía una habitación alquilada donde se incautó la droga. El TEDH ha señalado que no basta con un matrimonio formal, es preciso acreditar otros factores que demuestren una vida en pareja. STSJ de Navarra, secc.1ª, nº5/2018, de 25 de julio.

No se aprecia arraigo La oferta de trabajo no tiene lugar hasta vísperas del juicio. STSJ de Navarra, secc.1ª, nº5/2018, de 25 de julio.

Llevar 18 meses en España cuando es detenido no es arraigo. STSJ de Navarra, secc.1ª, nº5/2018, de 25 de julio.

La defensa puede probar fácilmente el arraigo. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº77/2018, de 1 de octubre.

En el recurso de apelación no puede valorarse documentación sobre el arraigo familiar si está fuera del supuesto del art.790.3 LECRIM. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº151/2018, de 24 de octubre y STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº63/2018, de 30 de julio.

La falta de arraigo se acredita por la ausencia de registros de extranjería y que no conste que haya intentado solicitar una autorización de residencia. En defecto puede valer la existencia de familia o medios de vida, pero corresponde a la defensa probarlos. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº77/2018, de 1 de octubre.

Principio de audiencia. Aunque haya conformidad hay que indagar sobre las circunstancias personales del penado, más cuando no consta en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

grabación si el penado ha aceptado la expulsión STSJ de Asturias, secc.1ª, nº20/2018, de 24 de julio.

Validez de que se acuerde la expulsión tras el cumplimiento de toda la pena de prisión hasta que el penado alcance el tercer grado o la libertad condicional. No infracción del ne bis in idem. El 89 es un sustitutivo de la pena no un añadido, siempre la acorta. El tercer grado y la libertad condicional son fases de la pena que pueden sustituirse. Carece de sentido dejar que transcurra el tiempo del tercer grado o la libertad condicional en España para activar la expulsión por la vía del art.57.2 LOEX. STS nº 397/2018, de 11 de septiembre. MUY INTERESANTE.

Omisión por parte de la Audiencia de especificar la parte de la pena que debe cumplirse y la duración de la misma. Tampoco se concretan las razones vinculadas a la defensa del ordenamiento jurídico o a restablecer la confianza en la norma. No cabe por la inseguridad que supone acudir a fórmulas hipotéticas con paralelismos con las peticiones del Fiscal. El recurrente debió acudir al recurso de aclaración. Actúa correctamente el TSJ al devolver el procedimiento a la Audiencia para que resuelva por incidente contradictorio. ATS nº 1127/2018, de 26 de julio.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

II. NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN Y FINES DE LA REFORMA

Tribunal Supremo

1. ATS nº 1438/2016, de 29 de noviembre

Principales novedades de la reforma introducida por LO 1/2015: La extensión de la pena debe ser superior al año de prisión y la supresión del requisito de la residencia legal del extranjero por lo que puede expulsarse a todo extranjero. Se incorporan requisitos que se venían exigiendo jurisprudencialmente para la expulsión como la falta de arraigo.

Tiene establecido esta Sala que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 en el artículo 89.1º del Código Penal introdujo dos importantes modificaciones para la aplicabilidad de la sustitución: En primer lugar, en cuanto a la extensión que debe tener la pena de prisión impuesta, precisando que debe ser de más de un año; en segundo, eliminándose el requisito de la residencia no legal del extranjero, de suerte que la sustitución puede hoy adoptarse respecto de cualquier extranjero. En todo caso, y con carácter general, se ha destacado que en el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto 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 (SSTS 667/2016, de 14 de abril o 927/2016, de 14 diciembre) (STS 608/2017, de 11 de septiembre).

2. ATS nº 1440/2018, de 4 de octubre

Posibilidad de modular la medida compatibilizándola con un cumplimiento parcial de la condena.

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



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

3.ATS nº1351/2018, de 8 de noviembre

Necesidad de valorar referencias normativas que no pugnan con la libertad de arbitrio como es asegurar la defensa del orden jurídico o restablecer la confianza en la vigencia de la norma.

El apartado primero del art. 89 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 dispone: "Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional".

Conforme a dicha redacción podemos tener en cuenta las referencias normativas que no están reñidas con la libertad de arbitrio existente antes de la misma. Nos referimos a: a) La necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico; y b) Restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito (STS 27-5-15).

Tribunal Superior de Justicia

1, STSJ de Madrid, secc.1ª, nº127/2018, de 28 de septiembre

Si la pena excede del año de prisión, la regla general es la expulsión y excepcionalmente el cumplimiento parcial de la condena antes de la expulsión con un máximo de dos terceras partes. Si la pena excede de los cinco años de prisión, la regla general es el cumplimiento de toda o parte



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de la condena antes de la condena sin exponer porcentaje de cumplimiento

Este precepto ahora vigente -producto final de varias reformas legislativas llevadas a cabo por Ley Orgánica 8/2000, Ley Orgánica 11/2003, Ley Orgánica 5/2010, y Ley Orgánica 1/2015- distingue así entre las penas privativas de libertad, impuestas a personas extranjeras, superiores a cinco años de prisión de las penas inferiores, pero de más de un año de prisión, Respecto de estas últimas, establece como regla general la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** y excepcionalmente el cumplimiento de parte de la condena, en cuyo caso ese cumplimiento no puede exceder de las dos terceras partes. Pero cuando la pena de prisión exceda de cinco años, la regla es la contraria: el cumplimiento de toda o parte de la condena, sin establecer en tal caso el porcentaje de cumplimiento, que deberá fijarse en función de lo que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

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

Tribunal Supremo

1.ATS nº 1440/2018, de 4 de octubre

No dar relevancia a la solicitud de la autorización de residencia para modular la expulsión forma parte de la discrecionalidad del órgano judicial.

De acuerdo con las consideraciones jurisprudenciales expuestas, y reiterando que la expulsión del territorio se acuerda únicamente respecto de Urbano, se advierte que el recurrente no ha puesto de manifiesto motivos de índole personal que permitan modular la expulsión, más allá de alegar que se encuentra en trámites de solicitar la residencia legal en España, de forma tal que la pretensión debe decaer; valorando a este efecto que se trata de una facultad discrecional del órgano a quo de lo que, según lo expuesto, no se ha hecho un uso arbitrario.

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº63/2018, de 30 de julio

El Tribunal no ha valorado el significado que a efectos de arraigo supone el haber ostentado un permiso de residente legal de larga duración que conforme a la normativa de extranjería precisó de cinco años de residencia legal previa. Hay actuaciones policiales desde el año 1997. Se revoca la expulsión y se acuerda que la Audiencia resuelva en incidente contradictorio.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Pues bien, como reconoció la defensa del recurrente en el acto de la vista de los recursos, en el presente caso, pese a que se conocía por el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal que este solicitaba desde un inicio la sustitución de la prisión por la **expulsión** del territorio nacional, no propuso ninguna prueba específica sobre el arraigo del acusado en nuestro país, a salvo de la consistente en el permiso de residencia permanente que le había sido concedido por las autoridades administrativas, del que se unió el correspondiente certificado durante la instrucción (fol. 14 del rollo de instrucción).

Pues bien, aun cuando el tribunal sentenciador pudiera dudar legítimamente de la veracidad de las manifestaciones del acusado sobre la efectiva posesión de vínculos familiares, laborales y sociales, debió haber valorado ponderadamente -y no lo hizo- el significado que, a efectos de su arraigo en nuestro país, supone el ostentar un permiso de residencia de larga duración, que, conforme a la legislación de extranjería (art. 148.1 R.D. 557/2011 de 20 abril), precisa de al menos cinco años de residencia legal previa y permanente -supuestos excepcionales al margen-, periodo que en el caso del recurrente ha debido ser mucho mayor habida cuenta la existencia de un rastro de actuaciones policiales que le afectan desde el año 1997 (fol. 7-8 del rollo de instrucción), razón por la cual el pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena debe revocarse debido a la falta de motivación suficiente sobre el arraigo del penado que pueda deducirse de su permiso de residencia en nuestro país.

(...)

REVOCAR y dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena de TRES AÑOS de prisión por la **expulsión** del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo por el mismo tiempo, manteniendo incólumes todos los demás pronunciamientos y sin perjuicio de lo que decida resolver con libertad de criterio la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Girona sobre la **expulsión** del condenado solicitada por el Ministerio Fiscal en el incidente a que se refiere el art. 89.3 CP, que deberá convocar con la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

urgencia que considere oportuna una vez declarada la firmeza de su sentencia.

2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº157/2018, de 30 de octubre

Delito intentado contra la vida. No es obstáculo para la expulsión que en su momento la situación administrativa del penado fuese la de residente de familiar comunitario. La madre ha señalado que está casada con un español. El ámbito de aplicación del RD 240/2007 no se extiende a los familiares de ciudadanos marroquíes. El penado tiene escaso arraigo y la tentativa de homicidio es una grave amenaza para la seguridad individual y colectiva.

El Tribunal, cierto es, aprecia que Braulio -nacido en Marruecos el NUM002.1996- tiene un cierto arraigo (en nuestro país) al vivir con su madre y haber tenido residencia legal en España -caducada en el momento del dictado de la Sentencia.

(...)

No obsta a lo que antecede que, en su momento, la situación del penado fuese la de "residente de familiar comunitario" -Oficio nº 14402/2016, de la DGP obrante al f. 33, ratificado por la declaración de la madre en el plenario afirmando estar casada con un español-; tal estatus no puede ser asimilado sin más al de un ciudadano comunitario. Lo recuerda recientemente la STS 164/2018, de 6 de abril -roj STS 1375/2018 -, cuando dice (FJ 2º.2):

"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".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Cfr., v.gr., arts. 2 y 2bis RD 240/2007, cuyo ámbito de aplicación se ciñe a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, entre los que no se encuentra Marruecos.

Es clara, pues, la aplicación al caso del art. **89.2** -al que por cierto también se remite el inciso final del art. **89.4** CP- En este sentido, la Sala a quo ha atendido a la naturaleza y gravedad del delito cometido, reparado cabalmente en las circunstancias personales del acusado -con un arraigo en España en verdad lenificado-, y ha concluido sin sombra de arbitrariedad en la proporcionalidad de la **expulsión** para la necesaria defensa del orden y la prevención del delito, siendo por demás evidente -dicho sea a mayor abundamiento- que una tentativa acabada de homicidio entraña una amenaza grave para la seguridad individual, pero también colectiva, sentido asimismo amparado por el art. 17.1 CE.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

V.PETICIÓN DE LA EXPULSIÓN

Tribunal Supremo

1.ATS nº 1438/2018, de 29 de noviembre

El Tribunal Superior confirma la expulsión al solicitarlo el Fiscal y carecer el acusado de familia o persona que dependa de él. No goza de medios de vida lícitos. Ausencia de relevancia casacional. El recurrente se limita a reiterar los argumentos de la instancia que debe confirmarse. La expulsión fue pedida por la única parte acusadora, el Fiscal, cumpliéndose las exigencias del principio acusatorio. No se han aportado datos por los que se estime que la medida es desproporcionada.

) El Tribunal Superior de Justicia refrendó la medida adoptada por la Audiencia, señalando que el Ministerio Público solicitó su aplicación, indicando que el acusado carecía de residencia legal en España, que no le constaba arraigo personal ni medio de vida laboral lícito, que había sido condenado por hechos graves y que, además, era reincidente.

Estas alegaciones fueron asumidas por el Tribunal Superior de Justicia, que entendía que encajaban en los criterios establecidos en el número 1º del artículo 89 para su aplicación. Indicaba, así que no constaba que el acusado tuviese familia de ninguna clase ni que hubiese persona alguna que dependiese económicamente de él, que no había acreditado que gozase de medios de vida laboral lícito y que incluso tampoco había alegado que su expulsión pudiese entrañar peligro para su vida o el sometimiento a posibles tratos inhumanos o degradantes. Asimismo, el Tribunal Superior hizo constar que se trata de una regla imperativa, que fue solicitada por el Ministerio Fiscal y debatida en el acto de la vista oral, lo que otorgó al acusado la posibilidad de defenderse de ella.

Igualmente, la valoración del Tribunal Superior ha de ratificarse. Concurren los presupuestos establecidos en el artículo 89 del Código Penal, dándose, además, la circunstancia de que su aplicación, como es preceptivo, había sido solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el presente procedimiento. Se cumplían, por lo tanto, las exigencias del principio acusatorio. Por otra parte, no se han aportado datos que apoyen la estimación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de que la medida, por alguna de las circunstancias mencionadas, resulte desproporcionada.

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



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VII. OMISIÓN DE LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN Y MOTIVACIÓN

Tribunal Supremo

1. ATS nº 1127/2018, de 26 de julio

Omisión por parte de la Audiencia de especificar la parte de la pena que debe cumplirse y la duración de la misma. Tampoco se concretan las razones vinculadas a la defensa del ordenamiento jurídico o a restablecer la confianza en la norma. El recurrente debió acudir al recurso de aclaración. Resuelve correctamente el TSJ al devolver el procedimiento a la Audiencia para que resuelva por incidente contradictorio. No hay indefensión por dilaciones en cuanto el art.89 CP prevé que pueda debatirse en ejecución sobre la expulsión.

A) Aduce 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 ni cuál es el plazo en que estará vigente la prohibición de regresar, conforme al artículo 89.1º del Código Penal. Asimismo, denuncia que no se hacen explícitas en la sentencia las razones relacionadas con la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida.

B) El Tribunal Superior de Justicia estimó que era cierto que en la sentencia de la Audiencia no se especificaba qué parte de la pena de prisión era la que se entendía sustituida por la expulsión del territorio nacional, ni se hacían manifestaciones sobre las razones relacionadas con la defensa del orden jurídico.

Así mismo, estimaba el Tribunal Superior que tampoco era válido acudir a estimar, por vía deductiva, que la sustitución parcial de la pena alcanzaba las dos terceras partes de la pena impuesta, partiendo de que el Ministerio Fiscal había solicitado una pena de cinco años de prisión y la expulsión tras el cumplimiento de tres años y cuatro meses (o sea, las dos terceras partes de la pena impuesta), y el término de la prohibición de regreso en ocho años a contar desde la expulsión. Fundamentalmente, razonaba la Sala de apelación que no se podía hablar de una aceptación tácita de la sustitución, porque la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

defensa negaba la comisión del delito y solicitaba la absolución y que la pena impuesta, finalmente, era inferior, en concreto la mitad, a la solicitada por el Ministerio Fiscal. En definitiva, la Sala de apelación rechazaba aplicar una fórmula proporcional de cumplimiento, partiendo del porcentaje entre la pena y el periodo de cumplimiento que se desprendía de la petición punitiva del Ministerio Fiscal, pues consideraba que era un método altamente inseguro y que no reunía los requisitos mínimos para otorgarle eficacia.

Sin embargo, consideraba que tampoco por ello correspondía estimar el motivo, basándose en una sentencia previa del mismo Tribunal Superior de Justicia, de 18 de enero de este año, en la que se remitía a lo que se pudiese determinar en auto, al que hacía referencia el artículo 89.5º del Código Penal, tras la tramitación del correspondiente incidente contradictorio.

La contestación del Tribunal Superior de Justicia a la cuestión formulada por el recurrente, resulta acertada. El principio de seguridad jurídica, de importancia vital en el campo del Derecho Penal, impide que pueda acudirse a aplicar una fórmula hipotética, especulando con lo que la Audiencia hubiese podido decidir por paralelismo con las peticiones del Ministerio Fiscal. Sin embargo, también es cierto que la ausencia de aclaración del punto en cuestión debería haberse solicitado mediante las vías que arbitran tanto el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que acudir a su devolución al órgano de instancia para que se pronunciase al respecto, incidiría negativamente en otros derechos fundamentales, entre ellos, el más evidente, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues es también verdad que los requisitos objetivos del artículo 89 del Código Penal concurren. Esto último destaca especialmente, si se atiende a que el artículo 89 del Código Penal, en su apartado tercero, arbitra la posibilidad de que se resuelva sobre la expulsión y sobre sus términos y condiciones (con las obvias limitaciones legales) en fase de ejecución de sentencia.

Por todo ello, procede la inadmisión del presente motivo, de conformidad con lo que determina el artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VIII.EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN

1. ARRAIGO

B. ARRAIGO FAMILIAR

Tribunal Supremo

1.ATS nº 1034/2018, de 26 de julio

Validez de no apreciación de arraigo a quien aporta un certificado de pareja de hecho y un empadronamiento producido días antes de la celebración del juicio. Además, consta la expulsión administrativa.

Por lo demás, el Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión del recurrente relativa a dejar sin efecto la expulsión acordada, haciendo suyos los argumentos de la Audiencia Provincial, relativos a la condición de reincidente del acusado, así como a que la simple inscripción en el registro de parejas de hecho y su empadronamiento junto a un ciudadano español no obstan a la sustitución de la pena de prisión por expulsión, máxime cuando tal inscripción tuvo lugar escasos días antes de la celebración del juicio oral, y el empadronamiento se produjo el trece de abril de 2016.

Asimismo, se valoró por el Tribunal de primera instancia que las autoridades competentes ya tenían acordada la expulsión administrativa del recurrente.

En conclusión, 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.

Tribunal Superior de Justicia

1. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº157/2018, de 30 de octubre

El acusado tiene cierto arraigo al vivir con su madre, pero no hay descendientes sin que conste aportación del penado al sostenimiento de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

las cargas familiares o que tenga trabajo. Sí que consta la presencia de un delito grave contra la vida. Si bien, no puede sostenerse que por delinquir no cabe arraigo tampoco cabe señalar que la presencia de un cierto arraigo familiar impide la expulsión.

El Tribunal, cierto es, aprecia que Braulio -nacido en Marruecos el NUM002.1996- tiene un cierto arraigo (en nuestro país) al vivir con su madre y haber tenido residencia legal en España -caducada en el momento del dictado de la Sentencia.

Ante ese único dato, sin constar solvencia ni actividad laboral o profesional de ninguna clase y sí, en cambio, la comisión de un delito grave contra la vida, 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 cumplimiento parcial 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 un actividad delictiva muy grave, con riesgo para la vida de las personas.

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 , roj 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. Más 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, ni que tenga hijos de corta edad en España...



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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 delinquir, 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 a su madre en España -no descendientes-, ni consta contribución alguna del acusado al sostenimiento familiar, ni actividad laboral de éste, y 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.

2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº151/2018, de 24 de octubre

La recurrente alega ser madre de una niña nacida en España. Aporta fotocopia del libro de familia. El arraigo familiar supone que la expulsión no resulta proporcionada probadas relaciones estables de convivencia, dependencia material frente al penado y proximidad del parentesco.

En segundo lugar, hace referencia a su situación familiar: es madre de niña nacida en Madrid el día NUM000 de 2010 añadiendo que la menor vive con su padre Julio. Argumenta que ello determinaría castigo de la propia menor. Para la acreditación de este extremo aporta fotocopia del Libro de Familia; y afirma que aporta DNI de la menor, pero el mismo no obra en las actuaciones.

Con carácter general puede afirmarse que, atendiendo a la situación familiar, la **expulsión** no resulta proporcionada cuando el extranjero tiene establecida su familia en España, de tal manera que resulten probadas relaciones estables de convivencia, o bien de dependencia material frente al penado; debiendo valorarse asimismo la proximidad del parentesco.

Comentario: El libro de familia no se valora por presentarlo fuera del momento procesal. Vid. G.2



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

3.STSJ de Navarra, secc.1ª, nº5/2018, de 25 de julio

No se aprecia el matrimonio como factor de arraigo. Fuera del empadronamiento no hay dato que acredite la existencia de una verdadera relación afectiva o convivencia familiar. El acusado tenía una habitación alquilada donde se incautó la droga. El TEDH ha señalado que no basta con un matrimonio formal, es preciso acreditar otros factores que demuestren una vida en pareja.

El principal soporte de la tesis del recurrente se encuentra, ciertamente, en su matrimonio con la española doña Sandra, que tuvo lugar en el mes de agosto de 2017. A este respecto debemos reconocer que el acusado está empadronado en el mismo domicilio donde lo está su esposa - en TRAVESIA000 -, pero fuera de este dato no hay ninguna prueba que acredite la existencia de una verdadera relación afectiva o convivencia familiar. Como se dice en la sentencia recurrida, el acusado tenía una habitación alquilada en la AVENIDA000, justamente donde fue incautada la sustancia estupefaciente litigiosa. Es más, consta en las Diligencias Previas (f. 96) que, requerido el acusado por el Juzgado para señalar domicilio, fijó precisamente el de la AVENIDA000. De otro lado, en un informe social del Ayuntamiento de Pamplona (f. 43 del Procedimiento Abreviado) se habla exclusivamente de " la unidad familiar formada por Sandra y su hijo". Por fin, como bien arguye el Ministerio Fiscal, la esposa doña Sandra no ha prestado declaración alguna en este procedimiento.

Así los hechos, conviene recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige en este punto una relación genuina, una relación de convivencia real y estable, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal (SSTEDH 30 de noviembre de 1999, Baghli contra Francia; 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrero de 2001, Ezzouhdi contra Francia; 17 de abril de 2003, Yilmaz contra Alemania; y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia). Así pues, no es suficiente con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja (STEDH de 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En suma, consideramos totalmente acertada la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, a cuyos razonamientos nos remitimos y, por tanto, entendemos que el acusado ni ha acreditado una verdadera convivencia familiar, ni en definitiva su esgrimido arraigo en España.

D. ARRAIGO LABORAL

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Navarra, secc.1ª, nº5/2018, de 25 de julio

No se aprecia. La oferta de trabajo no tiene lugar hasta vísperas del juicio

De otro lado, tanto la esgrimida oferta de trabajo -de la peluquería donde en parte se desarrollaba su actividad delictiva- como la solicitud de tarjeta de residencia no tuvieron lugar, curiosamente, hasta las vísperas del juicio oral -mayo de 2018-, lo que no deja de ser asimismo revelador de su escaso asentamiento en España y acaso de la artificiosidad de esos trámites.

E. ARRAIGO POR PERMANENCIA

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Navarra, secc.1ª, nº5/2018, de 25 de julio

Desde esta perspectiva, es importante subrayar que al tiempo de su detención - diciembre de 2017- el acusado solo llevaba residiendo en España 18 meses, tiempo, como se ve, de escaso relieve.

G. PRUEBA DEL ARRAIGO

G.1. REGLAS GENERALES

Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº77/2018, de 1 de octubre

La defensa puede probar fácilmente el arraigo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Tampoco es posible estimar el segundo motivo del recurso de este acusado (Cristóbal), mediante el cual se pretende hacer inefectiva la sustitución de la pena de prisión por la **expulsión** del territorio nacional conforme a lo previsto en el art. **89.1** CP, porque la prueba de su falta de **arraigo** del acusado se obtuvo al quedar acreditado que carecía de número de registro de extranjería y al no constar que hubiese efectuado trámite alguno para legalizar su situación o, en su defecto, que tuviera pariente alguno o medios de vida en nuestro país, circunstancias estas que le hubiera sido muy fácil a la defensa acreditar si hubiera podido hacerlo.

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

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº151/2018, de 24 de octubre

El libro de familia podría suponer una apreciación de arraigo, pero no puede resolver el TSJ en apelación sobre la validez de la fotocopia del libro de familia por no concurrir los requisitos del art.790.3 LECRIM para admitir documental en segunda instancia

En el caso presente, si resultaran acreditadas las razones contenidas en el recurso de apelación y si pudiera valorarse el Libro de Familia u otros medios de acreditación aportados en la forma y momento procesal adecuados, podría llegar a concurrir una situación de arraigo por razones familiares, puesto que tiene una hija (Valentina) que nació en Madrid el NUM000 de 2010, estando casada con Julio (padre de la niña).

Téngase en cuenta que esta sala no puede entrar a valorar el contenido de la fotocopia del Libro de Familia porque no ha tenido acceso al presente proceso por la vía adecuada, esto es, no concurre ninguno de los supuestos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

del artículo 790.3 LECRIM para la práctica de esta prueba documental en segunda instancia.

2. STSJ de Cataluña, secc.1ª, nº63/2018, de 30 de julio

Los documentos sobre arraigo presentados en la vista de la apelación no pueden valorarse por la Sala al estar fuera del art.790.3 LECRIM. Debe hacerse en incidente contradictorio ante la Audiencia en ejecución.

Pues bien, como reconoció la defensa del recurrente en el acto de la vista de los recursos, en el presente caso, pese a que se conocía por el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal que este solicitaba desde un inicio la sustitución de la prisión por la **expulsión** del territorio nacional, no propuso ninguna prueba específica sobre el arraigo del acusado en nuestro país, a salvo de la consistente en el permiso de residencia permanente que le había sido concedido por las autoridades administrativas, del que se unió el correspondiente certificado durante la instrucción (fol. 14 del rollo de instrucción).

Pues bien, aun cuando el tribunal sentenciador pudiera dudar legítimamente de la veracidad de las manifestaciones del acusado sobre la efectiva posesión de vínculos familiares, laborales y sociales, debió haber valorado ponderadamente -y no lo hizo- el significado que, a efectos de su arraigo en nuestro país, supone el ostentar un permiso de residencia de larga duración, que, conforme a la legislación de extranjería (art. 148.1 R.D. 557/2011 de 20 abril), precisa de al menos cinco años de residencia legal previa y permanente -supuestos excepcionales al margen-, periodo que en el caso del recurrente ha debido ser mucho mayor habida cuenta la existencia de un rastro de actuaciones policiales que le afectan desde el año 1997 (fol. 7-8 del rollo de instrucción), razón por la cual el pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena debe revocarse debido a la falta de motivación suficiente sobre el arraigo del penado que pueda deducirse de su permiso de residencia en nuestro país.

(...)



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

REVOCAR y dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena de TRES AÑOS de prisión por la **expulsión** del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo por el mismo tiempo, manteniendo incólumes todos los demás pronunciamientos y sin perjuicio de lo que decida resolver con libertad de criterio la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Girona sobre la **expulsión** del condenado solicitada por el Ministerio Fiscal en el incidente a que se refiere el art. 89.3 CP, que deberá convocar con la urgencia que considere oportuna una vez declarada la firmeza de su sentencia.



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

Expulsión inmediata sin cumplir parte condena

Tribunal Supremo

1.ATS nº1351/2018, de 8 de noviembre

Prisión de un año y seis meses.

El Tribunal justifica la aplicación del art.89 CP por cuanto el acusado ha conocido la petición de expulsión desde la redacción del escrito de acusación y no ha dicho nada y se trata de un delito contra la salud pública que causa grave daño para la salud sin que el acusado aporte elemento alguno que desvirtúe la conclusión del tribunal.

En la sentencia el Tribunal considera la aplicación del artículo 89 del Código Penal. Y entiende que la pena de prisión debe sustituirse por la expulsión del acusado del territorio español. Y lo justifica por cuanto el acusado 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 y no ha dicho nada. Por lo que puede acordarse la expulsión.

Por lo tanto, tras la lectura de la sentencia, de acuerdo con la regulación vigente y la doctrina expuesta, consta que ha existido una valoración racional e individualizada de las circunstancias concurrentes, por lo que se supera el automatismo que reiteradamente ha rechazado esta Sala, y se ha justificado la expulsión del acusado de conformidad con lo establecido en la ley.

Como lo ha estimado la Sala de instancia, 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 en la sociedad y no aportó el acusado, como tampoco hace en el recurso interpuesto, elemento alguno que permita desvirtuar la conclusión del Tribunal



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Ejecución de toda la pena de prisión hasta que el penado alcance el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Supremo

1.STS nº 397/2018, de 11 de septiembre

Validez de que se acuerde la expulsión tras el cumplimiento de toda la pena de prisión hasta que el penado alcance el tercer grado o la libertad condicional. No hay infracción del ne bis in idem. El 89 es un sustitutivo de la pena no un añadido, siempre la acorta. El tercer grado y la libertad condicional son también fases de la pena que el 89 CP puede sustituir. Carece de sentido dejar que transcurra el tiempo del tercer grado o la libertad condicional en España para activar la expulsión por la vía del art.57.2 LOEX.

La Audiencia acuerda que cumplan toda la pena hasta que alcancen el tercer grado o la libertad condicional. Se alega lesión del ne bis in idem. El art.89.2 prevé la expulsión, no después del cumplimiento íntegro de la condena sino tras el cumplimiento parcial de la misma. Terminológicamente sustituir no es añadir sino algo que sustituye la pena, en todo o en parte, incluido tercer grado y libertad condicional que son fases de la pena. Si el Tribunal entiende que no procede acortar la pena de expulsión, no acudirá al art.89 CP, aunque ello no implicará que se permita al extranjero seguir en España tras cumplir la pena de prisión ya que se activará la expulsión administrativa del art.57.2 LOEX. Otro argumento para descartar el ne bis in idem es que carece de sentido esperar a que transcurran los periodos de la libertad condicional y el tercer grado para poner en marcha la expulsión. Conforme señala el TC la pena seguida de la expulsión, bien la penal o la administrativa no lesiona el principio de ne bis in idem

Las penas de prisión impuestas a Marí Juana, a Carlos Alberto, a Jose María y a Jose Enrique se ejecutarán en su totalidad, si antes de la fecha del cumplimiento del total de ellas fueron clasificados en tercer grado o accedieron a la libertad condicional se sustituirá la ejecución del resto por su expulsión del territorio español con prohibición de entrada por término de SEIS AÑOS.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

(...)

También como hacía otro recurrente; se impugna la aplicación de la medida de expulsión una vez cumplida la condena por entender que supondría un bis in ídem.

Con ello lo que está es cuestionando la letra del art. 89 CP . El tribunal no contempla el cumplimiento íntegro de la pena y la posterior expulsión. Se acuerda la expulsión conforme al artículo 89.2 CP no para el caso del cumplimiento efectivo total y absoluto de la pena en régimen de privación de libertad, sino únicamente si los penados no nacionales llegan a ser clasificados en tercer grado u obtienen la libertad condicional.

La redacción del art. 89.2 CP surgida de la reforma de 2015 podría alimentar algún equívoco sobre un presupuesto de la expulsión. Para que pueda acordarse la expulsión del extranjero -también el residente legalmente-condenado a penas superiores a cinco años de prisión ¿es indispensable una reducción del tiempo de cumplimiento (en ningún caso superior a las dos terceras partes)? Si el Tribunal no considera pertinente el acortamiento, la expulsión vía art. 89 CP quedaría vedada. Empero, no puede olvidarse que eso materialmente no comporta que quedara así bendecida la permanencia en territorio español. Antes bien, lo que supondría es la activación del mecanismo administrativo para una expulsión que legalmente resultará obligada - art. 57.2 LO 4/2000, de 11 de enero - salvo concurrencia de razones excepcionales (cfr. STS Sala 3ª -Sección Quinta- 893/2018, de 31 de mayo , entre otras; y SSTC 236/2007, de 7 de noviembre , 186/2013, de 4 de noviembre ; o 131/2016, de 18 de julio).

La terminología manejada por el legislador -sustitución- alentaría esa interpretación: la expulsión que maneja el art. 89 CP no es una adición, un añadido; sino algo que sustituye a la pena: totalmente o en parte. Si hay cumplimiento íntegro no podría hablarse de sustitución, pues nada se dejaría sin efecto.

Nótese que esa genérica terminología es compatible con la expulsión concebida como sustitutiva del periodo en tercer grado o en libertad condicional (que son también fases del cumplimiento de la pena). Así se deriva de la dicción del anterior art. 89.1.2 CP , en exégesis también congruente con la dicción del inciso final del actual art. 89.2 CP . No parece que el legislador de 2015 haya querido variar en ese punto el régimen



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

anterior, lo que por otra parte resulta coherente con lo dispuesto en el art. 197.2 del Reglamento Penitenciario.

Las reflexiones en torno a una supuesta infracción del non bis in ídem quedan de esa forma desautorizadas, más allá del debate de si la expulsión en esos casos, así como en los determinados en el art. 57.2 de la citada Ley de Extranjería -otro argumento a favor de la interpretación aquí expresada: no tendría sentido esperar al transcurso de los periodos de tercer grado o libertad condicional para poner en marcha ese mecanismo- es una medida o una sanción. Las previsiones (pena más expulsión: bien sea acordada en el proceso penal; bien se acuerde en un expediente administrativo ulterior), según ha entendido nuestro TC, no contradicen las exigencias de tal principio que, aparte de su proclamación en textos internacionales de aplicación directa en España nuestro TC desde algunos de sus primeros pronunciamientos consideró implícitamente acogido en el art. 25.2 CE .

Los razonamientos de la Sala de instancia en torno a la naturaleza de la actividad delictiva son suficientes para convenir en que no hay razones para considerar desproporcionada la medida de expulsión al acceder al tercer grado o a la libertad condicional. No se aducen concretos motivos suficientes más allá de genéricas valoraciones que contradigan la valoración de la Audiencia.

Cumplimiento de las dos terceras partes de la pena de prisión antes de que el penado alcance el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 39/2018, de 23 de octubre

Está justificado que el penado cumpla dos terceras partes de la pena de prisión antes de la expulsión valorando que es un delito grave de lesiones al emplearse arma blanca y que la víctima tuvo que ser hospitalizada.

Hay, además en segundo lugar, otra pretensión incluida en el recurso de apelación que interpone la Defensa del condenado, y es la que hace referencia a que la pena de prisión (sea la impuesta de cuatro años, o sea la que se solicita en el recurso de dos años) sea íntegramente sustituida por la de **expulsión** del territorio nacional. En este punto, no podemos sino



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

compartir las acertadas razones que se expresan en la sentencia recurrida acerca de que concurre en el caso una situación de excepcionalidad prevista en el artículo 89.1 del Código Penal que justifica ordenar el cumplimiento de dos tercios de la indicada pena de prisión, si tenemos en cuenta que se ha cometido un grave delito de lesiones (con utilización de un arma blanca), con gran violencia en su ejecución y con unas consecuencias indudablemente penosas y graves para la víctima (que hubo de ser hospitalizada).

Cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena de prisión antes de que el penado alcance el tercer grado o la libertad condicional

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº127/2018, de 28 de septiembre

Se deniega la reducción del cumplimiento de la pena de prisión de tres cuartos a dos tercios por razones de prevención general y especial. El porcentaje de cumplimiento de la pena debe valorarse en función de las circunstancias concurrentes, como hace adecuadamente la sentencia apelada, refiriéndose expresamente a la cantidad de droga transportada y a la falta de acreditación de una especial situación personal o social. La expulsión no puede entrañar una suerte de impunidad.

Este segundo supuesto es el que aquí debe aplicarse. Impuesta al acusado la pena de 6 años y 1 día de prisión, es obligado el cumplimiento de, al menos, parte de la condena, debiendo valorarse las circunstancias concurrentes para fijar el porcentaje de cumplimiento

(...)

A tal fin, la sentencia apelada justifica el establecimiento del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, descartando uno menor, por razones de prevención general y especial. Con apoyo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entiende la sentencia que cuando, como en el caso aquí enjuiciado, se trata de un delito de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, en una cantidad importante y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

especialmente en los supuestos detectados en la frontera, no procede imponer un cumplimiento de pena inferior al que se señala por el legislador en el artículo 89.2 CP (es decir, Y partes de la pena o clasificación en tercer grado o libertad condicional, que podrá tener lugar con el cumplimiento de la mitad de la pena), pues la determinación de una pena inferior podría facilitar el mantenimiento en actividades de tráfico, y que en tal sentido se había pronunciado la misma Sección en anteriores resoluciones, en las que señalaron que los principios de aseguramiento del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma infringida invocados en el artículo 89 CP quedarían desatendidos si el cumplimiento de la pena se acortase indebidamente, de manera que la ley penal dejaría de tener los fines de prevención general y especial a los que se refiere dicho precepto, cuando por añadidura el penado no acredita ninguna circunstancia personal o social que pudiera fundamentar la reducción de la pena pretendida. Y esto es precisamente lo que ocurre en este caso en el que el acusado, nacional de Perú, residente en ese país, donde tiene a su familia, procede a transportar una importantísima cantidad de cocaína, que fue detectada al pasar la aduana, por lo que la gravedad de los hechos aconseja el cumplimiento efectivo de la pena en España, sin que el tiempo sufrido de prisión preventiva (desde 24 de noviembre de 2017) resulte suficiente para los fines de prevención especial y general y de resocialización propios de la pena, ni para cumplir el fin disuasorio que cumple la misma (STS 124912004, de 28 de octubre). Sin perjuicio de que se proceda a su **expulsión** cuando el acusado cumpla las Y partes de la condena o acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, lo que conforme a la regulación actual puede tener lugar a la mitad de la pena. **Expulsión** que irá acompañada con la prohibición de regresar a España por tiempo de siete años, tal como se pide por el Ministerio Fiscal y la defensa, considerándolo, siendo proporcional a la gravedad de los hechos y de la pena impuesta.

Aunque erróneamente haga referencia la sentencia a la redacción del art. 89 del Código Penal en redacciones anteriores a la vigente desde el 1 de julio de 2015 - en una de las cuales efectivamente preveía que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarían en sentencia la **expulsión** del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España-, con la actual redacción del precepto no debe acudir necesariamente, como postula de la defensa del apelante, al cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, sino que está abierta la fijación del porcentaje de cumplimiento antes de la **expulsión**, en función de las circunstancias concurrentes, como hace adecuadamente la sentencia apelada refiriéndose expresamente a la cantidad de droga transportada y a la falta de acreditamiento de una especial situación personal o social.

Como pone de manifiesto el Auto del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2018 (ROJ: ATS 8037/2018 - ECLI:ES:TS:2018:8037A), debe 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 nº 1189/2005, de 24 de octubre ; 245/2011, de 21 de marzo ; 28/2012, de 25 de enero). 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... 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



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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."

2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº115/2018, de 11 de septiembre

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

Se justifica el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena dada la cantidad de droga ocupada. El cumplimiento legal de una parte de la pena no lesiona el art.15 CE

Tal y como se desprende la Jurisprudencia citada, en interpretación del art. 89 del CP, el criterio fundamental a la hora de acordar la sustitución de la pena por **expulsión**, es la gravedad y entidad del delito, para evitar que la misma frustrase los fines de prevención general y especial de la pena, y en el delito de tráfico de drogas, por el que viene condenado el recurrente, la tenencia de cocaína para el tráfico en cantidad de notoria importancia es una de las circunstancias específicas a tener en cuenta como de no justificación de la sustitución pretendida, y en este caso el acusado pretendía introducir en España más de 2.300 gramos de cocaína pura - el solo era portador de más de 1.300 gramos de cocaína pura- cantidad que debe ser considerada como muy importante.

En el presente caso, si se acordara la sustitución pretendida, daría lugar a una sensación total de impunidad, que anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena, generando pérdida de confianza en la Ley como medio para luchar contra conductas, como las llevadas a cabo por el acusado, que son consideradas socialmente como graves, sin que por ello se vea infringido el principio de humanidad que alega el recurrente, ya que el art. 15 de la CE, que cita como vulnerado, dispone que " Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.", sin que el cumplimiento de una pena de prisión, legalmente prevista y fijada por el Tribunal tras un juicio llevado a cabo con las debidas garantías, pueda tildarse como "tortura" o "pena degradante". Por ello las circunstancias analizadas, no aconsejan la **expulsión** inmediata solicitada, ni la rebaja en el tiempo de cumplimiento de la pena.

3.STSJ de Madrid, secc.1ª. nº113/2018, de 11 de septiembre

Agresión sexual. Nueve años de prisión

La Sala se ha movido en los parámetros del 89 CP

Pues bien, en el caso, es cierto que la Sala de instancia acabó imponiendo al recurrente tanto el cumplimiento parcial de la pena como la **expulsión** del territorio nacional al cumplir las tres cuartas partes de la pena privativa de libertad. Sin embargo, la Audiencia expone en el fundamento quinto de su sentencia las razones de prevención general por las que considera que ha de ejecutarse parcialmente la pena privativa de libertad... Así pues, el Tribunal se movió dentro de los parámetros normativos que prevé el art. **89** del C. Penal , motivó su decisión y también respetó el principio de Audiencia de partes.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

X.EXPULSIÓN Y NE BIS IN IDEM

Vid. STS nº397/2018, de 11 de septiembre: Aunque se acuerde que cumpla la pena de prisión y alcanzado el tercer grado o la libertad condicional se expulse, no hay infracción del ne bis in idem. La aplicación del art.89 CP es un sustitutivo siempre acorta la pena, en este caso el tercer grado y la libertad condicional que son fases del cumplimiento de la condena.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

XI.LA AUDIENCIA DEL PENADO

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Asturias, secc.1ª, nº20/2018, de 24 de julio

El art.89 CP impide expulsar si las circunstancias del hecho y personales, en particular el arraigo, la hacen desproporcionada. Se ha acordado la expulsión sin oír al penado. Es irrelevante que la Sentencia sea de conformidad. No se puede distinguir donde no lo hace la ley, más cuando la acusación particular señala que el penado no está de acuerdo con la expulsión y la aceptación no consta con claridad en la grabación.

Pero el precepto fundamental, a estos efectos, es el número 4 del artículo 89 del Código Penal , el cual impone, para cualquier caso y circunstancias, sin distinguir entre sentencias condenatorias, de conformidad o disconformidad, a los jueces y Tribunales "a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada". Es decir que es una excepción: la expulsión del territorio si es desproporcionada por la existencia de arraigo.

Excepción que es también un derecho, del que es titular cualquier persona extranjera, residente legalmente en España o no, y que consiste, en caso de delinquir y dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 89 del Código Penal , que esa persona extranjera sea escuchada por el órgano judicial a efectos de constatar si hay arraigo o no, y si la sustitución de la pena resulta proporcionada o desproporcionada.

Adoptar una medida de sustitución de la pena, como aquí ha ocurrido (cambio de la pena de prisión de cinco años por la de expulsión del territorio nacional por un periodo de ocho años), sin que el Tribunal, o mejor su Presidente, haya indagado o escuchado a la condenada, sin saber que aquel cambio es proporcionado o desproporcionado, viola derechos que pueden ser fundamentales de la acusada extranjera (en este caso, al parecer, legalmente residente en España).

Y ello sin que esa violación de derechos se pueda amparar en las características y límites peculiares de las sentencias de conformidad, no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

siendo admisible distinguir, como hace el Ministerio Fiscal, allí donde la Ley no distingue.

Y máxime en este caso, en el que, como se dice en el escrito de la Acusación Particular, "si la recurrente se muestra disconforme con ello" y tal, con dificultad, resulta de la grabación del primer vídeo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

XIV.OTRAS CUESTIONES

Tribunal Superior de Justicia

1.ATSJ Valencia nº 55/2018, de 12 de julio de 2018

La resolución del magistrado presidente del jurado denegando la solicitud de sustituir la pena de prisión por expulsión no es recurrible ante el TSJ en apelación al no preverlo la ley.

Previamente a resolver el fondo del recurso interpuesto, hemos de plantearnos, si contra el Auto recurrido y dictado por el Magistrado Presidente desestimando, en ejecución de sentencia firme dictada por el Tribunal del Jurado, la solicitud de sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, cabe recurso de apelación, sobre lo que se informó en este sentido al final de la parte dispositiva de resolución recurrida.

(...)

El criterio de esta Sala de no preverse y existir recurso de apelación en relación con las resoluciones dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado más que en los casos expresamente previstos en la ley, y que, por tanto, fue el razonamiento utilizado para inadmitir recursos de apelación contra resoluciones de dicho Magistrado Presidente sobre medidas cautelares, es aplicable a cualquier otra resolución que no prevea tal tipo de recurso, y por tanto a las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia cuya apelación tratamos (sustitución de condena de prisión por expulsión), para las que no se prevea, específicamente, recurso de apelación ante esta Sala (ya dijimos, que los supuestos contemplados son, además de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, los autos del Magistrado Presidente resolviendo cuestiones previas del art. 36 LOTJ y los señalados en el art. 676 LECrim conforme al art. 846 bis a)), criterio que resulta plenamente aplicable al presente recurso de apelación donde no está previsto ni en las normas indicadas ni en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado tal tipo de recurso contra la citada resolución.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

A mayor abundamiento y con carácter más general referido a otros procedimientos penales distintos del de Jurado pero si cabe cuantitativamente más numerosos, tras la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, los únicos supuestos distintos del dictado de sentencia en primera instancia por las Audiencias Provinciales, que el legislador ha optado por incluir como susceptibles de apelación son, y con carácter tasado, aquellos que conllevan la finalización del procedimiento en los concretos supuestos que enumera (art. 846 ter de la LECrim que son, ya la falta de jurisdicción o el de sobreseimiento libre), sin que se comprenda otra clase de resoluciones, y por lo que al recurso interesa, el auto de sustitución de prisión por expulsión de territorio nacional.